

РЕШЕНИЕ

№ 2669

гр. София, 22.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 15.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **1565** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка 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“, ЕИК[ЕИК], седалище, адрес на управление и съдебно посочен адрес: [населено място], 1233, [улица], с ел.адреси: [електронна поща] ; [електронна поща] срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-3/26.01.2024г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. и директор на дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта с което на дружеството е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на сключен договор № 11366/22.03.2021г. по ОП 1 „Проектиране на железен път, контактна мрежа, съоръжения, строителство и авторски надзор на участък В. – П.“ с изпълнител „Вистра Д.“ на стойност 101 198 900лв без ДДС с включени непредвидени работи от проведена обществена поръчка „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница, участък В.-Драгоман“ по одобрен проект № ВГ16М1ОР001-1.001-0006 „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница: жп участък В.-Драгоман – фаза 1“.

Твърди се неправилност и необоснованост на оспореният акт и по-конкретно:

Констатацията на УО, че комисията не е доказала несъответствието между предложенията на участника и изискванията на възложителя е невярно. В частност и

във връзка с отстранения участник „Терна“ АД се твърди, че в съответствие т.-3.1 Работна програма за проектиране от Методиката, приложение 03-1 от документацията за ОП е посочено изрично, че ако предложената работна програма не е в съответствие с представените в т.2.2 планиране и управление на строителството, участникът ще бъде предложен за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата, което обстоятелство именно е установено по отношение на участника. В работната програма за строителство организационната и техническа последователност на изпълнението е представена на части, зони и фази, включващи дейности, които не отговаря на технологичната последователност на дейностите включени в 174-те етапа от т.2.2 Строителство от техническото предложение. Позовава се и на чл.101 ал.5 ЗОП съгласно която норма всеки участник следва да се придържа точно към обявените от възложителя условия. Успоредно с това – несъответствието в технологичната последователност на дейностите описани в Предложението за изпълнение и Работната програма представлява вътрешно противоречие – самостоятелно основание за отстраняване на участник. Наличието на разминаване в последователността на дейностите по изпълнение поставя под съмнение качествено и навременно изпълнение на поръчката. Успоредно с това – техническото предложение в т.ч. и работната програма стават част от договора за ОП.

В предложението на изпълнение т.2.2 Планиране и управление на строителството е посочено, че първо започва монтажа на новия коловоз на „Г.“ и след това – изграждане на нов път 1 от нова стрелка 1 до км.16+650, но в работната програма е показана обратната последователност, така, посоченото от участника - първо демонтаж на железния път и после демонтаж на контактната мрежа нарушава технологичния ред за изпълнение, което нарушава и взаимнообвързаността на дейностите и тяхната последователна логика. Нарушено е и времето разпределение на екипи по видовете дейности. Посоченият пример е изведен като само едно от несъответствията, като изчерпването на всички несъответствия би означавало да се повтори като обем и детайли техническото предложение.

Ако възложителя допусне до класиране участник, който не е спазил обявените условия би нарушил принципа на равнопоставеност и недискриминация по отношение на останалите участници, които са се съобразили с предварително обявените условия. Нормата на чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП изрично налага възложителя да отстрани участника в подобна хипотеза.

Твърди се, че решението за определяне на изпълнител е правилно и законосъобразно, изцяло кореспондира с фактическата обстановка и е в пълно съответствие с изискванията в документацията на ОП.

На следващо място – в решението за определяне на ФК е посочено, че е налице нарушение на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ. Съгласно чл. 70 ал.1 т.10 ЗУСЕФСУ ФК се налага за нередност представлява нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, като никъде в решението си Р. не е посочил кои конкретно правило съдържащо се в Глава Четвърта на закона е нарушено. Посочено е единствено, че е налице неоснователно отстранен участник, но не е посочена конкретна норма от Глава Четвърта на закона. В този смисъл нормата на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕСИФ е посочена бланкетно и щом не е обвързана с точно установено нарушение по Глава Четвърта тя е неприложима. Не представлява и годно правно основание. Т.е. не е налице точно, ясно и обосновано посочване на фактическите и правни основания за определяне на фк.

На трето място се твърди, че съпоставянето на предложенията на участника „Терна“ АД за ОП1 и ОП2 и направената констатация на Р. е некоректно и необосновано. В оспореният акт е посочено, че техническото предложение на участника за ОП, което е прието от възложителя е структурирано по аналогичен начин, но не начинът на структуриране е основанието поради което дружеството е отстранено от участие. Причината е, че в техническото му предложение за ОП1 е налице несъответствие между технологическата последователност на изпълнение на дейностите заложи в Работната програма и технологическата последователност за изпълнение съдържаща се в т.2.2 планиране и управление на строителството от Предложението за изпълнение. В този смисъл мотивите на Р. са некоректни. Предметът на ОП1 и ОП2 обхваща различни участъци с различни характеристики, което налага и изготвяне на различни предложения за изпълнение. В този смисъл са отчетени от възложителя географския обхват на трасето – геоложки и хидроложки условия, трасето на жп линията – условия за влаково движение, индустриални клонове, брой жп съоръжения, брой гари в участъка. Така за ОП1 съгласно одобрения ПУП, проекта предвижда удвояване вляво на съществуващото трасе и модернизация при гара К., като участъка е равнинен с малки изкопи и насипи до достигане проекти коти и наклони на земна основна площадка. За ОП2 проектът предвижда удвояване, като част от трасето е по нова след, включва модернизация на няколко гари и изграждане на нова гара, съществуващата линия се пресича с новата следа на км24+500, км.30+150, км.30+850, км.31+890, км.33+250, включване към източната гърловина на гара А. и РП А. запад от км.35+100. Хълмисто-планински участък, като за изграждане на новата следа изкопите достигат до 16км дълбочина. В обхвата на ОП2 е включено и проектиране, строителство и авторски надзор на системи за сигнализация и телекомуникация, чието изпълнение допълнително разширява технологията и организацията за изпълнение, включени в предложените 23 зони за работа.

С оглед спецификата на двата участъка, технологичната последователност е различна и обхвата на етапите за изпълнение няма как да бъде сравнен, ще по-малко да се очаква техническите предложения да бъдат идентични.

В този смисъл се твърди, че не е налице нарушение на чл.107 т.2 б. „а“ от ЗОП вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ДОП и че не е приложима Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на ФК и се иска отмяна на оспореният акт.

Ответната страна – ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. и директор на дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта изразява становище за неоснователност на жалбата с аргументи, аналогични с инкорпорираните в съдържанието на оспореният акт, което ще бъде възпроизведено, в относимата му част, по-долу в решението.

Съдът, намира, че жалбата е редовна, в съответствие с изискванията за съдържание и приложения съгласно чл.150 и чл.151 от АПК и допустима – в съответствие с изискванията на чл. 159 АПК.

По съществуването на спора, с оглед твърденията на страните и предмета на служебна проверка съдът съобрази:

Във връзка с извършен одит на операциите по ОПТТИ, през 2023г. е направена проверка на проект № BG16M1OP001-1.001-0006 „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница: жп участък В.-Драгоман – фаза 1“. На УО е връчен окончателен доклад от одитния орган – ИА „Одит на средствата от ЕС“ и констатирано нарушение на ЗОП при провеждане на ОП „Модернизация на жп линия

С.-Драгоман-сръбска граница,участък В.-Драгоман“ по ОП 1 с предмет „Проектиране на железен път, контактна мрежа, съоръжения, строителство и авторски надзор на участък В. – П.“.

При проверката е констатирано наличие на неоснователно отстранен участник в процедурата.

Съгласно Решение № 98/30.10.2020г. за определяне на изпълнител по ОП1 на посочената поръчка,участника „Терна“ АД е отстранен на основание чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП,тъй като представената оферта не отговаря на предварително обявените условия на поръчката.Решението е мотивирано с наличие на несъответствие на техническото предложение с изискванията на възложителя по т.2.2 „Планиране и управление на строителството“ б.“а“ вр. т.3.2. от Работната програма за строителство от Приложение 3-1 „Методика за определяне на комплексна оценка на офертите“ от документацията за поръчката.

Твърдението,че работната програма за строителство е представена на части,зони и фази,включващи строителни дейности,които не отговарят на технологичната последователност на дейностите по т.2.2 от техническото предложение на участника не е обосновано с конкретно позоваване на отделни дейности,за които е установено несъответствие.Комисията не е доказала несъответствие между предложението на участника и изискванията на възложителя.В допълнение при проверката е прието,че техническото предложение па ОП2 е структурирано по аналогичен начин с това по ОП1,като същото е допуснато до оценка и оценено.(

Бенефициентът е уведомен за посочените констатации с писмо от 13.12.2023г. с представен отговор за възражение,каквото е изразено с писмо от 28.12.23г.

Така с процесното оспорваното решение е прието,че в решението на възложителя и документите от работата на комисията не се съдържа конкретна информация обосноваваща отстраняване на участника,а реферира към начина на структуриране на предложението му. При постановяване на акта,Р. е посочил,че доводите,както са представени в писмото на бенефициента в процедурата по определяне на ФК е следвало да бъдат описани от комисията на етапа на оценяване,като представени на етап установяване на нередност същите доводи няма как да се съотнесът към работата на комисията – каквито заключения тя не е изложила. Посочено е,че съгласно чл.103 ал.3 ЗОП комисията следва да протоколира дейността си,респ. резултатите да се отразят в доклад.Възражението на бенефициента,че комисията не е длъжна да изписва подробно констатираните несъответствие е отхвърлено чрез позоваване на чл.60 ал.1 т.5 ППЗОП съгласно който доклада за резултатите от работата на комисията следва да съдържа,когато е приложимо – предложението за отстраняване на кандидати или участници заедно със съответните мотиви.Успоредно с това е посочено,че съдебната практика е приела,че съгласно чл.60 ал.1 т.5 ППЗОП,комисията по чл.103 ал.1 ЗОП е длъжна да мотивира изводите си по отношение основанията за отстраняване. Елемент от аналитична дейност в хипотезите на чл.107 т.2 б.“а“ ЗОП е да се посочи кои обстоятелства комисията счита,че не отговарят на предварително обявените условия на поръчката,като преценката следва да бъде обективизирана чрез излагане на определени фактически и правни основания за извършената оценка.

В процесният случай е прието,че от съдържанието на Протокол № 17 от работата на комисията и от доклада по чл.60 ППЗОП не може да се приеме,че са изложени достатъчно относими мотиви от които да стане ясно установеното несъответствие,което до обуслови и извода,че представената оферта попада в

определението на пар.2 т.25 от ДР на ЗОП като неподходяща.От представеното в Протокол № 17 от 14.07.2020г. и в решение № 98/30.10.2020 за определяне на изпълнител не могат да се изведат мотиви защо участникът е отстранен от по-нататъшно участие в процедурата,поради което следва да се приеме,че е налице неоснователно отстраняване.

Нарушението е съотнесено към т.14 от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за което е предвидена ФК в размер на 25% от разходите по сключения договор. За определяне финансовото влияние на нарушението е взето предвид,че решението за откриване на процедурата и обявлението за ОП са изпратени и публикувани в Р. и ОВ на ЕС, като по ОП1 са получени 4 оферти от които 1 е класира,т.е. не е налице минимална конкуренция. С оглед естеството на нарушението не може да се даде реално количествено отражение,поради което на основание чл.5 ал.1 вр. чл.3 ал.2 от Наредбата за посочване на нередности размера на ФК е определен по пропорционалния метод.

С оглед така изложеното е прието,че е налице нарушение на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕСИФ,основание за извършване на ФК,тъй като е налице неоснователно отстранен участник в нарушение на чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП вр. чл.2 ал.1 т.1 ЗОП. На основание чл.72 и чл.73 ал.2 ЗУСЕСИФ и т.14 от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата и при отчитане обстоятелствата по чл.72 ал.1 и ал.3 ЗУСЕСИФ, Р. е определил ФК в размер на 25% от разходите по договор № 11366/22.03.2021г. финансиране с БФП за ОП1 на стойност 101 198 900лв. без ДДС с включени непредвидени работи с изпълнител „Вистра“ Д..

Като е отчетено,че ФК има влияние в размер на 2 299 975,00лв. без ДДС върху верифицираните разходи от БФП е постановено същата сума да се възстанови доброволно от бенефициента ДПНКЖИ.

На тази база съдът съобрази:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ/ЗУСЕФСУ/ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното решение е издадено от директор на дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта за чиято компетентност е представена Заповед № РД-08-302/19.06.2023г. на министъра на транспорта и съобщенията. В този смисъл следва да се приеме,че актът е издаден от компетентен орган при валидно учредена компетентност съобразно нормативната възможност за делегация по чл.9 ал.5 ЗУСЕФСУ.

При провеждане на процедурата са спазени изискванията на чл.69 и сл. ЗУСЕФСУ/в приложимата редакция – ЗУСЕСИФ/, както с оглед инициативата за започване на производството, така и с оглед правото на участие на жалбоподателя,посредством предоставяне на право да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и да приложи доказателства в срок, съответен на законово предвиденото по чл.73 ал.2 от с.з.

При изготвяне на акта са спазени изискванията за мотивираност доколкото същият съдържа ясно изложение на фактите,начина на тяхното установяване и правната квалификация към която същите са подведени. Р. е посочил ясно кое действие и за какъв период приема за нередност, респ. на базата на тази нередност как следва да се изчисли финансовата корекция. В този смисъл при постановяване на решението не са допуснати нарушения в изискванията за форма и съдържание на акта.

Относно съответствието му с материалния закон:

Не се явява спорен по делото въпросът - дали участникът е следвало да бъде

действително отстранен, тъй като в своето решение самият Р. заявява, че съображенията на бенефициента, изложени в производството по определяне на корекция би следвало да се съдържат в оценителския доклад на помощната комисия и на етап – оценяване на техническите предложения. В този смисъл предмета на анализ относно наличието на описаното нарушение на ЗОП се концентрира не във въпроса дали е следвало, а как и по какъв начин възложителят и помощният орган към него са обективирали своята аналитична дейност и правно-обвързваща воля във връзка с отстраняването на участника в процедурата.

В Решение № 98/30.10.2023г. за избор на изпълнител по ОП1 от посочената обществена поръчка във връзка с отстраняване от участие на „Терна“ АД е посочено, че дружеството не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката, като техническото му предложение не отговаря на изискванията на възложителя по т.2.2. Планиране и управление на строителство б. „а“ вр. т.3.2. Работна програма за строителството от приложение 3-1 Методика за определяне на комплексна оценка от Документацията, тъй като:

В т.2.2 Строителство от Техническото предложение е представена организация и технологична последователност за изпълнение на обекта, съгласно издадените разрешения за строеж, включително приложимите прегледи при изпълнение на СМР където в част Технология за работата на обекта, включително връзките с индустриалните клонове е посочил, че последователността на изпълнение на работите по железен път, контактна мрежа и организацията на влаковото движение ще се изпълни в 14 етапа изложени последователно. В работната програма за строителство, неразделна част от Техническото предложение за участника организацията и последователността за изпълнение на обекта е представена на части, зони и фази, включващи дейности, които не отговарят на технологичната последователност на дейностите включени в 14-те етапа от т.2.2 Строителство от техническото предложение на участника. Посоченото е обосновано извода за несъответствие. Посочено е, че констатациите, мотивите, изводите и заключенията на комисията са подробно обективирани в Протокол № 17/14.07.2020г.

По силата на чл.60 ал.3 от ППЗОП докладът на комисията се подписва от всички членове и се предоставя на възложителя заедно с цялата документация, включително всички документи, изготвени в хода на работа на комисията, като протоколи, оценителни таблици, особените мнения, както и представените мостри, макети и/или снимки и др. По силата на чл.106 ал.3 ЗОП възложителят приема или връща доклада на комисията, а съгласно ал.1 на нормата протоколите от дейността се прилагат към доклада.

В този смисъл надлежно обективираната дейност на помощната комисия към възложителя, приета и утвърдена от него, е част от решението му и не е налице пречка възложителят да възприеме изцяло, като свои и да реферира към мотивите на помощният орган обективирани в съответният доклад от дейността му. Това обстоятелство е налице и понастоящем.

Видно от посоченият протокол № 17 от 14.07.2020г. от дейността на комисията във връзка с предложението на участника е посочено, че/виж л.158 и сл.от делото/:

„Разгледано по същество техническото предложение не отговаря на изискванията на възложителя посочени в т.2.2. Планиране и управление на строителството, буква а във връзка с т.3.2. Работна програма за строителството от Приложение № 3-1 Методика за определяне на комплексна оценка на офертите от документацията за участие в

процедурата, тъй като:

В т.2.2 Строителство/Планиране и управление на строителството/ от Техническото предложение на участника, е представена организация и технологична последователност за изпълнение на обекта, съгласно издадените разрешения на строеж, включително приложимите прегледи при изпълнението на СМР, където в част Технология за работа на обекта, включително връзките с индустриалните клонове е посочил, че последователността на изпълнение на работите по железен път, контактна мрежа и организация на влаковото движение ще се изпълни в 14 етапа изложени последователно.

В работната програма за строителство неразделна част от Техническото предложение на участника организацията и технологична последователност за изпълнение на обекта, е представена на части, зони и фази, включващи строителни дейности които не отговарят на технологичната последователност на дейностите включени в 14те етапа от т.2.2. Строителство/Планиране и управление на строителството/ от Техническото предложение на участника.

Видно от изложеното налице е несъответствие между Работната програма за строителство с посочените в т.2.2. Планиране и управление на строителството“.

Успоредно с това в посоченият протокол е описана част от предложението на участника. Не е посочено обаче с какво предложението му се разминава с изискванията на възложителя.

На тази база, съдът приема изводите на Р. за липса на ясно и точно посочване на основанието за отстраняване на участника, като единствено възможни изводи.

В допълнение и независимо, че в своето окончателно решение възложителят реферира към протокол № 17 от 14.07.2020г. от дейността на комисията, съдът анализира и доклада по чл.60 от ППЗОП, като в частта относно отстраняване на участника „Терна“ АД се установява абсолютно идентично изложение с това, изписано от възложителя в постановеното от него решение.

На тази база следва да се приеме, че нито от дейността на помощната комисия, нито от изявеното от самият възложител може да се установи в какво се разминават изискванията на възложителя обявени с документацията за ОП и Техническото предложение на участника.

Изложеното от жалбоподателя в жалбата вече дава ясна представа само по себе си какво е констатираното несъответствие, но съдът не може да замести, нито да санира волята на възложителя по проведена ОП дописвайки мотиви и излагайки факти и възприемайки изводи.

Безспорно помощната комисия действа в оперативна самостоятелност в която хипотеза следва да се установи единствено спазени ли са общите условия за законосъобразност на завършващият производството акт/арг. чл.169 АПК/. В този смисъл ВАС е имал възможност да постанови, че „Съгласно чл.60 ал.1 т.5, комисията по чл. 103, ал. 1 от ЗОП е задължена да мотивира изводите си по отношение на основанията за отстраняване на съответния участник. Елемент от аналитичната дейност на помощния орган на възложителя в хипотезите на чл. 107, т. 2, б. "а" от ЗОП е да посочи кои обстоятелства счита, че не отговарят на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. Преценката на комисията, следва да бъде обективизирана, чрез излагане на определени фактически и правни основания за извършената оценка. В този смисъл, експертната оценка на оценителната комисия подлежи на контрол за законосъобразност, в рамките на това дали са изложени

мотиви, които са адекватни и относими към обстоятелства, посочени в техническото предложение на участника и предмета на поръчката, да кореспондират с конкретните обстоятелства и изискванията на възложителя, предвидени в документацията за участие.“/виж Решение № 6285 от 27.06.2022 г. на ВАС по адм. д. № 4905/2022 г./.

И още: „Мотивите на помощния орган следва да са конкретни и свързани с естеството на съответното техническо предложение, тъй като от тях се прави извод дали комисията е обсъдила наличните в него данни и информация. Анализът трябва да е относим, както към посочените обстоятелства в съответната оферта, така и към приложимата методика и техническа документация по процедурата, така, че впоследствие контролният административен орган да може обективно да прецени, дали офертата на участника отговаря или не на заложените в документацията на възложителя изисквания“/ Решение № 944 от 23.01.2018 г. на ВАС по адм. д. № 7608/2017 г.

На тази база настоящият състав приема, че в мотивите на помощния орган и на самият възложител не се съдържа означение в какво се изразява несъответствие на техническото предложение на участника с изискванията на възложителя. Общото позоваване на т.2.2. Планиране и управление на строителството, буква „а“ вр. с т.3.2.Работна програма за строителството от Приложение № 3-1 Методика за определяне на комплексна оценка на офертите, без да е налице конкретно посочване в какво се изразява несъответствието не позволява да се приеме, че процесният акт е мотивиран съобразно изискванията на чл.60 ал.1 т.5 ППЗОП.

В този смисъл, настоящият състав в съответствие с практиката на ВАС приема, че не може да се проконтролира дали офертата на участника отговаря на заложените в документацията изисквания.

Ето защо следва да се приеме, че основанието за отстраняване на участника по чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП е приложено незаконосъобразно.

На следващо място и по силата на чл. 70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ/при същата приложима редакция по ЗУСЕСИФ/ Финансова подкрепа със средства от ЕФСУ 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 ЕФСУ.

Глава четвърта от посоченият закон третира определянето на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ в рамките на която регламентация е заложено изискването за спазване разпоредбите на ЗОП при определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставки на стоки – обект на обществена поръчка по смисъла на Закона за обществените поръчки, спрямо които се прилагат и прилагат правилата на ЗОП, когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон.

С оспореното решение Р. се е позовал на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ вр. чл. 107 т.2 б.“а“ вр. чл.2 ал.1 т.1 от ЗОП с което ясно е описал фактическият състав на нередността. По силата на съдържащата се в глава четвърта ЗУСЕФСУ регламентация, правилата на ЗОП са пар екселанс приложими без да е необходимо изписване на разпоредбите от посочената глава. Нормата на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ съдържа в себе си изискване за нарушаване на правилата за определяне на изпълнител и като такава обосновава ясно приложимостта на ЗОП. В този смисъл не е налице неприложима разпоредба, нито е налице непосочен елемент от фактическият състав на нередност, като основание за

определяне на ФК.

Като продължение и съгласно чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на ФК нередностите по чл.1,т.1./т.е. тези съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ, 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 основание на ФК по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ/, както и приложимите приложимите проценти показатели за тях са посочени в приложение № 1.

В настоящата хипотеза Р. е посочил т.14 от Приложението.

Посочената точка от приложението предвижда определяне на ФК в размер на 25 на сто от засегнатите разходи,когато Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което:

- определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации, или

- отстранен е кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени.

В настоящият казус и с оглед изложеното не е налице съмнение,че критериите за подбор не са приложени правилно от възложителя в резултат от което е отстранен участник, за чиято оферта не е обосновано,респ. доказано, че не следва да бъде разгледана. Успоредно с това жалбоподателят не доказва,дори не твърди,че отстраненият кандидат или участник не би бил определен за изпълнител, т.е. нарушението няма финансова влияние,така,че да не се определи финансова корекция съобразно изр. последно,представляващо изключващо отговорността обстоятелство при наличие на основанията по т.14. Всъщност такова възражение липсва както в производството пред Р.,така и в настоящата съдебна жалба. Изключението по т.14 от Приложение 1 на Наредбата е лимитативно и като такова следва да се прилага само след възражение на страната, т.е. в нейна доказателствена тежест е да установи посоченото обстоятелство,като преди това го въведе като твърдение. Посоченото основание разкрива специфична правна конструкция изискваща конкретно процесуално поведение, т.е. наличието му допуска изключение /да не се налага корекция/, приложимостта на което обаче се обуславя от ясно установен,твърдя и доказан от възложителя факт, че конкретната оферта няма да бъде класирана. Т. твърдение изобщо липсва. Липсата на подобно твърдение с представени доказателства означава еднозначно,че възложителят не счита, че не би класирал офертата, поради което е напълно безпредметно съдът да анализира служебно това обстоятелство. В допълнение - евентуалното не/класиране на първо място на дадена оферта в процедурата по ЗОП е резултат от специфична оценъчна дейност на самият възложител/в т.ч. помощните орагани към него/. Неупражняването и, респ. липсата на пособно твърдение,още повече - с доказателства в негова подкрепа, освобождава съдът от анализ нали тази оценъчна дейност би се проявила и с какъв резултат.

В този смисъл следва да се приеме,че ФК е определена законосъобразно. При определянето и в съответствие с чл.3 ал.1 от Наредбата са отчетени естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициента, и финансовото отражение, което то би могло да има върху средствата от ЕСИФ.

С оглед изложеното и в съответствие с разпоредбата на чл.143 ал.2 АПК претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение се явява основателна. Същата следва да се уважи в размер на 100лв. съобразно нормата на чл.24 изр. първо от Наредбата за заплащането равната помощ.

Като следствие от всичко гореизложено и на основание чл. 172 ал.2 предл. четвърто от АПК, Административен съд София-град, 74 състав,,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“, ЕИК[ЕИК], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-3/26.01.2024г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. и директор на дирекция „КПП“ в Министерство на транспорта.

ОСЪЖДА ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“, ЕИК[ЕИК], седалище, адрес на управление и съдебно посочен адрес: [населено място], 1233, [улица] да заплати на ответника сумата от 100/сто/ лева юрисконсултско възнаграждение.

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

Препис от решението да се изпрати на страните.

Съдия: