

РЕШЕНИЕ

№ 2559

гр. София, 17.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 07.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **2935** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/, вр. чл. 145 и следващите от АПК.

Образувано е по жалба на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ /ДПНКЖИ/, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от инж. З. К. – Генерален директор, чрез пълномощника си инж. К. К. – Заместник - генерален директор „Експлоатация“, ДПНКЖИ, със съдебен адрес: [населено място], [улица], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г., издадено от М. Г., Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“, оправомощен със Заповед № РД-08-201/05.05.2022 г. на Министър на транспорта и съобщенията за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., с което е определена финансова корекция: 1. в размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 11504/16.09.2021 г. за обособена позиция № 1 на стойност 5 196 405.89 лв. без ДДС с Изпълнител Д. „И. Надлези“; 2. в размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 11403/23.04.2021 г. за обособена позиция № 3 на стойност 6 323 853.89 лв. без ДДС с Изпълнител „Трейс Груп Холд“ АД; 3. в размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 11402/23.04.2021 г. за обособена позиция № 4 на стойност 6 819 859.04 лв. без ДДС с Изпълнител „Трейс

Груп Холд“ АД; 4. в размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 11409/29.04.2021 г. за обособена позиция № 5 на стойност 4 475 064.56 лв. без ДДС с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД и 5. в размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 11410/29.04.2021 г. за обособена позиция № 6 на стойност 6 364 216.89 лв. без ДДС с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД.

С жалбата се оспорва решението за определяне на финансова корекция, като се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон. Твърди се, че не са налице основания за налагане на финансова корекция, тъй като не са осъществени твърдените нарушения, поради което не е налице нередност. Излагат се подробни съображения в тази насока. Във връзка с изложеното, моли Съда да постанови решение, с което да отмени оспорения акт, като неправилен и незаконосъобразен.

В съдебно заседание, жалбоподателят редовно уведомен, не се явява, представлява се от юрисконсулт К., която моли Съда да отмени оспорения административен акт по изложените в жалбата съображения. Претендира сторените по делото разноси съгласно представен списък по чл. 78 от ГПК вр. чл. 144 от АПК.

Ответният административен орган – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., редовно уведомен, се представлява от държавни експерти с юридическо образование Й. и Г., които молят Съда на отхвърли депозираната жалба като неоснователна и недоказана. Претендира се присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена не изпраща представител.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 от АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

По делото не е спорно, че Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ е бенефициер по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., процедура № BG16M1OP001-1.001, сключен на основание Решение № 679/08.11.2017 г. на Министерски съвет на Република България вр. чл. 24, ал. 1, ал. 4 вр. чл. 45, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /понстоящем ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 3, ал. 1 и ал. 3 от Постановление № 162/05.07.2016 г. на Министерски съвет за определяне на детайлни правила за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по програмите, финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. Проектно предложение ИСУН № BG16M1OP001-1.001-0003 „Рехабилитация на железопътната линия П. – Б., Фаза 2“ вр. т. IV „Вземане на решение за предоставяне на БФП“ от доклад на оценителна комисия, сформирана с Решение № ОПГТИ-36/11.10.2016 г., одобрен от Ръководителя на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. на 29.09.2017 г. /л.382-386,т.П/.

От страна на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. е стартирана процедура за

администриране на нередност на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ във връзка с връчен с Писмо вх. № М. 07-00-16/11.01.2023 г. окончателен доклад за резултати от извършен одит на операциите по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ за сертифицираните разходи през осма счетоводна година – 01.07.2021 г. до 30.06.2026 г. и в тази връзка е извършена проверка на обществена поръчка, възложена чрез открита процедура по реда на Закон за обществените поръчки /ЗОП/, с предмет: „Проектиране и изграждане на 12 пътни надлези и един пътен подлез в междугарието М. – Б. и железопътните участъци М. – Х. А. и Б. – Ч. на мястото на съществуващи прелези по проект Рехабилитация на железопътната линия П. – Б., Фаза 2“ по шест обособени позиции, респективно сключени договори: Договор № 11504/16.09.2021 г. за Обособена позиция 1 на стойност 5 196 405.89 лв. без ДДС /5 375 623.38 лв., без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител Д. „И. Надлези“; Договор № 11403/23.04.2021 г. за Обособена позиция 3 на стойност 6 323 853.89 лв. без ДДС /6 544 804.32 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Трейс Груп Холд“ АД; Договор № 11402/23.04.2021 г. за Обособена позиция 4 на стойност 6 819 859.04 лв. без ДДС /7 058 698.85 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Трейс Груп Холд“ АД; Договор № 11409/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 5 на стойност 4 475 064.56 лв. без ДДС /4 632 847.49 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД и Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6 на стойност 6 364 216.89 лв. без ДДС /6 588 397.10 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД /л.69-100,т.І/.

В хода на извършената проверка от страна на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. са установени следните нарушения на ЗОП:

1. Констатация № 1 – въведено ограничително изискване: Нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП вр. чл. 3, ал. 3 от Закон за камарата на строителите. Установено е, че съгласно Раздел III.1.1 „Годност за упражняване на професионална дейност“, включително изисквания във връзка с вписването в професионални или търговски регистри“ от обявлението за обществената поръчка, общо за шестте обособени позиции и подточки 2.1.1, т. 2 „Критерии за подбор“, Раздел III „Изисквания към участниците“ от документацията за обществена поръчка, участникът трябва да бъде вписан в Централен професионален регистър на строителя към Камара на строителите в България за изпълнение на строежи от втора група: строежи от транспортната инфраструктура, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 2 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър от строителя /ПРВВЦПРС/, първа категория строежи, съгласно чл. 5, ал. 6, т. 2.1 от ПРВВЦПРС, а чуждестранните лица – в аналогичен регистър, съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. От страна на Възложителя е пояснено, че ако участникът е обединение, което не е юридическо лице, съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора/документ за създаване на обединението. Установено е, че това условие засяга всеки член на обединението, който изпълнява строителство, и изискването се състои в две посоки:

- от една страна, всеки член на обединението, изпълняващ строителство, следва да е регистриран в Централен професионален регистър на строителя към Камара на

строителите в България;

- от друга страна, всеки член на обединението, който изпълнява строителство, следва да е регистриран в Централен професионален регистър на строителя към Камара на строителите в България /ЦПРС при К./ за строежи от втора група, строежи от транспортната инфраструктура, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 2 от ПРВВЦПРС, първа категория строежи, съгласно чл. 5, ал. 6, т. 2.1 от ПРВВЦПРС.

В тази връзка от страна УО, е посочено, че съгласно нормата на чл. 3, ал. 3 от Закон за камарата на строителите /З./, когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. В тази връзка е прието, че в случая е достатъчно един от членовете на обединението да има регистрация по З. за необходимата категория строежи. Акцентирано е, че нито в З., нито в Закон за устройство на територията /ЗУТ/, са налице изисквания за специална регистрация на всеки от членовете на обединението, които ще осъществяват строителните работи, още повече всеки от тях да е регистриран за изискуемата категория строежи. Регистрацията по З. не попада в изключението по чл. 59, ал. 6 от ЗОП, съгласно която норма – може да се иска регистрация от всяко от лицата в обединението, които ще изпълняват обществената поръчка /в случая строителство/.

