

# РЕШЕНИЕ

№ 2780

гр. София, 08.06.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,**  
в публично заседание на 26.05.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Диана Стамболова**

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **1751** по описа за **2020** 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. 27 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ - [населено място], ЕИК[ЕИК], представлявано от Генералния директор инж. К. Х. П. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 /27.01.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, с което е определена финансова корекция 10 на сто върху допустимите разходи по два договора. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Представя писмени бележки. Претендира присъждане на съдебни разходи за юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, чрез процесуален представител и в подробно писмено становище излага доводи за недопустимост на жалбата. В условията на евентуалност я

счита за неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Управляващият орган /УО/ е започнал процедура на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ за администриране на нередност по сигнал на Одитирация орган (ОО) вследствие от извършен одит на операциите на Оперативна програма „Транспорт и транспорта инфраструктура“ през 2019 г. Направена е проверка на 6 проекта, избрани в резултат на извадка, която включва всички 73 искания за плащане от бенефициентите, верифицирани от УО на ОП „Транспорт и транспорта инфраструктура“, които са сертифицирани от СО в периода от 1.07.2018 г. до 30.06.2019 г. На УО по ОПТТИ е връчен окончателен доклад от проверката на ОО (ОСЕС) с писмо №07-00-562/ 29.11.2019 г. В окончателния одитен доклад са потвърдени констатираните нарушения, във връзка с извършена проверка на открита процедура по ЗОП за строителство с предмет: „Рехабилитация на железопътни участъци С.-Оризово и С.-Ц., част от проект: Рехабилитация на железопътната инфраструктура по жп линията П. — Б. — фаза 2, по обособени позиции” и сключен договор №5545 от 07.11.2016 г. с изпълнител Обединение „Европейски железници” на стойност 63 498 462.42 лв. без ДДС за обособена позиция №1 и договор №5632 от 26.01.2016 г. с изпълнител Консорциум „СЕТ” ДЗЗД на стойност 3 789 982,49 лв. без ДДС за обособена позиция №2, по проект № BG16M1OP001-1.001-0003: „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“, както следва: Констатация №1: Липса на достатъчно описание на критерий за възлагане (Незаконсъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция №1) и Констатация №2: Липса на предоставяне/публикуване на разяснения.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение с писмо изх. № 10-22-876/12.12.2019 г. на Ръководителя на УО, като му е даден срок от две седмици да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Същият е представил възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 10-22-876/ 27.12.2019 г.

С оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 /27.01.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, на основание чл. 70, ал.1, т.9, чл.73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, за нарушение по Констатация 2, попадащо в т.9.3 от Приложение №1 Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., като са взети предвид обстоятелствата по чл. 72, ал. 1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ, така като е описано в т.1 от Констатацията, на бенефициента е определена финансова корекция в размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по: 1. Договор № 5545/07.11.2016г. с предмет: „Рехабилитация на железопътен участък С. - Оризово“, с изпълнител Обединение „Европейски железници” на стойност 69 848 308.66 лв. без ДДС за обособена позиция №1. Договор № 5545/07.11.2016г. се финансира от безвъзмездна финансова помощ в размер на 69 848 308.66 лева.

Финансовата корекция по договор № 5545/07.11.2016г. има влияние в размер на 5 787 829.58 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните разходи към Европейската комисия.; 2. Договор № 5632/26.01.2016г. с предмет: “Рехабилитация на железопътен участък С. — Ц.“, с изпълнител Консорциум „СЕТ” ДЗЗД на стойност 4 168 980.74 лв. без ДДС за обособена позиция №2. Договор № 5632/26.01.2016г. се финансира от безвъзмездна финансова помощ в размер на 4 168 980.74 лева. Финансовата корекция по договор № 5632/26.01.2016г. има влияние в размер на 378 177.15 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните разходи, към Европейската комисия. На основание чл. 42, ал. 1 и чл. 43, ал. 1 от Наредба Н-3/22.05.2018 г. на Министерството на финансите, е разпоредено сумата по финансовата корекция в размер на 6166 006.73 лева, представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, да се възстанови доброволно от Национална компания "Железопътна инфраструктура" на Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ 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 ЗУСЕСИФ 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-08-415/04.10.2018г. на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 16 и чл. 51, ал. 1, т. 8 от Устройствения правилник на МГИТС, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020. на Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при МГИТС Г. С. В. (подписала процесното решение). С оглед на горното съдът прави извод, че последното е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Посочени са и всички изискуеми реквизити по чл. 14, ал. 2 от Наредба за администриране на нередности по ЕСИФ, приета с ПМС № 173/2016 г.

При издаването на обжалвания административен акт не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

1. Относно нарушение по Констатация №1: Липса на достатъчно описание на критерий за възлагане (Незаконосъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция №1)

В проверяваната процедура критерият за оценка по обособена позиция № 1 е

"икономически най-изгодната оферта" с два показателя: ПТ1 - „цена“ с относителна тежест 60 % и ПТ2 - „техническа оценка“ с относителна тежест 40 %. Максималната стойност на показател ПТ2 е 100 точки и се формира като сума от следните подпоказатели: Т1 „Предложение за проектиране“ - максимален брой точки 15; Т2 „Продължителност на прекъсването на движението на влаковете за цялото денонощие и за част от денонощието „прозорци““ - максимален брой точки 50; Т3 „Среден месечен напредък“ - максимален брой точки 35.

При проверката е установено, че методиката за оценка на офертите по обособена позиция № 1 не осигурява на участниците достатъчно информация за компонентите, формиращи оценката по подпоказател Т2. Стойността на подпоказател Т2 се определя като сума от Т2.1. „Продължителност на пълното прекъсване на движението на влаковете за цялото денонощие“ с максимален брой точки 30 и Т2.2. „Прекъсване на движението на влаковете за част от денонощието („прозорци“)“ с максимален брой точки 20, като:

$T2.1. = (1 - [Pi / (120 \times C / 12)]) \times 30$ , където

Pi е продължителност на пълното прекъсване за цялото денонощие на движението на влаковете за целия срок за СМР, в дни, но не повече от 120 дни на календарна година, предложено в i - тата оферта;

C е срок на договора, в месеци.

За целите на изчисляване на компонент Т2.1. „Продължителност на пълното прекъсване на движението на влаковете за цялото денонощие“, в документацията за участие не е определено дали „C“ е срокът на договора, предложен от съответния участник, или „C“ е определеният от възложителя максимален срок за изпълнение на дейностите по обособена позиция № 1 (36 месеца). От друга страна, съгласно чл. 2, ал. 3 от проекта на договор за обособена позиция № 1, срокът на договора се формира като сума от срока за изпълнение на работното проектиране (до 6 месеца) и срока за изпълнение на СМР (до 30 месеца). Продължителността на пълното прекъсване на движението на влаковете практически е обвързана единствено със срока за изпълнение на СМР и не кореспондира със срока на дейностите по проектиране. Следователно налице е неяснота, в случай, че за остойностяване на Т2.1. възложителят има предвид предложението от съответния участник срок на договора, то кой от предложените в офертата срокове ще бъде оценен - общият срок за изпълнение на поръчката или срокът за изпълнение на СМР. Ако възложителят има предвид предложението от съответния участник срок на договора, то по формулата за остойностяване на Т2.1. по-голям брой точки ще получи този участник, който е предложил по-дълъг срок („C“ стои в знаменател, т.е. при нарастване на „C“ и в случай, че Pi = const, намалява стойността на умалителя, който се приспада от единица, съответно расте стойността на Т2.1.).

В конкретния случай срокът на договора №5545 от 07.11.2016 г. с изпълнител по Обединение „Европейски железници“ по обособена позиция №1, посочен в чл. 2, ал.3 от договора, е с продължителност от 730 календарни дни. Следователно не може да се приеме за обосновано заключението, че при изчисление по формулата за компонент Т2.1. „C“ се приема за константа и е 36. В методиката за оценка на офертите също липсва подобно указание.

По смисъла на Наредба № 58 от 2.08.2006 г. за правилата за техническата експлоатация, движението на влаковете и сигнализацията в железопътния транспорт, прекъсването на движението е по време на фактическото извършване на ремонт на

железопътната инфраструктура, следователно срокът за изготвяне на работни проекти е неотносим към „прозореца“ за ремонт и не следва да се включва във формулата на изчислението му.

Във връзка със съществуващата в методиката за оценка за обособена позиция №1 неяснота за начина на остойностяване на подпоказател Т2 е постъпило искане за разяснение, на което възложителят е отговорил с писмо изх. № ЖИ-4925/04.02.2016г. (разяснение № 42). В разяснението не се съдържа допълнителна информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по показател Т2.

При проверката е установено, че изчисляването на оценките на участниците за обособена позиция № 1 по компонент Т2.1. на показател Т2 е извършено с „С = 36 месеца“, представляващ определения от възложителя максимален срок на договора, включващ и периода на проектирането.

В допълнение при преизчисляване на оценките на участниците за обособена позиция № 1, като за остойностяването на Т2.1. се взема предвид предложените в офертите на участниците общи срокове за изпълнение на дейностите от предмета на поръчката. Преизчислението на оценките показва, че няма промяна в класирането по отношение на първото място (разменят се позициите на второ и трето място).

Налице е нарушение на чл. 28, ал. 2 и чл. 28а, ал. 3 от ЗОП (отм.). Съгласно разпоредбата чл. 28, ал. 2 от ЗОП (отм.) методиката за определяне на комплексната оценка на офертите трябва да съдържа показателите за комплексна оценка, тяхната относителна тежест и точни указания за определяне на оценката по всеки показател. Съгласно чл. 28а, ал. 3, т. 3, б. „а“ от ЗОП (отм.) указанията за определяне на оценката по всеки показател трябва да осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти, и се посочва начинът за тяхното изчисляване.

Административният орган при определяне на финансовото влияние на нарушението, е взел предвид, че поръчката е по чл. 14, ал. 1 от ЗОП (отм.) и същата е обявена в ОВ на ЕС; получени са 9 оферти по обособена позиция № 1, като до оценка са допуснати 4 оферти.

Тъй като естеството на това нарушение не позволява да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, е неприложим диференциалния метод. Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 9.2. (колона № 3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 % върху разходите от засегнатия договор за обществена поръчка №5545/07.11.2016 по обособена позиция №1.

Следователно за констатираното нарушение по сключения договор №5545/07.11.2016 г. с изпълнител Обединение „Европейски железници“ за обособена позиция №1 е следвало да се наложи корекция в размер на 10 %. РУО обаче не е наложил финансова корекция, тъй като има констатирано и друго нарушение с финансов ефект и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции.

Нарушението на чл. 28, ал. 2 и чл. 28а, ал. 3 от ЗОП (отм.), съставляващо нередност по т. 9.2. (колона № 3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и

процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ – случаи, в които потенциалните участници/кандидати са възпрепятствани от участие поради неправомерни критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчка, изобщо не е оспорено от жалбоподателя. В писмено становище той заявява, че липсата на оспорване се дължи на обстоятелството, че за тази нередност не му е наложена финансова корекция. Счита, че Констатация № 1 не е обвързана с никакви негативни последствия за жалбоподателя, има указателен, а не задължителен характер. Изричната воля на УО е, че се е отказал да налага финансова корекция по Констатация №1 – поради липса на задължение за УО да налага корекции за всяка една констатация, както и поради липса на забрана за УО да „запазва“ констатация с цел налагане на отделна финансова корекция (именно с цел да постигне реално кумулиране на финансови корекции).

Съдът намира, че с оглед служебното начало, прокламирано в чл.168, ал.1 от АПК, независимо от липсата на каквито и да било доводи от страна на жалбоподателя по отношение на законосъобразността на Констатация №1, следва да се произнесе и по съществуващото на тази констатация. Същата е материално законосъобразна, доколкото описва състав на извършено нарушение на чл. 28, ал. 2 и чл. 28а, ал. 3 от ЗОП (отм.), съставляващо нередност по т. 9.2. (колона № 3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Съгласно чл.7 от Наредбата при констатиране на нередности, посочени в приложение №1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансовата корекция не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което в акта по чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ се определя обща финансова корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент. Действително, това е сторено от УО, но само в мотивите на оспореното решение, а в диспозитива му е наложена финансова корекция само по Констатация №2, с позоваване на чл.7 от Наредбата.

## **2.Относно нарушение по Констатация №2: Липса на предоставяне/публикуване на разяснения**

Съгласно чл. 29, ал. 1 от ЗОП (отм.) лицата може да поискат писмено от възложителя разяснения по документацията за участие до 10 дни преди изтичането на срока за получаване на офертите. Съгласно чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.) разясненията се публикуват в профила на купувача в 4-дневен срок от получаване на искането.

При проверката е установено, че възложителят не е предоставил разяснения по 13 бр. от поставените към него въпроси с мотив, че тези

въпроси „не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл.29, ал.1 от ЗОП“ . Посочените въпроси са както следва:

- въпроси №№ 1 и 3 от разяснение № 18 (изх. № ЖИ-1527/14.01.2016г.) - дали е допустимо превишаване на индикативната стойност в ценовата оферта и дали съответствието с минималните изисквания може да бъде доказано чрез подизпълнител;

- въпроси №№ 1, 2, 3 и 4 от разяснение № 21 (изх. № ЖИ-1939/18.01.2016 г.) - дали участници обединения могат да ползват капацитета на трети лица и/или подизпълнители за доказване съответствието с изискванията за технически възможности и какви документа доказват, че при изпълнението на поръчката ще са налични ресурсите им;

- въпроси №№ 1 и 2 от разяснение № 30 (изх. № ЖИ-3342/26.01.2016г.) - дали възложителят приема за еквивалентни образователните квалификации електроинженер със специалност „радиотехника“ и електроинженер със специалност „далекосъобщителна техника“ на условията в поръчката;

- въпрос № 12 от разяснение № 33 (изх. № ЖИ-3937/29.01.2016 г.) - касае съдържанието на чл. 2, ал. 5 от проекта на договор от документацията;

- въпрос № 14 от разяснение № 36 (изх. № ЖИ-4285/01.02.2016 г.) - дали количествените сметки към техническия проект на възложителя имат обвързваща сила и какви ще са действията на възложителя при надвишаващи или по-малки количества;

- въпрос № 6 от разяснение № 38 (изх. № ЖИ-4452/02.02.2016 г.) - дали се допуска при изготвянето на работния проект отстраняване на грешки в техническия проект на възложителя;

- на въпрос № 1 от разяснение № 41 (изх. № ЖИ-4922/04.02.2016 г.)

- дали възложителят приема за еквивалентна образователната квалификация железопътно строителство и възстановяване на условията в поръчката);

- на въпрос № 2 (относно очакванията на възложителя за сключване на договора за обществена поръчка и приложимостта на чл. 3 от проекта на договор) въпроси №№ 3.2., 3.3., 3.4., 3.5., 3.8. и 3.9. (относно технология за изпълнение без пълно прекъсване на влаковото движение) от разяснение № 42 (изх. № ЖИ-4925/04.02.2016 г.).

Съдът изцяло споделя изводите от Доклада за предоставяне на резултатите от проверка на проект от 29.11.2019г. на Ръководителя на Одитния орган, че зададените въпроси в посочените „разяснения“ касаят

конкретни условия на поръчката, съдържащи се в различните части от документацията за участие, а такива разяснения не са дадени от възложителя под предтекст, че „не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл.29, ал.1 от ЗОП“.

Така видно от разяснение № 18 изх. № ЖИ-1527/14.01.2016г., Въпрос № 1 е следния „Допуска ли се превишаване на посочената индикативната стойност на проекта в ценовата оферта?“ Жалбоподателят отстоява становището, че в документацията по поръчката не е посочвана „индикативната стойност на проекта“, като въпросът не е свързан с текст или изискване от документацията и конкретен отговор не може да се даде поради твърде общия характер на въпроса. Съдът счита, че въпрос № 1 от разяснение № 18 се отнася именно до възможността дали участникът следва да подготви ценовата си оферта по тази поръчка в рамките на прогнозната стойност или над нея.

На въпрос № 3 от разяснение № 18 изх. № ЖИ-1527/14.01.2016г.:“Може ли да бъде доказано съответствие с минималните изисквания на Възложителя чрез подизпълнител?, отговорът на Възложителя е :“Въпросът не представлява разяснения по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл.29, ал.1 от ЗОП“.

По този начин е отговорено и на въпроси №№ 1, 2, 3 и 4 от разяснение № 21 (изх. № ЖИ-1939/18.01.2016 г.) : 1. Възложителят ще приеме ли, ако Участникът е обединение, да докаже съответствието си с минималните изисквания за технически възможности, съгласно т.13 от Документацията, с възможностите на *един или повече лица*? 2. Ако отговорът е „Да“, то молим Възложителят да определи какви документи трябва да представи участникът като доказателства, че при изпълнението на поръчката ще има на разположение ресурсите на *третите лица*?; 3. Възложителят ще приеме ли, че ако Участникът е обединение, да докаже съответствието си с минималните изисквания за технически възможности, съгласно т.13 от Документацията, с възможностите на посочени *подизпълнители*?; 4. Ако отговорът е „Да“, то молим Възложителят да определи освен Декларация за съгласие за участие като подизпълнител в обществената поръчка /Образец №8/ какви други документи трябва да представи участникът като доказателства, че при изпълнението на поръчката ще има на разположение ресурсите на посочените *подизпълнители*? Очевидно е, че по тези въпроси, свързани с ползването на подизпълнител и капацитета на трети лица, заинтересованите икономически субекти са търсили не преценка на съответствие, а разяснение за възможността им да ползват трети лица и



документите, които следва да представят за целите на доказване на съответствие с изискванията на възложителя в конкретната поръчка.

Относно въпросите, свързани с приемането или не за еквивалентни на посочени образователни квалификации: въпроси №№ 1 и 2 от разяснение № 30, изх. № ЖИ-3342/26.01.2016г.; въпрос № 1 от разяснение № 41, изх. № ЖИ-4922/04.02.2016 г., възложителят е следвало да даде исканите от участниците в процедурата разяснения. След като е указал възможността за прием на еквивалентни на посоченото образование/квалификация, възложителят е този, който следва да укаже какво е неговото разбиране за рамките на указаната еквивалентност. Предвид това, конкретните отговори на тези въпроси имат отношение към подготовката на офертата и сформирането на екипа от страна на участника, като за последния трябва да има предварително яснота дали ще се приеме за отговарящ на изискванията ключовият експерт от екипа или не.

Съдът приема, че всички цитирани в констатацията въпроси са отправени писмено и се отнасят до условия и изисквания от документацията за участие. Следователно възложителят неправомерно не е предоставил разяснения на заинтересованите лица с мотив, че тези въпроси „не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл. 29, ал. 1 от ЗОП“.

За да определи финансовото влияние на нарушението, е взето предвид, че поръчката е по чл. 14, ал. 1 от ЗОП (отм.) и същата е обявена в ОВ на ЕС. Нарушението представлява нередност по т. 9.3 (колона № 3) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ– случаи, в които потенциалните участници/кандидати са възпрепятствани от участие поради неправомерни критерии за възлагане, посочени в документацията, например : а/ задължение за наличие на стопанска дейност или представителството в страната или региона; б/ участниците/кандидатите да притежават опит в страната или региона. Определена е в рамките на предвиденото финансова корекция в размер на 10 % върху разходите по засегнатите договори за обществена поръчка.

Дефиницията на понятието „нередност“ се съдържа в чл.2, т.7 от Регламент № 1083/ 2016г, според който „нередност“ е всяко нарушение 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 ЕС като отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Предвид легалната законова дефиниция на понятието „нередност“, следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ доказана вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджети и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата. При определяне на финансовата корекция се вземат предвид характерът и тежестта на нарушението и неговото финансово отражение. За да наложи финансовата корекция административния орган би следвало да са мотивира с установено нарушение, което от своя страна има конкретно доказано финансово отражение или възможно такова. В тежест на органа е да докаже, че нарушението стои в причинна връзка с нанесени вреди на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Допуснатите от бенефициента 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 ЗУСЕСИФ 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 №1303/2013г., 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 С., С-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение С. L'I., С-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, решение F.,С-59/14, EU:C:2015:660, т.24; решение Wrocław,С-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. В случая установените нарушения попадат в категорията нарушения по т. 9 и т.10 от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, която визира неправомерни и/или дискриминационни

критерии за подбор и критерии за възлагане, посочени в обявлението за възлагане или в документацията за участие, което съответства на характера на установените нарушения по чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Доколкото в конкретната хипотеза е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ, вр. чл. 3, ал. 2, предл. 2 вр. чл. 5, ал. 1 от Наредбата, размерът на финансовата корекция следва да бъде определен по пропорционалния метод, при спазване критериите на чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ, вр. чл. 3, ал. 1 от Наредбата, и в съответствие с установеното в приложението към чл. 2, ал. 1 от същата.

За нарушенията на т.9 от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата законодателят е определил 25% финансова корекция с възможност същата да бъде намалена на 10% или на 5%. В настоящата хипотеза Ръководителят на УО, с оглед вида и характера на нарушенията и липсата на пряка вреда за общностния бюджет, е определил процентното съотношение в размер от 10% от допустимите разходи по договорите по обществената поръчка. Изложил е мотиви както за основанията за налагане на финансова корекция, така и за индивидуализацията на размера ѝ. В съответствие с принципа на чл. 7 от Наредбата за кумулиране на наложените финансови корекции правилно е определил една такава в размер на 10% върху допустимите разходи по сключени договор №5545 от 07.11.2016г. за обособена позиция №1 и договор №5632 от 26.01.2016г. за обособена позиция №2.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ - [населено място], не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото следва да бъде отхвърлена, а искането на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение да бъде уважено на основание чл. 143, ал.4 от АПК в размера, посочен в чл. 78, ал. 8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр. 5 от 17.01.06 г. /, като настоящият състав определя възнаграждение в размер на 200 лева, с оглед осъществения обем процесуално представителство.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

## **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ - [населено място], ЕИК[ЕИК], представлявано от Генералния директор инж. К. Х. П. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 /27.01.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, с което е определена финансова корекция 10 на сто върху допустимите разходи по Договор №5545 от 07.11.2016 г. на стойност 63 498 462.42 лв. без ДДС за обособена позиция №1 и договор №5632 от 26.01.2016 г. на стойност 3 789 982.49 лв. без ДДС за обособена позиция №2.

**ОСЪЖДА** ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], п.к. 1233, [улица], представлявано от Генералния директор инж. К. Х. П. да заплати на Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:**