

РЕШЕНИЕ

№ 1177

гр. София, 22.02.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 31.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **7130** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 226 и следващите от Административно процесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм.- ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ), вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

С Решение № 7531/10.07.2023 г. по адм. дело № 2635/2023 г. по описа на ВАС, VII отделение е отменено Решение № 7259/01.12.2022 г. по адм. дело № 5426/2022 г. по описа на АССГ, III отделение, 57 състав, като делото е било върнато за ново разглеждане от друг състав на АССГ.

Образувано е по жалба на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", [ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-8/26.05.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила. По отношение на констатация I: Ограничителни изисквания от оспореното решение счита, че неключовите експерти не представляват критерий за подбор, тъй като са посочени в т.6 Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на

договора, т.е. към изпълнителя, а не към участниците в процедурата. Отделно от това в документацията не е предвидено деклариране и проверка на неключовите експерти на изпълнителя, възложителят не е поставил изисквания към неключовите експерти. Всеки от участниците посочва и декларира в своето Техническо предложение от офертата ползването на неключови експерти и спорните изисквания са посочени в т.б от Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора, следователно изискванията касаят изпълнителя, а не участника в процедурата. Твърди още, че еквивалентност е допусната, тъй като самата Наредба №56 за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасност на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверовъчните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите предвижда ред за признаване на професионални квалификации, придобити в други държави. Оспорва изводите за допуснато нарушение на ЗОП и общественото право, респективно твърдението за нередност по т.10 б. "а" за ОП1 и ОП3, тъй като е налице минимално ниво на конкуренция – получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор - т. 10 б. "б" за ОП2 от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на ФК по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/. По констатация II: Определяне на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор по ОП1 и ОП3 сочи, че органът е оттеглил своята констатация по отношение на ключов експерт Телекомуникации по ОП1 и за ключов експерт Проектиране по ОП3. Квалифицирал е нарушението по чл. 107 т.1 от ЗОП като нередност по т. 14 предложение първо от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на ФК по реда на ЗУСЕСИФ, което е неправилна квалификация според жалбоподателя. Изтъква, че по отношение на ключови експерти Планиране и плащане по ОП1 и Ръководител на екипа, Енергетика и Планиране и плащане по ОП3 са представени референции от В. М., в качеството на представляващ Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД и в качеството му на оторизирано лице, което представлява съдружниците в обединението и разполага с информация за експертите, извършвали дадена дейност. Участникът е посочил договор с възложител ДП НКЖИ и удостоверения за добро изпълнение, издадени от възложителя. Представил е референции за експертите и списък с услугите, заедно с необходимите доказателства, поради което нарушение не е извършено. По констатация III: Нарушение на чл. 107 т.1 от ЗОП по ОП2 органът е оттеглил констатация III т.1 и т.2 т.е. изцяло.

По констатация IV: Нарушение на чл. 112 ал.1 т.2 вр. чл.58 ал.1 т.2 от ЗОП по ОП1 и ОП3 е прието, че е извършена нередност по т.14 от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на ФК по реда на ЗУСЕСИФ, тъй като подизпълнителя „Си Енд Би Енерджиконсулт“ ЕООД не е представил удостоверение от органите по приходите за липса на задължения преди сключване на договора за обществена поръчка. Жалбоподателят счита, че съответствието на подизпълнителя с условията и представянето на доказателства по чл. 66 ал.2 от ЗОП се извършва на по-късен етап, като е предвидена възможност за

замяната на подизпълнителя /чл.66 ал.4 от ЗОП/. Тъй като до момента изпълнителят не е представил договор с посочения в офертата подизпълнител, не е настъпила хипотезата на чл. 32 ал.8 от договора. Оспорва се квалификацията по т.14 от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата. Оспорва се и квалификацията на нарушенията по чл. 70 ал. 1 т.9 от ЗУСЕСИФ.

Релевират се доводи за липса на мотиви относно нанасяне на вреда на бюджета на общността, липса на ясно дефинирана ФК по основание и размер. Моли се решението да бъде отменено. Претендират се разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Жалбоподателят - ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура" – в съдебно заседание се представлява от юрк. А., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски.

Ответникът - Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г. - в съдебно заседание се представлява от юрк. Й., който оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, III-то отделение, 62 -ри състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на открита процедура по ЗОП с предмет: „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договори за проектиране и строителство“ по обособени позиции, по сключен 1.договор № 11226/14.09.2020г. за Обособена позиция (ОП) № 1 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, на стойност 268 000лв. без ДДС, 2.договор № 11223/03.09.2020г. за Обособена позиция (ОП) № 2 с изпълнител „Канстракшън Супервижън Сървисис“ ЕООД, на стойност 185 000лв. без ДДС, 3.договор № 11227/14.09.2020г. за Обособена позиция (ОП) № 3 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, на стойност 287 200лв. без ДДС.

При извършената проверка са констатирани нарушения на разпоредби от ЗОП.

В резултат от извършената проверка и след обсъждане на направените от дружеството-жалбоподател възражения е издадено оспореното решение при следните мотиви:

I. Въведени от възложителя ограничителни изисквания, представляващи нарушение на чл.68, ал.4 от ЗОП във вр. с чл. 49, ал.1 от ЗОП, както и принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, регламентиран в чл .2, ал. 1, т.1 от ЗОП.

От УО е констатирано, че в подт. 5. т. 6.1. Екип на Консултанта, Раздел 6 „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора“ от Техническа спецификация (Приложение № 1) за ОП № 1, 2 и 3 възложителят е поставил изискване поне един от неключовите експерти по енергетика, сигнализация и телекомуникация да притежава правоспособност, съгласно изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003 г. за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасността на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверочните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите (Обн. ДВ. бр.20 от 4 Март 2003г., попр. ДВ. бр.59 от 1 Ю. 2003г., изм. ДВ. бр.94 от 25 Ноември 2005г., изм. ДВ. бр.102 от 22 Декември 2009г., изм. и доп. ДВ. бр.85 от 6 Ноември 2012г., доп. ДВ. бр.3 от 11 Януари 2013г., изм. и доп. ДВ. бр.76 от 2 Октомври 2015г.), както и валидно удостоверение за положен изпит по реда на Наредба № 56 към датата за подаване на офертата и поддържане на валидността на удостоверението по време на процедурата за избор на Изпълнител и по време на изпълнението на Договора.

От УО е направен извод, че това изискване не дава възможност на чуждестранните участници, които имат необходимата квалификация и опит, притежават еквивалентна правоспособност и свидетелство, издадено от орган в държавата, която са установени, да участват в обществената поръчка, което е нарушение на чл.68, ал. 4 от ЗОП вр. чл. 49 ал.1 както и принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, регламентиран в чл.2 ал.1 от ЗОП.

След съобразяване на възраженията на бенефициента и представените документи УО поддържа изводите за нарушение на посочените норми и принципи от ЗОП, като изтъква, че нередност представлява и въвеждането на техническите спецификации, които са дискриминационни на база на необосновани национални, регионални или местни изисквания, поради което не се приема довода, че неключовите експерти не са критерий за подбор. Възложителят изрично е посочил, че правоспособност съгласно изискванията на Наредба № 56 и валидно удостоверение за положен изпит се изисква към датата на подаване на офертата. Отделно от това неключовите експерти не са посочени в списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, а в Техническата спецификация, в частност „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнение на договора“, като наличието на изискване в документацията на ОП да се съдържа технически спецификации е предвидено в чл. 31 ал.1 т.1 от ЗОП. Сочи, че разпоредбата на чл. 47 ал.1 от ЗОП не е приложима.

Органът е взел предвид броя на офертите, нивото на конкуренция, невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, което е наложило прилагането на пропорционалния метод и е квалифицирал нарушението по ОП 1 и ОП 3 по т.10 б. „А“ от Приложение №1 към Наредбата, за която нередност е предвидена ФК в размер на 25% от разходите по договори, като налага същата по договори № 11226/14.09.2020г. за ОП 1 и № 11227/14.09.2020 за ОП 3, а за нарушението по ОП 2- по т.10 б. „Б“, за която е предвидена ФК 10% от разходите по договора, която налага

върху разходите по договор № 11223/03.09.2020г.

II. Определяне на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор по ОП № 1 и ОП № 3, представляващо нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Констатирано е, че в подт. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 и 2.5, т. 1.3) „Технически и професионални възможности. Изисквано минимално ниво“, Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“ от обявление за обществена поръчка, изпратено за публикуване до Регистър на обществени поръчки към Агенция за обществени поръчки (РОП към АОП) на 13.02.2020 г., респективно в подт. 2.3 „Технически и професионални способности. Изисквано минимално ниво, т. 2. „Критерии за подбор“, Раздел III. „Изисквания към участниците“ от документацията за участие (ДУ) възложителят е поставил изискване участници по ОП № 1, 2 и 3 да разполагат с персонал и ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, както следва:

Ръководител на екипа - да е изпълнявал функциите на ръководител или заместник ръководител на екип/проект в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект;

Ключов експерт (КЕ) енергетика - да е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт по електрификация в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект;

Ключов експерт (КЕ) Телекомуникации - да е изпълнявал функциите на експерт по телекомуникация в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект;

Ключов експерт (КЕ) планиране и плащане - да е изпълнявал функциите на експерт, който е извършвал финансов контрол и количествен контрол и/или дейности по планиране и отчетност при извършването на работите в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект ;

Ключов експерт (КЕ) проектиране - да е изпълнявал функциите на експерт проектиране в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект.

В Раздел III от обявлението възложителят е посочил следните дефиниции:

Под „завършена услуга“ се приема, тази, която към датата на подаване на офертата е одобрена и приета от съответния възложител, клиент, получател, или компетентен орган, или чрез посочване на публичен регистър, в който е публикувана информация за услугата.

Под „подобен обект“ се разбира: „Ново строителство и/или модернизация/реконструкция на тягова мрежа за железопътната инфраструктура по смисъла на Закон за железопътния транспорт (ЗЖТ) (Определението за железопътна инфраструктура е съгласно клаузите на § 1, т.1 от ДР на ЗЖТ, във връзка с чл.2 от

(ЗЖТ) и система SCADA.

В б.,в: Технически и професионални способности“, Част IV: „Критерии за подбор“ от ЕЕДОП от 09.04.2020 г. участникът Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД е посочил на стр. 18-25 специфичния професионален опит на предложения персонал и ръководен състав за ОП № 1 и ОП № 3.

С Решение № 65 от 21.07.2020 г. на генералния директор на ДП „Национална компания Железопътна инфраструктура“ (ДП НКЖИ) възложителят е определил за изпълнител по ОП № 1 участника - Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД. С Решение № 67 от 21.07.2020 г. на генералния директор на ДП НКЖИ възложителят е определил за изпълнител по ОП № 3 участника - Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД.

Преди сключване на договора за обществена поръчка по ОП № 1 и ОП № 3, участникът, определен за изпълнител - Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД е представил Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката и на членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението - Образец № 10, отделно за ОП № 1 и ОП № 3.

В Образец № 10 за ОП № 1 за ключов експерт /КЕ/ Телекомуникации - Л.Д.Ц. и КЕ Планиране и плащане - И.К.М. като специфичен професионален опит са посочени същите обекти, които са посочени в ЕЕДОП на сдружението, респективно в Образец № 10 за ОП № 3 за Ръководител на екипа - П.В.М, КЕ Енергетика - Н.Т.Д., КЕ - Планиране и плащане - Л.И.Л. и за КЕ Проектиране - О.П.Р. като специфичен професионален опит са посочени същите обекти като в ЕЕДОП на сдружението.

Отправено е искане до бенефициента да бъдат представени документи, които да удостоверят за ръководител екип и ключови експерти, че са изпълнени обекти, посочени в Образец № 10. В отговор бенефициентът е представил за КЕ Телекомуникации- Л.Д.Ц. и КЕ Планиране и плащане - И.К.М по ОП № 1 и Ръководител на екипа - П.В.М, КЕ Енергетика - Н.Т.Д., КЕ - Планиране и плащане - Л.И.Л. и за КЕ Проектиране - О.П.Р. за ОП № 3, референции от В.М. в качеството му на представляващ Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД, в които се твърди, че гореописани лица имат съответния опит за обекти, описани в Образец № 10.

Установено е, че липсва документ от възложител, клиент, получател или компетентен орган или посочване на публичен регистър, в който е публикувана информация за услугата, които да удостоверят, че Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД е бил изпълнител по някой от изброените договори в референциите, поради което не е ясно на какво основание последният издава референции на предложени от него експерти.

Направен е извод, че изискването на възложителя експертите да са изпълнявали съответни функции в минимум една „завършена услуга“ не е доказано.

Констатирано е, че от горепосочени референции за КЕ Телекомуникации- Л.Д.Ц. по ОП № 1 и за КЕ Проектиране - О.П.Р. за ОП № 3 е видно, че последните имат професионален опит в договори с предмет оценка на съответствие и строителен

надзор на тягови подстанции, но няма информация дали договорите включват и система SCADA. По този начин не може да бъде извършена преценка дали предложените експерти (КЕ Телекомуникации- Л.Д.Ц. по ОП № 1 и КЕ Проектиране - О.П.Р. за ОП № 3) отговарят на изискването да са изпълнявали функции на експерт за „подобен обект“, съгласно дефиниция, съдържаща се в обявлението за обществена поръчка.

Според органа е нарушен чл. 107 т.1 от ЗОП. Взети са предвид получените две оферти, невъзможността да се даден реално количествено изражение на финансовите последици, което води до прилагане на пропорционалния метод, нарушението е квалифицирано по т.14 предложени първо от Приложение №1 към чл.2 от Наредбата, за което се предвижда ФК в размер на 25% от стойността на договора. С решението се налага ФК в размер на 25% върху разходите от засегнатите договори № 11226/14.09.2020г. за ОП 1 и № 11227/14.09.2020г. за ОП 3.

След депозиране на възражения от жалбоподателя и на основание представени от бенефициента документи УО е оттеглил констатацията си по отношение на Ключов експерт (ICE) Телекомуникации -Л.Д.Ц. по ОП № 1 и за КЕ Проектиране - О.П.Р. по ОП №3.

По отношение на КЕ Планиране и плащане - И.К.М по ОП № 1 и Ръководител на екипа - П.В.М, КЕ Енергетика - Н.Т.Д. и КЕ - Планиране и плащане - Л.И.Л. за ОП № 3 са представени референции от В.М. в качеството му на представляващ Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД, в които се твърди, че гореописани лица имат съответния опит за обекти, описани в Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката и на членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението - Образец № 10.

Въпреки възраженията е прието , че липсва документ от възложител, клиент, получател или компетентен орган или посочване на публичен регистър, в който е публикувана информация за услугата, които да удостоверяват, че Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД или съдружници в дружеството са били изпълнител по някой от изброените договори в референциите, поради което не е ясно на какво основание Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД издава референции на предложени от него експерти. По този начин изискването на възложителя експертите да са изпълнявали съответни функции в минимум една „завършена услуга“ не е изпълнено, което представлява нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП. В тази част констатациите на органа се поддържат.

III. Нарушение на чл. 107 т.1 от ЗОП по ОП 2

В раздел III „Изисквания към участниците“ от документацията за участие /ДУ/ възложителят е поставил изискване участници по ОП 2 „да разполагат с ключов експерт Телекомуникации, който да е изпълнявал функциите на експерт по телекомуникация в минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект“. С решение №66/21.07.2020г. на генералния директор на ДП НКЖИ възложителят е определил за изпълнител по ОП 2 участника „Канстракшън Супервижън Сървисис“ ЕООД, който преди сключване на договора е представил Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката и на членовете на ръководния състав- Образец 10 За КЕ Телекомуникации- Б.П.Н като специфичен професионален

опит са посочено същите обекти като в ЕЕДОП.

Според органа не са представени документи от възложител, клиент, получател или компетентен орган, или посочване на публичен регистър, в който е публикувана информация за услугата, които да удостоверят, че дружеството е бил изпълнител по някои от изброените договори, поради което не е ясно на какво основание последният издава референции на предложения от него ключов експерт. Поради това е прието, че изискването на възложителят КЕ по Телекомуникации да е изпълнявал съответни функции в минимум една завършена услуга не е доказано.

Отделно от това в раздел „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора“ от Техническа спецификация за ОП 2 са предвидени изисквания за неключови експерти по отделни направления и изисквания за включването им в списък на К. на инженерите в инвестиционното проектиране или в еквивалентен списък или регистър, поддържан от компетентните органи в държава-членка на ЕС или в др. държава – Страна по споразумението за ЕИП. Избраният изпълнител „Канстракшън Супервижън Сървисис“ ЕООД не е предложил нито конкретни експерти, нито е представил документи, доказващи тяхната професионална компетентност.

УО счита, че е нарушен чл. 107 т.1 от ЗОП, квалифицира нарушението по т. 14 предложение първо от Приложение № 1 към чл. 2 от Наредбата и определя ФК в размер на 25% от разходите по засегнатия договор № 11223/03.09.2020г за ОП 2.

След разглеждане на възраженията на бенефициента УО оттегля изцяло констатцията по т. III от решението си.

IV. Непредставяне от подизпълнителя на „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД - „Си енд би енерджиконсулт“ ЕООД на удостоверение от органите по приходите за липса на задължения преди сключването на договора за обществена поръчка, представляващо нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП във вр. чл. 58, ал. 1, т. 2 от ЗОП по ОП № 1 и ОП № 3.

В Раздел Г „Информация за подизпълнители, чийто капацитет икономическият оператор ще използва“, Част II „Информация за икономическия оператор“ от ЕЕДОП от 09.04.2020 г. участникът Сдружение "ЕТЕ Инфраструктура" ДЗЗД е заявил, че възнамерява да възложи на подизпълнител - „Си енд би енерджиконсулт“ ЕООД изпълнението на част от поръчката по ОП № 1 и ОП № 3. „Си енд би енерджиконсулт“ ЕООД е посочил в б. „А“, Част II „Информация за икономическия оператор“ от подаден ЕЕДОП от 20.03.2020 г., че ще изпълнява роля на подизпълнител и трето лице на Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД по ОП № 1 и ОП № 3.

С Решение № 65 от 21.07.2020г. на генералния директор на ДП НКЖИ възложителят е определил за изпълнител по ОП № 1 участника - Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД. С Решение № 67 от 21.07.2020г. на генералния директор на ДП НКЖИ възложителят е определил за изпълнител по ОП № 3 участника - Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД.

От УО е констатирано, че за подизпълнителя по ОП № 1 и ОП № 3 - „Си енд би енерджиконсулт“ ЕООД не е представено удостоверение от органите по приходите за липса на задължения преди сключване на договора за обществена поръчка между

възложителя и участника, определен за изпълнител по ОП № 1 и ОП № 3. Всички останали документи, удостоверяващи, че за подизпълнителя „Си енд би енерджиконсулт“ ЕООД не са налице основания за отстраняване са представени преди сключване на договора за обществена поръчка по ОП № 1 и ОП № 3.

Приет е за нарушен чл.112 ал.1т.2 от ЗОП вр. чл. 58 ал.1т.2 от ЗОП, взети са предвид нивото на конкуренция, невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, нарушението е квалифицирано по т. 14 предложение първо от Приложение №1 към чл.2 от Наредбата , поради което се определя ФК в размер на 25% върху разходите от засегнатите договори № 11226/14.09.2020г за ОП 1 и № 11227/14.09.2020г. за ОП 3.

След обсъждане на възраженията на бенефициента УО поддържа констатацията по т.IV изцяло, като се излагат аргументи против наведените от бенефициента твърдения.

Като краен резултат с Решение за определяне на финансова корекция № ФК-8/26.05.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г. са наложени финансови корекции, както следва:

1.В размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11226/14.09.2020 г. за обособена позиция (ОП) № 1 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, на стойност 268 000 лв. без ДДС;

2.В размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11223/03.09.2020 г. за обособена позиция (ОП) № 2 с изпълнител „Канстракшън Супервижън Сървисис“ ЕООД, на стойност 185 000 лв. без ДДС;

3.В размер на 25 % от всеки допустим разход финансиран, от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11227/14.09.2020 г. за Обособена позиция (ОП) № 3 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, на стойност 287 200 лв. без ДДС.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 - 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на

изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 - 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 - 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27, ал. 1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е издаден на жалбоподателя на 27.02.2023 г., а жалбата е депозирана на 13.03.2022 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата 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. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията, който със Заповед № РД-08-201/05.05.2022 г. на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 16 и чл. 51, ал. 1, т. 8 от Устройствения правилник на Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията, приет с Постановление № 232/2009 г. на МС, т. 1 б. "г" от Решение № 792/2013 г. на МС за определяне на органи, отговорни за управлението, контрола, координацията и одита на Европейските структурни и инвестиционни фондове и други инструменти и инициативи на Европейския съюз през периода 2014-2020 г. е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на ОП "Транспорт и транспортна инфраструктура" 2014-2020 г. на М. Г. Г. – и.д.Директор на Дирекция "Координация на програми и проекти", подписал процесното решение.

Делегирането на посочените правомощия е допустимо, съгласно Устройствения правилник на МТИТС и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕФСУ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" 2014-2020 г. е издадено в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ (сега ЗУСЕФСУ). Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението), преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена - жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициентът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

По отношение на материалната законосъобразност на акта:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕФСУ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание друга (извън случаите по т. 1-9) нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (ал. 2).

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 реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/ в нея са идентифицирани 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 от ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции.

В мотивите на Решение за определяне на финансова корекция № ФК-8/26.05.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г. се съдържат изводи за допуснати от жалбоподателя нарушения на чл. 68, ал. 4 от ЗОП във вр. с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, чл. 107, т. 1 от ЗОП и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП във вр. чл. 58, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

1. По отношение на установеното нарушение на чл. 68, ал. 4 от ЗОП във вр. с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, както и принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, регламентиран в чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Съгласно разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Това изискване за определяне на техническите спецификации съответства на принципа по чл. 2, ал.

2 от ЗОП, съгласно който възложителите на обществени поръчки нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Видно от съдържанието на двете разпоредби от значение е дали посочените изисквания необосновано ограничават участието в обществената поръчка и дали създават необосновани пречки към участниците, както и кумулативния критерий да са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

С чл. 68, ал. 4 от ЗОП е нормативно регламентирано, че възложителят не може да изисква кандидатите или участниците от други държави членки да преминават през процес на регистриране или сертифициране, за да участват в обществената поръчка, а следва да признае еквивалентни сертификати, издадени от органи, установени в други държави членки, и е длъжен да приема удостоверения за регистрация или сертификати, издадени от органи, установени в Република България или в друга държава членка, в която кандидатът или участникът е установен. Въпреки изричната регламентация обаче, изискването в условието на обществената поръчка за възможност за вписване и в еквивалентен регистър е следвало да бъде ясно заложено, тъй като потенциалните чуждестранни участници следват конкретните условия за участие в обществената поръчка (в този смисъл и Решение № 2131 от 14.02.2019 г. по адм. д. № 6952/2018 на ВАС).

Потенциалните чуждестранни участници нямат задължение да познават българското законодателство и водеща за тях ще бъде наличната публична документация, изготвена от възложителя, а от друга страна, е налице задължение за българските възложители да провеждат процедурите за обществени поръчки съгласно изискванията на ЗОП, като, видно от посочените разпоредби, законодателят изрично е определил значимостта на обстоятелството, че възложителите следва да приемат регистриране в еквивалентни регистри /чл. 68, ал. 5 от ЗОП/. Поради това обстоятелството, че съгласно чл. 68, ал. 4 ЗОП възложителят е длъжен да признае еквивалентни сертификати, издадени от органи, установени в други държави членки, не може да отмени необходимостта от регламентиране на възможността за представяне на еквивалентни документи в обявлението и документацията на обществената поръчка (Решение № 1809 от 11.02.2021 г. по адм. д. № 10199/2020 на ВАС). В този смисъл неоснователни се явяват възраженията на жалбоподателя, че еквивалентност е допусната, тъй като самата Наредба№56 за изискванията , условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасност на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверовъчните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите предвижда ред за признаване на професионални квалификации , придобити в други държави. Не разпоредбите в отделни нормативни актове, а единствено документацията по ОП е определяща параметрите на изискванията, поставени към кандидатите, с които те са длъжни да се съобразят.

Предвид горепосоченото, следва да се заключи, че от възложителя не са спазени принципите за възлагане на обществените поръчки по чл. 2, ал. 1, т. 1, във вр. с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 68, ал. 4 от ЗОП, тъй като подт. 5. т. 6.1. Екип на Консултанта, Раздел 6 „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на

договора“ от Техническа спецификация (Приложение № 1) по Договор № 11226/14.09.2020 г. за ОП № 1 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, по Договор № 11223/03.09.2020 г. за ОП № 2 с изпълнител „Канстракшън Супервижън Сървисис“ и по Договор № 11227/14.09.2020 г. за ОП № 3 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД е поставено изискване поне един от неключовите експерти по енергетика, сигнализация и телекомуникация да притежава правоспособност, съгласно изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003 г. за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасността на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверочните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите и валидно удостоверение за положен изпит по реда на Наредба № 56 към датата за подаване на офертата и поддържане на валидността на удостоверението по време на процедурата за избор на Изпълнител и по време на изпълнението на Договора. От възложителя не е изрично посочено, че по отношение на чуждестранните лица могат да бъдат представени еквивалентни документи за установяване на правоспособността на неключовите експерти, съобразно законодателството на съответната държава, с което е ограничена необосновано тяхната възможност за участие в обществената поръчка.

При тази констатация, административният орган правилно е приел, че е налице нередност по т. 10 б „а“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности по Договор № 11226/14.09.2020 г. за ОП № 1 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, и по Договор № 11227/14.09.2020 г. за ОП № 3 с изпълнител Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД.

Нередност по посочената точка е налице, когато стопанските субекти са били възпрепятствани да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка поради основания за отстраняване, критерии за подбор и/или възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които включват необосновани национални, регионални или местни изисквания и не е имало минимално ниво на конкуренция (допуснати до оценка повече от две оферти). Видно от съдържащите се в административната преписка доказателства и по двете обособени позиции са получени по две оферти, но до оценка е допусната само една, поради което не е налице основание за квалифициране на нередността като такава по т. 10 б „б“ от Наредбата, съгласно която съществува нередност при описаните по-горе хипотези, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Тази квалификация /т.10 б.„Б“ от Приложението/ правилно е отнесена към нередността по ОП 2 и засегнатия договор № 11223/03.09.2020г. тъй като са получени две оферти като до оценка са допуснати и двете, следователно по изложените по-горе съображения се установява категорично че е допуснато нарушение на чл. 68 ал.4 вр. чл. 49 ал.1 и чл.2 ал.1 т.1 от ЗОП, но в случая с оглед нивото на конкуренция квалификацията на нередността правилно е определена по т.10 б.„Б“ от Приложението.

Не се споделят доводите на жалбоподателя, че тъй като неключовите експерти не представляват критерий за подбор, защото са посочени в т.6 „Изисквания за ресурсно обезпечаване на изпълнението на договора“, т.е. към изпълнителя, а не към участниците в процедурата, то нарушение на чл. 68 ал.4 вр. чл. 49 ал.1 от ЗОП не е

извършено. Съгласно чл. 49 ал.1 Техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Посочените изисквания се съдържат в Техническите спецификации, поради което излагането на дискриминационни изисквания в тях на база национални, регионални или местни изисквания служат за основания за отстраняване на кандидати. Ето защо независимо, че процесните изисквания са отнесени към изпълнението на договора, то те могат да послужат за основание за отстраняване на кандидат , поради което представляват нарушение на чл. 68 ал.4 от ЗОП.

II. По отношение на установеното нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП - Определяне на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор по ОП № 1 и ОП № 3.

Съгласно чл. 107, т. 1 ЗОП, освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

Разпоредбата на чл. 107, ал. 1 от ЗОП е императивна и вменява задължение на възложителя да отстрани от процедурата участник, който не отговаря на изискванията на възложителя.

От доказателствата по делото е видно, че за КЕ Планиране и плащане - по Договор № 11226/14.09.2020 г. за ОП № 1, както и за Ръководителя на екипа, КЕ Енергетика и КЕ Планиране и плащане - по Договор № 11227/14.09.2020 г. за ОП № 3 са представени референции от В. М. в качеството му на представляващ Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, за установяване на необходимия опит на лицата, съгласно въведените от възложителя изисквания за обекти, описани в Образец № 10 - Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката и на членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението.

Представените референции не установяват по безспорен начин, че участникът, избран за изпълнител по цитираните по-горе договори за съответните обособени позиции, разполага с ключови експерти, притежаващи необходимата професионална компетентност за изпълнение на дейностите по възложената обществена поръчка. В обявлението и в документацията за участие в обществената поръчка възложителят е посочил, че обстоятелството, че съответните експерти са участвали в минимум една „завършена услуга“ се удостоверява с документ, издаден от възложител, клиент, получател или компетентен орган или чрез посочване на публичен регистър. Сдружение „ЕТЕ Инфраструктура“ ДЗЗД, нито съдружниците в него са възложител, клиент, получател или компетентен орган по отношение на цитираните в Образец № 10 договори, поради което издадените от представляващия дружеството референции не са основание да бъде направен извод, че експертите, с които разполага дружеството притежават изискуемия опит.

От съдържанието на оспореното решение е видно, че след представяне на допълнителни документи от бенефицинта УО е оттеглил констатациите си относно КЕ Телекомуникации –Л.Д.Ц. по ОП № 1 и КЕ Проектиране – О.П.Р. по ОП № 3. Това обаче не е от значение, тъй като за същите обособени позиции е констатирано

същото по вид нарушение за останалите КЕ.

Правилно ръководителя на УО е установил нарушение на материалния закон, а именно, че е избран изпълнител по обособените позиции, който не съответства на предварително обявените условия от възложителя, което е нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Не се споделят възраженията на жалбоподателя, че участникът е посочил договор с възложител ДП НКЖИ и удостоверения за добро изпълнение, издадени от възложителя. Представил е референции за експертите и списък с услугите, заедно с необходимите доказателства, поради което нарушение не е извършено. В „Критерии за подбор“, раздел „Изисквания към участниците“, възложителят е поставил изискване участници по ОП 1 ОП 2 и ОП 3 да разполагат с персонал и ръководен състав с определена професионална компетентност, изразяващо се в това конкретния експерт да е изпълнявал минимум една завършена услуга за строителен надзор за подобен обект. Такива са представени единствено за КЕ Телекомуникации – Л.Д.Ц по ОП 1 и КЕ Проектиране – О.П.Р по ОП 3, взети са предвид от органа и в тази част констатацията не се поддържа. По отношение на останалите КЕ доказателства не са представени.

При тази констатация, административният орган правилно е приел, че е налице нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - критериите за подбор са били неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на критериите за подбор. Нередността се изразява в следното: критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. Размерът на ФК е определен точно, съгласно Приложението – 25 на сто от разходите по засегнатия договор.

III. По отношение на установеното нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП във вр. чл. 58, ал. 1, т. 2 от ЗОП по ОП № 1 и ОП № 3 - непредставяне от подизпълнителя „Синд би енерджиконсулт“ ЕООД на удостоверение от органите по приходите за липса на задължения преди сключването на договора за обществена поръчка, квалифицирано като нередност по т.14 от Приложение №1 към чл. 2 от Наредбата, съдът счита следното:

Съгласно чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител изпълни задължението по т.2 да представи документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите, ако има такива.

В чл. 54 от ЗОП са регламентирани основания за задължително отстраняване от участие в процедурата за възлагане на ОП като в т.3 е посочена хипотезата: има задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях към държавата или към общината по седалището на възложителя и на кандидата или участника, или аналогични задължения съгласно законодателството на държавата, в

която кандидатът или участникът е установен, доказани с влязъл в сила акт на компетентен орган.

В случая е прието за нарушение самата липса на изпълнение на регламентирани в ЗОП задължения за представяне на предвидени в закона документи. Изпълнението на посоченото задължение представлява задължително условие и предпоставка, за да може законосъобразно да бъде сключен писменият договор за обществена поръчка. В настоящия казус това условие не е било изпълнено, защото както се посочи по-горе безспорно се установи, а и не се отрича от жалбоподателя, че подизпълнителят при сключването на договора не е представил удостоверения от НАП за липса на задължения. Единственият релевантен момент, към който има правно значение дали условието е било изпълнено, е сключването на писмения договор за обществена поръчка. След като задължението по чл. 112 ал.1 т.2 от ЗОП не е било изпълнено от определения за изпълнител участник, то възложителят в лицето на жалбоподателя не е трябвало да сключва договора.

Жалбоподателят счита, че съответствието на подизпълнителя с условията и представянето на доказателства по чл. 66 ал.2 от ЗОП се извършва на по-късен етап, което становище не се споделя от настоящия състав. Цитираната разпоредба гласи: Подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата. Макар и да не е фигурира точно определен срок, то от смисъла на разпоредбата следва, че съответните критерии за подбор трябва да са изпълнени преди приключване на процедурата, следователно преди сключване на договора за ОП. Ал 4 на същата разпоредба потвърждава този извод. Съгласно същата Възложителят изисква замяна на подизпълнител, който не отговаря на някое от условията по ал. 2 поради промяна в обстоятелствата преди сключване на договора за обществена поръчка.

При тези констатации правилно нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - критериите за подбор са били неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на критериите за подбор.

Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Съгласно нормата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, за да е налице нередност е необходимо да е налице: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма "ТТИ", сключен на основание чл. 45, ал. 1 и, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди

изменението) и е получил безвъзмездно финансиране. Като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране.

За да е налице нередност е необходимо да е налице и третият елемент на фактическия състав на нередността - нарушението да има или да би могло да би има като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съдът на Европейския съюз е установил в практиката си като преценка има ли или би ли могло съответното нарушение на правилата за обществените поръчки да нанесе вреда на бюджета на Съюза следното: "че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд"- решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45 (член 2, точка 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 е идентична с член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013 и позоваването на отменения регламент, с оглед на член 152, параграф 2 от Регламент № 1303/2013 се счита за позовавания на новия).

За да бъде законосъобразно наложена финансовата корекция, не е достатъчно само да се установи допуснато от възложителя нарушение при провеждането на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Съобразно вида на допуснатото нарушение следва да бъде извършена съответната правна квалификация на нередността, съгласно разпоредбите на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В мотивите на оспореното решение нарушенията са квалифицирани правилно.

Безспорно е, че в случая финансовата корекция следва да бъде определена по реда на чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ, тъй като естеството на нарушенията е такова, че не позволява количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ органът е квалифицирал установената нередност към видовете нарушения по Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е обосновано и приложението на пропорционален метод и размера на наложената корекция.

Управляващият орган правилно е определил финансовите корекции съответно на извършените нарушения, в съответствие със сключения договор, съобразявайки релевантната нормативна уредба. Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ (с ново заглавие ЗУСЕФСУ) при констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички 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. В него органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за установяване на нередности. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ визира. Но така установеното основание - наличието на нередност, има само установително действие, не е само по себе си разпоредително, тъй като без определен (определяем) размер на финансовата корекция, не може да възникне задължение за нея. Поради това, едва след определянето и на размера на

финансовата корекция за всяка от установените нередности, и след преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ органът ще разпорежи (задължи) бенефициера да изпълни една от определените финансови корекции, т.е. задължение за бенефициера създава разпоредителната част на акта, която определя въз основа на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ размер на дължимата от всички определени по основание и размер финансови корекции. Именно това е ликвидното - определено по основание и по размер задължение, което се възлага на бенефициера с решението по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. В този смисъл е решение № 4170 от 20.04.2023 г. по адм. д. № 10022/2022 г., седмо отделение на ВАС.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че Решение за определяне на финансова корекция № ФК-8/26.05.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция следва да се потвърди като правилно и законосъобразно.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал. 4 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 /двеста/ лв., определен на основание чл. 78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение 62-ри състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", [ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-8/26.05.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Национална компания железопътна инфраструктура", [ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на транспорта сумата от 200 (двеста) лева, представляваща разноски по делото.

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

СЪДИЯ:

