

# РЕШЕНИЕ

№ 6279

гр. София, 25.10.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,**  
в публично заседание на 02.10.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Младен Семов**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **5336** по описа за **2023** 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 и адрес на управление: [населено място], 1233, [улица], ел.адрес: [\[електронна поща\]](#) ; [\[електронна поща\]](#) срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-12/18.05.2023г. 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 по одобрен проект № BG16M1OP001-1.001-0007 „Изграждане на нова тягова подстанция Р., включване в системата за телеуправление и телесигнализация SCADA, както и гаранционно поддържане и сервизно обслужване за период от 10 години“ с изпълнител Д. „Р. ЦЕМА“ в размер на 5% от стойността на всички извършени разходи финансирани от ЕСИФ в размер на 12 867 362,60лв. във връзка с изпълнение на договор № 11758/31.10.2022г. с изпълнител Д. „Р. ЦЕМА“.

Твърди се незаконосъобразност на оспорваният акт, поради липса на мотиви и необоснованост, както и в нарушение на производствените правила и протимворечие с целта на закона. И по-конкретно:

Оспорва се констатацията за наличие на нарушение на чл.59 ал.6 от ЗОП вр. чл.2 ал. 2

от ЗОП вр. чл.3 ал.3 от З., тъй като в обявлението за обществената поръчка възложителят е поставил законосъобразно условие – изискване за регистрация в ЦПРС за всеки участник в обединението, който ще изпълнява съответните категории строежи, респ. всеки партньор, който ще осъществява строителство.

Оспорва се и констатацията за допуснато нарушение на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.6 от ЗОП вр. чл.3 ал.3 от З. и чл.6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството.

Твърди се, че изискването за притежаване на застраховка „Професионална отговорност“ за всеки член на обединението, който ще изпълнява строителство е в съответствие с приложимия закон, в частност – чл.171 ЗУТ и не води до необосновано ограничение за трети лица при участие в поръчката.

На следващо място се претендира, че АО, приел кумулативно наличие на двете основание за определяне на корекция, не е разграничил фактическите основания с оглед съотнасянето им към различни правни квалификации, респ. не е ясно как изискването на документацията за обществената поръчка, макар да е едно единно условие - за регистрация в ЦПРС и притежаване застраховка за първа категория строежи, покрива и двете правни квалификации, определени от Р.. Липсват и мотиви посочващи кои текстове от обявлението/документацията влизат в противоречие с чл. 3 ал.3 З. и кои с чл.6 ал.2 от НУРЗЗПС.

На следващо място се оспорва и наличието на нарушение по чл.59 ал.2 ЗОП вр. чл.2 ал.2 от ЗОП, тъй като въведените изисквания за Технически и професионални способности за доказване на технически възможности изразяващи се в критерии относими към ръководителя на проекта, ръководителя на проектантския екип и ключовия експерт взаимодействие при проектиране и строителство/образование и опит при изграждане или реконструкция на подстанция с разпределителна уредба на напрежение 110 KV или по-голямо/ са обусловени от електропреносната мрежа на Република България, която е с гама на напрежение от 110KV, 220KV и 400 KV. Железопътната електрическа разпределителна система, осигуряваща захранване на електрическите влакове включва високо напрежение 100 KV от националната електропреносна мрежа и тягова подстанция в която високото напрежение се преобразува в напрежение за електрическа тяга и се подава към контактната мрежа, като по същество тяговата подстанция се състои от разпределителна уредба висока напрежение -110 KV, тягови трансформатори - 110/27.5kV, както и разпределителна уредба средно напрежение от 25 kV. В наредба № 3 от 09.06.2004г. за устройството на електрическите уредби и електропроводните линии на Министъра на енергетиката и енергийните ресурси са посочени специалните изисквания за проектиране и изграждане на електрически подстанции с разпределителни уредби с напрежение 110 KV и по-високо и в частност – нормите на чл.926, чл.1074, чл.1160. В този смисъл нарушение не е налице.

Оспорва се и наличието на нарушение на чл.111 ал.5 вр. чл.111 ал.7 от ЗОП и извода на Р., че възложителя ограничава участника определен за изпълнител да представи гаранция за авансово предоставени средства във форма, която възложителят е избрал – банкова гаранция, вместо участникът сам да избере една от трите форми на гаранция визирани в чл.111 ал.5 от ЗОП, каквото право участника има по чл.111 ал.7 от с.з. Твърди се, че предвидената в чл.111 ал.5 т. от ЗОП гаранция във форма на застраховка е приложима относно изпълнението на договора, но не и при авансовото плащане, каквото уточнение не е налице при останалите форми на гаранция по т.1 и

т.2 от същата норма.Нормата е пределно ясна и следва да се приложи буквално тълкуване,като нормата не изключва и възможността да се представи като гаранция за авансовото плащане и застраховка, но това е преценка на възложителя.В процесният казус обаче жалбоподателят твърди,че се касае за гаранция за авансовото плащане,която може да е и до размера на тези средства, а не за цялостното изпълнение на договора. Ето защо при диференциация на нормите, тяхната цел и функция не е налице нарушение,като посоченото. Паралелно с това предвиденото в поръчката авансово плащане не е част от начина на плащане съгласно документацията на процедурата.Възложителят не е въвел задължение, а е възпроизвел единствено и текста на чл.116 ал.1 т.1 от ЗОП вр. чл.108 ал.1 от Договора, която предвижда,че той може да се измени на основание чл.116 ал.1 т.1 от ЗОП, като в т.5 на чл.108 ал.1 от Договора е посочено „предоставяне на авансово плащане при следните условия“. Т.е.,че авансовото плащане е възможност а не условие и то възможност, която може да се реализира по пътя на изменение на договора. Кат допълнение – нормата на чл.116 ал.1 т.1 ЗОП изключва разпоредбите на чл.111 ал.5 и ал.7 ЗОП.

Относно квалификацията на нарушенията по чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ се претендира,че при издаване на решението е допуснато нарушение на чл.72 ал.1 от закона и чл.59 ал.2 т.4 от АПК поради липса на мотиви относно определяне на пропорционалния метод за определяне на ФК. Твърди се,че посочените нарушения няма и не могат да имат финансово отражение, а в тежест на Р. е да установи,че е нанесена или би могла да бъде нанесена вреда на бюджета на общността,каквито мотиви липсват.

По отношение на правната квалификация на нарушението – по т.11 от Приложение № 1 от Наредбата се счита, че липсва нарушение и съответно не влиза в обхвата на посоченото в т.11 б.“б“ от Приложение № 1, съответно УО не е мотивирал правната квалификация и неправилно е приложил нормата към процесният случай,респ. неправилно се явява и определената корекция в размер на 5% от стойността на всички разходи.

Иска се отмяна на оспорваният акт.

Ответната страна изразява становище за неоснователност на оспорването с аргументи,аналогични със съдържанието на оспорвания акт,което съдът ще възпроизведе в относимата му част по-надолу.

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, поради което следва да бъде разгледана по същество.

С процесно оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-12/18.05.2023г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. и в резултат от извършена проверка на открита процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Изграждане на нова тягова подстанция Р., включване в системата за телеуправление и телесигнализация SCADA, както и гаранционно поддържане и сервизно обслужване за период от 10 години“ е установено и прието,че:

1.Съгласно раздел III.1.1 от обявлението и раздел III от документацията за участие,т.2.1.1 участникът трябва да бъде вписан в ЦПР 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 ЦПРС,първа категория строежи съгласно чл.5 ал.6 т.2.1, а за 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 ЮЛ, съответствие с критериите за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност, съобразно разпределението при изпълнение дейностите. Прието е, че посоченото изискване противоречи на чл.59 ал.6 ЗОП и на чл.3 ал.3 от З., като силно ограничава конкуренцията и изключва от участие лица, които не разполагат с регистрация в ЦПРС за посочената категория строежи но имат право на основание чл.3 ал.3 З. да участват в изпълнение на СМР съвместно с регистрирано по закон ред, лице. Посоченото е квалифицирано като нарушение на чл.59 ал.6 вр. чл.2 ал.2 от ЗОП вр. чл.3 ал.3 З..

2. Съгласно раздел III.1.2 от обявлението и раздел III т.2.2.1 от документацията за участие в поръчката, участникът трябва да има застраховка „Професионална отговорност“ за проектиране и строителство, съгласно чл.171 и чл.171а от ЗУТ с минимална застрахователна сума съгласно Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството. Възложителят е уточнил, че при обединение, което не е ЮЛ съответствието се доказва от всяко от лицата, които ще изпълняват съответната дейност.

Р. се е позовал на чл.6 ал.2 от Наредбата съгласно която „...ако след сключване на застраховка застрахованото лице започне да осъществява дейност свързана с категорията строежи, за които са предвидени по-високи минимални застрахователни суми, сумите по застраховката следва да бъдат съответно увеличени в срок от 30 дни след настъпване на промяната“.

В тази връзка е прието, че изискването за притежание на застраховка за първа категория строежи към момента на подаване на офертата необосновано ограничава участието на субекти, които имат право съгласно чл.3 ал.3 З. да участват съвместно с регистрирано по законовият ред, лице, но не са застраховани за изискуемата категория строежи, като в случай на необходимост и съгласно чл.6 ал.2 от Наредбата съответствието с изискването за минимална застраховка следва да се постигне в рамките на 30 дни от настъпване на промяната. Такава промяна към момента на подаване на офертата не е налична тъй като не е сигурно, че участникът ще бъде избран за изпълнител.

Посоченото е определено като нарушение на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.6 от ЗОП вр. чл.3 ал.3 от З. и чл.6 ал.2 от Наредбата.

3. Съгласно обявлението, раздел III.1.3. т.2.3. Технически и професионални способности за доказване на технически възможности, възложителят е поставил изискване участникът да разполага с персонал и ръководен състав с определена професионална компетентност, като:

По отношение на Ръководителя на проекта, Ръководителя на проектантския екип и Ключов експерт „Взаимодействие при проектиране на строителството“ редом с другото е въведено изискване за опит в обект „подстанция с разпределителна уредба за напрежение 110 KV или по-високо“, което е квалифицирано като ограничително, тъй като потенциални участници нямат възможност да включат в екипа си експерти придобит опит в работата си при ново строителство или модернизация или реконструкция на подстанция за разпределителна уредба на по-ниско напрежение. Посоченото е дефинирано като нарушение на чл.59 ал.2 вр. чл.2 ал.2 от ЗОП.

4. На следващо място, Р. е посочил:

„В обявлението в поле III.2.2 в изискване „други гаранции: „гаранция при

предоставяне на авансово плащане – безусловна неотменяема банкова гаранция,обезпечаваща авансовото плащане,покриваща 100% от размера на исканото авансово плащане с включен ДДС.Гаранция за срока за съобщаване на дефекти 0-банкова гаранция за обезпечаване на задълженията в Срока за съобщаване на дефекти за сума от 5% от договорената цена за Етап I,Етап II без ДДС с първоначален срок на валидност 12месеца.

Гаранция за Окончателно плащане – Безусловна и неотменяема банкова гаранция в оригинал, в размер на 100% от сумата за окончателно плащане,със срок на валидност,определен от възложителя. Условието и сроковете за предоставяне,задържане и усвояване на гаранциите се уреждат в договора за възлагане на обществена поръчка“.

Също в документацията на участие в раздел IV т.1.2.1.1. е записано „Съгласно чл.108 ал.5 подт. 5.5. от Проекта на договора,Приложение № 3 от настоящата документация за обществена поръчка,страните подписват допълнително споразумение за представяне на авансово плащане,независимо,чия е инициативата,след представяне от страна на Изпълнителя на безусловна неотменяема банкова гаранция – в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100% размера на исканото авансово плащане/с включен ДДС/ и със срок на валидност до окончателното му възстановяване/приспадане и след получаване потвърждение от банката на Възложителя за валидността на банковата гаранция,представена от банката на Изпълнителя.....

Гаранция за окончателно плащане – безусловна и неотменяема банкова гаранция в оригинал, в размер на 100% от размера на сумата за окончателно плащане и със срок на валидност, определен от възложителя“.

С тези изисквания Р. е приел,че се задължава участника,определен за изпълнител да представи упоменатите гаранции във формата предварително определена от възложителя – банкова гаранция, което е нарушение на чл.111 ал.5 вр. ал.7 от ЗОП.

Посочените нарушения са квалифицирани като нередност по т.11 б.“б“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности за което е предвидена корекция в размер на 5 на сто върху разходите по засегнатия договор.

С оглед предмета на спора, твърденията на страните и задължението за служебна проверка, съдът съобрази и приема:

Оспореният акт е постановен от компетентен орган, в съответствие с изискванията за форма и като такъв отговаря на условията на чл.73 ал.1 ЗУСЕФСУ детайлизиращи на плоскостта на конкретното административно производство изискванията на чл.146 т.1 и т.2 от АПК.

Успоредно с това, жалбоподателят, в качеството му на бенефициент е уведомен с констатираното нарушение с писмо изх.№10-22-241/05.04.2023г. на Р. с предоставен срок от две седмици за представяне на възражения, каквито е подал с писмо от 18.04.2023г.

В този смисъл акта е постановен при спазване на производствените правила съобразно чл. 73 ал.2 ЗУСЕФСУ и чл.146 т.3 от АПК,като следва да се допълни,че от съдържанието на акта се установява както фактически възприетото,така и правно квалифицираното от АО,поради което не може да се приеме, че акта не съдържа фактически и правни основания,като порок във формата си.

При преценка съответствието на акта с материалния закон, както и дали изложените мотиви обосновават постановеният резултат,съдът съобрази:

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на посочените в т. 1 - т. 10 основания, а съгласно чл. 70, ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. С 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, Министерският съвет е определил основните категории нарушения по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ. Съобразно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с нея се посочват 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 ЕФСУ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕ.

По силата на чл. 143, т. 1 от Регламент (ЕС) 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими 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, за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми, а съгласно чл. 122, т. 2 държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. В разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 е дадена легална дефиниция на понятието "нередност" като "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 последици нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза".

В настоящият казус, ДП Н. е икономически оператор, страна по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ. В изпълнение на този договор предприятието е възложил на обществена поръчка по ЗОП и е сключила договори с изпълнител Д. „Р. ЦЕМА“ на стойност 12 251 407,14лв.без ДДС.

#### **1. С оглед първото установено нарушение:**

Нормата на чл.3 ал.2 от З. предвижда, че 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, наричан по-нататък "регистъра".

Чрез този текст законодателят установява базисното положение, че строежите от

първа до пета категория по ЗУТ се изпълняват от строители, надлежно вписани в посоченият регистър.

На следващо място ал.3 на посочената разпоредба действително предвижда, 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.“

Прочита на нормативната постановка обаче ще е само частичен и далеч непълен ако не се обърне специално внимание и на текста на ал.4 на разпоредбата, съгласно която: „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.“

В този смисъл извода на Р. се явява в пряко противоречие с ал.4 на чл.3 от З.. Тази законова постановка не допуска изпълнение на строеж самостоятелно или участие в отделни СМР за лица, които не са надлежно вписани в регистъра. Което е по-съществено обаче процесният строеж е квалифициран като такъв от Първа категория, втора група строежи и това обстоятелство се явява безспорно между страните. Бидейки строеж от Първа категория, съгласно чл.137 ал.1 ЗУТ, той не може да бъде изпълняван от лице, което не е надлежно вписано в регистъра, като следва да се посочи, че невписан в регистъра участник в обединение за изпълнение на строителство, би могъл да участва в поръчката, без обаче да се ангажира с пряка строителна дейност.

Именно в унисон с това е и изискването в обявлението и документацията, което реферира ясно, както впрочем го е възприел и Р., само към онези участници в обединението, които ще изпълняват съответната дейност, съобразно вътрешното разпределение на дейностите.

Съществената последица от така формулираното изискване, през призмата на процесният спор е, че документът се изисква не от всички членове в обединението, а само от тези, които ще изпълняват строителни работи. Т.е. по отношение на другите членове – доказващи опит, занимаващи се с логистика и снабдяване и т.н. подобно изискване не е налице. В този смисъл настоящият състав, противно на възприетото от Р., счита, че не е налице изискване в нарушение с посочената законова разпоредба. Напротив, същото е в унисон с ал.4 на чл.3 от З..

В заключение, ВАС е имал възможността да се произнесе в аналогична хипотеза, приемайки, че: „Съгласно чл. 3, ал. 3 З., 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, като ал. 4 изрично предвижда, че участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват отделни строителни и монтажни работи по ал. 2. В съответствие с чл. 163, ал. 2, т. 6 ЗУТ, строителят носи отговорност за изпълнението на строежи, съответстващи на направената регистрация по чл. 3, ал. 2 от Закона за К. на строителите за съответната група и категория строежи, в случаите, когато тя е задължителна.“ / Решение № 3176 от 5.04.2022 г. на ВАС по адм. д. № 7979/2021 г., както и Решение № 11126 от 18.08.2020г. на ВАС по адм.д. № 4411/2020г./.

Успоредно с нормата на чл.3 ал.3 от З., Р. е приел нарушение на чл. 59 ал. 2 и ал.6 от ЗОП.

Текста на чл.59 ал.2 ЗОП, недвусмислено предвижда, че „Възложителите могат да

използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.“

В процесният казус, извода за възможността за законосъобразно изпълнение на поръчката с оглед конкретният критерий следва от нормативната регламентация по чл.137 ал.1 ЗУТ вр. чл.3 от З.. В този смисъл същият не е в полето на преценка на възложителят, а следва да бъде съобразен и да не противоречи с нормативната постановка. Обстоятелство, което е налице в настоящият казус.

Аналогичен е извода на настоящият състав и по отношение на нормата на чл.59 ал.6 ЗОП, предвиждаща, че: „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.“

Предвиденото изключение по отношение на обединенията, съчетано с нормативната възможност по чл.3 ал.4 З. дейността по строителство на строежи от първа до пета категория, както и изпълнението на отделни СМР да се изпълнява само от лица, вписани в съответния регистър, налага извода за липса на нарушение в процедурата по възлагане на ОП, такова, каквото е възприето от Р..

В заключение и доколкото следващата посочена в акта за определяне на финансова корекция разпоредба – тази на чл.2 ал.2 ЗОП по своя характер представлява правен принцип, респ. може да бъде обект на нарушение, необвързано с пряко нарушение на конкретен законов текст, то финансово корегираният орган не е изложил никакви мотиви, извън вече обсъдените, защо счита посочената разпоредба за нарушена и в какво се изразява нарушението.

**2.Относно второто установено нарушение на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.6 от ЗОП вр. чл.3 ал.3 от З. и чл.6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството.**

Действително и съгласно нормата на чл.6 ал.2 от Наредбата, на която се е позовал Р., ако след сключване на застраховката застрахованото лице започне да осъществява дейност, свързана с категория строежи, за които са предвидени по-високи минимални застрахователни суми, сумите по застраховката трябва да бъдат съответно увеличени в срок 30 дни след настъпването на промяната.

Текста на чл.6 ал.2 обаче не може да бъде четен самостоятелно без оглед систематичното му място, най-малкото защото това е отделна поднорма в рамките на общата разпоредба на чл.6. Същата доразвива специфичните постановки предмет на регулация в чл.6, като ал.1 на посочената разпоредба предвижда, че ако към момента на сключване на застраховката не може да се определи категорията на строежите, които са обект на дейност на застрахования, прилагат се минималните застрахователни суми за съответната дейност.

Т.е. възможността за увеличаване на застрахователната сума е налична и приложима, но само в хипотези в които към момента на сключване на застраховката



не може да се определи категорията на строежите. И като такава нормата е неправилно приложена към конкретният казус. Категорията на строеж е определена точно и ясно и същата е безспорна между страните. В този смисъл изключението по чл.6 ал.2 от Наредбата е неприложимо. Прилага се ясното правило на чл.5 от Наредбата. Обратното означава да се приеме, че чл.5 е изцяло неприложима норма, а застраховките винаги се сключват на минимална ставка, която впоследствие вече се определя и увеличава в 30дневен срок. Очевидно не това е целеният законодателен резултат. В този смисъл съдът счита, че като е въвел изискването като процесното, възложителят не е допуснал нарушение на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.6 от ЗОП вр. чл.3 ал.3 от З. и чл.6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството. В допълнение и по повод възражението на жалбоподателя, че изискването за регистрация в ЦПРС и застраховка са едно изискване, следва да се отбележи ясно, че по същество са налице две отделни изисквания изписани в едно изречение в документацията на поръчката. Факта, че неспазването на което и да е от тях води до несъответствие на кандидата с условията, обуславя и законосъобразното диференциране на основанията, съществено от Р.. Т.е. основанията са законосъобразно диференцирани, но законосъобразно квалифицирани.

### **3. Относно установеното нарушение на чл. чл.59 ал.2 вр. чл.2 ал.2 от ЗОП.**

Съгласно чл.59 ал.2 т.2 от ЗОП, Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Приложимият национален ЗОП е законът транспониращ в националното законодателство разпоредбите на Директива 2014/24 на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, както и на Директива 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 г. относно координирането на процедурите за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността и за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (ОВ, L 216/76 от 20 август 2009 г.) /пар.3 от ДР на ЗОП/.

В тази връзка националният съд е длъжен да тълкува националното право в светлината на съюзното законодателство, още повече, че независимо от прага на обществената поръчка, възложителят е публикувал обявлението в официалният вестник на ЕС с посочване на приложимо законодателство – директива 2014/24/ЕС.

Така, в своята практика, в частност Решение от 31 март 2022 година по дело С-195/21, ECLI:EU:C:2022:239 , по тълкуване на посочената съюзна директива, Съдът на Европейския съюз /СЕС/ е имал възможността да подчертае, че в съответствие с член 58, параграф 1, втора алинея от директива 2014/24 възлагащият орган може да налага на икономическите оператори като изисквания за участие само критериите, посочени в член 58, параграфи 2, 3 и 4 от Директивата, отнасящи се съответно до годността за упражняване на професионалната дейност, до икономическото и финансовото състояние, както и до техническите и професионалните способности. По-нататък посочените изисквания трябва да са ограничени само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има както правните и

финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Освен това всички тези изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него.“

Безспорно, както подчертава СЕС в същото решение, при определянето на критериите за подбор възлагащият орган трябва и да спазва основните принципи за възлагането на поръчки, посочени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24. Той следва също така, първо, да третира икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминира, както и да действа по прозрачен и пропорционален начин, второ, да гарантира, че не подготвя поръчката с цел да я изключи от обхвата на тази директива или изкуствено да ограничи конкуренцията, като я подготви с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.

Така изведената постановка от Съюзната юрисдикция по приложение на Директивата отчита ясно факта, че тъй като възлагащият орган е в състояние най-добре да прецени собствените си нужди, законодателят на Съюза му е предоставил широко право на преценка при определянето на критериите за подбор, както личи по-специално от многократната употреба на глагола „мога“ в член 58 от Директива 2014/24. Така в съответствие с параграф 1 на този член възлагащият орган разполага с известна свобода, за да определи кои изисквания за участие в процедура за възлагане на поръчка счита за пропорционални на предмета на поръчката и свързани с него, и за необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. По-конкретно съгласно параграф 4 от посочения член възлагащият орган преценява свободно изискванията за участие, които от негова гледна точка са необходими, за да се гарантира по-специално изпълнението на поръчката със стандарт за качество, който той счита за подходящ.

В т.51 на цитираното решение, СЕС ясно постановява, че „...при положение че изискването за квалификация е оправдано от предмета на поръчката, че остава пропорционално на този предмет и отговаря и на другите условия, припомнени в точки 48 и 49 от настоящото решение, член 58 от Директива 2014/24 не може да попречи на възлагащия орган да наложи в обявлението за поръчка това изискване само защото то надхвърля минималното ниво на изискване, установено от националната правна уредба. В това отношение националните юрисдикции са длъжни във възможно най-голяма степен да тълкуват вътрешното си право по начин, съответстващ на правото на Съюза (вж. в този смисъл решения от 24 юни 2019 г., *Popiawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, т. 57 и от 6 октомври 2021 г., *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, т. 70).“

Спорно в тази част е обстоятелството дали въведеното изискване „опит в обект „подстанция с разпределителна уредба за напрежение 110 KV или по-високо“ по отношение на три от ключовите експерти на участниците в процедурата е необходимо/с оглед нормата на чл.59 ал.2 ЗОП/ или обратно – същото е необосновано ограничително спрямо всички останали потенциални участници.

В процесната жалба, ДП Н. излага ясна обосновка за въведеното изискване, обусловено от спецификите на електропреносната мрежа на Република

България, която е с гама на напрежение от 110KV, 220KV и 400 KV. Твърди се, че железопътната електрическа разпределителна система, осигуряваща захранване на електрическите влакове включва високо напрежение 100 KV от националната електропреносна мрежа и тягова подстанция в която високото напрежение се преобразува в напрежение за електрическа тяга и се подава към контактната мрежа, като по същество тяговата подстанция се състои от разпределителна уредба висока напрежение -110 KV, тягови трансформатори - 110/27.5kV, както и разпределителна уредба средно напрежение от 25 kV. В наредба № 3 от 09.06.2004г. за устройството на електрическите уредби и електропроводните линии на Министъра на енергетиката и енергийните ресурси са посочени специалните изисквания за проектиране и изграждане на електрически подстанции с разпределителни уредби с напрежение 110 KV и по-високо и в частност – нормите на чл.926, чл.1074, чл.1160.

При обсъждане на посоченото възражение, изложено в рамките на процедурата по чл.73 ал.2 ЗЕСУФСУ, Р. не е обсъдил това възражение, а се е задоволил единствено да посочи, че в рамките на друга процедура, същият възложител не е въвел подобно изискване. Този аргумент обаче се явява напълно неотнормим по съществуването на обосновката от възложителя на въведеното условие и не следва да бъде анализиран дори от съда. При служебна справка се установява, че подобно изискване е налице по отношение на други проекти/ <https://www.rail-infra.bg/bg/331/>, в този смисъл релевантен е въпросът – относимо ли е изискването към конкретната процедура, а не допуснато ли е нарушение при провеждането на друга и дали е налице непредвидимост или непоследователност от страна на жалбоподателя в качеството му на възложител по ОП/каквито основания в оспореното решение не са посочени/.

След изрично дадени съдебни указания и при очертаване спорните обстоятелства между страните, ответника, както с писменият отговор на жалбата, така и в рамките на проведено на 02.10.2023г. открито съдебно заседание заявява изрично, че не оспорва твърденията относно спецификите, в т.ч. гамата на напрежение на работа на електропреносната мрежа и железопътната електроразпределителна система осигуряваща захранване на електрическите влакове, както и преобразуването на високото напрежение от тяговите подстанции и трансформатори.

На тази база и при липса на спор по фактите, следва да се приеме, че така формулираното изискване за опит на ключовите експерти е необходимо за изпълнението на поръчката условие, което е съответно и не надвишава минимално необходимото за изпълнение и в този смисъл не ограничава необосновано и други участници в процедурата.

Да се приеме, че посредством посоченото изискване потенциални участници нямат възможност да включат в екипа си експерти придобит опит в работата си при ново строителство или модернизация или реконструкция на подстанция за разпределителна уредба на по-ниско напрежение, означава да се приеме, че изискване за опит съответен на спецификите на поръчката изобщо не е необходим. Посредством това свое виждане, Р. практически приема, че за изпълнение на поръчката е достатъчен какъвто и да било опит, което схващане обаче отива отвъд смисъла на разпоредбата от националното и съюзното законодателство, тъй като отрича една изрично

предоставената на възложителя възможност

#### **4. Относно нарушението на чл. 111 ал.5 вр. ал.7 от ЗОП.**

В обявлението на обществената поръчка, раздел III.2.2 е записано, че „при сключване на договора, участника,определен за изпълнител представя гаранция обезпечаваща изпълнението в размер на 5% от договора без ДДС в една от формите по чл.111 ал.5 от ЗОП.Други гаранции: Гаранция при предоставяне на авансово плащане – безусловна неотменяема банкова гаранция,обезпечаваща авансовото плащане,покриваща 100% от размера на исканото авансово плащане с включен ДДС.Гаранция за срока за съобщаване на дефекти - банкова гаранция за обезпечаване на задълженията в Срока за съобщаване на дефекти за сума от 5% от договорената цена за Етап I,Етап II без ДДС с първоначален срок на валидност 12месеца. Гаранция за Окончателно плащане – безусловна и неотменяема банкова гаранция в оригинал, в размер на 100% от сумата за окончателно плащане,със срок на валидност,определен от възложителя. Условиата и сроковете за предоставяне,задържане и усвояване на гаранциите се уреждат в договора за възлагане на обществена поръчка“.

По силата на чл.111 ал.1 ЗОП възложителят може да изисква от определения изпълнител да предостави гаранции, които да обезпечат изпълнението на договора и/или авансово предоставените средства.

В този смисъл и противно на възражението на жалбоподателя, закона урежда възможността за предоставяне на гаранция, както по отношение на изпълнението,така и по отношение на авансово предоставените средства.

В процесният казус възложителят е въвел изискване чрез посочване на вида гаранция по отношение както на авансово предоставените средства,така и по отношение на окончателното плащане.Ал.4 на чл.111 от ЗОП, предвижда, без да прави диференциация между видовете гаранции,че предвидените гаранции и техният процент се посочват в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, в поканата за потвърждаване на интерес, в поканата за участие в преговори или в обявата.Нормата на чл.111 ал.5 от своя страна също не разграничава видовете гаранции, а само дефинира тяхната форма.

Ето защо следва да се приеме, че като е посочил императивно вида гаранция,който следва да се предостави, възложителят е нарушил разпоредбата на чл.111 ал.7 от ЗОП. От своя страна тази разпоредба ясно посочва, че участникът, определен за изпълнител, избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово предоставените средства. Т.е. независимо за кой от двата вида гаранция става дума, участникът следва да избере формата на предоставяне на гаранция.

Поради това, следва да се приеме, че оспореното решение, в тази му част е правилно, като въведеното изискване от страна на възложителя е в нарушение на посочената законова разпоредба.

Нарушението има негативно финансово влияние и изпълнява предпоставките на нередност. Съгласно дефиницията за нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013, за да е налице вреда за бюджета на Съюза не е необходимо да

е доказана реална вреда. Достатъчна е и потенциалната възможност за такава, а когато става въпрос за неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки нередност е налице "доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд" – решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU: C: 2016: 562, точка 45. В случая не може да се изключи възможността допуснатото нарушение да има отражение, защото поставените изисквания за представяне на оторизационни документи на етап кандидатстване в процедурата, обективно ограничава кръга на възможните участници от тези, които потенциално биха могли да имат интерес и възможност да участват в поръчката, ако изискването не беше поставено. С оглед на горното е осъществен и третият елемент на фактическия състав на нередността.

Именно поради това то осъществява и състава на т.11 б."б" 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Неговата дискриминационност следва от потенциалното фаворизиране на лицата можещи да предоставят банкова гаранция за сметка на тези, които могат да представят застраховка или парична сума, поради което и спрямо тях има ограничителен за участие в процедурата ефект.

Корекцията е определена в съответствие с метода по чл.5 ал.1 от Наредбата и съобразно процента дефиниран за вида нередност съгласно т.11 б."б" от Наредбата. В този смисъл решението се явява законосъобразно и оспорването срещу него следва да се отхвърли.

Предвид своевременно заявената претенция от ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в минимален размер, съдът счита, че такова се дължи на основание чл. 143 ал.3 вр. чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ /предвид липсата на искане по чл.25 ал.2 от Наредбата/. С оглед фактическата и правна сложност на спора възнаграждението следва да бъде определено в размер на 250лв.

С оглед изложеното и на основание чл.172 ал.2 предл. последно от АПК, Административен съд София-град,

### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“, ЕИК[ЕИК], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-12/18.05.2023г. 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] да заплати на Министерството на транспорта и съобщенията сумата от 250/двеста и петдесет/лева съдебно-деловодни разноски.

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

Препис от решението да се изпрати на страните.

**Съдия:**