Прието е, че така заложеното изискване е незаконосъобразно, същото е в противоречие с чл. 59, ал. 6 от ЗОП и с чл. 3, ал. 3 от З.. Посочено е, че това изискване необосновано ограничава конкуренцията, тъй като без наличие на правно основание изключва от участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка лица, които не разполагат с регистрация в ЦПРС при К. за посочената от Възложителя категория строежи, но същите имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително монтажни дейности, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице.

В тази връзка е прието, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП вр. чл. 3, ал. 3 от З.. При определянето на финансовото влияние на нарушението, от страна на УО е взето предвид следното:

- по Обособена позиция 1 са получени три оферти, от които са допуснати две и отговарят на критериите за подбор - прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция;

- по Обособена позиция 2 са получени четири оферти, от които три са допуснати до участие и отговарят на критериите за подбор – прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция;

- по Обособена позиция 3 са получени четири оферти, от които са допуснати три и отговарят на критериите за подбор - прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция;

- по Обособена позиция 4 са получени две оферти, като и двете са допуснати и отговарят на критериите за подбор - прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция;

- по Обособена позиция 5 са получени осем оферти, от които шест са допуснати и отговарят на критериите за подбор - прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция;

- по Обособена позиция 6 са получени пет оферти, като всички са допуснати и отговарят на критериите за подбор - прието е, че е налице минимално ниво на конкуренция.

Въз основа на установеното е прието, че констатираното нарушение попада в хипотезата на т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто върху разходите по засегнатите договори за обществена поръчка.

Относно Договор № 11398/16.04.2021 г., сключен за Обособена позиция 2 с Изпълнител Д. „Надлези МХ-КЛ“, предвид установена от УО нередност с Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/19.01.2022 г., е наложена финансова корекция в размер на 25 % върху разходите, е изрично посочено, че в случая няма да бъде налагана допълнителна финансова корекция по този договор с оглед принципа за некумулиране на корекциите и прилагане на най-високата от тях. Относно Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/19.01.2022 г., настоящият съдебен състав след извършена справка в съдебно-деловодната система на АССГ, установи, че с Решение № 3511/26.05.2022 г., постановено по административно дело № 999/2022 г. по описа на АССГ, решението за финансова корекция е потвърдено като правилно и законосъобразно. С Решение № 11551/13.12.2022 г., постановено по административно дело № 7368/2022 г. по описа на ВАС, решението на АССГ е оставено в сила.

По договорите за Обособени позиции 1, 3 и 5 от страна на УО е предложена финансова корекция в размер на 5 % върху разходите. По договорите за Обособена позиция № 4 и 6 предвид наличието на други нередности и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, от страна на УО не е предложена допълнителна финансова корекция върху разходите.

Констатация № 2 – Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на Възложителя по Обособена позиция 4: Нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Установено е, че съгласно Приложение № 4 – „Методика за определяне на комплексната оценка на офертите“ от документацията за обществената поръчка, на техническа оценка подлежат само оферти, чиито предложения за изпълнение на съответната обособена позиция отговарят на изискванията на Възложителя, техническите спецификации и приложимата нормативна уредба. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата. Констатирано е, че в Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите е посочено, че за формиране на оценка по показател Т2 – „Работа в режим на прекъсване на влаковото движение“ – „прозорци“, участникът трябва да опише предложените от него влакови и електрически „прозорци“ по брой и времетраене в часове, които ще са му необходими за изпълнение на строителните дейности. Допълнително е пояснено, че данните подлежат на оценка, съгласно методиката за оценка и трябва да бъдат предоставени в технологията за изпълнение на строителните дейности по съответната обособена позиция, в табличен вид – съгласно таблица № 1 към методиката. В таблица № 1 към методиката за определяне на комплексната оценка на офертите, Възложителят е посочил начин на изчисление и формула, по която следва да бъде изчислена подлежащата на оценяване „продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“. На оценка подлежи общата продължителност на „прозорците“.

Установено е, че съгласно Раздел II „Технология за изпълнение на строителните дейности“, Приложение А, „Специфични изисквания за изготвяне на техническото

предложение на участник по съответната обособена позиция“ от Приложение № 4 „Методика за определяне на комплексната оценка на офертите“; „броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“, трябва да са видни от предложената от всеки участник по съответната обособена позиция технология за изпълнение на строителните дейности и от работния график. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшното участие в процедурата.

От същия раздел на Приложение А към методиката за определяне на комплексната оценка на офертите е установено, че, техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата, в случай че:

- „посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работния график“;

- „дейностите, предвидени за изпълнение във влакови и електрически „прозорци“, описани в технологията за изпълнение на строителните дейности, не съответстват на дейностите, предвидени за изпълнение във влакови и електрически „прозорци“, описани в Работния график“.

Посочено е, че с Решение № 15/19.02.2021 г. на генералния директор на ДПНЖИ, Възложителят е определил за Изпълнител по Обособена позиция № 4 участникът „Трейс Груп Холд“ АД. Акцентирано е, че на стр. 796 от офертата на „Трейс Груп Холд“ АД, като част от Раздел II „Предложение за изпълнение на поръчката по обособена позиция № 4“ /Образец № 2-4 от Документацията за участие/, в табличен вид от страна на участника е представена информация за влаковете и електрически „прозорци“ /вид, брой и продължителност/, които предвижда да ползва за изпълнение на обекта, както следва:

- 14 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 6 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ – 36 часа;

- 2 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 4 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на прозорци – 8 часа;

- 16 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 2 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ – 44 часа.

Посочената в колона 6 „Продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на прозорци“ /Ппр/ не съответства на броя /Б./ и Времетраенето на прозорците /Впр/, посочени съответно в колона 5 и колона 4 на таблицата към Раздел II на „Предложение за изпълнение на поръчката за обособена позиция № 4“. Установено е, че същата не е определена от участника чрез прилагане на формулата, посочена в колона 6 на таблица № 1 към методиката за определяне на комплексната оценка на офертите /Приложение 4 от документация за участие/, а именно – като произведение на броя /Б./ и времетраенето на прозорците /Впр/ от съответния вид. В резултат на това положение подлежащата на оценка на обща продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ е прието, че е изчислена неправилно от участника на 88 часа, вместо на 124 часа съгласно формулата, посочена в таблица № 1 към методиката за оценка на офертите /Приложение № 4 от документацията за участие/. В методиката за оценка на офертите е установено, че не е предвидена възможност за преизчисляване на общата продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ от страна на комисията. Допуснатият от участника пропуск, е прието, че не

дава възможност за формиране на обективна оценка по показател Т2 от Методиката /Приложение № 4 от документацията за участие/.

Констатирано е още, че на стр. 855 от офертата на „Трейс Груп Холд“ АД, в Работния график за изпълнение на дейностите по изграждане на съоръженията /Раздел IV от „Предложение за изпълнение на поръчката за обособена позиция № 4“/ са посочени общо 30 броя влакови и електрически „прозорци“ /ID № 7 до ID № 24/, в това число:

- 6 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца 6 часа;
- 2 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца 4 часа;
- 22 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца 2 часа.

Посочено е от страна на УО, че броят и продължителността на влаковете и електрическите „прозорци“, посочени в таблицата към Раздел II от „Предложение за изпълнение на поръчката по обособена позиция № 4“ /Образец № 2-4 от Документацията за участие/, /стр. 796/, не съответства на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в работния график /стр.855 от офертата/ на „Трейс Груп Холд“ АД. Съгласно предварително обявените от Възложителя условия за възлагане на поръчката, за комисията е било налице основание да предложи участника за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата. От страна на УО е посочено, че комисията по разглеждане и оценка на офертите не е установила несъответствията между изискванията на Възложителя и техническото предложени на избрания участник, както и несъответствията между отделните части от техническото предложение на участника. В резултат на това вместо да бъде отстранен, тъй като офертата му не отговаря на обявените изисквания, Възложителят е сключил договор за възлагане на обществена поръчка с участника „Трейс Груп Холд“ АД.

В тази връзка е прието, че е налице нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Въз основа на установеното е прието, че констатираното нарушение попада в хипотезата на 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 ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор.

При определяне на финансовото влияние на нарушението, от страна на УО е взето предвид следното:

- Възложителят е приложил открита процедура, съгласно чл. 18, ал. 1 от ЗОП и същата е обявена в ОВ на ЕС;
- По Обособена позиция № 4 са подадени две оферти.

3. Констатация № 3 – неоснователно отстранен участник по Обособена позиция № 6: Нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Установено е, че е с Решение № 17/19.02.2021 г. е отстранен участникът Д. „И. Надлези“ по Обособена позиция № 6 на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Като единствен мотив за отстраняването на този участник е, че същият е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката, и е неподходяща по смисъла на § 2, т. 25 от ДР на ЗОП, тъй като е представено техническо предложение, в което броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“, посочени в Технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на броя и продължителността на посочените влакови и електрически „прозорци“ в Работния график. В решението на Възложителя е посочено, че констатациите, мотивите, изводите и заключенията са подробно обективирани в Протокол № 16/11.01.2021 г. В Протокол № 16/11.01.2021 г. от страна

на комисията е констатирано следното несъответствие: „В представения Работен график за изпълнение на дейности по изграждане на съоръженията /надлези/, описаният брой и продължителност на влакови и електрически „прозорци“ са както следва: 28 броя с времетраене 2 часа. Така посоченият брой и продължителност не отговарят на посочените в представената от участника Технология за изпълнение на строителните дейности, където в табличен вид е представен брой и продължителност на влаковете и електрически „прозорци“, както следва: 30 броя с продължителност 2 часа“. В допълнение, в мотивите на комисията е посочено, че „продължителността на предлаганите прозорци в Раздел II. Технология за изпълнение на строителните дейности е 60 часа, което не съответства на посоченото в Работния график – 56 часа“.

Посочено е, че в хода на проверката на офертата на отстранения участник и мотивите за неговото отстраняване от страна на УО е установено следното: В Раздел II „Технология за изпълнение на строителни дейности“ на Предложението за изпълнение на поръчката /стр.233 от офертата/, в табличен вид е представена информация за брой, вид и продължителност на влаковете и електрическите „прозорци“, както следва: 30 броя с времетраене на прозореца 2 часа и изчислена обща продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ 60 часа.“

В текстовата част към Раздел IV „Работен график“ на Предложението за изпълнение на поръчката /стр.391 и 392 от офертата/, е посочено, че „Изпълнителят възнамерява да използва 60 часа влакови прозорци“. Описани са дейностите, които ще се изпълняват в режим на „прозорци“ номера от № 1 до № 30, всеки от които с продължителност 2 часа. Приложен е „Работен график за изпълнение на дейностите“ /стр. 405 до стр. 424 от офертата/, в който са посочени номерата на всичките 30 броя влакови и електрически влакови и електрически „прозорци“ /от № 1 до № 30/. Предвид посочената продължителност в текстовата част към Раздел IV „Работния график“ за всеки от прозорците – 2 часа, общата продължителност на влаковете и електрически „прозорци“ е 60 часа.

От страна УО е посочено, че извършената проверка на офертата на отстранения участник не потвърждава констатациите на комисията, отразени в Протокол № 16/11.01.2021 г. Анализът на техническото предложение на участника, води до извод, че посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в работния график. В тази връзка от страна на УО е прието, че изводите на комисията за провеждане на процедурата по възлагане на обществената поръчка, че са налице несъответствия между отделните части на техническото предложение на участника по отношение на т.нар. „прозорци“, не съответства на документите по процедурата. С оглед, на което от страна на УО е прието, че участникът е отстранен неоснователно от по-нататъшно участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка, което по своята същност представлява нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП

Въз основа на установеното е прието, че констатираното нарушение попада в хипотезата на 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 ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор.

За осъществения последващ контрол бенефициентът е уведомен с Писмо изх. № 10-22-80/31.01.2023 г. на Ръководителя на УО, предоставен му е срок от две седмици

за представяне на писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, както и с правото да представи допълнителни доказателства /л.44-51,т.1/.

От страна на жалбоподателя-бенефициер е депозирано Възражение с рег. № 10-22-80/10.02.2023 г., което е обсъдено подробно от УО, и е прието за неоснователно и недоказано.

Поради установеното в хода на проверката, от страна на УО е прието, че е налице нарушение по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ, обн. ДВ, бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г./, което е основание за извършване на финансова корекция, тъй като е налице:

1. Ограничително изискване /Договор № 11504/16.09.2021 г. за Обособена позиция № 1; Договор № 11403/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 3; Договор № 11409/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 5/, което представлява нарушение на чл. 59, ал. 6 вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП вр. чл. 3, ал. 3 от З.;

2. Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на Възложителя /Договор № 11402/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 4/, което представлява нарушение на чл. 107, т. 2, „а“ вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП;

3. Неоснователно отстранен участник /Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6/, което представлява нарушение на чл. 107, т. 2, „а“ вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

В тази връзка и с оглед установеното и на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ за констатираните нарушения по т. 11, б. „б“ /Договор № 11504/16.09.2021 г. за Обособена позиция № 1; Договор № 11403/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 3; Договор № 11409/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 5/ и т. 14 /Договор № 11402/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 4 и Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6/ 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ е издадено Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г., с което на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ е определена финансова корекция:

1. В размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11504/16.09.2021 г. за Обособена позиция № 1 на стойност 5 196 405.89 лв. без ДДС /5 375 623.38 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител Д. „И. Надлези“;

2. В размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11403/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 3 на стойност 6 323 853.89 лв. без ДДС /6 544 804.32 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Трейс Груп Холд“ АД;

3. В размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11402/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 4 на стойност 6 819 859.04 лв. без ДДС /7 058 698.85 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Трейс Груп Холд“ АД;

4. В размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11409/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 5 на стойност 4 475 064.56 лв. без ДДС /4 632 837.49 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД;

5. В размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6 на

стойност 6 364 216.89 лв. без ДДС /6 588 397.1 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД.

С решението е определено, че финансовата корекция по:

1. Договор № 11504/16.09.2021 г. за Обособена позиция № 1 има влияние в размер на 25 982.03 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., както и че същата има влияние в размер на 25 982.03 лв. върху размера на сертифицираните разходи на Европейската комисия;
2. Договор № 11403/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 3 има влияние в размер на 34 880.89 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., както и че същата има влияние в размер на 34 880.89 лв. върху размера на сертифицираните разходи на Европейската комисия;
3. Договор № 11402/23.04.2021 г. за Обособена позиция № 4 има влияние в размер на 170 496.48 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., както и че същата има влияние в размер на 170 496.48 лв. върху размера на сертифицираните разходи на Европейската комисия;
4. Договор № 11409/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 5 има влияние в размер на 25 416.31 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., както и че същата има влияние в размер на 25 416.31 лв. върху размера на сертифицираните разходи на Европейската комисия;
5. Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6 има влияние в размер на 181 647.33 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., както и че същата има влияние в размер на 181 647.33 лв. върху размера на сертифицираните разходи на Европейската комисия.

Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г. на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. е връчено на жалбоподателя на 08.03.2023 г. /л.12/.

По делото е допусната съдебно-техническа експертиза с вещо лице магистър инженер А. А. К., която е даде заключение по следната задачи, поставени от жалбоподателя:

1. Какъв е посоченият брой и продължителност на влакови и електрически прозорци по дейности в Техническото предложение, Раздел две: Технология за изпълнение на строителни дейности, т. 6 Влакови и електрически прозорци, представени в Таблица „Описание и режим на работа за всяка една строителна дейност“ от стр. 798 до стр. 806 и какъв е брой и продължителност влакови и електрически прозорци по дейности, оферирани от участника в техническото му предложение част Работен график?;
2. Дейностите, предвидени за изпълнение във влакови и електрически прозорци, описани в Техническото предложение, част Технология за изпълнение на строителните дейности т. 6 Влакови и електрически прозорци, представени в Таблица „Описание на режима на работа за всяка една строителна дейност“ от стр. 798 до стр. 806, съответстват ли на дейностите, предвидени за изпълнение във влаковите и електрически прозорци, описани в Работния график?;
3. Каква е посочената обща продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на прозорци, оферирани от участника в Техническото му предложение, Раздел 2: Технология за изпълнение на строителните дейности и посочената от него продължителност на прекъсванията на влаковото движение в

режим на прозорци, оферирани в Техническото му предложение, част Работен график?

По първия въпрос от страна на вещото лице е установено, че посоченият брой и продължителност на „прозорците“ по дейности в Техническото предложение, Раздел 2, т. 6 възлиза на 31 броя прозореца с обща продължителност 92 часа. В ситуация на припокриване на един прозорец от 4 часа за две паралелни извършвани дейности в един прозоречен период от 4 часа. Според СТЕ следва да се намалят прозорците с 1 брой и да се считат, че са 30 броя и съответно с продължителност 88 часа, а оферираниите от „Трейс Груп Холд“ АД в техническото му предложение, част Работен график възлиза на 88 часа.

По втория въпрос от страна на вещото лице е посочено, че дейностите съответстват. По третия въпрос съгласно СТЕ, в текста е посочена обща продължителност 88 часа. В таблицата на стр. 796 от Технология за изпълнение също като краен резултат в долната дясна колона на таблицата е посочена сумата от 88 часа въпреки явната математическа грешка в изчисленията, които следва да се направят с поместените стойности в таблицата. При коректно изчисление на написаните в таблицата цифри, съгласно СТЕ ще се получава сума от 124 часа.

В заключението е посочено изрично, че предмет на експертизата е Обособена позиция № 4 от проектната документация, а именно „Проектиране и изграждане на един нов пътен подлез на км. 114 + 730 и на един нов пътен надлез км. 119 + 450 в железопътния участък К. – Х. А.“. В Приложение 4 от Методиката за определяне на комплексната оценка на офертите за Обособена позиция № 4 – „Проектиране и изграждане на един нов пътен подлез и на един нов пътен надлез“, като за тази позиция са определени минимално 30 броя влакови и електрически прозорци, а общата продължителност на прозорците не трябва да превишава 150 часа.

СТЕ установява, че в Раздел за изпълнение на строителните дейности, т. 6 Влакови и електрически прозорци в офертата на „Трейс Груп Холд“ АД за строежа на 1 брой пътен надлез и на 1 брой пътен подлез на км. 119 +450 в железопътния участък К. – Х. А. по Обособена позиция № 4 в табличен вид са представили и са предвидили да използват общо 88 часа прозорци, които ще бъдат разпределени в 30 броя влакови и електрически прозорци /стр. 796/. Експертизата посочва, че въпреки явно сгрешените изчисления в табличната част, то в текста под таблицата на стр. 796 от офертата с думи и цифри е изписано, че са предвидени общо 88 часа прозорци, разпределени в 30 броя влакови и електрически прозорци.

В констативно-съобразителната част на СТЕ, от страна на вещото лице е направен подробен анализ за описанието на режима на работа по Обособена позиция № 4 за всяка строителна дейност в Техническото описание от „Трейс Груп Холд“ АД от стр. 243 до 251. От страна на вещото лице е посочено, че има една особеност – при вглеждане в дните, в които е предвидено да се изработят дейностите се забелязват две дейности, които са предвидени да се изпълняват по едно и също време, т.е паралелно и това е ден 218-ти, когато едновременно ще бъдат монтирани парапети и предпазни пана над контактната мрежа в един времеви прозорец от 4 часа и също е предвидено да се изпълни монтаж на заземлението на надлеза в един прозорец от 4 часа. В такъв случай следва да се редуцират броят на прозорците в този ден само до един брой прозорец от 4 часа, а не два броя, защото и двете дейности са изпълнени в рамките на прозореца от 4 часа за този ден. За това крайният резултат ще бъде следният:

6 прозореца по 6 часа = 36 часа;

2 прозореца по 4 часа = 8 часа;

22 прозореца по 2 часа = 44 часа

Или общо 30 прозореца за 88 часа.

Съдът ще коментира приетото и неоспорено от страните експертно заключение при излагане на своите правни изводи.

В хода на съдебното производство към доказателствения материал по делото с приобщиха следните писмени доказателства:

Представени от жалбоподателя:

1. С молба от 19.06.2023 г., обособени като приложение по делото /л.414-417/.

Представени от ответника:

1. Писмо с рег. № 8310/05.03.2019 г. на ДПНЖИ до „Обединение ЖП Т.“ Д. /л.400-409/;

2. Опис на представени документи Образец 6 /стр.433-446/.

Предвид установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 от АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е **процесуално допустима**.

Разгледана по същество, жалбата е **частично основателна по следните съображения:**

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, Съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК:

На първо място в центъра на правните отношения в системата на публичните средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) стои бюджетът на ЕС и националният бюджет. Органите в системата на публичните средства от ЕСИФ действат при условията на обвързана компетентност. Те следва да държат сметка, че предоставянето на парични трансфери с източник от ЕСИФ е инвестиционна политика в средносрочен и дългосрочен план. Тя има за цел подобряването на конкурентоспособността на българската икономика, регионалното развитие и ускоряване на процеса на сближаване. Изразходването на средствата от ЕСИФ следва да бъде осъществявано при спазване на принципите на ефективност, публичност и прозрачност.

Съдът намира, че оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г., е издадено от компетентен административен орган – М. Г., Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“, оправомощен със Заповед № РД-08-201/05.05.2022 г. на Министър на транспорта и съобщенията за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. /л.387, т. II/.

Оспореният административен акт е издаден и в предвидената от закона форма, при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност. 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. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на жалбоподателя да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такива възражения са представени от

жалбоподателя на 10.02.2023 г., които са обсъдени от административния орган в оспореното по настоящето дело решение за налагане на финансова корекция.

Относно приложението на материалния закон, Съдът намира следното:

Съгласно чл. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/, с нея се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства в ЕСИФ, и които представляват основания за извършване на финансова корекция, както и минималните, и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции. Според чл. 2 от същата наредба, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в Приложение № 1.

Съгласно оспореното в настоящето съдебно производство решение, при възлагането на обществената поръчка са извършени три отделни нарушения, даващи необосновано ограничаващи участието на стопански субекти в обществената поръчка, чрез въведено ограничително изискване, избран изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на Възложителя и неоснователно отстранен участник в процедурата по възлагане на обществена поръчка.

1. Относно Констатация № 1 – въведено ограничително изискване, представляващо нередност по т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/:

Съдът намира жалбата за **неоснователна** в тази част. Съображенията в тази насока са следните:

Според оспореното решение, в проведената процедура по възлагане на обществена поръчка по Обособени позиции № 1, № 3 и № 5 е извършено едно и също нарушение на ЗОП, квалифицирани като „нередност“ по т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/.

В т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности попада използването на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящето приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. По б. „б“ нередността се отнася до случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

В процесния случай от страна на Р. е констатирано едно и също нарушение, свързано с поставяне от Възложителя на незаконосъобразно изискване по Обособена позиция № 1, № 3 и № 5, което е квалифицирано като „нередност“ по т. 11, б. „б“ в зависимост от броя на получените оферти, т.е. дали е осигурено минимално ниво на конкуренция.

Според нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки, възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано

ограничават участието на стопански субекти в обществени поръчки.

В настоящия случай спорното е дали като е поставено изискване всеки член на обединението, който ще изпълнява дейности по строителството да е регистриран в ЦПРС за строежи от втора група, Възложителят необосновано е ограничил участието на стопански субекти, респективно от негова страна е извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Нормата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП /в приложимата към датата на обявяване на обществената поръчка редакция/ при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен акт или административен акт, и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

От анализа на тази законова норма, следва, че принципът, възприет от законодателя, е да не се изисква доказване на съответствието с критериите за подбор от всеки участник в обединението, което не е юридическо лице. Изключение се допуска, т.е. допустимо е да се изисква доказване на съответствието с критериите за подбор от всеки участник в обединението, ако се касае за регистрация, представяне на сертификат или друго условие, което е необходимо за изпълнение на поръчката според изискванията на нормативен или административен акт. В процесния случай, от страна на ответния административен орган е отбелязано, че няма подобно изискване, следващо от нормативен или административен акт.

Съгласно нормата на чл. 3, ал. 3 от З., когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Строителните и монтажни работи по ал. 2 са строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закон за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция „Строителство“, за които строителите подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. Следователно, когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, не е необходимо всички участници в обединението да са вписани в регистъра, достатъчно е поне един от тях да има съответната регистрация в ЦПРС.

При така установеното, след като в З. не е въведено изискване всеки участник в обединението да е вписан в ЦПРС, и няма данни такова изискване да произтича от административен акт, то не е налице хипотезата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП, при която се допуска възможност да се предвиди доказване на съответствието с критериите за подбор от всяко от лицата, включени в обединението. С поставяне на такова изискване, безспорно от страна на Възложителя е допуснато нарушение на чл. 59, ал. 6 от ЗОП, като по този начин е ограничена възможността за участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка на обединения, в които само едно или няколко от включените лица са вписани в ЦПРС за посочената категория строежи. Това обективно е довело до ограничаване на конкуренцията в нарушение на забраната, визирана в чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Съответно, след като по Обособена позиция № 1 от три оферти са допуснати две до участие, по Обособена позиция № 3 от четири оферти до участие са допуснати три и по Обособена позиция № 5 са получени осем, от които шест са допуснати до участие, то безспорно нередността попада в хипотезата на т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/. В тази връзка неоснователни са изложените възражения на жалбоподателя, отделно с Решение № 1290/07.02.2023 г., постановено по административно дело № 7463/2022 г., е потвърдено в като правилно и законосъобразно Решение № ФК-4/23.02.2022 г. на Ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., с което на основание чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП вр. чл. 3, ал. 3 от З. е наложена финансова корекция на същото основание на същия бенефициер.

Следва да се посочи, че законосъобразно от страна на Р., не е наложена финансова корекция по Договор № 11398/16.04.2021 г. по Обособена позиция № 2 с Изпълнител Д. „Надлези МХ-КЛ“, тъй като по същия е установена нередност, за която с Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/19.01.2022 г. е наложена финансова корекция в размер на 25 % върху разходите, не следва да бъде налагана финансова корекция по този договор предвид принципа за некумулиране на корекциите и прилагане на най-високата от тях. Относно Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/19.01.2022 г., настоящият съдебен състав след извършена справка в съдебно-деловодната система на АССГ, установи, че с Решение № 3511/26.05.2022 г., постановено по административно дело № 999/2022 г. по описа на АССГ, решението за финансова корекция е потвърдено като правилно и законосъобразно. С Решение № 11551/13.12.2022 г., постановено по административно дело № 7368/2022 г. по описа на ВАС, решението на АССГ е оставено в сила.

Законосъобразно по договорите за Обособена позиция № 4 и № 6, и предвид установени други нередности и принципа на некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, от страна на Р. не е предложено налагане на допълнителна финансова корекция.

В тази връзка е предвид установеното, Съдът счита за правилни и законосъобразни изводите на ответния административен орган, съответно оспореният административен акт в тази част е правилен и законосъобразен, а жалбата неоснователна и недоказана.

2. Относно Констатация № 2 – Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на Възложителя по Обособена позиция 4:

Съдът намира жалбата **неснователна** в тази част. Съображенията в тази насока са следните:

Съгласно нормата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП освен основанията по чл. 54 и чл. 55, Възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. В нормата на чл. 31, ал. 1 от ЗОП, е законово регламентирано съдържанието на документацията за участие, като в т. 3 фигурира методиката за определяне на комплексната оценка на офертата, когато е приложимо, а в т. 4 образци на документи, както и указание за подготовката им. По делото не е спорно между страните, че Методиката за оценка на офертите е икономически най-изгодна оферта оптимално съотношение количество-цена, както и че оценката ще се извърши поотделно за всяка обособена позиция, при избрани критерии за възлагане: Критерии за качество – Предложение за проектиране с тежест 10, Работа в режим на прекъсване на влаковото движение – „прозорци“ с тежест 15, Среден седмичен напредък ТЗ и показател Ц. с тежест 60.

В документацията за възлагане на обществена поръчка, Приложение № 4 „Методика за определяне на комплексната оценка на офертите“ се установява, че на техническа оценка подлежат само оферти, чиито предложения за изпълнение на съответната обособена позиция отговарят на изискванията на Възложителя, техническите спецификации и приложимата нормативна уредба. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен

за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата.

Видно от Методиката за определяне на комплексната оценка на офертите е, че за формиране на оценка по показател Т2 – „Работа в режим на прекъсване на влаковото движение“ – „прозорци“, от страна на участника следва да се опишат предложените от него влакови и електрически „прозорци“ по брой и времетраене в часове, които ще са му необходими за изпълнение на строителните дейности. Допълнително е пояснено, че данните подлежат на оценка съгласно методиката за оценка и следва да бъдат представени в технологията за изпълнение на строителните дейности по съответната обособена позиция, в табличен вид – съгласно таблица № 1 към методиката за оценка на офертите. В таблица № 1 към методиката за определяне на комплексната оценка на офертите от страна на Възложителя е посочен начин на изчисление и формула, по която следва да бъде изчислена подлежащата на оценяване „продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“. Като на оценка подлежи общата продължителност на „прозорците“.

Съгласно Раздел II „Технология за изпълнение на строителните дейности“, Приложение А, „Специфични изисквания за изготвяне на техническо предложение на участник по съответната обособена позиция“ от Приложение № 4 „Методика за определяне на комплексната оценка на офертите“: „броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“ трябва да са видни от предложената от всеки участник по съответната обособена позиция технология за изпълнение на строителните дейности и от Работния график. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата.“

Освен това от същия раздел на Приложение А към методиката за определяне на комплексната оценка на офертите, техническото предложение няма да се оценява, а участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата, в случай, че: „посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работен график“ и „дейностите, предвидени за изпълнение на влакови и електрически „прозорци“, описани в технологията за изпълнение на строителните дейности, не съответстват на дейностите, предвидени за изпълнение във влакови и електрически „прозорци“, описани в Работния график“.

Участникът, класиран и определен за Изпълнител по Обособена позиция № 4 - „Трейс Груп Холд“ АД, по отношение на който е констатирано от Р. несъответствие на офертата с изискванията на Възложителя, се установи по делото че е представил Предложение за изпълнение на поръчката по Обособена позиция № 4. В същото в табличен вид от страна на участника е представена информация за влаковете и електрически „прозорци“ /вид, брой и продължителност/, които предвижда да ползва за изпълнение на обекта: 14 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 6 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ – 36 часа; 2 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 4 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ – 8 часа и 16 броя „прозорци“ с времетраене на прозореца – 2 часа и продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ – 44 часа.

Както се посочи по-горе, от страна на Р. е констатирано, че посочената в колона 6 „Продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на прозорци“ /Ппр/ не съответства на броя /Б./ и Времетраенето на прозорците /Впр/, посочени в колони 5 и 4 към таблицата към Раздел II на „Предложение за изпълнение на поръчката за Обособена позиция 4“. Прието е, че същата не е определена от участника чрез прилагане на формулата, посочена в колона 6 на Таблица № 1 към

Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите /Приложение № 4 от Документацията за участие/, а именно – като произведение на броя /Б./ и времетраене на прозорците /Впр/ от съответния вид. В тази връзка е направен извод, че в резултат на това подлежащата на оценка обща продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ неправилно е изчислена от участника на 88 часа, вместо 124 часа съгласно формулата, посочена в таблица № 1 към методиката за оценка на офертите. От страна на административния орган е изрично посочено, че в методиката за оценка на офертите не е предвидена възможност за преизчисляване на общата продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ от страна на комисията на Възложителя, както и че така допуснатия пропуск от участника не дава възможност за формиране на обективна оценка по Показател Т2 от Методиката.

Освен това е установено, че на стр. 855 от офертата на „Трейс Груп Холд“ АД, в Работния график за изпълнение на дейностите по изграждане на съоръженията /Раздел IV от Предложението за изпълнение на поръчката за Обособена позиция № 4/ са посочени общо 30 броя влакови и електрически прозорци /ID № 7 до ID № 24/, в т.ч. – 6 броя прозорци с времетраене на прозореца 6 часа; 2 броя прозорци с времетраене на прозореца 4 часа и 22 броя прозорци с времетраене на прозореца 2 часа. Прието, че броят и продължителността на влаковите и електрическите прозорци, посочени в таблицата към Раздел II от предложението за изпълнение на поръчката за Обособена позиция № 4 /стр.796 от офертата/, не съответства на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в работния график /стр. 855 от офертата/ на „Трейс Груп Холд“ АД. В тази връзка е прието, че с оглед предварително обявените от Възложителя условия за възлагане на обществена поръчка, за комисията е било налице основание да предложи участника за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата.

По делото в тази връзка е допусната и приета СТЕ, която Съдът кредитира като ярна и безпротиворечива. Видно от същата е, че въпреки сгрешените изчисления в табличната част, то в текста под таблицата на стр. 796 от офертата са изписани с думи и цифри, че са предвидени общо 88 часа прозорци, разпределени в 30 броя влакови и електрически прозорци. В таблицата за описание на режимната работа по Обособена позиция 4, експертната установява, че за всяка строителна дейност в Техническото описание от „Трейс Груп Холд“ АД от стр. 243 до 251 от делото в най-дясната колона е посочен режимът на работа, като само за някои видове дейности има предвидени времеви и електрически прозорци /ВиЕП/. Видно от констативно-съобразителната част на СТЕ, от страна на вещото лице са посочени същите за кои конкретни дейности са предвидени и по колко часа. В резултат от страна на вещото лице е установено следното: 6 прозореца по 6 часа = 36 часа; 3 прозореца по 4 часа = 12 часа; 22 прозореца по 2 часа = 44 часа или общо 31 прозореца за 92 часа.

Изрично е посочено наличието на една особеност – при вглеждане в дните, в които е предвидено да се изработят дейностите се установяват две дейности, които са предвидени да се изпълняват по едно и също време, т.е паралелно и това е ден 218-ти, когато едновременно ще бъдат монтирани парапети и предпазни пана над контактната мрежа в един времеви прозорец от 4 часа, и също е предвидено да се изпълни монтаж на заземлението на надлеза в един прозорец от 4 часа. Съгласно СТЕ в такъв случай следва да се извърши редукция на броя на прозорците в този ден само до един брой прозорец от 4 часа, а не 2 броя, защото и двете дейности са изпълнени в рамките на прозореца от 4 часа за един ден. В тази връзка крайният резултат е следният: 6 прозореца по 6 часа = 36 часа; 2 прозореца по 4 часа = 8 часа и 22 прозореца по 2 часа = 44 часа или общо 30 прозореца за 88 часа.

В заключение е установено, че посоченият брой и продължителност на „прозорците“ по дейности в Техническото предложение, Раздел 2, т. 6 възлиза на 31 броя прозореца с обща продължителност 92 часа. В ситуация на припокриване на един прозорец от 4 часа за две паралелни извършвани дейности в един прозоречен период от 4 часа. Според СТЕ следва да се намалят прозорците с 1 брой и да се считат, че са 30 броя и съответно с продължителност 88 часа, а оферираните от „Трейс Груп Холд“ АД в техническото му предложение, част Работен график възлиза на 88 часа.

Съгласно СТЕ, в текста е посочена обща продължителност 88 часа. В таблицата на стр. 796 от Технология за изпълнение също като краен резултат в долната дясна колона на таблицата е посочена сумата от 88 часа въпреки явната математическа грешка в изчисленията, които следва да се направят с поместените стойности в таблицата. При коректно изчисление на написаните в таблицата цифри, съгласно СТЕ ще се получава сума от 124 часа. В ОСЗ, проведено на 07.03.2024 г., от страна на вещото лице бе заявено, че на л. 241, т.1 от делото е приложена таблица, в която в крайна дясна колона, най-долу е посочена сумата от 88. След извършване на изчисленията на посочените в таблицата по-горе стойности не се получава сбор от 88, а сбор от 124. Касае се за техническа грешка. Крайната стойност е вярна, но описаните вътре стойности са погрешно въведени. След математическо изчисление на посочените в таблицата стойности, вещото лице установява сбор от 124.

Действително при математическо изчисление на посочените стойности в Таблицата на л.241 от Техническото предложение на „Трейс Груп Холд“ АД, се установява следния резултат – Прозорци с времетраене 6 часа: 6 часа /Впр/ x 14 /Б./ = 84; Прозорци с времетраене 4 часа: 4 часа /Впр/ x 2 /Б./ = 8; Прозорци с времетраене 2 часа: 2 /Впр/ x 16 /Б./ = 32 или общ сбор $84+8+32 = 124$. Правилни са изводите на вещото лице за погрешно изчислени общи суми в колона „Продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на „прозорци“ Ппр“. Установява се, че вместо цифрата 84, е въведена погрешно цифрата 36, вместо цифрата 32 е погрешно въведена цифрата 44. Безспорно и без да са необходими специални знания и умения, Съдът установи, че се касае за техническа изчислителна грешка, която реално не променя представеното от участника предложение – 124 часа. От друга страна, видно от текстовата част на таблицата е, че от страна на участника е посочено изрично, „продължителността на прекъсванията на влаковото движение в режим „прозорци“ се предвижда да бъде 88 часа /Ппр. = 88 часа/, същите са разпределени в 30 броя влакови и електрически прозорци“.

С оглед на установеното, Съдът намира изводите на административния орган за допуснато нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП за законосъобразни и обосновани. В процесния случай, СТЕ по делото установява действително допуснатата математическа грешка при изчислението, но от друга страна от участника, видно от представеното от него техническо предложение е изрично посочено - *„продължителността на прекъсванията на влаковото движение в режим „прозорци“ се предвижда да бъде 88 часа /Ппр. = 88 часа/, същите са разпределени в 30 броя влакови и електрически прозорци“*. Следователно налице съществено разминаване между действително изчисленото и описано словом.

Видно от методиката за оценка на офертите е, че не е предвидена възможност за преизчисляване на общата продължителност на прекъсванията на влаковото движение в режим на прозорци от страна на комисията. В тази връзка допуснатият от участника пропуск действително не дава възможност за формиране на обективна оценка по показател T2 /Работа в режим на прекъсване на влаковото движение – „прозорци“/ от Методиката. Отделно в Работния график за изпълнение на дейностите на участника са посочени общо 30 броя влакови и електрически прозорци /ID № 7 и ID

№ 24/ - 6 броя прозорци с времетраене на прозореца 6 часа или общо 36; 2 броя прозорци с времетраене на прозореца 4 часа или общо 8; 22 броя прозорци с времетраене на прозореца 2 часа или общо 44 – 88 часа.

Безспорно при задълбочен преглед на офертата на участника се установява, че броят и продължителността на влаковете и електрическите прозорци, посочени в таблицата към Раздел II от предложението за изпълнение на поръчката за Обособена позиция № 4 не съответства на представените като брой и продължителност влакови и електрически прозорци в работния график.

Видно от Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите е, че когато посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работния график, то техническото предложение няма да се оценява, а Участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата. Както и, че дейностите, предвидени за изпълнение на строителните дейности трябва да съответстват на дейностите, предвидени за изпълнение във влакови и електрически „прозорци“, описани в Работния график. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а Участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата. Броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“ трябва да са видни от предложената от всеки Участник по съответната Обособена позиция технология за изпълнение на строителните дейности и от Работния график. Ако това условие не е изпълнено, то техническото предложение няма да се оценява, а Участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата /<https://zop.railinfra.bg:3737/>.

Следва да се има предвид, че приетата по делото СТЕ не може да санира установеното нарушение, а именно, допуснат е участник, чието техническо предложение не отговаря на изискванията, заложиени от Възложителя. Тук следва да се има предвид и нормата на чл. 104, ал. 5 от ЗОП, съгласно която при разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. От участниците може да се изиска да предоставят разяснения или допълнителни доказателства за данни, посочени в офертата. Проверката и разясненията не могат да водят до промени в техническото и ценовото предложение на участниците. В случая, Възложителят не е могъл да изиска и разяснения, защото това води до промяна на техническото предложение на участника. Следвало е този участник да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, като не е сторил това Възложителят е допуснал вмененото му нарушение.

Установеното нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ вр. чл. 2, ал. 1 от ЗОП е законосъобразно квалифицирано 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ - критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. За установеното нарушение в условията на обвързана компетентност правилно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент – 25 %. Не се кредитират възраженията на жалбоподателя, че не е налице нарушение, нито „нередност“ по смисъла на наредбата. Съгласно чл. 1, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., със същата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на

изпълнител по Глава Четвърта от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/. Националното законодателство и законодателството на ЕС, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013 г., не поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност съществува и когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на нормата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на ЕС, дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. В този смисъл е практиката на съда на ЕС /Решение от 26.05.2016 г. по преюдициални запитвания по съединени дела C-260/14 и C-261/14 г./ и в практиката на ВАС /Решение № 9211/27.07.2016 г., постановено по административно дело № 6473/2016 г. и Решение № 4170/20.04.2023 г., постановено по административно дело № 10022/2022 г. по описа на ВАС/. При така установеното, Съдът намира жалбата в тази част за неоснователна и недоказана, поради което същата следва да се отхвърли, а оспореното решение за налагане на финансова корекция в тази част да с потвърди като правилно и законосъобразно.

3. Относно Констатация № 3 – Неоснователно отстранен участник по Обособена позиция № 6:

Съдът намира жалбата **основателна** и в тази част. Съображенията в тази насока са следните:

Нормата на чл. 2, ал. 1 от ЗОП, определя, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

Разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, определя, че освен основанията по чл. 54 и чл. 55 от ЗОП, Възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на обществената поръчка.

От представените по делото доказателства се установи, че с Решение № 17/19.02.2021 г. е отстранен участникът Д. „И. Надлези“ по Обособена позиция № 6 на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Видно от Протокол № 16/11.02.2021 г. на комисията на Възложителя, участникът е отстранен от по-нататъшно участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка, поради това, че от негова страна е представена оферта, неотговаряща на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката и същата се явява неподходяща по смисъла на § 2, т. 25 от ЗОП – представено е техническо предложение, в което броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“, посочени в технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на броя и продължителността на посочените влакове и електрически „прозорци“ в Работния график. Видно от протокола на комисията е, че същата установява, че в представения от участника Работен график за изпълнение на дейностите по изграждане на съоръженията /надлези/ описаният брой и продължителност на влаковете и електрически „прозорци“, са както следва: 28 броя с времетраене 2 часа. Прието е, че така посочените брой и продължителност не отговарят на посочените в представената от участника Технология за изпълнение на

строителните дейности, където в табличен вид е представен брой и продължителност на влаковете и електрически „прозорци“, както следва: 30 броя с продължителност 2 часа.

Съгласно изискванията на Възложителя, че информацията по отношение на броя и на продължителността на предлаганите от участника влакови и електрически „прозорци“ следва да бъде представена и в Раздел II „Технология за изпълнение на строителните дейности“, и в Раздел IV „Работен график“ – „Броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“ трябва да е видна от предложената от всеки участник ... технология за изпълнение на строителните дейности и от Работния график“ – съгласно Приложение № 4 „Методика за определяне на комплексната оценка на офертите“ от документацията за участие.

Изрично е посочено в Приложение А „Специфични изисквания за изготвяне на техническо предложение на участник по съответната обособена позиция“ от Методиката, т. IV „Работен график“, че в Работния график за изпълнение трябва да бъде отразено по подходящ начин ... броят и продължителността на влаковете и електрическите „прозорци“.

Съдът намира, че ясно е определено изискването на Възложителя, че посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности трябва да съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работния график – съгласно Приложение № 4 „Методика за определяне на комплексна оценка на офертите“ от документацията за участие, а именно: **Когато посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работния график, то неговото предложение няма да се оценява, а Участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата.** Съгласно Приложение А от Методиката, т. II и **Когато посочените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в Работния график не съответстват на представените като брой и продължителност влакови и електрически „прозорци“ в технологията за изпълнение на строителните дейности, то неговото предложение няма да се оценява, а Участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата – Приложение А от Методиката, т. IV.**

От страна на комисията е установено, че от страна на участника Д. „И. Надлези“ е представено Техническо предложение, в което броят и продължителността на влакови и електрически „прозорци“, посочени в Технологията за изпълнение на строителните дейности не съответстват на броя и продължителността на посочените влакови и електрически „прозорци“ в Работния график. Установено е, че броят на посочените прозорци е 30 в Раздел II „Технология за изпълнение на строителните дейности“, но броят на посочените прозорци е общо 28 в Раздел IV „Работен график“, а продължителността на предлаганите прозорци в Раздел II „Технология за изпълнение на строителните дейности“ е 60 часа, което от своя страна не съответства на посоченото в Работния график – 56 часа. Установено е, че броят и продължителността на влаковете и електрически „прозорци“ не е еднаква, което не отговаря на изискванията на поръчката.

От страна на административния орган е посочено, че в хода на проверката в текстовата част към Раздел IV „Работен график“ на предложението за изпълнение на поръчката /стр.391 и 392 от офертата/ е посочено, че „Изпълнителят възнамерява да използва 60 часа влакови прозорци“. Описани са дейностите, които ще се изпълняват

в режим на „прозорци“ с № 1 до № 30, всеки от които с продължителност 2 часа. Приложен е „Работен график за изпълнение на дейностите“ /стр.405 до стр.424 от офертата/, в който са посочени номерата на всичките 30 броя влакови и електрически „прозорци“ /от № 1 до № 30/. В тази връзка и на основание текстовата част към Раздел IV „Работен график“, е прието, че от страна на Възложителя е допуснато нарушение, изразяващо се в неоснователно отстраняване на участника в по-нататъшно участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка. Административният орган е приел, че офертата на Д. „И. Надлези“ отговаря на заложените от Възложителя технически изисквания.

Така направеният извод на административния орган, Съдът намира за незаконосъобразен. От доказателствата по делото безспорно се установява, че в техническото предложение на участника има разминавания, за същите на етап отваряне и разглеждане на техническо предложение, съществува императивно законово правило, че от страна на комисията не може да се изискват разяснения от участника поради установени несъответствия, тъй като това по своята същност представлява промяна на представеното техническо предложение. В тази връзка следва да се има предвид императивното правило на нормата на чл. 104, ал. 5 от ЗОП, съгласно която при разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. От участниците може да се изиска да предоставят разяснения или допълнителни доказателства за данни, посочени в офертата. Проверката и разясненията не могат да водят до промени в техническото и ценовото предложение на участниците.

При това, правилно от страна на помощния орган на Възложителя, участникът е отстранен от по-нататъшно участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка. В случая не се касае за техническа грешка при изчисляване, касае за съществено разминаване на съществени данни между „Технология за изпълнение на строителните дейности“ и „Работен график“, които са в основата на изпълнение на поръчката. В тази връзка, Съдът счита, че не налице допуснато нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ вр. чл. 2, ал. 1 от ЗОП, и следователно не е налице нередност по смисъла на 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/, поради което оспореният административен акт в тази част следва да бъде отменен като неправилен и незаконосъобразен.

При така установеното, Съдът, счита, че оспореното решение в частта Констатация № 3, с която е определена финансова корекция 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ е незаконосъобразно, поради което следва да бъде отменено.

В частта, касаеща установената нередност по т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ - Констатация 1 и установената нередност по Констатация 2 по т. 14 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/, Съдът намира, че решението е правилно и законосъобразно, поради което следва да бъде потвърдено.

По разноските в производството:

С оглед изхода на спора заявените от двете страни искания за присъждане на разноски се явяват основателни. Съдът следва да осъди Министерство на транспорта и съобщенията, в чиято структура се намира органът – ответник, направените по делото разноски, а именно – юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно разпоредбата на чл. 78, ал. 8 от ГПК във връзка с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл. 144 от АПК, в размер на 100.00 лв., както и 1 700.00 лв. за заплатена държавна такса и 500.00 лв. за заплатен депозит за вещо лице или общ размер съдебно-деловодни разноски – 2 300.00 лв. /две хиляди и триста лева/. Жалбоподателят следва да бъде осъден да заплати на ответника разноски за юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно разпоредбата на чл. 78, ал. 8 от ГПК във връзка с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл. 144 от АПК, в размер на 100.00 лв.

По изложените съображения, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III-то отделение, 60-ти състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. в частта, с която е констатирана 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 ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ и е наложена финансова корекция в размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по Договор № 11410/29.04.2021 г. за Обособена позиция № 6 на стойност 6 364 216.89 лв. без ДДС /6 588 397.1 лв. без ДДС с непредвидени разходи/ с Изпълнител „Щрабаг“ ЕАД /Констатация № 3/.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2023 г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. в останалата част като неоснователна и недоказана.

ОСЪЖДА Министерство на транспорта и съобщенията, да заплати на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ сторените по делото разноски в общ размер на 2 300.00 лв. /две хиляди и триста лева/.

ОСЪЖДА Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, да заплати на Министерство на транспорта и съобщенията сторените по делото разноси в общ размер на 100.00 лв. /сто лева/.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховен административен съд на Република България в четиринадесет дневен срок от съобщаването на страните за постановяването му.

СЪДИЯ: