

# РЕШЕНИЕ

№ 974

гр. София, 15.02.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,**  
в публично заседание на 17.11.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Наташа Николова**

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **5007** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/16.05.2022 г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/2014-2020г.,с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно и издадено в противоречие с материалния и процесуалния закон. Моли се то да бъде отменено.

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

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

писмено.Претендиращо за юридическо възнаграждение.

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

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

Проведена е открита процедура по възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП. Сключен е Договор № 11520/14.10.2021 г. между ДПНКЖИ, в качеството му на възложител, и ДЗЗД „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП с писмо изх. № 10- 22-181/23.03.2022 г., на Ръководителя на УО, като му е дадена възможност да представи възражения. Посочено е, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като за ОП 1 в раздел III. 1.3. на обявлението за обществената поръчка и в раздел III, т. 2.3.6.2. от документацията за участие в обществената поръчка, се изисква участниците да осигурят следните експерти:

-Ръководител на проект - Общ професионален опит: Минимум 8 г. опит като Ръководител проект/екип или Заместник ръководител проект/екип в изпълнението на проекти/договори за внедряване на информационни системи; специфичен професионален опит: опит в използването на модерни методи за управление на ИТ проекти; познаване на съвременните методи и технологии за развой и внедряване на сложни информационни системи.

-Квалифициран експерт Транспортен Инженер за организация на движението - Квалификация: Висше образование – Общ професионален опит: Минимум 15 г. Специфичен професионален опит: Познания по организация и управлението на движението в железопътен транспорт; Опит с организацията на движението при краткосрочно и дългосрочно планиране, както и при временна организация на движението при аварийно-ремонтни дейности и изграждането на инфраструктурни проекти; Да отговаря на изискванията за правоспособност за извършване на дейности, свързани с безопасността на превозите с железопътен транспорт, съгласно Наредба № 56 от 14.02.2003 г., издадена от министъра на транспорта и съобщенията (обн. ДВ, бр. 20 от 04.03.2003 г) за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност или еквивалент; Задълбочено познаване на спецификите на българският железопътен транспорт и информационните системи за управление работата на жп системи.

Бенефициентът е представил възражения по основателността и размера на фи-нансовата корекция с писмо изх. № ЖИ-13354/04.04.2022 г.

Издадено е Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/16.05.2022 г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/2014-2020г.,с което е наложена финансова корекция в

размер на 10 % от стойността а всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“, ОП 1 „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“. От УО е прието, че се налице ограничителни изисквания в критериите за подбор, представляващи нарушение на чл. 59, ал. 2, вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи: Жалбата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, от лице, имащо правен интерес, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима. Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. 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. е оправомощил М. Г. Г. – и.д директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/ 2014-2020 г. Съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен орган.

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

В административното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено.

Решението за определяне на финансова корекция е издадено извън предвидения срок по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, но тъй като заложеният за това едномесечен срок, считано от постъпване на възражението на бенефициента е инструктивен, съдът счита, че не е налице процесуално нарушение от категорията на съществените.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. По силата на законова делегация, установена в чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ с ПМС № 57/28.03.2017 г. е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, (включително нередности, за които

се извършват финансови корекции по, ал. 1, т. 9) и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 г. (наричана по-долу за краткост Наредбата). Нередностите, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях, са посочени в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

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

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

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

По отношение на втората кумулативна предпоставка от фактическия състав на

нередността, съдът намира следното:

В процесния случай за да определи финансова корекция ръководителят на УО на ОПТТИ е посочил, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП – наличие на ограничително изискване в критериите за подбор.

В чл. 59, ал. 2 от ЗОП е предвидена възможност възложителите да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по ЗОП, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществените 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 раздел III. 1.3. на обявлението за обществената поръчка и в раздел III, т. 2.3.6.2. от документацията за участие възложителят е посочил критериите за подбор за експерта ръководител проект и квалифициран експерт транспортен инженер, свързани с тяхната професионална компетентност професионален опит.

Съгласно § 2, т. 41 от ДР на ЗОП „Професионална компетентност“ е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения, т.е. професионална компетентност може да се натрупа и само чрез опит в областта, относима към функцията, която ще изпълнява съответният експерт. Изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка, но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП. В противоречие с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП от възложителя е въведен ограничаващ критерий за подбор, свързан с професионалната компетентност и професионалния опит на ръководител проект и квалифициран експерт транспортен инженер. Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната е само, ако те необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

За да е законосъобразно изискването за специфичен професионален опит на ръководител проект и квалифициран експерт транспортен инженер, същото следва да е обосновано с оглед дейностите и функциите, които това лице ще изпълнява в обхвата на целия предмет от поръчката, дали те са обосновани и съобразени ли са със спецификата както на поръчката.

В случая предмет на обществената поръчка е „Проектиране и внедряване на Система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“, ОП 1 „Проектиране и внедряване на Система за управление на влаковата работа в Н.“. Съдът приема за правилен изводът на ръководителя на УО на ОПТТИ 2014-2020 г., че е налице ограничителен критерий, тъй като заложените от възложителя изисквания в раздел III „Изисквания към участниците“ от документацията за участие в обществената поръчка, относно експерта ръководител проект и квалифициран експерт транспортен инженер не са обвързани безспорно с дейностите, свързани с изпълнението на възложената

обществена поръчка. Изискването за притежаван от съответните експерти професионален опит с посочената продължителност не е пряко обвързано с предмета на поръчката, тъй като не е посочено, че следва да бъде придобит при изпълнение на дейности, сходни с дейностите, които ще се извършват при изпълнението на обществената поръчка. Изискванията за специфичен професионален опит, притежаван от експерта ръководител проект и квалифицирания експерт транспортен инженер, са общо формулирани, като не става ясно по какъв начин ще бъде доказано, че съответното лице ги покрива и има необходимата професионална компетентност.

Налице е ограничителен критерии, оказващ възпиращ ефект върху потенциалните участници. Следователно, налице е нарушение, което ограничава конкуренция.

Констатираното нарушение представлява нередност. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Установеното нарушение има финансово отражение предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. Налице е финансово отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на Европейския съюз, тъй като бенефициентът е провел процедура за избор, без да заложи критерии за равенство, обективност и прозрачност.

При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) № 1303/2013г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалния метод. Съгласно чл. 5 ал. 1 от Наредбата размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалния метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (какъвто е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата 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 Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, са посочени в приложение 1. Видно от него, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвиден и съответен процентен показател на финансовата корекция. Съгласно чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Определеният процентен показател по изречение първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания.

Посоченото нарушение по раздел I е относимо към точка 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

При наличието на съответните условия, УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция, т.е. тук УО действа в условията на обвързана компетентност.

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

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 36 състав

#### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/16.05.2022 г. на ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ /ОПТТИ/2014-2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен договор за консултантска услуга № 11520/14.10.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „РейлТехноАйЕмЕс“ на стойност 5 779 000 лв. без ДДС с предмет „Проектиране и внедряване на система за управление на влаковата работа в ДПНКЖИ“.

**ОСЪЖДА** ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“ с ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщения сумата от 100 лв.

/сто/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

**СЪДИЯ:**