

РЕШЕНИЕ

№ 8089

гр. София, 10.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 80 състав,
в публично заседание на 16.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Виржиния Петрова

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **2088** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на 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).

Образувано е по жалба на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", [ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 от 06.02.2024 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция, както следва:

В размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021г. с изпълнител Д. "Консултант В." на стойност 9 110 997.00лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Жалбоподателят сочи, че по отношение на констатация 1: нарушение на чл. 2 ал.1, т.1

и т.2 и ал.2 от ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразен предмет на обществената поръчка, поради това, че от техническата спецификация и местонахождението на обектите е видно, че същите са отделно обособени, всеки от тях притежава различна характеристика и сложност на изпълнението и не е необходимо да бъдат включени в единен предмет на поръчката, тъй като така се възпрепятства участието на икономически оператори, които могат да изпълнят част от предмета на поръчката, но не и целия предмет, а само самостоятелно обособима част от него, изложените мотиви не обосновават нарушение на чл. 2 и не са обвързани с чл. 46 ал.1 от ЗОП. Решението за неразделяне на поръчката е взето по целесъобразност, което не подлежи на контрол от страна на УО и е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя.

По констатация 2: необосновано ограничение по национален признак, изразяващо се в изискването на възложителя при подаване на офертите чуждестранните лица да имат призната правоспособност и издадено валидно удостоверение, вместо да постави това изискване само към експерта на участника, избран за изпълнител. Жалбоподателят изтъква, че дейността на консултанта е пряко свързана с безопасността на превозите, ако изискването за съответна правоспособност съгласно изискванията на Наредба №56 от 14.02.2003г. следва да е изпълнено към момента на сключването на договора, съществува риск за Възложителя-участникът, който е избран за изпълнител, да не докаже в срока изискването, че разполага с експерт със съответната правоспособност, което би възпрепятствало подписването на договор и възлагането на обществена поръчка.

По констатация 3: нарушение на чл. 2, ал.2 от ЗОП вр.чл.59, ал.2 от ЗОП, изразяващо се в поставяне на ограничителни изисквания по отношение на участниците, а именно участниците да разполагат с Ключов експерт „Планиране и плащане“, който трябва да е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт, който е извършвал финансов контрол и количествен контрол и количествен контрол по планиране и отчетност при извършване на работите в минимум една завършена услуга за строителен надзор за ново строителство, модернизация или реконструкция на железопътна инфраструктура по смисъла на ЗЖТ или еквивалент. Жалбоподателят намира, че поставеното изискване е обосновано и необходимо за получаване на качествена консултантска услуга.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуалния си представител – юристконсулт Л. поддържа жалбата. Моли решението на УО да бъде отменено по мотиви, подробно описани в жалбата. Претендира присъждане на разноски и представя списък.

Ответникът - Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ), чрез държавен експерт Й. и Г. оспорват жалбата като неоснователна. Поддържа становище към писмен отговор на жалбата. Претендира присъждане на юристконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, III-то отделение, 80 -ти 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 връчен окончателен доклад от проверката на бенефициента по ДБФП, НК“ЖИ“ по проект „Модернизация на железопътна линия С.-Драгоман-сръбска граница“: ж.п участък „В.-Драгоман-сръбска граница“. Предмет на проверката е открита процедура по ЗОП за услуга с предмет

консултантски услуги по управление, оценка на съответствие, строителен надзор и актуализиране на технически паспорти, във връзка с изпълнението на три договора за проектиране/строителство и строителство по проект за модернизация на жп линии в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“. В окончателния доклад от проверката са направени констатации и препоръки, обсъдени са представените от УО становища по констатациите и е формиран краен извод за допуснати нарушения на конкретни разпоредби от ЗОП.

В резултат на този доклад УО е издал оспореното решение при следните мотиви:

В обявлението, документацията и техническата спецификация за поръчката, предметът на поръчката е определен като „консултантски услуги по управление, оценка на съответствие, строителен надзор и актуализиране на технически паспорти, във връзка с изпълнението на три договора за проектиране/строителство и строителство по проект за модернизация на жп линии в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“.

Консултантски услуги по контрол, управление, оценка на съответствие, строителен надзор и изготвяне на технически паспорти във връзка с договори, които ще се сключат по обществената поръчка по обособени позиции

- Договор №11366/22.03.2021г. с изпълнител „Вистра“ Д. на стойност 101 198 900.00лв. без ДДС /Договор 1/ за проектиране на железен път, контактна мрежа, съоръжения, строителство и авторски надзорна участък от км 9+200 до км 21+305.88, включително пътен надлез/подлез на км 21+405

- Договор №11365/22.03.2021г. с изпълнител „Терна“ АД на стойност 302 500 000.00 лв. без ДДС /Договор 2/ за строителство на железен път, контактна мрежа, съоръжения и сгради на участък от нов км 21+305.88 до км 42+158, както и проектиране, строителство и авторски надзор на маршрутно компютърна централизация и телекомуникационна система в участъка В.-Драгоман, в т.ч. на гара К., гара А., гара Драгоман и гара П..

- Договор 3-проектиране и строителство на Европейска система за управление на железопътното движение /ERTMS/, сигнализация и GSM-R комуникации в участъка В.-Драгоман-сръбска граница.

Според органът анализът на техническите спецификации и особености на предмета на поръчката показва, че обектите са разделени технически, икономически и функционално и всеки от обектите притежава специфика и услугата по интервенция върху него попада в обхвата на легалната дефиниция на понятието в параграф 2 от ДР на ЗОП, именно обособена позиция е такава част от предмета на ОП, която въпреки че може да бъде самостоятелен предмет на ОП, е систематично свързана с другите позиции от предмета на ОП.

В обявлението, документацията и техническата спецификация за поръчката, проектирането и строителството на обектите в Договори 1 и 2 са възложени след проведена обществена поръчка с уникален номер 00233-2019-0071 с две обособени позиции, по една позиция за всеки от договорите. Договор 3 не е възложен, като процедурата за възлагане на поръчката с уникален номер 00233-2023-0020 не е приключила към момента на проверката. Сроковете за изпълнение на сключените договори са с различна продължителност-за Договор 1-до 40 месеца, за Договор 2-до 48 месеца, за Договор 3-до 36 месеца.

Органът е заключил, че включването в предмета на поръчката на оценка на съответствието, извършването на строителен надзор по време на строителството и

управление на изпълнението на договорите за проектиране и строителство на няколко обекта възпрепятства участието на икономически оператори, които могат да изпълнят част от поръчката съгласно своите технически възможности и капацитет не за целия предмет на поръчката, а за самостоятелно относима част от него, каквито са дейностите по оценка за съответствие и строителен надзор за всеки от обектите по договори 1, 2 или 3. Така е ограничено участието на икономически оператори с опит в изпълнението на аналогични услуги за обект железен път и изграждане на телекомуникационни и комуникационни системи на най-малко 2 съседни гари, които нямат опит в услуги за изграждане на система ERTMS. За да отговорят на условието на възложителя следва да се сдружат с друг икономически оператор, който притежава необходимия специфичен опит.

Същите изводи се налагат и по отношение на изискването участникът да разполага с ключов експерт ERTMS, тъй като участникът би могъл да разполага с експерт с опит в изпълнението на железен път и телекомуникационни и комуникационни системи, жп естакади или жп виадукт и т.н., но които експерти не са изпълнявали функциите на Ключови експерти ERTMS. За да отговори на условията, участникът трябва да осигури нужния експерт или да се сдружи с друг икономически оператор, което представлява допълнителна тежест за него, респективно е ограничаващо участието му условие. По този начин, включвайки в предмета на поръчката дейности, които представляват интерес на различни групи икономически оператори, възложителят необосновано е ограничил участието на лицата в процедурата и е поставил пречки пред конкуренцията. Преценката на възложителя за липса на разделяне на предмета на обособени позиции е ограничена в рамките на общото изискване за спазване на основните принципи за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

Приет е за нарушен чл. 2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т.11 б.Б от Приложение №1 към чл.2 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 ЗУСЕФСУ, за която е предвидена ФК върху разходите по засегнатия договор в размер на 5%.

По отношение на констатация 2, то съгласно чл.2, ал.2 от ЗОП при възлагането на ОП възложителят няма право да ограничава конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или ограничаване участието на стопански субекти в ОП и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на поръчката. Констатирано е, че възложителят е поставил условие в т.5 от техническите спецификации, консултантът да включи в екипа си и други експерти, като от неключовите експерти по железен път, контактна мрежа, сигнализация и телекомуникация минимум един следва да притежава правоспособност съгласно изискванията на Наредба №56 от 14.02.2003 г. и валидно удостоверение за положен изпит по реда на Наредба №56 към датата на подаване на офертата и поддържане на валидността на удостоверението по време на процедурата за избор на Изпълнител и по време на изпълнение на Договора. Изискването за наличие на призната професионална квалификация още при подготовката и подаването на офертата е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците, включили в екипа си за изпълнение чуждестранни специалисти, които са дискриминирани на базата на необосновано национално

изискване.

Нарушен е чл.2 ал.2 от ЗОП.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т.10 б.Б от Приложение №1 към чл.2 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 ЗУСЕФСУ, за която е предвидена ФК върху разходите по засегнатия договор в размер на 10%.

По констатация 3: съгласно чл.2, ал.2 от ЗОП, при възлагане на ОП възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които да дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в ОП и които не са съобразени с предмета, стойността, количеството или обема на ОП.

Съгласно чл.59, ал.2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо участниците само критерии за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Тези критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Съгласно раздел III.1.2 от обявлението и раздел 2, т.2.3.5.2.10. от документацията за поръчката, участниците трябва да разполагат с Ключов експерт „Планиране и плащане“, който трябва да е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт, който е извършвал финансов контрол и количествен контрол и/или дейност по планиране и отчетност при извършване на работите в минимум една завършена услуга за строителен надзор за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура по смисъла на ЗЖТ или еквивалент. Посочените дейности не са свързани с вида на услугата по строителен надзор, а именно железопътна инфраструктура тъй като е присъщо за всеки строителен надзор, независимо от това дали е върху железопътна инфраструктура, пътища, площади, сгради и не води до специфики в осъществяваната финансова отчетност, които да предпоставят извършването на услугата само от лица с опит в такъв обект..

Съгласно раздел III.1.2 от обявлението и раздел 2, т.2.3.5.2.12. от документацията за поръчката, участниците трябва да разполагат с Ключов експерт „Програми и координация“, който трябва да е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт програми и координация или програми в минимум една завършена услуга за строителен надзор за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура по смисъла на ЗЖТ или еквивалент. Посочените дейности не са свързани с вида на обекта на услугата по строителен надзор, а именно ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура. Надзорът на работните програми на изпълнителите и координацията между отделните договори може да се извършва и от инженер с опит в обекти, извън железопътната инфраструктура.

Следователно поставеното от възложителя изискване необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които разполагат с Ключов експерт „Планиране и плащане“ и „Програми и координация“.

Нарушен е чл.2, ал.2 от ЗОП във вр.чл.59, ал.2 от ЗОП.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 11, б.Б от Приложение №1 към чл.2 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 ЗУСЕФСУ. Предвид наличието на други

нередности и с оглед принципа за некумулиране на финансови корекции и прилагане на най-високата от тях, за настоящата не е наложена допълнителна финансова корекция.

Бенефициентът е уведомен за констатираните нарушения с писмо изх.№07-00-564/15.12.2023 г., подал е възражения с писмо изх.№ЖИ-54320/28.12.2023 г., които са обсъдени в оспореното решение и приети за неоснователни.

Като краен резултат и с оглед принципа за некумулиране на финансовите корекции, които засягат едни и същи разходи и правилото за налагане на най-високата от тях, с решението се налага ФК по констатация 2 в размер на 10% върху разходите по засегнатия договор № 11440/28.06.2021 г. възлизаща на сумата от 231 491.73лв.

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 подзаконовни 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 06.02.2024г., а жалбата е депозирана на 19.02.2024г., 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 заповеди № 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 Устройственият 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.

Д. 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 № ФК-4 от 06.02.2024 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.2 ал.1 т.1, и т.2 вр. чл.49 ал.1 от ЗОП и чл.59 ал.2 от ЗОП.

Тези изводи от страна на УО са правилни и напълно се споделят от настоящия съдебен състав.

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 и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Вярно е, че при възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. Чрез тях по същество същият определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. Оперативната му самостоятелност обаче винаги е ограничена от принципите, регламентирани в закона в качеството им на основополагащи начала, с които възложителите следва да се съобразяват при всяко едно възлагане в условията на закона. Граница на тази преценка са и всички специфични правила на закона. Т. правило безспорно се явява чл. 2, ал. 2 ЗОП, съгласно която разпоредба възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

В конкретната хипотеза УО е обсъдил и посочил аргументирано, че въведените изисквания в техническата спецификация не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка, тъй като обектите на които следва да се извърши контрол, управление, оценка на съответствие и строителен надзор и изготвяне на технически паспорти се явяват самостоятелни, обособени, с различно местоположение обекти, всеки с особена характеристика, сложност и срок на изпълнение.

Безспорно, включването в предмета на поръчката на няколко обекта с различна сложност и специфика и окрупняването на предмета, е причина за поставяне на условия за специфичен опит, описан по-горе. Това обаче води до ограничаване на участието в ОП на потенциални кандидати, които биха могли да участват в процедурата, но само за част от предмета на поръчката. Конкретен кандидат би могъл да има нужния опит при строителство на железопътен път, естакада или виадукт, но не и в строителството на тунели и то с посочената дължина, но поради поставените изисквания от възложителя не би могъл да кандидатства за проекта. За да отговори на критериите за подбор за целия обем на поръчката, участникът следва да ангажира и други лица, които могат да докажат нужния специфичен опит. Следователно налице е

причинно-следствена връзка между поставените изисквания за специфичен опит и неучастието на повече икономически оператори в процедурата по обществената поръчка.

В съдебната практика се приема, че разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП установява конкретно правило за поведение, поради това тя би могла да бъде нарушена и чрез нея да бъдат нарушени и принципите, т. е. и чл. 2, ал. 1 ЗОП. Съгласно чл. 2, ал. 2 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 и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В случая с така формулираните изисквания относно съдържанието на техническото предложение възложителят е допуснал нарушение именно на забраната по чл. 2, ал. 2 ЗОП. Затова е достатъчно да се посочи като нарушена разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП, без да се посочва друга специална разпоредба. В този смисъл Решение № 8323 от 8.07.2021 г. на ВАС по адм. д. № 5861/2021 г., VII о. и Решение № 644 от 19.01.2023 г. на ВАС по адм. д. № 7180/2022 г., VII о.

Не се споделят доводите на жалбоподателя, че същият е действал в рамките на оперативна самостоятелност и по целесъобразност от гледна точка на неговия интерес, както и с оглед целта на ЗУСЕФСУ – ефективно и законосъобразно управление на средствата по ЕСИФ, поради което е изложил в решението за откриване на ОП мотиви за невъзможност за разделяне на поръчката. Нарушаването на общовалидните принципи, заложи в ЗОП не може да се извършва на база съображенията, които излага възложителят от гледна точка неговото разбиране за икономическа изгодност и целесъобразност.

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 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, Wroclaw, 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 допуснатото 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 № ФК-4 от 06.02.2024 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 80-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура",[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 от 06.02.2024 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020

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: