

РЕШЕНИЕ

№ 1970

гр. София, 27.03.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,
в публично заседание на 13.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Искра Гърбелова

при участието на секретаря Грета Грозданова, като разгледа дело номер **824** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 145 и сл. АПК.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“ ЕИК:[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица] чрез старши юрисконсулт А. Т., упълномощен от представляващия Агенцията инж. В. А. срещу Решение № ФК-1/06.01.2023г. на директора на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и ръководител на Управляващия орган /УО/ на оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. /ОПТТИ/.

Жалбоподателят счита обжалваното решение за неоснователно, незаконосъобразно и недоказано. Намира, че не е налице хипотезата на т. 23 буква „а“ от Наредбата за посочване на нередности, които са основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ /Наредбата/, основани на допуснати нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 1 и т. 3 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/. В жалбата се твърди, че промяната в договора не засяга цялостния характер на рамковото споразумение, което следва да се докаже именно от УО на ОПТТИ. Посочено е, че изпълнителят по договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019г. е представил на Експертния технико-икономически съвет /Е./ на А. изготвения по силата на това споразумение технически проект за разглеждане, като на проведено заседание този Е. е изискал всички открити метални елементи в тунелните тръби да бъдат от неръждаема стомана,

а не от горещо поцинкована стомана, както предварително е предвидено, съгласно идейния проект. В тази връзка е посочено, че Е. по силата на чл. 21е, ал. 2 от Закона за пътищата изпълнява функциите на държавно-обществен орган в областта на пътищата, в случаите определени с решение на УС на Агенцията, поради което неговите решения са задължителни за изпълнение и възложителя не може да влияе върху взетите решения от Е., като същите следва да се считат за обстоятелства по чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП. Посочено е също, че в констатираното нарушение липсва същественост, като е цитирана практика на ВАС. В жалбата е акцентирано и на обстоятелството, че идейния проект е изготвен от Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ /НКСИП/, като с изменение в Закона за пътищата /ДВ бр. 30 от 15.04.2016г./ е прекратена дейността на тази компания и всичките ѝ дейности преминават към жалбоподателя, който е бил поставен в условия на едно заварено положение и не може да се вмени в задължение на Агенцията да инициира отново действия по прединвестиционно проучване и идейно проектиране. Според жалбоподателя обективните обстоятелства, а именно решението на Е. са наложили промяната на строителния материал. В жалбата се сочи също, че замената не е била част от изискванията, заложи в тръжната документация, при провеждане на процедурата за избор на изпълнител и съответно не е акумулирана в ценовата оферта на изпълнителя, поради което жалбоподателят счита, че не следва да се разплаща по заложените в основния договор суми. Също така тази замяна е наложена преди одобрението на техническия проект от Е. на възложителя и не попада в хипотезата на усвояване на договорната провизия за допълнителни разходи, съгласно клауза 14.5 от специфичните условия на договорното споразумение. Посочено е също така, че Е., с цел да гарантира безопасната експлоатация на съоръжението в продължителен период от време е изискал от изпълнителя в хода на изпълнението на обществената поръчка да заложи в инвестиционния проект за изпълнение на обекта стандарт по-висок от нормално изискуемия. В заключение е отправено искане за отмяна на административния акт, поради липса на мотиви, на нарушение на приложимото право и на финансово отражение върху бюджета на Общността. В съдебно заседание, процесуалният представител на жалбоподателя поддържа жалбата и моли решението да бъде отменено. Претендират се разноси. Ответникът – директора на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и ръководител на УО ОПТТИ 2014-2020г. чрез процесуалния си представител държавен експерт Й., в представен по делото писмен отговор и в съдебно заседание изцяло оспорва жалбата и моли за отхвърляне на същата. Представя допълнително писмени доказателства. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител, не взема становище.

Административен съд София- град, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Оспореното Решение е постановено на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във вр. с чл.73, ал.1, вр. чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, за констатирано нарушение по т. 23, буква „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, при подписване на допълнително споразумение № 6 към договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1 Тунел "Железница", с три обособени позиции, обособена позиция № 2:

Подучастък № 2 от км 366+720 до км 369+000, включително обслужващ тунелен път при южния портал на тунел "Железница" и площадка за хеликоптери“.

От приложените по делото доказателства се установява, че УО е извършил проверка по реда на Глава 4, т. 22.2 от Процедурния наръчник за управление и изпълнение на проекти /ПНУИП/ по ОПТТИ 2014-2020г. на представено допълнително споразумение № 6 към договорно споразумение № 53-00-1323 от 11.02.2019 г. В резултат на извършената проверка, е констатирано нарушение на ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно подписване на процесното допълнително споразумение, тъй като е установено, че не е налице нито едно от предвидените по чл. 116, ал. 1, т. 1 -7 от ЗОП обстоятелства.

В хода на извършената проверка е установено, че допълнителното споразумение № 6 е подписано на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 и т. 3 от ЗОП, в следствие на което, стойността на договора е увеличена с 7 354 206,33 лв., без ДДС, поради поставено от възложителя в хода на изпълнение на договора, изискване за изпълнение на всички метални елементи в тунелните тръби от неръждаема стомана и направени разходи за извършване на допълнителни укрепителни мероприятия при изпълнение на тунелния пробив, възникнали в резултат на установени действителни геоложки условия.

По отношение на направени разходи за извършване на укрепвания в хода на изпълнение на тунелен пробив, възникнали в резултат на установени действителни геоложки условия, УО е приел, че са налице условия за изменение на договор и същите попадат под нормата на чл. 116, ал. 1, т. 1 и т. 3 от ЗОП, но по отношение на поставено от възложителя изискване за изпълнение на всички метални елементи в тунелните тръби от неръждаема стомана, УО е приел, че не е налице основание за изменение на договора, касаещо увеличаване на стойността със сумата от 2 543 470,65 лв. Изложените в тази връзка съображения са следните:

Изпълнителят е разработил техническия проект, съгласно изискванията на Техническа спецификация (на А.) за пътни тунели 2014 г., където в т. 21123 „Силови кабели и проводници“, точка 21123.1 „Изисквания“, подточка /4/ „Кабелните скари кабелноносещите системи“ е записано: „Скарите да бъдат стандартно заводско производство, горещо поцинковани“, което изискване изпълнителят е спазил при разработване на техническия проект. Техническата спецификация е била неразделна част от документацията за участие.

Съгласно изложените в оспореният административен акт констатации, при разглеждане на технически проект от Е. е взето решение всички открити метални елементи в тунелните тръби да са от неръждаема стомана, а не както е посочено в Обяснителна записка по част Осветление, съгласно т. 21123.1 от Техническа спецификация за пътни тунели 2014 г. В издаденото решение е акцентирано на обстоятелството, че самият Възложител посочва в подписаното допълнително споразумение, че „Замяната на материалите за изработване на видимите метални части на тунела в своята същност не се явяват забележка по изработен технически проект, произтичаща от норми на действащото законодателство, а въвеждане на ново и по-високо изискване“. Въз основа на посоченото, УО е приел, че не е налице условието на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, нито това по чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП. Административният орган е приел, че замаяната на един материал с друг, както е направено с решението на Е., не може да се счита за „обстоятелство, което възложителят не е могъл да предвиди“.

УО не е приел също така, че клауза 13, под-клауза 13.1 от специфичните условия на

договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., предвижда и дава възможност за така направената промяна на стойността на договора, тъй като предвидените в посочената клауза хипотези, касаят различни случаи на изменение на договора. Решението за замяна на материала от страна на Е. на Възложителя, обосновано с аргумента, че „Използването на неръждаема стомана цели да предотврати корозията на конструкциите и да увеличи дълготрайността им, съответно безопасността на трафика и намаляване на опасността от инциденти“, не може да се приеме за „непредвидено обстоятелство“, тъй като Възложителят е имал достатъчно време преди стартиране на процедурата през 2017 г., да измени изискванията по отношение на металните елементи в тунелните тръби.

С издаденото решение е установено нарушение, касаещо увеличаване на стойността на договора, поради промяна на изискванията по отношение на металните елементи в тунелните тръби, което попада в обхвата на т. 23, буква „а“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции - „а) Има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП“. Предвид обстоятелството, че замяната е остойностена в допълнителното споразумение, на основание чл. 4 от Наредбата, финансовата корекция е определена по диференциалния метод в размер на 2 543 470,65 лв., без ДДС.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение с писмо изх. № 04-25-97/30.11.2022 г. на Ръководителя на УО, като същият е представил възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 04-25-97/12.12.2022 г. (А.-изх. № 04-18- 308/12.12.2022 г.), прието за неоснователно по-гореизложените съображения повторени отново в решението, с което е наложена финансовата корекция. Посочено е, че цитираната буква „а“ има самостоятелен характер на хипотеза за установяване на нарушение, а именно: промени в договора, когато не са налице обстоятелства по чл. 116, ал. 1 от ЗОП.

С издаденото решение е определена финансова корекция по диференциалния метод в размер на 2 543 470.65 лв., без ДДС, по допълнително споразумение № 6 към договорно споразумение № 53-00- 1323/11.02.2019 г., с изпълнител Д. „АМ С. ТУНЕЛ 2018“, с предмет на договора „Проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1 Тунел "Железница", с три обособени позиции, за обособена позиция № 2: Подучастък № 2 от км 366+720 до км 369+000, включително обслужващ тунелен път при южния пор-тал на тунел "Железница" и площадка за хеликоптери“. В решението е посочено също така, че финансовата корекция по допълнително споразумение № 6 по договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., няма влияние върху размера на верифицираните от УО на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните към Европейската комисия разходи.

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

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията,

посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

В чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕФСУ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ е регламентирано, че органи по програмите по чл. 3, ал. 2, финансирани със средства от ЕФСУ, са управляващите органи, счетоводните органи и одитните органи., като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Оспореното решение е издадено от директор на Дирекция "Координация на програми и проекти", надлежно оправомощен да изпълнява функциите на ръководител на УО на оперативна програма, ОПТТИ 2014–2020 г., съгласно Заповед № РД—08-201/05.05.2022г. на министъра на транспорта и съобщенията (л.125). С оглед на това съдът намира, че процесното решение е издадено от компетентен орган. Решението е издадено в предвидената от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискването на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК - конкретно нарушение на ЗОП, квалифицирано като нередност съгласно т. 23 буква „а“ Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

При издаване на решението са спазени разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕФСУ. Процедурата по администриране на нередност е започнала при извършване на проверка по реда на Глава 4, т.2.2 от ПНУИП на ОПТТИ на представено допълнително споразумение № 6 към договорно споразумение № 53-00-1323 от 11.02.2019г. Бенефициерът е уведомен за вида на констатираното нарушение, като му е даден срок да представи своите писмени възражения и доказателства по основателността и размера на финансовата корекция, от което право същият се е възползвал. Административният орган е обсъдил направените от бенефициера възражения, съгласно изискването на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ.

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

Обжалваното решение е издадено при неправилно тълкуване и приложение на материалния закон и в несъответствие с целта на закона.

Основанията за определяне на финансова корекция нормативно са регламентираны в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ такова основание е и нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, на което основание е наложена финансовата корекция /ФК/ на жалбоподателя в настоящия процес. Държавите-членки, съгласно чл. 143 (1) от Регламент № 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета, носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент № 1303/ 2013, държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и

възстановяват неправомерно платените суми.

Дефиницията за "нередност" се съдържа в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 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 (ОВ, L 347/320 от 20 декември 2013 г.), наричан по-долу Регламент № 1303/2013 година. Съгласно тази норма "нередност" е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като "нередност", изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. Действие или бездействие на икономически оператор; 2. Това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. Да има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Безспорно А. има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2 (37) от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове и в случая е правоприемник на бенефициент - НКСИП, във връзка с реализация на инфраструктурен проект: „Автомагистрала „С.“ Л. 3.1, Л. 3.3 и тунел Железница“, финансиран по Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура", съгласно приложен по делото договор от 24.09.2015г. В това си качество е бил възложител по договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1 Тунел "Железница", с три обособени позиции, обособена позиция № 2: Подучастък № 2 от км 366+720 до км 369+000, включително обслужващ тунелен път при южния портал на тунел "Железница" и площадка за хеликоптери“. Договорената цена за изпълнение на договора е 185 370 370,37 лв. без ДДС, като в посочения договор подробно са описани какво включва същата.

На основание чл. 116, ал. 1, т. 1 и т. 3 от ЗОП е подписано Допълнително споразумение № 6/16.09.2022 г. към договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., в следствие на което

стойността на договора е увеличена с 2 543 470,65 лв. без ДДС, поради взето на 19.09.2019г. решение на Е. всички открити метални елементи в тунелните тръби да бъдат от неръждаема стомана, а не както е посочено в „Обяснителната записка“ по част „Осветление“, съгласно т. 21123.1 от Техническата спецификация за пътни тунели 2014г.

УО е започнал процедура за администриране на нередност, във връзка с извършена проверка на Допълнително споразумение № 6/16.09.2022 г. към договорно споразумение № 53-00-1323/11.02.2019 г., в следствие на което стойността на договора е увеличена с 2 543 470,65 лв. без ДДС. Констатирано е незаконосъобразно изменение на договорното споразумение, доколкото с Допълнително споразумение № 6/16.09.2022 г. самият възложител посочва, че „замяната на материалите за изработване на видимите метални части на тунела в своята същност не се явяват забележка по изработени технически проект, произтичаща от нормите на действащото законодателство, а въвеждане на ново и по-високо изискване“. Последното, според УО не може да се определи като обстоятелство, което при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, поради което не счита, че не е налице основанието по чл. 116, ал.1, т. 3 от ЗОП. В подкрепа на този извод, ответникът се позовава на изказания на членовете на Е. от проведено обсъждане, при вземане на решението на съвета всички открити метални елементи в тунелните тръби да бъдат от неръждаема стомана, че това всъщност е изискване на Възложителя, като прилага и протокол от заседанието на Е. от 19.09.2019г. УО също така приема, че процесното изменение на договорното споразумение не попада и в предвидените по клауза 13, под-клауза 13.1 от това споразумение специфични условия за изменение, които според него се отнасят до различни от настоящата хипотеза и следователно не са налице и основанието по чл. 116, ал.1, т. 1 ЗОП.

Предвид изложеното с оспорения административен акт е констатирано нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 и т. 3 ЗОП, представляващо нередност по т. 23, б. "а" "Незаконосъобразни изменения на договора обществена поръчка" от Приложение № 1 на Наредбата.

В т. 23, б. "а" от Приложение № 1 на Наредбата "Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка" е визирано: има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП; промени в елементите на договора няма да се считат за нередности (следователно не се налага финансова корекция), когато са изпълнени следните условия: стойността на изменението е под праговете, определени в чл. 20, ал. 1 от ЗОП, и е до 10 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки за услуги и доставки, и до 15 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки на строителство, и–

промяната не засяга цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. Съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 116, ал. 1 ЗОП регламентира лимитативно, предпоставките, при които възложителят може да измени сключен договор за обществена поръчка. Точка 3 на чл. 116, ал. 1 ЗОП, в приложимата редакция, предвижда възможност за изменение на договора за обществена поръчка, поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение. Т. е. в тази хипотеза законодателят изисква да са налице обстоятелства, които при полагането на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди и точно те да са породили необходимостта от изменение, което не води до промяна на предмета на договора. Разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП би следвало да е в съответствие с чл. 72, параграф 1, б. в) от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24), която директива ЗОП претендира да транспонира. Съгласно член 72, параграф 1, буква в) договорите за поръчки могат да бъдат изменяни без провеждане на нова процедура за възлагане на обществена поръчка, когато необходимостта от изменение е предизвикана от обстоятелства, които добросъвестен възлагащ орган не би могъл да предвиди, изменението не променя цялостния характер на поръчката и увеличението на цената не превишава с повече от 50 % стойността на първоначалния договор за поръчка. Релевантното обстоятелство за соченото в оспорения акт нарушение е дали бенефициентът е положил "дължимата грижа". Съдът следва да изследва поотделно установените по делото факти и обстоятелства, послужили като основание за изменение на договорите и да прецени дали същите са могли да бъдат предвидени от бенефициера при полагане на "дължимата грижа" /Решение № 1858 от 12.02.2021 г. на ВАС по адм. д. № 9505/2020 г., VII о./.

По делото няма спор, че възлагането на обществената поръчка за разработване на идеен проект е извършено от друго лице – Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти, която е прекратила дейност, в резултат на промени в Закона за пътищата, обн. ДВ бр. 30 от 2016г. Няма спор също така, че идейният проект е бил разработен в

съответствие с действащите към този момент нормативни изисквания, както и е бил неразделна част от документацията за участие в процедурата за избор на изпълнител на обществената поръчка с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1 Тунел "Железница", с три обособени позиции, обособена позиция № 2: Подучастък № 2 от км 366+720 до км 369+000, включително обслужващ тунелен път при южния портал на тунел "Железница" и площадка за хеликоптери“. В случая именно в изпълнение на сключеното договорно споразумение от 11.02.2019г. /под клауза 5.1 от същото/ с решение на друг орган, а не на Възложителя е прието всички открити метални елементи в тунелните тръби да бъдат от неръждаема стомана. Този друг орган в лицето на Е., както основателно се посочва в жалбата, изпълнява функциите на държавно-обществен орган в областта на пътищата, в случаите определени от управителния съвет на Агенцията. В този смисъл взетите решения от Е. са задължителни за изпълнение и съобразяване от страна на изпълнителя по договорното споразумение. Възложителят не би могъл да влияе върху така взетите решение от Е., доколкото вземането на едно такова решение изисква специални знания, опит и висока професионална квалификация на необходимото експертно ниво, каквито Възложителят не притежава и именно затова възлага на експертен съвет решаването на технически въпроси в пътната администрация. Съдът намира, че тези обстоятелства няма как да бъдат предвидени и при полагане на "дължимата грижа", доколкото в случая става въпрос за „Нови технологии и материали в областта на пътищата“, които дори и да не са довели до законодателно изменение, то безспорно гарантират увеличаване срока за безопасна експлоатация и намаляване на необходимост от поддръжка на конструкциите, както и въвеждане на по-високи от нормативните изисквания. В ЗОП няма дефиниция на понятието "дължима грижа" и тъй като съдържанието, което влага законодателят не е дефинирано, съдът следва да преценява наличието му във всеки отделен случай, с оглед на фактите по делото и установеното в съдебната практика. При тълкуване на съдържанието на понятието "дължима грижа" съдът взе предвид и съображение 109 от Директива 2014/24, съгласно което е възможно възлагащите органи да бъдат изправени пред външни обстоятелства, които не са могли да предвидят, когато са възлагали поръчката, по-специално когато изпълнението ѝ обхваща дълъг период от време. В тези случаи е необходима известна степен на гъвкавост за адаптиране на поръчката към тези обстоятелства без провеждането на нова процедура за възлагане на обществена поръчка. Понятието за непредвидени обстоятелства се отнася за обстоятелства, които не биха могли да бъдат предвидени въпреки достатъчно надлежната подготовка на първоначалното възлагане на поръчка от възлагащия орган при

отчитане на наличните средства, естеството и характеристиките на конкретния проект, добрите практики в съответната област и необходимостта да се осигури подходящо съотношение между ресурсите, изразходвани за подготовката на възлагането на поръчката, и нейната предвидена стойност. В тази връзка дори да се приеме за вярно изложеното в отговора на ответника, че проведената процедура, в резултат на която е подписано процесното споразумение е втора по ред и първата, открита от НКСИП е била прекратена с Решение № 27/04.04.2017г., то не може да се приеме, че жалбоподателят е могъл да предвиди и да направи съответните промени в изискванията, заложи в техническата спецификация, доколкото няма данни към онзи момент да са били налице нови изисквания и технологии по отношение металните елементи в тунелните тръби.

С оглед изложеното, са налице предпоставките чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП за изменение на договорите, поради което изводът на органа за липсата им е незаконосъобразен. Тъй като са налице предпоставките на т. 3 на чл. 116, ал. 1 ЗОП, то не налице нередност. Съдът намира за нужно да отбележи, че дори да се приеме, че Възложителят е могъл да предвиди още преди откриване на процедурата по възлагане на обществената поръчка т.е. преди 17.10.2017г. и да установи наличието на въведени нови по-високи от нормативните изисквания относно безопасната експлоатация и намаляване на необходимостта от поддръжка на конструкциите, то не всяка промяна съставлява нередност по т. 23б. "а" от Наредбата. Както бе посочено по-горе промени в елементите на договора няма да се считат за нередности (следователно не се налага финансова корекция), когато промяната не засяга цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. Съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. В случая макар и цената да е съществен елемент от договора за обществена поръчка, то изменението направено с посоченото допълнително споразумение, не може да се приеме за съществено, поради което и не е налице сочената в оспорвания акт нередност. Освен това, увеличението от 2 543 470,65 лв. без ДДС не противоречи на заложеното в новелата на ал. 2 на чл. 116 ЗОП. Този размер не надвишава предвидения такъв в т. 23 б. "а" от Приложение № 1 от Наредбата за нередностите /под праговете, определени в чл. 20, ал. 1 от ЗОП, тъй като е до 15 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки на строителство/, както и не може да се приеме, че увеличението от 2 543 470,65 лв. без ДДС засяга цялостния характер на поръчката. Съдът намира, че това изменение не е съществено и не е налице твърдяното от ответника

нарушение, представляващо нередност по т. 23, б. "а" от Наредбата. Предвид това жалбата се явява основателна, а оспореното Решение № ФК-1/06.01.2023г. на директора на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и ръководител на УО ОПТТИ 2014-2020г., следва да бъде отменено.

Предвид изхода на делото и своевременно направено искане за присъждането на разноски от процесуалният представител на жалбоподателя, съдът следва да присъди такива на основание чл. 143, ал. 1 от АПК общо в размер на 2 060 лв., от които 1 700 лв. заплатена държавна такса и 360 лв. претендираното юрисконсултско възнаграждение в настоящото производство , съгласно чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК и чл. 37 от Закона за правната помощ.

Така мотивиран, АССГ- III то отделение, 17-ти съста,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, със седалище: [населено място], [улица], Решение № ФК-1/06.01.2023г. на директора на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и ръководител на Управляващия орган на оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г.

ОСЪЖДА Министерството на транспорта и съобщенията, да заплати на Агенция "Пътна Инфраструктура" сумата от 2 060 лева, представляваща разноски по делото.

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

СЪДИЯ: