

РЕШЕНИЕ

№ 6182

гр. София, 20.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 08.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **2406** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ//заглавие изм. –ДВ бр.51 от 2022г./ вр. чл. 145 и сл. от АПК. Образувано е по жалба от Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ /ДП“Н.“/ с ЕИК[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], п.к.1233, [улица], представлявано от генерален директор инж. З. К. срещу Решение № ФК-2/21.02.2023г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и директор на Дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта и съобщенията, с което по отношение на Държавно предприятие „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнение на договор № 6656/13.12.2019г. с „Т.“ Д. за обособена позиция 1 на стойност 10 530 633,40 лв. в това число непредвидени разходи 887 539, 50 лв. без ДДС.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е незаконосъобразно, постановено е в нарушение на административнопроизводствените правила и материалния закон. Счита, че не е безспорно доказано извършено нарушение, както и от същото да са произлезли вреди. Излагат се аргументи и за липса на мотиви. Иска от съда да отмени изцяло оспореният акт.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – юриконсулт А., поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на акта. Представя писмени бележки. Претендират се разноси по представен списък.

Ответникът - Ръководителят на УО на Оперативна програма „ Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОП „ТТИ“/ и директор на Дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта, чрез държавен експерт Й. и държавен експерт Г., представя подробен писмен отговор, с който оспорва подадената жалба и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Тази теза поддържа и в съдебно заседание. Претендира юриконсултско възнаграждение.

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

Жалбоподателят е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № ДОПТТИ-6/16.09.2021г. по оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020, по процедура №BG16M1OP001-1.001сключен с Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията за изпълнение на проект №BG16M1OP001-1.001-0007 „Възстановяване, ремонт и модернизация на Тягови подстанции – В. и Р., и изграждане на Тягова подстанция Р. и въвеждане на система за телеуправление и телесигнализация –SCADA. БФП по проекта е до 28 338 177,62лв. от допустимите за финансиране по ОПТТИ разходи на проекта. Бенефициентът е задължен да осигури собствени средства за финансиране на недопустимите разходи по проекта в размер на 5 769 553,72лв. Срокът за изпълнение на проекта е до 31.12.2023г. като до посочената дата следва да се изпълнят всички дейности в обхвата на проекта, да бъдат разплатени дължимите от бенефициента суми и да бъде подадено искане за окончателно плащане от бенефициента към УО на ОПТТИ

В изпълнение на сключения договор е проведена от жалбоподателя обществена поръчка чрез открита процедура по ЗОП с правно основание чл.73 ал.1 от ЗОП с предмет „Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С. и доставка на автовишка по обособени позиции“. Предметът на поръчката е описан в две обособени позиции /ОП/: ОП1: Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С., като естеството и количеството на строителните работи, доставки или услуги или указване на потребности и изисквания са подробно описани в Раздел IV.3 от решението за откриване на ОП и ОП2: Доставка на автовишка с посочени характеристики.

В резултат на проведената процедура е сключен договор № 6656 от 13.12.2019г. с изпълнител обединение „Т.“ Д. /съдружници в обединението „Битумина ГмбХ“ ЕООД и Т§Д И.“ ЕООД/ с предмет на договора за обособена позиция ОП1 „Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С.“. Основните дейности по договора, които следва да бъдат извършени от изпълнителя са

обособени в три етапа:

-първи етап- проектиране –изготвяне и предаване на технически проект и изготвяне и предаване на работен проект, изготвяне екзекутивна документация – съгласуване с външни на ДП НТЖИ институции и Издаване на разрешение за строителство , и подписване акт обр.2а за откриване на строителна площадка, съгласно Наредба№2/31.07.2003г. издадена от МРРБ до издаване на разрешение за ползване от ДНСК.

-втори етап – изпълнение на строително-монтажни работи по одобрения работен проект от Етап I от датата на подписване на протокол акт образец №2а за откриване на строителна площадка до подписване на акт обр.№15. Етап втори включва – разчистване и подготовка на строителната площадка, демонтаж и предаване на машини и съоръжения от тягова подстанция В. и подробно посочени други гари, изграждане на една нова тягова подстанция, изграждане на ограда около тяговата подстанция, на хранващи фидери вкл. с присъединяване към контактната мрежа и обратни фидери с присъединяване към релсите, изграждане на обслужващи пътища и и вътрешен комуникационен път от връзката с градския път, през входната врата до сградата на Т., пред нея и пътя в разпределителната уредба, ремонт на сградата за нуждите на тяговата подстанция , Блок А, изграждане на О. 110 kV, оборудване портали, фундаменти и масички на съоръженията съгласно изискванията на техническата спецификация и в съответствие с предложената от Изпълнителя концепция, изпълнение на Уредба 25 kV и разполагане в нея на оборудване ниско напрежение, управление и анализатор за качеството на енергията на автоматичната динамична компенсация на реактивна енергия, изграждане на операторска станция за управление а Т. в режим „местно управление“, система за С., периметрова охрана, пожароизвествяване и видеонаблюдение, метеорологична информация, връзките за телекомуникация и управление на прилежащ секционен пост, монтаж на шкафове за управление на „СН“ 110 kV със еднолинейна схема и контролно квитиращи ключове, монтаж на шкаф търговско и контролно мерене, изграждане на оптична свързаност между ТП В., гарите В. , В. товарен парк, Тополи, Е., Б., П., Разделна, Д., В. фериботна, изготвяна на документация , осигуряване на доказателства и извършването на необходимите тестове за получаване на ЕО сертификат за съответствие, съгласно изискванията на Наредба №57/09.06.2004г. за постигане на оперативна съвместимост на националната железопътна система с железопътната система в рамките на ЕС, осъществяване на авторски надзор по време на строителството по всички части за проекта за Т. и SCADA в обхвата и по смисъла на чл. 162 ал.2 от ЗУТ, пускане в експлоатация – изготвяне и предаване на екзекутивната документация по проекта и получаване на Разрешение за ползване по реда на ЗУТ.

-трети етап – гаранционно поддържане и сервизно обслужване- 10 години от датата на издаване на разрешение за ползване на ДНСК.

Срокът за изпълнение на договора е 154 месеца , считано от датата на подписването му, разпределен за всеки етап:

за първия етап- 210 календарни дни от датата на подписване до получаване на

Разрешение за строеж на работен проект, включващ

- изготвяне и предаване на технически проект -120 календарни дни от сключване на договора до предаване на техническия проект,

- изготвяне и предаване на работен проект - 90 дни от датата на одобрение на техническия проект до одобрение на работния проект и

- съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване разрешение за строителство и подписване на акт обр.2а за откриване на строителна площадка

За втори етап – 450 календарни дни от датата на подписване на протокол образ №2а до подписване на акт обр.№15

За трети етап – 10 г. от датата на издаване на разрешение за ползване от ДНСК

В сроковете не се включва времето, необходимо за изпълнение на приложимите процедури по съгласуване, одобряване с възложителя и консултанта, контролни органи, трети лица и институции.

Цената на договора е 9 643 093, 90 лева и ДДС 1 928 618,78 лева.

Договора съдържа и клауза за непредвидени разходи – до 10% от сумата на цената по т.3.2: 887 539, 50 лева., ДДС върху непредвидените разходи. Предвиден е начин на плащане на договорената цена съобразно всеки етап.

Общата стойност на договорната цена възлиза на сумата от 12 636 760,08лв.

Във връзка с извършен одит на операциите на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ през 2022г. е направена проверка на открита процедура с предмет: „Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С. и доставка на автовишка, по обособени позици“ ,както следва: по Обособена позиция ОП1: Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С.; Обособена позиция ОП2: Доставка на автовишка“.

При проверката са констатирани съмнения за нередности, въз основа на които е стартирало административно производство за определяне на финансови корекции съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ.

С писмо с изх. № 04-18-1 от 11.01.2023г. на УО по ОПТТИ е връчен окончателен доклад от проверката на ОСЕС.

На основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕФСУ с писмо рег. № 10-22-40/20.01.2023г. Управляващият орган е уведомил жалбоподателя за стартиране на производство по определяне на финансови корекции, като е дал възможност на бенефициента по административния договор за предоставяне на БФП да представи възражения по

основателността и размера на финансовите корекции и при необходимост да приложи доказателства.

Констатирани са следните нарушения: Ограничителни изисквания по ОП1 - нарушение на чл. 59, ал. 6 във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 3, ал. 3 от З. и нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З. и чл. 6, ал. 2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството и нарушение на чл. 2 ал.2 от ЗОП вр. чл. 49 ал.1 от ЗОП.

В резултат на изпратеното писмо за стартиране на производство по определяне на финансови корекции с писмо рег. № 10-22-40/01.02.2023г. по описа на М., бенефициентът - възложител на поръчката ДП“Н.“ е подал възражение, в което изразява несъгласие с описаните констатации и с основателността и размера на предложените финансови корекции.

Р. на ОП“ТТИ“ е приел възраженията за неоснователни и е издал оспорения в настоящото производство акт- Решение № ФК -2/21.02.2023г., с което е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнение на договор № 6656 от 13.12.2019г., с изпълнител „Т.“ Д. по обособена позиция 1 на стойност 9 643 093, 90 лева в т.ч. 887 539, 50 лева непредвидени разходи без ДДС / на обща стойност 10 530 633,40лв./, с предмет „Модернизация на тягова подстанция В. с изграждане на система за телеуправление и телесигнализация SCADA с подмяна на гаровите разединители в участъка В. – С.“.

В хода на съдебното производство е приета административната преписка, както и писмени доказателства представени от жалбоподателя.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕФСУ, че подлежи на обжалване пред съд. Жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и 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 и съобщенията, който със Заповед № РД-08-201/05.05.2022г. /л.196 от делото/ 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. С оглед на това съдът приема, че обжалваното

Решение за определяне на финансова корекция №ФК-2/21.02.2023г. е издадено от компетентен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Формално, съдържа фактически и правни основания за издаването му. В акта е описано допуснатото нарушение на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираната нередност, основаниято за определяне на финансовата корекция и нейният размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление.

В чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕФСУ е уредена процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 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 по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Както вече се посочи, за констатираните нарушения бенефициентът е уведомен с писмо на УО на ОП „ТТИ“ и му е дадена възможност да изрази становище по направените констатации, от което право се е възползвал.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

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 на следните основания – „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 ЕФСУ. 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 ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата 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. Съгласно чл.70 ал.2 от ЗУСЕФСУ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1 т.9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ за програмен период 2014– 2020 г., поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ. Съдът следва да обсъди налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна. Необходимо е да се извърши проверка, дали е извършено твърдяното нарушение, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и в случай, че е извършено такова - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Трябва да се изследва и доколко 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 случая Р. на ОПТТИ твърди, че жалбоподателят е нарушил разпоредбата на чл. 59, ал.6, във вр. с чл.2, ал.2 от ЗОП, във вр. с чл.3, ал.3 от З.:

Административният орган е приел, че съобразно обявлението за обявената обществена поръчка и документацията, е налице изискване всеки член на обединението, който ще извършва строителство, да е регистриран в Централния професионален регистър към К. на строителите в България

/ЦПРС/, а от друга страна всеки член от обединението, който изпълнява строителство, следва да е регистриран в ЦПРС за изпълнение на строежи втора група, първа категория строежи, което необосновано ограничава участието на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС по изискуемата от възложителя категория, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на СМР, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице. Това изискване според Р. е незаконосъобразно, тъй като противоречи на чл.59 ал.6 от ЗОП и на чл.3 ал.3 от З..

Съгласно раздел III.1.1) от обявлението и т. 2.1.1.1, Раздел III от документацията за поръчката за обособена позиция № 1 участникът трябва да бъде вписан в Централния професионален регистър към К. на строителите в България, за изпълнение на строежи от втора група: строежи от транспортната инфраструктура, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 2 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя (ПРВВЦПРС), първа категория строежи, съгласно чл. 5, ал. 6, т. 2.1 от ПРВВЦПРС, а чуждестранните лица - в аналогичен регистър съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени.

Възложителят е направил уточнение, че ако „участникът е обединение, което не е юридическо лице, съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в документа/договора за създаване на обединението. Когато участникът ще използва подизпълнители, подизпълнителите ще трябва да отговарят на критерия за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват...“

Органът е отчел обстоятелството, че в случая се касае за изискване в две посоки- от една страна, всеки член на обединението следва да е регистриран в ЗПРС, от друга страна, всеки член на обединението трябва да е регистриран в ЦПРС за изпълнението на строежи от втора група: строежи от транспортна инфраструктура, съгласно чл.6 ал.1 т.2 от ПРВВЦПРС, първа категория строежи.

Съгласно цитираната в решението разпоредба на чл. 3 ал.3 от Закона за К. на строителите /З./, когато физически или юридически лица се обединят за изпълнение на строежи или отделни видове СМР, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра, което следва да се разбира в посока, че е достатъчно един от участниците в обединението да има тази регистрация. Органът е приел, че поставеното изискване всички участници в обединението да докажат съответствие с критерия за подбор, а именно вписване в Централния професионален регистър към К. на строителите в България, за изпълнение на строежи от втора група е незаконосъобразно, като противоречащо на чл. 59 ал.6 от ЗОП и на чл. 3 ал.3 от З., а отделно от това е и ограничително , тъй като води до изключване от участие в

процедурата на лица, които не разполагат с тази регистрация, но имат право да участват в изпълнението на СМР, съвместно с регистрирано по надлежния ред лице.

Изводите на органа се споделят от настоящия състав по следните съображения:

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

Общото правило на чл. 59, ал. 6 от ЗОП задължава възложителите на обществени поръчки да предвидят критериите за подбор да бъдат доказвани от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него. Изключение от това задължение възниква при наличието на две кумулативни предпоставки: изисквания на нормативен или административен акт да налага критериите за подбор да бъдат доказвани от отделните лица, включени в обединението; разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението да налага критериите за подбор да бъдат доказвани от отделните лица, включени в обединението.

Съгласно чл. 3, ал. 2 от З. строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. В ал. 3 е посочено, че когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Съгласно ал. 4 участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват строежи или отделни строителни и монтажни работи по ал. 2.

С. анализ на така цитираните законови разпоредби, във връзка с чл. 59, ал. 6 от ЗОП налага следните правни изводи: Съобразно чл. 3, ал. 2 от З. възложителите на обществени поръчки с предмет строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство" могат да предвидят критерий за подбор вписване в Централния професионален

регистър на строителя.

Тълкуване на разпоредбата на чл. 3, ал. 3 от З., във връзка с общото правило на чл. 59, ал. 6 от ЗОП налага извода, че съответствието с този критерий за подбор следва да е налице и съответно да се доказва от един от участниците в обединението, т. е. един от членовете на обединението да е вписан в Централния професионален регистър на строителя за съответната категория строеж или дейност.

Съобразно чл. 3, ал. 4 от З., във вр. с изключенията по чл. 59, ал. 6 от ЗОП, когато съобразно разпределението на дейностите, установено в договора за създаване на обединение, **един от членовете ще извършва самостоятелно строеж или отделни строителни и монтажни работи по ал. 2, този член на обединението следва да докаже** вписването си в Централния професионален регистър на строителя. Следователно подобно изискване може да се постави само към членове на обединението, които ще извършват самостоятелно строителство, но не и към тези от тях, които няма да извършват такава дейност.

В случая обаче, жалбоподателят е поставил изискване, че съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в документа/договора за създаване на обединението, с което е поставил изискване, несъответно на законовите разпоредби и ограничаващо по своя характер участието на обединения, отговарящи на изискванията на З. и ЗОП, но не и на тези поставени от възложителя. Поставения критерий за подбор не допуска до участие лица, които не са регистрирани, но изпълняват дейност съвместно с регистрирано лице. По този начин е нарушен и принципа на свободната конкуренция, залегнал в разпоредбата на чл. 2 ал.2 от ЗОП.

Вярно е, че при възлагане на обществена поръчка с предмет строителство, услуги и др. възложителят има право да извърши проверка на годността на участниците да изпълнят поръчката, чрез съответни критерии за подбор. В тази връзка възложителят разполага с оперативна самостоятелност, но тя винаги е ограничена от принципите, регламентирани в чл.2 от ЗОП.

Не се споделят възраженията на жалбоподателя, че от направеното в документацията на обществената поръчка уточнение следва, че то се отнася не за всички участници в обединението, а само за тези, които извършват строителство. Подобен извод не следва от прочит на процесното изискване. Напротив, от същото става ясно, че всеки участник в обединението ще следва да докаже, че отговаря на изискването съобразно дейностите, които изпълнява с оглед предвиденото в договора за създаване на обединението, т.е всички лица, които ще изпълняват строежа да притежават регистрация в ЦПРС за изпълнение на строежи втора група, строежи от транспортната

инфраструктура , първа категория.

Второто нарушение, което е констатирал административният орган е нарушение на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.6 от ЗОП във връзка с чл.3 ал.3 от З. и чл.6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството.

Съгласно раздел III.1.2 от обявлението и раздел III, т. 2.2.1.1 от документацията за поръчката участникът трябва да притежава валидна застраховка „Професионална отговорност“ съгласно чл. 171, ал. 1 от ЗУТ за строителство или еквивалент с минимална застрахователна сума, съгласно Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителство за изпълнение на строежи от първа категория.

Съгласно забележка от раздел III.1.2 от обявлението „ако участникът е обединение, което не е юридическо лице, съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в документа/договора за създаване на обединението.“

Според административният орган съгласно изискванията на възложителя всеки член на обединение, който изпълнява строителни дейности, независимо от тяхната същност и специфика, следва да притежава застраховка професионална отговорност за строителство на строежи първа категория.

Това изискване според Р. е ограничително, тъй като необосновано ограничава участието на субекти, които имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително монтажни дейности, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице, но не са застраховани за изискуемата категория строежи.

Разпоредбата чл. 5 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството регламентира минималните застрахователни суми за строителите за категории строежи от първа до пета. Съгласно чл. 6 ал.2 от Наредбата е разписана хипотеза, при която ако след сключване на застраховката, застрахованото лице започне да осъществява дейност, свързана с категории строежи, за които са предвидени по-високи минимални застрахователни суми, сумите по застраховката трябва да бъдат съответно увеличени в срок 30 дни след настъпване на промяната.

От прочита на тези разпоредби следва, че наличието на застраховка професионална отговорност за първа категория строежи към момента на подаване на офертата, необосновано ограничава участието на субекти, които имат право да участват в СМР, съвместно с регистрирано лице, но не са застраховани за тази категория строежи. При нужда Наредбата е предвидила възможност за застраховане в посочен срок, но към момента на подаване на офертата, правилно е отбелязано от органа, че не е известно дали участникът

ще бъде избран за изпълнител, съответно не е налице необходимост към този момент той да притежава застраховка за тази категория строежи. Следователно правилен е извода на органа, че това изискване е незаконосъобразно и ограничително. Подобно изискване освен посоченото дотук е и неоправдано от финансова гледна точка и би създавало необоснована финансова тежест за участници в обществата поръчка, които, за да отговорят на критериите за подбор следва да се застраховат за посочената категория строежи, но впоследствие е възможно да не бъдат избрани за изпълнители. Незаконосъобразно е изискването всеки член на обединение, който изпълнява строителни дейности, независимо от какъв вид и специфика, да притежава застраховка професионална отговорност за строежи първа категория, с оглед на обстоятелството, че е напълно възможно някои от участниците в обединението да не изпълняват строежи от тази категория, както и да участват съвместно в извършването на СМР с регистрирано по закон лице, без да притежават тази застраховка, като при нужда биха могли да се застраховат за посочената категория строежи.

Съдът намира, че е налице соченото нарушение на чл. 2 ал.2 вр. чл. 59 ал.6 от ЗОП и чл. 6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектиранети и строителството, а възраженията за липса на нарушение за неоснователни.

Третото нарушение, което е констатирал административният орган е нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП, във вр. с чл.49, ал.1 от ЗОП.

В раздел III от Техническа спецификация за обособена позиция № 1 възложителят е поставил изискване за максимална продължителност на сроковете на Етап 1 Проектиране, като срокът за изпълнение на поръчката се определя по предложение на участника, но не може да бъде повече от:

-за изготвяне и предаване на технически проект – до 120 календарни дни от датата на подписване на договора до предаване на техническия проект;

-за изготвяне и предаване на работен проект – до 90 календарни дни от датата на одобрение на техническия проект до одобрение на работния;

-за съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване разрешение за строителство, и подписване акт. обр. 2а за откриване на строителна площадка, съгласно Наредба № 2 от 31 юли 2003г. издадена от МРРБ – до 60 календарни дни от одобрението на работния проект.

Съгласно изискванията на техническата спецификация за обособена позиция 1, продължителността на срока за изпълнение на Етап 1 Проектиране, изчислена като сума от сроковете по отделните дейности, е до 270 календарни дни.

Съгласно чл.3, ал.2, т.2.1 от проекта за обособена позиция № 1, срокът за изпълнение на Етап I - проектиране следва да е до 210 календарни дни, от

датата на подписване на договора до получаване на Разрешение за строеж на работен проект, в т.ч.: „Изготвяне и предаване на технически проект" - „до 120 (сто и двадесет) календарни дни от датата на подписване на договора до предаване на техническия проект" и „Изготвяне и предаване на работен проект" „до 90 (деветдесет) календарни дни/от датата на одобрение на техническия проект до одобрение на работния проект".

На отделен ред, като част от дейностите на Етап I, е посочено „Съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване разрешение за строителство, и подписване акт обр. 2а за откриване на строителна площадка, съгласно Наредба № 2 от 31 юли 2003 г. издадена от МРРБ".

Съгласно т. 4.1 от Раздел I на документацията за поръчката за обособена позиция № 1 и чл. 3, ал. 3 от проекта на договор за обособена позиция № 1, „в сроковете не се включва времето, необходимо за изпълнение на приложимите процедури по съгласуване, одобряване с възложителя и консултанта, контролни органи, трети лица и институции". В допълнение, съгласно образеца на предложение за изпълнение на поръчката по обособена позиция № 1 (Образец № 2.1 от документацията за поръчката) от участниците не се изисква да посочат срок за „съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване разрешение за строителство, и подписване акт обр. 2а за откриване на строителна площадка, съгласно Наредба № 2 от 31 юли 2003 г. издадена от МРРБ".

Органът счита, че изискванията от техническата спецификация противоречат на проекта на договора и останалата част от документацията за обществената поръчка относно срока за съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване на разрешение за строеж и подписване акт обр. 2а за откриване на строителна площадка, като част от общия срок за изпълнение на Етап Първи Проектиране. Тези изисквания са неясни и противоречиви, касаят срока за изпълнение на поръчката и пречат на участниците, тъй като същите не могат да посочат срок за изпълнение на съгласувателните процедури.

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. Чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП повелява, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. Допълнение към тези принципи е изискването на чл. 49, ал. 1 от ЗОП техническите спецификации 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.

Във връзка с гореизложеното, съдът прави извод, че съгласно образеца на предложение за изпълнение на поръчката по обособена позиция № 1 от участниците не се изисква да посочат срок за „съгласуване с външни на ДП Н. институции и издаване разрешение за строителство, и подписване акт обр. 2а за откриване на строителна площадка, съгласно Наредба № 2 от 31 юли 2003 г. издадена от МРРБ" , тъй като тази дейност няма самостоятелен характер и в сроковете не се включва времето, необходимо за изпълнение на приложимите процедури по съгласуване, одобряване с възложителя и консултанта, контролни органи, трети лица и институции. Ето защо следва да се приеме, че правилно органът е установил наличие на допуснато от бенефициера нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП, във вр. с чл.49, ал.1 от ЗОП. Няма спор, че жалбоподателят е определил максимален срок на отделните дейности по обособена позиция 1, но е налице противоречива информация в отделните документи от обществената поръчка, което води до несигурност и липса на яснота за участниците, което неизбежно би имало разубеждаващ ефект върху тях. Доколкото срокът за изпълнение на поръчката е съществен елемент от нея, то всяко противоречие по отношение на този елемент, би имало за ефект отказ от участие на част от потенциалните участници.

Горното съставлява нарушение на чл. 49, ал. 1 Закона за обществените поръчки, съгласно която норма 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. Посочената разпоредба, от своя страна, е пряко проявление за целите на определянето на техническите спецификации на визирания в чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от Закона за обществените поръчки принцип на равно третиране и свободна конкуренция. Съдът приема, че неясното и противоречиво описание на съществен елемент от предмета на поръчката е съществено нарушение, което може да действа разубеждаващо върху потенциални заинтересовани лица и влияе върху конкурентната среда по процедурата. От друга страна изчерпателното и ясно посочване на предмета на обществената поръчка, в това число и срокът на изпълнение на посочените в нея дейности е изискване, което пряко гарантира принципите на прозрачност и равенство на участниците, които изискват предметът и критериите за възлагане на обществените поръчки да бъдат ясно определени още от самото начало на процедурата.

Допуснатите от бенефициера нарушения са на Закона за обществените поръчки, като естеството на нарушенията е такова, че е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 72, ал. 3 във вр. с, ал. 4 ЗУСЕФСУ размерът на финансовата корекция следва да бъде определен чрез процентен показател, установен в Наредбата. Следва да се посочи, че нито националното

законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване наличието единствено на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, 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 (36) Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на 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 C. L'I., C-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, решение F., C-59/14, EU:C:2015:660, т. 24; решение W rociaw, C-406/14, EU:C:2016:562, т. 44.).

Нарушението на свързаното с правото на Съюза национално право, което обективно е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност и недискриминация винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Важна е възможността за участие на най-широк кръг участници, защото само така се гарантира постигането на икономически най-изгодната оферта. Важно е стопанските субекти да не бъдат възпрепятствани и необосновано натоварвани с разходи, които нямат законово основание, а и икономическа логика. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал установените нарушения общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-малки, а следователно и разходите на Съюза биха били по-малки.

Горното установява осъществяването и на третия елемент на фактическия състав на нередността.

Съдът счита, че законосъобразно е определен и размера на общата корекция за трите нарушения, като е спазен и принципа на чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, който гласи, че при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансови корекции не се натрупва и се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което в акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент. В случая констатираните нередности засягат един и същи разход и най-високият процент е 5% от стойността на засегнатия от нарушението договор.

Настоящият състав на съда намира оспореното решение за постановено в съответствие с целта на закона, а именно средствата от ЕСИФ да бъдат управлявани на основата на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, както и да се препятства тяхното неправомерно изразходване.

Поради всичко изложено съдът намира, че като издаден от компетентен орган, без противоречие с материалноправни разпоредби, при липсата на съществени нарушения на процесуалните правила и изискванията за форма на акта, както и в съответствие с целта на закона, оспореният в настоящето производство акт е валиден и законосъобразен, жалбата против който акт се

явява неоснователна.

Предвид изхода на спора, в полза на ответника следва да се присъди претендираното юрк. възнаграждение в размер на 100 /сто/лв.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 62-ри състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Държавно предприятие Национална компания железопътна инфраструктура , ЕИК:[ЕИК] със седалище и адрес на управление –гр.С., [улица], представлявано от генералния директор З. К., срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2/21.02.2023г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „ Транспорт и транспортна инфраструктура“ и директор на Дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта и съобщенията.

ОСЪЖДА Държавно предприятие Национална компания железопътна инфраструктура , ЕИК:[ЕИК] със седалище и адрес на управление –гр.С., [улица], представлявано от генералния директор З. К., да заплати на Министерство на транспорта и съобщенията да заплати на Държавно предприятие „Национална компания железопътна инфраструктура“ ЕИК:[ЕИК], разноси по делото в размер на 100 лв. /сто лева/.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд на Република България в 14 – дневен срок от получаването му .

Съдия: