

РЕШЕНИЕ

№ 3935

гр. София, 14.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 79 състав,
в публично заседание на 05.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Николай Димитров

при участието на секретаря Десислава В Симеонова, като разгледа дело номер **2409** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Образувано е по жалба от ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес: [населено място], [улица], представлявано от генералния директор З. К., срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4/24.02.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, като бенефициент по одобрен проект № BG16M10P001-1.001-0003 по договор № 11261/28.10.2020г., с изпълнител „ЕТЕ Инфраструктура“ Д. на стойност 148630.00 лв., без ДДС, с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договори за проектиране и строителство, по обособени позиции с предмет: „Проектиране, модернизация, гаранционно обслужване и сервизна поддръжка на тягова подстанция Ч. и интегриране към SCADA“ – ОП 3.

Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Твърди се решението е издадено при липса на мотиви, че същото е необосновано, постановено при нарушение на материалния закон, административнопроизводствените правила и в противоречие на целта на закона. Излагат се подробни съображения. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 200лв. и разноски за държавна такса в размер на 297.26лв.

Ответникът Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020, чрез процесуален представител моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена, не изпраща представител.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Между Национална компания „Железопътна инфраструктура, от една страна като бенефициент, и Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщения, от друга, е сключен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, за изпълнение на проект № BG16M10P001-1.001-0003 „Рехабилитация на железопътна линия П.-Б., Фаза2“ по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014–2020.

За разходване на средствата бенефициентът е провел процедура по възлагане на обществена поръчка: „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договори за проектиране и строителство, по обособени позиции с предмет:

1. „Модернизиран на тягова подстанция П., прилежащия и секционен пост Г. с изграждане и включване в системата за телеуправление и телесигнализация SCADA, както и гаранционно поддържане и сервизно обслужване за период от 10 години“;

2. „Модернизиран на тягова подстанция В., прилежащите и секционни постове М. и К., подмяна гарови разпределители на спирка М., в гари Р. Б., В., Б. И. и К. и изграждане и включване в системата за телеуправление и телесигнализация SCADA, както и гаранционно поддържане и сервизно обслужване за период от 10 години“;

3. „Проектиране, модернизация, гаранционно обслужване и сервизна поддръжка на тягова подстанция Ч. и интегриране към SCADA“.

На 28.10.2020г. между бенефициента и „ЕТЕ Инфраструктура“ Д. е сключен Договор № 11261 по обособена позиция № 3 „Проектиране, модернизация, гаранционно обслужване и сервизна поддръжка на тягова подстанция Ч. и интегриране към SCADA“ с цена 148630,00 лв. без данък върху добавената стойност.

При извършен последващ контрол административният орган е установил, че при възлагане на обществената поръчка бенефициентът е допуснал нарушения на разпоредби от ЗОП.

Издадено е оспореното решение № ФК-4/24.02.2023г., с което са констатирани нарушения на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и чл. 10, ал. 1 от ЗОП. (Констатация № 1), квалифицирани като нередност по т. 10, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка. Органът е установил ограничително изискване при възложената обществена поръчка. Посочил е, че:

Съгласно Раздел 6: „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора“ от техническа спецификация за обособена позиция № 3, т. 6.1. „Екип на консултанта“, подт. 5, участниците следва да включат в екипа си и следния експерт:

„Експерт по безопасност на железопътния транспорт следва да притежава правоспособност съгласно изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003г. за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасността на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверочните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите, както и валидно удостоверение за положен изпит по реда на Наредба № 56 към датата за подаване на офертата и поддържане на валидността на удостоверението по време на процедурата за избор на Изпълнител и по време на изпълнението на Договора“.

Приел е, че това изискване следва да бъде изпълнено от участниците при подаване на офертите. За чуждестранните експерти не е предвидена възможност за представяне на еквивалентни документи, съгласно съответното чуждестранно законодателство.

Посочено е, че съгласно чл. 29 от Наредба № 56/14.02.2003г., изпълнителният директор на ИА "Железопътна администрация" е орган по признаване на професионални квалификации, придобити в други държави - членки на Европейския съюз, или трети държави, с цел достъп и упражняване на регулирани професии в областта на железопътния транспорт в Република България в съответствие с чл. 4, ал. 1, т. 5 от Закона за признаване на професионални квалификации. В чл. 35, ал. 1 от Наредба № 56/14.02.2003г. е посочено, че изпълнителният директор на ИА "Железопътна администрация" се произнася с мотивирано решение до три месеца от датата на подаването на заявлението и на всички необходими документи от кандидата за признаване на професионална квалификация за упражняване на регулирана професия по чл. 29, ал. 2 от наредбата. Този срок значително превишава определения от възложителя срок за получаване на оферти по процедурата за възлагане на обществена поръчка.

Органът е отчел, че тъй като към момента на подаване на офертите икономическите оператори нямат сигурност, че ще спечелят поръчката, същите нямат интерес да правят разходи (времеви, административни, парични), за да преминат през процедурата за признаване на квалификацията на предложените от тях лица. Основателно е подобни изисквания да бъдат предвидени единствено към участника, избран за изпълнител. Към момента на подаване на офертата съответните лица не изпълняват дейностите по безопасност на железопътния транспорт, които да обосновават необходимостта от призната квалификация.

Достигнал е до извод, че изискването е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците, включили в екипа си чуждестранни лица. Посочил е, че по този начин възложителят е ограничил участието на лица, които разполагат с чуждестранни експерти, притежаващи еквивалентни документи за изпълнение на дейности по безопасност на железопътния транспорт, съгласно законодателството на държавата, в която са установени, но които към момента на провеждане на процедурата не са преминали през процедурата по признаване на квалификацията им.

Като е направен краен извод, че е налице е необосновано ограничение по национален признак.

За това нарушение е приел, че представлява нередност по т. 10, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

Констатирани нарушения на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ от ЗОП, както и чл. 66, ал. 2 от ЗОП и чл. 112, ал. 2, т.2 от ЗОП. (Констатация № 2), квалифицирани като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка. Органът е установил, че спечелилия ОП е следвало да бъде отстранен от участие, поради това, че подизпълнителя „Хес Проект“ ООД, не е представил доказателства за съответствие с критериите за подбор при подписване на договора за възлагане на обществената поръчка, тъй като се установило, че подизпълнителят е представил „списък на услугите с предмет и обем, идентичен или сходен с предмета и обема на обществената поръчка“ по Образец № 9 от документацията за поръчката за ОП № 3, но не е приложил документи, доказващи извършването на посочените услуги, каквото е изискването на възложителя.

За това нарушение е приел, че представлява нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

Посочено е, че с оглед наличието на друга нередност и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, за настоящата не се определя допълнителна финансова корекция.

Констатирани нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. (Констатация № 3), квалифицирани като нередност по т. 23, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка. Органът е установил, че одобрената от Съвета за управление на проекти промяна в екипа за изпълнение на договора по обособена позиция № 3, възложителят е допуснал съществено изменение в условията на поръчката в полза на изпълнителя, без да са налице основанията на чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Приел е, че изменението засяга съществен елемент от обществената поръчка - един от критериите за подбор. Извършената замяна на Ключов експерт „Проектиране“ е в противоречие с изискването на възложителя за всяка обособена позиция задължително да се представят различни лица за ключовите експерти. След извършената промяна избраният изпълнител не отговаря на условията на възложителя и е налице промяна на условията по поръчката. Достигнал е до извод, че се касае за съществена промяна. Като се е мотивирал, че ако новото условие беше част от процедурата за обществената поръчка, същото би могло да привлече към участие

допълнителни участници или би довело до приемане на оферта/и, различна/и от първоначално приетите. Освен това изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата, както и на потенциално заинтересованите лица, които не са подали оферти. При изпълнението на поръчката е използван експерт, който не отговаря на условията към критериите за подбор на възложителя. Следователно изискванията относно несъвместимост на експертите по повече от една обособена позиция са били единствено за целите на подбора на участниците, с което се нарушават принципите за равнопоставеност и лоялна конкуренция.

За това нарушение е приел, че представлява нередност по т. 23, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

Посочено е, че с оглед наличието на друга нередност и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, за настоящата не се определя допълнителна финансова корекция.

В заключение е определил финансова корекция на бенефициента в размер на 25% от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнение на договор № № 11261/28.10.2020г., с изпълнител ЈЕТЕ Инфраструктура“ Д. на стойност 148 630.00 лв., без ДДС, с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договори за проектиране и строителство, по обособени позиции с предмет: „Проектиране, модернизация, гаранционно обслужване и сервизна поддръжка на тягова подстанция Ч. и интегриране към SCADA“ – ОП 3.

Предвидено е било, че финансовата корекция по договор №11261/ 28.10.2020г., има влияние върху размера на верифицираните разходи от безвъзмездна финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните към Европейската комисия средства в размер на 3 715.75 лв. , както и че на основание чл. 42, ал. 1 и чл. 43, ал. 1 от Наредба Н-3/22.05.2018г. на Министерството на финансите, сумата по финансовата корекция в размер на 3 715.75 лв., представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, следва да се възстанови доброволно от Национална компания "Железопътна инфраструктура“ на Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура.

От правна страна съдът приема следното:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на транспорта и съобщенията, който със Заповед

№ РД-08-201/05.05.2022г. на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ/ ново наименование ЗУСЕФСУ/, чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 16 и чл. 51, ал. 1, т. 8 от Устройствения правилник на МТИТС, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" 2014-2020 на и.д. директор на Дирекция "Координация на програми и проекти" при МТИТС М. Г. (подписал процесното решение). С оглед на горното, съдът прави извод, че последното е издадено от компетентен административен орган. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Същото е надлежно мотивирано.

При издаването на обжалвания административен акт са спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Относно нарушението по Констатация № 1: Спорът по същество се заключава в това- дали възложителят е включил в критериите за подбор и в необходимата за кандидатстването документация изискване към участниците да разполага с „Експерт по безопасност на железопътния транспорт“, притежаващ правоспособност според изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003г. и дали е имало изискване- да бъде предоставено към документите за участие въпросното удостоверение за правоспособност.

Между страните не се спори, че при изпълнение на конкретния договор е било необходимо наличие на лице с такава правоспособност.

Констатираното от органа нарушение, е обосновано с това, че се касае за изискване, което следва да бъде изпълнено от участниците при подаване на офертите. Като е прието, че за чуждестранните експерти не е предвидена възможност за представяне на еквивалентни документи, съгласно съответното чуждестранно законодателство. Тъй като към момента на подаване на офертите икономическите оператори нямат сигурност, че ще спечелят поръчката, същите нямат интерес да правят разходи (времеви, административни, парични), за да преминат през процедурата за признаване на квалификацията на предложените от тях лица. Коментира е в решението, че основателно е подобни изисквания да бъдат предвидени единствено към участника, избран за изпълнител. Към момента на подаване на офертата съответните лица не изпълняват дейностите по безопасност на железопътния транспорт, които да обосновават необходимостта от призната квалификация. Направен е извод, че изискването е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците, включили в екипа си чуждестранни лица.

Съдът съобрази приложената към административната преписка доказателства и по-конкретно взе в предвид, че обявлението за обществената поръчка никъде не е посочено наличие на необходимост в документацията на участниците да се предоставя такъв доказващ правоспособност според изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003г. В глава Документацията на поръчката и по-конкретно в ч.Ш. Изисквания към участниците, т. 2. Критериите за подбор, т.2.3 Технически и професионални способности. Изисквано минимално ниво, в т.2.3.7 е посочено, че *„Участника да разполага с персонал и ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката...“*, като в целия раздел не се сочи, че следва да бъде представен при кандидатстването документ за правоспособност според изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003г.

Цитирания от органа раздел 6 на Техническата спецификация е озаглавен *„Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора“* /л.164/. Граматическото тълкуване на заглавието сочи, че раздела се отнася към изпълнението на договора, т.е. същият следва вече да е сключен. В тази връзка приетото от органа, че в този раздел се поставят условия към кандидатите не съответства на съдържанието на писмените доказателства по делото. Ето защо и констатацията, че се касае за ограничаване участието на лица, не може да бъде споделено. Самият орган е посочил, че подобни изисквания могат да бъдат предвидени единствено към участника, избран за изпълнител, което според представената документация е точно така. В тази връзка, настоящият съдебен състав, не констатира твърдяното нарушение от страна на възложителя на ОП. Не се установява- наличието на дискриминационно изискване имащо ограничаващ характер по отношение на чужди лица. Предвид на което, липсват и основания да се приеме, че е налице нарушение по смисъла на чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП.

Ето защо съдът, приема, че в предвид липсата на установено нарушение на националното законодателство при определяне на критериите за подбор на изпълнител от страна на възложителя, не са налице условията за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕФСУ. Не се установява и нанасяне на възможна вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерни разходи в бюджета на Съюза, тъй като такава вреда може да е налице единствено при наличие на допуснато нарушение, а такова за Констатация № 1 не е установено.

Това сочи, че органът е приложил неправилно материалния закон, като неправилно е квалифицирал установеното от него като нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и чл. 10, ал. 1 от ЗОП. (Констатация №

1), квалифицирани като нередност по т. 10, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Това от своя страна води и до извода, че определената финансова корекция е незаконосъобразно наложена и като такава следва да бъде отменена.

Относно нарушението по **Констатация № 2**: Органът е установил, че спечелилия ОП е следвало да бъде отстранен от участие, поради това, че подизпълнителя „Хес Проект“ ООД, не е представил доказателства за съответствие с критериите за подбор при подписване на договора за възлагане на обществената поръчка, тъй като се установило, че подизпълнителят е представил „списък на услугите с предмет и обем, идентичен или сходен с предмета и обема на обществената поръчка“ по Образец № 9 от документацията за поръчката за ОП № 3, но не е приложил документи, доказващи извършването на посочените услуги, каквото е изискването на възложителя. Според управляващия орган с това са били извършени нарушения на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ от ЗОП, както и чл. 66, ал. 2 от ЗОП и чл. 112, ал. 2, т.2 от ЗОП. Органът се е позовал в мотивите си на нарушение на раздел III. 1.3. от обявлението и раздел III, т. 2.3.1 от документацията за поръчката, за обособени позиции №№ 1,2 и 3, а именно:

„Участникът трябва да е изпълнил дейности за услуги с предмет и обем, идентични или сходни с предмета и обема на поръчката за последните три години от датата на подаване на офертата. За целите на настоящата поръчка под, дейност за услуга с предмет и обем сходна с предмета и обема на поръчката“, се разбира услуга, която включва дейности по управление/контрол, оценка на съответствие и строителен надзор на обекти за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на тягова подстанция за железопътната инфраструктура по смисъла на Закон за железопътния транспорт (ЗЖТ) /Определението за железопътна инфраструктура е съгласно клаузите на § 1, т. 1 от ДР на ЗЖТ, във връзка с чл. 2 от ЗЖТ/ и система SCADA. За „изпълнена услуга“ се приема тази, която към датата на подаване на офертата е одобрена и приета от съответния възложител, клиент, получател или компетентен орган или чрез посочване на публичен регистър, в който е публикувана информация за услугата“.

Съдът приема, че приложеният подход от административния орган е твърде формалистичен и не съответна на целта на закона. Разпоредбата на чл. 66, ал.2 от ЗОП сочи, че подизпълнителите трябва да отговорят на

съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата. Т.е. въвежда се диференциран подход към подизпълнителите, като критерии, на които следва да отговарят се определят от два белега- вид на поръчката и дял от поръчката. Законодателят е преценил, че условия, на които да отговарят подизпълнителите, следва да бъдат и съобразени с конкретния вид на извършените дейности и частта от поръчката, която ще изпълняват, т.е. същите да не са прекалено обременителни и затрудняващи участието им при определени по-елементарни дейности или при незначително участие в обществената поръчка.

Съдът не констатира и поставени конкретни изисквания от възложителя на ОП за изпълнен проект по оценката на съответствието на част „Енергийна ефективност“ на техническия проект, която именно част следва да се изпълни от подизпълнителя „Хес Проект“ ООД. Същевременно, подизпълнителят „Хес Проект“ ООД е следвало да изпълни 0, 1 % от обема на вложената поръчка. Този дял е изключително малък и напълно необосновано органът е приел, че въпросното дружество следва да отговаря на всички изисквания прилагани към изпълнителя на обществената поръчка- именно поради несъответствието на това изискване с целта на закона.

Съобразявайки незначителната като обем дейност, която е следвало да извърши подизпълнителя „Хес Проект“ ООД, според настоящия съдебен състав, правилно и законосъобразно комисията разглеждала и оценявала получените оферти е приела, че изпълнителя е отговарял на изискванията по ОП, тъй като е представил всички изискани и необходими за това доказателства. Приетото от органа, че избраният изпълнител не е доказал съответствието на подизпълнителя си с критериите за подбор, не е съобразено именно със смисъла на разпоредбата на чл. 66, ал.2 от ЗОП и в тази връзка този извод се явява незаконосъобразен.

Настоящият съдебен състав, не констатира твърдяното нарушение от страна на възложителя на ОП. Не се установяват данни изпълнителят да не е отговарял на изискванията по ОП, поради недоказването на съответствието на подизпълнителя си с критериите за подбор. В тази връзка е незаконосъобразен и извода, че избраният изпълнител е следвало да бъде отстранен от участие от ОП. Предвид на което, липсват и основания да се приеме, че е налице нарушение по смисъла на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ от ЗОП, както и чл. 66, ал. 2 от ЗОП и чл. 112, ал. 2, т.2 от ЗОП.

Ето защо съдът, приема, че в предвид липсата на установено нарушение

на националното законодателство при определяне на критериите за подбор на изпълнител от страна на възложителя, сочи, че в случая не са налице условията за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕФСУ. Не се установява и нанасяне на възможна вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерни разходи в бюджета на Съюза, тъй като такава вреда може да е налице единствено при наличие на допуснато нарушение, а такова за Констатация № 2 не е установено.

Това сочи, че органът е приложил неправилно материалния закон, като неправилно е квалифицирал установеното от него като нарушение на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ от ЗОП, както и чл. 66, ал. 2 от ЗОП и чл. 112, ал. 2, т.2 от ЗОП. (Констатация № 2), квалифицирани като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Това от своя страна води и до извода, че определената финансова корекция е незаконосъобразно наложена и като такава следва да бъде отменена.

Относно нарушението по **Констатация № 3**: Органът е установил, че одобрената от Съвета за управление на проекти промяна в екипа за изпълнение на договора по обособена позиция № 3, възложителят е допуснал съществено изменение в условията на поръчката в полза на изпълнителя, без да са налице основанията на чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Приел е, че изменението засяга съществен елемент от обществената поръчка - един от критериите за подбор. Извършената замяна на Ключов експерт „Проектиране“ е в противоречие с изискването на възложителя за всяка обособена позиция задължително да се представят различни лица за ключовите експерти. След извършената промяна избраният изпълнител не отговаря на условията на възложителя и е налице промяна на условията по поръчката. Достигнал е до извод, че се касае за съществена промяна. Като се е мотивирал, че ако новото условие беше част от процедурата за обществената поръчка, същото би могло да привлече към участие допълнителни участници или би довело до приемане на оферта/и, различна/и от първоначално приетите. Освен това изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата, както и на потенциално заинтересованите лица, които не са подали оферти. При изпълнението на поръчката е използван експерт, който не отговаря на условията към критериите за подбор на възложителя. Следователно изискванията относно несъвместимост на експертите по повече от една обособена позиция са били единствено за

целите на подбора на участниците, с което се нарушават принципите за равнопоставеност и лоялна конкуренция. Същото е прието за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

Съдът, не може да приеме за законосъобразно тълкуването на закона от страна на административния орган, свързано с това дали се касае за съществено изменение на поръчката респективно договора, със замяната на едно лице, а именно Ключов експерт „Проектиране“. В самия договора чл. 35, ал. 6 и 7 /л.211 и 212/ е предвидена процедура за замяна на първоначално определените експерти. Същото е предвидено да стане със съгласие на възложителя. Т. съгласие е получено, проведена е процедура за одобрение от Съвета за управление на проекта, като е допуснато **промяна в екипа за изпълнение на договора**. В тази връзка, следва да се отчете, че изразената воля на страните по договора е единствено за промяна на член от екипа изпълняващ договора, а не на самия договор, което е осъществено по разписаните в самия договор правила.

Дори да се приеме, че се касае за изменение на договора, то според съдебния състав, се касае за не съществено такова. Съществените елементи на договора са неговия предмет, цена, начин и срок за изпълнение, в случая е от значение и формата на договора и страните по същия. В тази връзка, не се установява промяна, в които и да е от тези съществени и основни елементи на договора. Не се установява и която и да е предвидените в чл. чл. 116, ал. 5 от ЗОП хипотези: С промяната на един от експертите не се въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; не се променя икономическия баланс на договора за поръчка или рамковото споразумение в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка или рамково споразумение и не се засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение.

Същевременно не се установяват и пречки за промяна доколкото са били налице всички условия по чл. 116, ал.1, т. 1 от ЗОП, а именно възможността за промените е била предвидена в договора чл. 35, ал.6 и 7, чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, предвиден е обхватът и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да бъдат направени, тези промени не водят и до промяна на

предмета на поръчката.

Не се споделя и извода на решаващия орган, че извършената замяна на Ключов експерт „Проектиране“ противоречи с изискването на възложителя за всяка обособена позиция задължително да се представят различни лица за ключовите експерти. След извършената промяна избраният изпълнител не отговаря на условията на възложителя и е налице промяна на условията по поръчката. Въпросното условие е било поставено при кандидатстването за изпълнение на ОП, както и самият орган приема. В останалата документация по обществената поръчка, не се установява изискване в хода на изпълнението, да не бъдат заменени експерти и евентуално, те да съвместяват позиции, тъкмо напротив, както беше посочено, е предвидена изрична възможност за това - в сключения между страните договор.

Настоящият съдебен състав, не констатира твърдяното нарушение от страна на възложителя на ОП. Не се установява извършено съществено изменение на договора, което въвежда условия които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Предвид на което, липсват и основания да се приеме, че е налице нарушение по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

Ето защо съдът, приема, че в предвид липсата на установено нарушение на националното законодателство при определяне на критериите за подбор на изпълнител от страна на възложителя, сочи, че в случая не са налице условията за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕФСУ. Не се установява и нанасяне на възможна вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерни разходи в бюджета на Съюза, тъй като такава вреда може да е налице единствено при наличие на допуснато нарушение, а такова за Констатация № 3 не е установено.

Това сочи, че органът е приложил неправилно материалния закон, като неправилно е квалифицирал установеното от него като нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. (Констатация № 3), квалифицирани като нередност по т. 23, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Това от своя страна води и до извода, че определената финансова корекция е незаконосъобразно наложена и като такава следва да бъде отменена.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноси по делото е основателна, като същите следва да се определят в размер на 497.26 лв., от които 297.26лв лв. държавна такса и 200 лв. юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 79 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес: [населено място], [улица], представлявано от генералния директор З. К., срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4/24.02.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 да заплати на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура“ - [населено място] , ЕИК[ЕИК] сумата от 497.26 лв. /четиристотин деветдесет и седем лева и двадесети шест стотинки/ разноси по делото .

Решението подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: