

# РЕШЕНИЕ

№ 7264

гр. София, 24.11.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,**  
в публично заседание на 24.10.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Анета Юргакиева**

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **3463** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Образувано е по жалба на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ /ДП Н./, представлявано от генералния директор инж. З. К., срещу Решение № ФК-10/27.03.2023г., издадено от директора на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерството на транспорта и съобщенията в качеството на ръководител на Управляващия орган (УО) по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. /ОПТТИ/, с което е наложена финансова корекция: 1. в размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездната финансова помощ по договор № 11577/22.12.2021г. на стойност 3 123 933,69 лв. без ДДС с изпълнител „ТРЕЙС ГРУП ХОЛД“ АД; 2. в размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11592/08.02.2022 г. на стойност 5 563 476, 22лв. без ДДС с изпълнител „Зебра“ ООД.

С жалбата се иска отмяна на оспореното решение поради незаконосъобразност, липса на мотиви и необоснованост, както и нарушение на материалния закон, административнопроизводствените правила и несъответствие с целта на закона. Оспорват се констатациите на административния орган за допуснати нарушения на ЗОП – на чл.59, ал.6 във връзка с чл.2, ал.2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/

и на чл.111, ал.7 във връзка с ал.5 от ЗОП, като се излагат подробни доводи за това, че не няма нарушение на правилата за обществените поръчки. Отделно са развити съображения, че е нарушен чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ и чл. 59, ал.2,т.4 от АПК поради липсата на мотиви относно приемането на пропорционалния метод за определяне на корекцията. Иска се оспореното Решение № ФК-10/27.03.2023г. да бъде отменено изцяло. Претендира се юрисконсултско възнаграждение. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрисконсулт Л., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена.

Ответникът – ръководителят на УО по ОПТТИ, изразява писмено становище за неоснователност на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение. В съдебно заседание се представлява от юрисконсулт Г., която оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира от фактическа страна следното:

Държавно предприятие „Национална компания железопътна инфраструктура“ е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ по № BG16M10P001-1.001-0003: „Рехабилитация на железопътната линия П.-Б., Фаза 2”, за което е сключен административен договор № ДОПТТИ-12/20.11.2017г.

За целите на изпълнението на проекта ДП Н. е провела открита процедура съгласно Закона за обществените поръчки с предмет: „Проектиране и изграждане на 7 надлеза в гара Х. А. и в железопътни участъци Нова З.-К. и Завой-Ц. на мястото на съществуващи прелези по проект „Рехабилитация на жп линия П.-Б., Фаза 2” с четири обособени позиции (ОП).

В резултат на проведената процедура е сключен по ОП № 1 договор № 11577/22.12.2021г. с изпълнител „ТРЕЙС ГРУП ХОЛД“ АД, на стойност 3 123 933,69 лв. без ДДС, а по ОП № 2 - договор № 11592/08.02.2022г. с изпълнител „Зебра“ ООД на стойност 5 563 476,22лв. без ДДС.

При извършена проверка от страна на УО на проведената процедура са направени констатации, че при провеждане на обществената поръчка са допуснати нарушения на ЗОП.

С писмо изх. № ЖИ-8769/27.02.2023г. бенефициерът е уведомен за тези констатации и за предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност да направи възражения и да представи доказателства.

В отговор жалбоподателят е депозирал възражения с писмо вх. № 10-22-123/27.02.2023г.

Ръководителят на УО на ОПТТИ е разгледал и обсъдил възражението на жалбоподателя, но го е счел за неоснователно и издал оспореното Решение № ФК-10/27.03.2023г., с което на жалбоподателя ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ е наложена финансова корекция, както следва: 1. в размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11577/22.12.2021г. за ОП № 1 на стойност 3 123 933,69 лв. без ДДС (3 204 946,34 лв. с непредвидени разходи без ДДС) с изпълнител „ТРЕЙС ГРУП ХОЛД“ АД; 2. В размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11592/08.02.2022 г. за ОП № 2 на стойност 5 563 476, 22лв. без ДДС (5 573 476,22 лв. с непредвидени разходи без ДДС) с изпълнител „Зебра“ ООД.

Мотивите, при които е издаден административният акт, са следните:

1. Съгласно Раздел III. „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. III.1.1) „Годност за упражняване на професионална дейност, включително изисквания във връзка с вписването в професионални или търговски регистри“, подт. 1 от обявление за обществената поръчка (изпратено за публикуване до Регистър на обществени поръчки на 03.02.2021г.), общо за четирите обособени позиции, както и Раздел III „ИЗИСКВАНИЯ КЪМ УЧАСТНИЦИТЕ“, т. 2 „КРИТЕРИИ ЗА П.“, подт. 2.1.1 (за ОП № 1) и подт. 2.4. (ОП № 2) от документацията за обществената поръчка, участникът трябва да бъде вписан Централния професионален регистър на строителя към К. 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 Ц професионален регистър на строителя (ПРВВЦПРС), първа категория строежи, съгласно 5, ал. 6, т. 2.1 от ПРВВЦПРС, а чуждестранните лица - в аналогичен регистър съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. Възложителят е пояснил, 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. Условието засяга всеки член на обединението, който ще изпълнява строителство. Изискването е в две посоки: от една страна, всеки член на обединението, който изпълнява строителство, следва да е регистриран в ЦПРС; от друга страна, всеки член на обединението, който изпълнява строителство, следва да е регистриран в ЦПРС 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.

Като се е позовал на чл. 3, ал. 3 от Закона за К. на строителите (З.), ръководителят на УО е обосновал, че е достатъчно един от членовете в обединението да има регистрация по З. за необходимата категория строежи. Посочил е, че З. и ЗУТ не изискват 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, и че регистрацията по З. не попада в изключението по чл. 59, ал. 6 от ЗОП, допускащо възможност да се иска регистрация от всяко от лицата в обединението, които ще изпълняват поръчката (в конкретния случай строителството).

Поради това ръководителят на УО е приел, че изискването е незаконосъобразно поради противоречие с чл. 59, ал. 6 от ЗОП и чл. 3, ал. 3 от З., а освен това необосновано ограничава конкуренцията, тъй като без правно основание изключва от участие в процедурата лица, които не разполагат с регистрация в ЦПРС за посочената от възложителя категория строежи, но 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.

За да се определи финансовото влияние на нарушението ръководителят на УО е взел предвид, че по обособена позиция № 1 са получени три оферти, от които една е допусната и отговаря на критериите за подбор, т.е. не е налице минимално ниво на конкуренция, а по обособена позиция № 2 са получени осем оферти, от които две са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция.

Нарушението е квалифицирано, съответно по ОП № 1 - като нередност по т. 11, б. „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 (Наредбата за посочване на нередности), за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто върху разходите по засегнатите договори за обществена поръчка, а по ОП № 2 – като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто върху разходите по засегнатите договори за обществена поръчка.

2. Съгласно Раздел II „Предмет“, т. II.2) „Информация за ОП 1“, подт. II.2.11) „Информация относно опциите“ - за ОП № 1 и т. II.2) „Информация за ОП 2“, подт. II.2.11) „Информация относно опциите“ - за ОП 2 от обявление за обществената поръчка и Раздел VI. „ГАРАНЦИИ. СКЛЮЧВАНЕ НА ДОГОВОР. ИЗМЕНЕНИЕ НА ДОГОВОРА“, т. 1.2 „Други гаранции“, подт. 1.2.1.1 от документацията за участие, при активиране на опцията за предоставяне на авансово плащане при условията на договора изпълнителят представя безусловна и неотменяема банкова гаранция в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100 % размера на исканото авансово плащане (с включен ДДС) и със срок на валидност до окончателното му възстановяване/приспадане, като при необходимост срокът се удължава или се издава нова банкова гаранция.

Тъй като съгласно чл. 111, ал. 5 от ЗОП гаранциите се предоставят в една от следните форми: 1. парична сума; 2. банкова гаранция; 3. застраховка, а в чл. 111, ал. 7 от ЗОП е посочено, че участникът, определен за изпълнител, избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово предоставените средства, ръководителят на УО е направил заключение, че с горепосочено изискване възложителят ограничава участника, определен за изпълнител, да представи гаранция във форма, каквато възложителят е избрал - банкова гаранция. Приел е, че това представлява нарушение на чл. 111, ал. 7 във вр. с 111, ал. 5 от ЗОП.

Нарушението по ОП № 1 е квалифицирано по т. 11, б. „а“, а нарушението по ОП № 2 - по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2 ал. 1 от Наредбата.

За да определи финансовото влияние на нарушението УО е взел предвид, че по обособена позиция № 1 са получени три оферти, от които една е допусната, т.е. не е налице минимално ниво на конкуренция; а по обособена позиция № 2 са получени осем оферти, от които две са допуснати, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция.

С оглед наличието на друга нередност и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции, УО не е определил допълнителна финансова корекция.

При така установеното от фактическа страна съдът формира следните правни изводи: Жалбата е подадена в срок, срещу акт, за който изрично е предвидено, че подлежи на съдебен контрол, от адресата на акта, поради което е допустима.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № РД-08-201/05.05.2022г. на министъра на транспорта, издалият оспореното решение М. Г. – и.д. директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерството на транспорта е оправомощен да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПТТИ. С оглед на това процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са също

изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Видно от доказателствата по делото, жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения и представяне на доказателства. Бенефициерът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Актът е надлежно мотивиран - в оспореното решение са изложени фактическите констатации и приложимите материалноправни разпоредби, в това число във връзка с квалификацията на нарушенията и основанията за налагане на финансовата корекция. Според оспореното решение, в процедурата по възлагането на обществената поръчка и по двете обособени позиции са извършени едни и същи нарушения на ЗОП, квалифицирани като нередност по т.11 от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, съответно по б.„а“ за ОП № 1 и по б.„б“ за ОП № 2.

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 настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. По буква „а“ нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, а буква „б“ включва 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 случая ръководителят на УО е констатирал две отделни нарушения, свързани с поставянето от възложителя на незаконосъобразни изисквания по всяка от двете обособени позиции, които е квалифицирал като нередност, съответно по т.11, б.а“ за ОП № 1 и по т.11, б. „б“ за ОП № 02 в зависимост от броя на получените оферти, тоест дали е било осигурено минимално ниво на конкуренция.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. Съгласно 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 обществените поръчки.

В случая спорно по делото е дали като е поставил 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, съответно е нарушил изискването на чл.2,ал.2 от ЗОП.

Съгласно чл. 59, ал. 6 от ЗОП /в приложимата към датата 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 или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на

обединението.

Анализът на посочената разпоредба сочи, че принципът, който законодателят е възприел, 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 случая ръководителят на УО правилно е отбелязал, че в конкретния случай няма подобно изискване, следващо от нормативен или административен акт.

Релевантната разпоредба, на която жалбоподателят се позовава, е чл.3 от Закона за К. на строителите. Съгласно ал.2 от посочената разпоредба, строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. Съгласно ал.3, 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. 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.

След като 3. не предвижда изискване всеки участник в обединението да е вписан в ЦПРС и няма данни такова изискване да произтича от административен акт, 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 поставянето на такова изискване възложителят е допуснал нарушение на чл.59, ал.6 от ЗОП, а по този начин е ограничил възможността за участие в процедурата 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 на чл.2, ал.2 от ЗОП.

Потвърждават се констатациите и за нарушението на чл.111 от ЗОП. Няма спор, че чл.111, ал.5 от ЗОП предвижда три форми на гаранция - парична сума, банкова гаранция и застраховка, която обезпечават изпълнението чрез покритие на отговорността. Не се отрича и че възложителят може да изисква от определения изпълнител да предостави гаранции, които да обезпечат изпълнението на договора и/или авансово предоставените средства. Спорно е дали възложителят може да определи каква да бъде формата на гаранцията, изисквана от избрания изпълнител. Отговорът на този въпрос се съдържа в разпоредбата на чл.111, ал.7 от ЗОП, според която участникът, определен за изпълнител, избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово предоставените средства. Разпоредбата е напълно ясна и категорична и в нея имплицитно се съдържа забрана към възложителя да определя формата на гаранцията, която да му бъде представена. В случая,

като е поставил изискване за определен вид гаранция за авансовото плащане - банкова гаранция, възложителят е нарушил разпоредбата на чл.111, ал.7 от ЗОП и по този начин е ограничил възможностите за участие в процедурата на потенциални участници, т.е. необосновано е ограничена конкуренцията.

Доколкото в конкретния случай по ОП № 1 от подадени три оферти е допусната само една оферта, т.е. не е налице дори минимално ниво на конкуренция, правилно нарушението е квалифицирано като такова по т.11, б. „а“ от Приложението № 2 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Съответно, след като по втората обособена позиция реално все пак е имало някаква конкуренция, предвид обстоятелството, че са допуснати две от общо осем оферти, нередността попада в хипотезата на т.11, б. „б“.

За констатираните нередности се предвижда финансова корекция, съответно в размер на 10 на сто – по т.11, б. „а“ и в размер 5 на сто – по т.11, б. „б“, т.е. определянето на размера на финансовата корекция не е предоставено на преценката на ръководителя на УО. В съответствие с принципа, установен в чл. 72, ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, административният орган е определил за всяка обособена позиция отделна финансова корекция, при спазване принципа за некумулиране на санкциите.

Крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно по всички критерии на чл.146 от АПК и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изход на спора следва да бъде уважено искането на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III–то отделение, 51-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

#### РЕШИ:

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ срещу Решение № ФК-10/27.03.2023г., издадено от ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция“, както следва: 1.в размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11577/22.12.2021г. на стойност 3 123 933,69 лв. с изпълнител „ТРЕЙС ГРУП ХОЛД“ АД; 2. в размер на 5 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11592/08.02.2022 г. на стойност 5 563 476, 22 лв. с изпълнител „Зебра“ ООД.

**ОСЪЖДА** ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ да заплати на Министерството на транспорта и съобщенията сума в размер на 300 лева за юрисконсултско възнаграждение.

**РЕШЕНИЕТО** подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ:

