

РЕШЕНИЕ

№ 5358

гр. София, 10.08.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 67 състав,
в публично заседание на 18.07.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Лилия Йорданова

при участието на секретаря Ирена Йорданова и при участието на прокурора Тони Петрова, като разгледа дело номер **4968** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. 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“, представлявано от З. К. – изпълнителен директор срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-11/05.05.2023 г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/ 2014-2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за ОП 1 за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител Д. „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет: „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДП „Н.“.

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно и издадено в противоречие с материалния и процесуалния закон и в несъответствие с целта на закона. Сочи, че процесното решение е издадено в нарушение на чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017, тъй като Р. при предходна проверка е постановил Решение за определяне финансова корекция рег.№ ФК-7/16.05.2022г., с която на жалбоподателя е определена отново финансова корекция в размер на 10% от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ и свързани с изпълнение на консултантската услуга по същия договор, за

установено нарушение на чл.59, ал.2 ЗОП. На следващо място счита констатацията на Р. за наличие на нарушение, изразяващо се в ограничително изискване и нарушение на чл.111, ал.5 във връзка с чл.111, ал.7 от ЗОП за изцяло неправилна, неоснователна и незаконосъобразна. Посочените като ограничителни раздели от УО на ОПТТИ раздели от документацията за участие и обявлението се явяват условия по чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, които са извън обхвата на чл.111, ал.5 и ал.7 ЗОП. Предвид това и неправилно е определена квалификацията на нарушението, като е подведено като такова по т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Моли се Решението за определяне на финансова корекция №ФК-11/05.05.2023г. да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк.К. и юрк. О., които поддържат жалбата и молят тя да бъде уважена. Претендират разноски, за които представят списък на разноските.

Ответникът – Ръководителят на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/ 2014-2020г. – в съдебно заседание се представлява от юрист Г. и юрист Й., които оспорват жалбата и молят тя да бъде отхвърлена, като неоснователна.Претендират юрисконсултско възнаграждение.

СГП чрез прокурор П. моли съда да уважи жалбата като основателна и доказана и да отмени решението като неправилно и незаконосъобразно.

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

ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ е бенефициент по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег. № ДОПТТИ-7/13.07.2018 г. по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/ 2014-2020 г., процедура № BG16M1OP001-4.001, проект № BG16M1OP001-4.001-0009-C02 „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ, включително система за мониторинг и контрол на параметри на подвижен железопътен състав в движение“.

Съгласно чл.2, ал.1 от ДБФП общата стойност на допустимите разходи по проекта са в максимален размер 18 000 000лв, като съгласно чл.2.2 стойностите, основните дейности и индикаторите за изпълнение по проекта са посочени от УО в одобрения формуляр за кандидатстване. Безвъзмездната финансова помощ не се отпуска за недопустими разходи по проекта на стойност 3 570 000лв, за които бенефициентът е задължен да осигури собствени средства за съфинансиране на разходите по т.2.2.4 от ДБФП.

С цел реализиране дейностите по проекта, одобрени за финансиране, бенефициерът в качеството му на възложител по смисъла на ЗОП с Решение №23/ЖИ-15369 от 16.04.2021г. е открил „открита“ процедура по възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП с предмет: „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в Държавно предприятие „Национална компания Железопътна

инфраструктура“ по две обособени позиции. Същата е финализирана със сключване на договор № 11520/14.10.2021 г. между ДПНКЖИ, в качеството му на възложител, и Д. „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС по обособена позиция №1 с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение на чл.111, ал.5 във връзка с чл. 111, ал.7 от ЗОП с писмо изх. № 10- 22-208/22.03.2023 г., на Ръководителя на УО, като му е дадена възможност да представи възражения в двуседмичен срок от датата на получаване на писмото за възражение, наречено „уведомление“. Посочено е, че за ОП 1 в раздел VI.3) „Допълнителна информация“ на обявлението за обществената поръчка е предвидено следното: „За ОП1: Страните подписват допълнително споразумение за предоставяне на авансово плащане, независимо чия е инициативата, след представяне от страна на Изпълнителя на безусловна неотменяема банкова гаранция в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100% размера на исканото авансово плащане /с вкл. ДДС/ и със срок на валидност до окончателното му възстановяване/приспадане и след получаване на потвърждение от банката на Възложителя за валидността на банковата гаранция, представена от банката на Изпълнителя“, а в документацията за участие, раздел VI. Гаранции. Сключване на договор. Изменение на договора“ в т.1.2 „Други гаранции“, т.1.2.1 „Гаранция при предоставяне на авансово плащане“, т.1.2.1.1 е записано следното: „Изпълнителят представя безусловна 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 срока се удължава или се издава нова банкова гаранция“. Авансовото плащане се извършва при условията на договора, чл.22, ал.22.2.1. Според Р., с посоченото изискване възложителят задължава участника, определен за изпълнител да представи гаранция за авансово плащане във формата, избрана от възложителя – банкова гаранция, което съставлява нарушение на чл. 111, ал.5 във връзка с чл.111, ал.7 от ЗОП. В писмото нарушението е подведено като нередност, разписана 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, приета с ПМС №57/2017г., за която е предвидена финансова корекция в размер 10% от разходите по засегнатия договор. Съгласно писмото за възражение, предвид факта, че по същия договор има наложена финансова корекция с решение ФК-7 от 16.05.2022г. в размер на 10% и предвид принципа за некумулиране на финансови корекции, размерът на корекцията няма да надхвърли 10% от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за обществена поръчка.

Бенефициентът е представил възражение по основателността и размера на финансовата корекция с писмо изх. № ЖИ-15315/05.04.2023 г.

Издадено е Решение за определяне на финансова корекция № ФК-11/05.05.2023 г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/2014-2020г.,с което е определена финансова корекция в

размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител Д. „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“, ОП 1 „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“. От УО е прието, че е налице ограничително изискване, представляващо нарушение на чл. 111, ал.5 и ал.7 от ЗОП. Предвид горното, на основание чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ вр. §70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ, ръководителят на УО на ОПТТИ за нарушението, попадащо в т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности е определена финансовата корекция по договора, като в т.ІІ от диспозитива на решението е разписано, че финансовата корекция няма влияние върху размера на верифицираните от УО на ОПТТИ и сертифицирани към ЕК средства.

Решението за определяне финансова корекция е изпратено до ДП Н. със съпроводително писмо изх.№ЖИ-19920/05.05.2023г., получено от ДПНКЖИ на същата дата, заведено с вх.№10-22-208/05.05.2023г.

Срещу административния акт е депозирана жалба до АССГ чрез Р. ОПТТИ 2014-2020г. на дата 17.05.2023г.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, от лице, имащо правен интерес, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. ІІ от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията, който със Заповед № РД-08-201/05.05.2022 г. /л.72/ е оправомощил М. Г. Г. – и.д директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/ 2014-2020 г. Съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен орган.

Процесното решение отговаря на изискванията на чл. 59 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Същото е издадено в законоустановената писмена форма и съдържа всички задължителни реквизити, включително фактическите и правните основания, послужили за издаването му.

В административното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен

да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено.

Решението за определяне на финансова корекция е издадено в предвидения срок по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, възражението е депозирано на 05.04.2023г. /л.15-17/, а индивидуалният административен акт е издаден на 05.05.2023г. /л.21-25/. Следователно не е налице процесуално нарушение от категорията на съществените.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. По силата на законова делегация, установена в чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ с ПМС № 57/28.03.2017 г. е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, (включително нередности, за които се извършват финансови корекции по, ал. 1, т. 9) и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 г. (наричана по-долу за краткост Наредбата). Нередностите, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях, са посочени в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят ДП Н. участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове /по силата на АДФП – л.68-71/, същият несъмнено се явява икономически оператор,

който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на нередността е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на нередността, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на нередността следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на нередност по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административният орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка.

По отношение на втората кумулативна предпоставка от фактическия състав на нередността, съдът намира следното:

В процесния случай, за да определи финансова корекция ръководителят на УО на ОПТТИ е посочил, че е налице нарушение на чл.111, ал.5 и ал.7 от ЗОП поради наличие на ограничително изискване.

На основание чл.111, ал.1 от ЗОП възложителят може да изисква от определения за изпълнител участник да предостави гаранции, които да обезпечат изпълнението на договора и/или авансово представените средства. Съгласно чл.111, ал.5 от ЗОП гаранциите се предоставят в една от следните форми, разписани от законодателя, а именно: 1. Парична сума; 2. Б. гаранция; 3. Застраховка, която обезпечава изпълнението чрез покритие на отговорността на изпълнителя. В чл.111, ал.7 от ЗОП изрично е посочено, че участникът, избран за изпълнител избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово представените средства. Съобразно нормата на ал.4 на същия член предвидените гаранции и техния процент се посочват в обявлението, с което се оповестява откриването на поръчката. В изпълнение на чл.111, ал.4 от ЗОП в обявлението за обществена поръчка, раздел VI.3) „Допълнителна информация“ възложителят /бенефициентът/ е оповестил следното: „За ОП1: Страните подписват допълнително споразумение за предоставяне на авансово плащане, независимо чия е инициативата, след представяне от страна на Изпълнителя на безусловна неотменяема банкова гаранция в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100% размера на исканото авансово плащане /с вкл.ДДС/ и със срок на валидност до окончателното му възстановяване/приспадане, и след получаване на потвърждение от банката на възложителя за валидността на банковата гаранция, представена от банката на изпълнителя.“ /л.45/. В документацията за участие- раздел VI „Гаранции. Сключване на договор. Изменение на договора“, т.1 Гаранция за обезпечение изпълнението на договора. Други гаранции /л.54/ в подт.1.2 „Други гаранции“-т.1.2.1 Гаранция при предоставяне на авансово плащане фигурира

следното изискване на възложителя: „т.1.2.1.1 Изпълнителят представя безусловна 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. Т.1.2.1.2 По отношение на тази гаранция се прилагат всички приложими условия за банковите гаранции по договора.“ .В Документацията за обществената поръчка за ОП1 , раздел I, т.5.3.1. е оповестено, че начинът на плащане е посочено в раздел II от Проектно-договора за обособената позиция, както и че не се предвижда авансово плащане, но се предвиждат междинни и окончателно плащане. При систематическото тълкуване условията на възложителя, разписани в документацията за участие, утвърдена с решението за откриване на обществената поръчка, се установява, че коментираното изискване се отнася до Гаранция при предоставяне на авансово плащане, която, съобразно чл.22, т.2 от Проектно-договора, съответстващ на същия член и от сключения възлагателен договор /л.63/ е меродавна в хипотезата на чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП при изменение на договора, като в чл.22.2.1 са посочени условията на предоставянето ѝ, като за целта страните подписват допълнително споразумение чл.22.2.1 (v), като начинът на предоставяне на авансовото плащане – чл.22.2.2 и поддържането, усвояването, освобождаването на тази гаранция – чл.2.2.2.3 са изчерпателно оповестени.

Не се споделят аргументите в жалбата, че процесния административен акт е издаден в нарушение на чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., релевирайки, че по същия възлагателен договор има наложена финансова корекция с Решение №ФК-7/16.05.2022г. в размер на 10% от стойността на договора. Съгласно чл.7 от Наредбата при констатиране два или повече случаи на нередност, посочени в Приложение №1 съответно Приложение №1а от наредбата, се определя една корекция за нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. В случая съдът намира, че посоченото изискване е спазено. На стр. последна от процесния административен акт Р. изрично е записал, че по договора има наложена финансова корекция с решение Ф К-7/16.05.2022г. в размер на 10%, то и с оглед принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, за настоящата констатация не е предложена допълнителна финансова корекция, което и съобразно т.II от диспозитива на процесното решение „Финансовата корекция по договор №11520/14.10.2021г. няма влияние върху размера на верифицираните от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните към Европейската комисия средства“. За пълнота съдът отбелязва, че му е съдебно известна информация, че срещу Решение за определяне финансова корекция ФК-7/16.05.2022г. на Р. на ОПТТИ 2014-2020г. е образувано адм.д. №5007/2022г. по описа на АССГ, по което е постановено Решение №974/15.02.2023г., срещу същото има подадена касационна жалба пред ВАС. С Решение №6781/22.06.2023г., на ВАС Седмо отделение, постановено по адм.д. №4292/2023г. е отменено решението на първостепенния съд и е отменено Решение №ФК-7/16.05.2022г. за определяне финансова корекция на Р. на ОПТТИ 2014-2020г., предвид което с издаването на оспореното понастоящем Решение №ФК-11/05.05.2023г. Р. не е извършил твърдяното от оспорващата страна нарушение на чл.7 от Наредбата за посочване на нередности.

Съдът намира, че в процедурата за възлагане на обществената поръчка е осъществено нарушение на чл.111, ал.5 във връзка с чл.111, ал.7 от ЗОП, правилно идентифицирано и установено от страна на Р. на ОПТТИ 2014-2020г.В жалбата е извършено неправилно тълкуване нормата на чл.111, ал.5 от ЗОП, както и че застраховката, посочена в чл.111, ал.5, т.3 от ЗОП е възможна форма единствено на гаранцията, обезпечаваща изпълнението на договора, но не и на гаранцията, обезпечаваща авансово представените средства, заради която е и идентифицирано нарушението от Р. на ОПТТИ 2014.2020г. В чл. 111, ал.4 и ал.5 от ЗОП

законодателят използва думата „гаранции“ в множествено число, т.е. визират се всички видове гаранции, поради това е пределно ясно, че разпоредбите не се отнасят само и единствено до гаранцията за изпълнение. Ако целта на законодателя е била в обратния смисъл и да предвижда, че само гаранцията, обезпечаваща изпълнението на договора, може да се представи във формата на застраховка, то това щеше да бъде указано изрично, какъвто не е процесният случай. От словесното и систематическо тълкуване на нормата на чл.111, ал.5 от ЗОП всичките три форми, в които може да се представят гаранциите, са относими към двата вида гаранции – за изпълнение и за авансово плащане. Съдържащото се в нормата пояснение, а именно „застраховка, която обезпечава изпълнението чрез покритие на отговорността на изпълнителя“ е с цел да се даде яснота на изпълнителя точно какъв вид застраховка да направи /например застраховка за професионална отговорност, за злополука или др./ Застраховката, издадена като гаранция за авансово плащане би трябвало да покрива в полза на застрахования възникнало вземане за връщане на авансово платената сума, например в случай на неточно изпълнение, пълно неизпълнение на задължения на изпълнителя по възлагателен договор, касаеща частта по авансовото плащане. Съдът не споделя твърдението в жалбата, че нормата на чл.111, ал.5, т.3 от ЗОП не изключва хипотетичната възможност да се представя като форма на гаранция за авансово плащане и застраховка, но това е в резултат на преценка на конкретния възложител, изразена като допустима възможност. Само в такъв случай изпълнителя ще може да представи гаранция за аванс под формата на застраховка, а в процесната документация такава възможност не се предвижда. В чл.111 от ЗОП са определени размера, условията и формата, в които могат да се представят гаранциите, като не е разписана възможността възложителите сами да определят формата на изисканите от тях гаранции, напротив, съобразно ал.7 от цитираната разпоредба законодателят посочва, че „Участникът, определен за изпълнител, избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово представените средства“. Авансовите средства са пряко свързани с изпълнението на договора и представляват парична сума, чието предназначение е да подпомогне изпълнението на договора в началния му етап и да осигури средства до момента на първото уговорено плащане, съгласно договора. От друга страна, когато възложителят отпуска авансови средства, той трябва да бъде сигурен, че при неточно или непълно изпълнение на задълженията от страна на изпълнителя по възлагателния договор ще може да си възстанови авансово предоставени средства. Предвид горното законодателят е предвидил възможност да се гарантират отпуснатите парични средства, като съгласно чл.111, ал.5 от ЗОП се предвиждат три възможности за формата, в която могат да се предоставят гаранциите – парична сума или банкова гаранция или застраховка, която обезпечава изпълнението чрез покритие на отговорността на изпълнителя. Обстоятелството, че предоставянето на аванс е възможност, а не задължение, законодателят е предвидил в ал.7 на същия член, че участникът, избран за изпълнител избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово предоставените средства.

Неоснователно е твърдението в жалбата, че авансовото плащане не е част от начина на плащане, съгласно ДУ. Извършването на авансово плащане е част от механизма на плащане по договора, защото представлява част от дължимото плащане, в противен случай в договора, в частта, регламентираща плащането, не би било предвидено, че изплатеният аванс се приспада пропорционално по 20% от стойността на първите пет междинни плащания до пълното възстановяване на сумата по авансово плащане – чл.22, ал.22.2.2, т.ii. Съдът приема, че условието за получаване аванс, поставено в чл.22, ал.22.2.1, т.v, съгласно което „страните подписват допълнително споразумение за предоставяне на авансово плащане, независимо чия е инициативата, след представяне от страна на изпълнителя на безусловна 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 и след получаване на потвърждение от банката на възложителя за

валидността на банковата гаранция, представена от банката на изпълнителя“ е ограничително и в нарушение на закона – чл.111, ал.5 и ал.7 от ЗОП. Законът не предвижда варианти за предоставяне на аванс с допълнително споразумение или изначално, с предвиден в ДУ в процедурата аванс. В закона е определено, че участникът, който бива избран за изпълнител сам избира формата както на гаранцията за изпълнение, така и гаранцията за авансово предоставените средства. С оглед горното, предвидената възможност в чл.22 от договора да се договори авансово плащане със сключване на допълнително споразумение между страните, на различно правно основание, не следва да води до неприложимост и до неспазване нормите на чл.111, ал.1 от ЗОП във връзка с ал.5 и ал.7 на същия член.

Настоящият състав не споделя аргумента в жалбата, че хипотезата на чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП изключва приложението на чл.111, ал.5 и ал.7 от ЗОП. Същата дава възможност за изменение на вече сключен възлагателен договор, когато промяната е предвидена в документацията и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи и това не води до промяна на предмета на поръчката. Т.е. разпоредбата на чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП се отнася до промяна на клаузи от договора, а не до промяна и съответно неприлагане на изричния законов текст на чл.111, ал.5 и ал.7 от ЗОП, които са приложими и по отношение изискване за предоставяне на авансово плащане чрез анекс под формата на гаранция за предоставяне авансово средства.

Съдът приема, че Р. на ОПТТИ 2014-2020г. правилно е подвел нарушението на изричната правна норма на националното законодателство като нередност, разписана в т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. Доколкото се касае за ограничително изискване, въведено с обявлението и документацията за участие, изразяващо се в липса на избор на изпълнителя сам да избере формата на гаранцията за авансово плащане, това пречатства потенциалните икономически оператори, които биха подали оферта и биха участвали в процедурата за възлагане на обществената поръчка, но които при избора им на изпълнител в условията на изменение на договора по чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП биха избрали да предоставят гаранция за авансово плащане във форма, различна от императивно зададената такава от страна на възложителя-бенефициент. За това именно и диференциалният метод при определяне финансовата корекция правилно е приет от Р. на ОПТТИ 2014-2020г. за неприложим именно с оглед невъзможността към момента на утвърждаване на документацията и обявлението с решението за откриване на процедурата и оповестяването на това ограничително изискване колко и кои икономически оператори са били пречатствани от подаване на оферта и участие в обществената поръчка за ОПТ поради наличието на ограничителното изискване. Според съда правилно е приложен пропорционалният метод съобразно чл.5, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. При определяне размера на финансовата корекция е отчетена липсата на конкурентна среда /не се оспорва, че по ОПТ са получени две оферти, от които класирана и оценена е само офертата на участника, избран за изпълнител/. Предвид това и в условията на обвързана компетентност е определена финансова корекция в единствения възможен процент, предвиден в Наредбата, а именно 10% от стойността на всеки допустим разход от БФП по Договор №11520/14.10.2021г. с изпълнител Д. „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000лв. без ДДС.

Съдът смята, че е налице нарушение по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ вр. §70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ, което правилно е подведено като основание за извършване на финансова корекция за извършено нарушение на чл.111, ал.5 и ал.7 от ЗОП, което се явява ограничително изискване. Правилно нарушението е подведено като нередност, разписана в т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, за което е определена финансова корекция в размер 10% от разходите по засегнатия договор. Р.

на ОПТТИ е мотивирал и обосновал наложената финансова корекция и нейния размер.

Националното законодателство и законодателството на Съюза, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, 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 разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 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 Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v C., C-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение *Chambre L'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, както и последното решение *Wrocław*, EU:C:2016:562, т. 44. Нарушението на правото на съюза и в частност на принципите на равнопоставеност и недопускане дискриминация, които обективно се явяват нарушени при въвеждане на незаконосъобразно изискване в документацията за участие и в обявлението за обществената поръчка създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза.

Съгласно решение на съда на ЕС от 26.05.2016г. по преюдициални запитвания по съединени дела C-260/14 и C-261/14 неспазването на национални разпоредби от възлагащ орган, ползващ се от структурни фондове при възлагането на обществена поръчка, може да съставлява „нередност“ доколкото неспазването има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез отчитане на неоправдан разход.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на ДП Н., не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора и на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 67 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-11/05.05.2023 г. на ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/2014-2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител Д. „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

ОСЪЖДА ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ с ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на транспорта и съобщенията сумата от 100 лв. /сто лева/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