

РЕШЕНИЕ

№ 2295

гр. София, 07.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 17.03.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **13** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат-[ЕИК], със седалище и адрес на управление- [населено място], [улица], представлявана от Председателя на УС Г. Т. срещу Решение за определяне на финансова корекция №ФК-18/06.12.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г., и е след връщане на делото за ново разглеждане с Решение №15994/30.12.2020 г. по адм.д. №11048/2020 г. на Върховния административен съд на Република България- Седмо отделение.

Жалбоподателят оспорва решение № ФК-18/06.12.2019г., на Директор дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020, с което на агенцията е определена финансова корекция по договор № 164/30.12.2015г., с изпълнител Д. „СН АМ С. Л. 3.1“ в размер на 140 556лв. без ДДС, представляваща разликата между допълнително договорената в Допълнително споразумение № 1 към Договор № 164/30.12.2015г. стойност в размер на 1 835 805лв. без ДДС и максимално допустимото възнаграждение по договор № 164/30.12.2015г. на стойност 1 695 249лв., за допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 вр. ал. 2 от ЗОП.

В жалбата се релевират доводи за незаконосъобразност на оспорения

административен акт. Посочено е, че решението на УО на ОПТТИ не е съобразено с материално-правните разпоредби на ЗУСЕСИФ и 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. Издаденият административен акт не е мотивиран и не са обсъдени всички обстоятелства от значение за формиране на извода за извършено нарушение. Анализира подробно договор с № 163/30.12.2015г и сключеното към същия договор допълнително споразумение №1, с предмет: „Супервизия на проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1” и връзката между тях. Излага аргументи за липса на допуснато от страна на агенцията нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, а така също, че не е налице нередност по смисъла на т. 23 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като не са изпълнени кумулативните предпоставки за това, а именно стойността на изменението на договора е под праговете, определени в чл. 20, ал. 1 от ЗОП и промяната не засяга цялостния характер на поръчката. По подробно изложени съображения е направено искане за отмяна на оспореното решение, като неправилно и незаконосъобразно.

В съдебно заседание чрез процесуален представител, жалбоподателят поддържа жалбата и доводите за незаконосъобразност на акта изложени при предходното разглеждане на делото. Депозира писмени бележки, в които развива подробни аргументи с искане за отмяна на обжалвания акт.

Ответникът по жалбата- Директорът на Дирекция „Координация на програми и проекти“ в МТИТС в качеството на Ръководител на УО на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“, чрез процесуалния си представител по делото, в съдебно заседание оспорва жалбата като неоснователна и моли да бъде отхвърлена. Поддържа, че оспореното решение е издадено от материално компетентен орган, в предвидената от закона форма, при спазване на административно-производствените правила и при съобразяване с целта на закона. Поддържа депозиранияте становища по първоинстанционната и по касационната жалба при предходното разглеждане на делото.

Софийска градска прокуратура редовно призовани, не изпращат представител, не изразяват становище по жалбата.

Въз основа на съвкупната преценка на представените по делото доказателства, съдът приема за установено следното от фактическа страна:

На 24.09.2015 г. е сключен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ между Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. и С. К.- държавен експерт в отдел „Финансово управление“ на дирекция „Координация на програми и проекти“ /УПРАВЛЯВАЩ ОРГАН/ и Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ /БЕНЕФИЦИЕНТ/, с който Управляващия орган /УО/ предоставя на Бенефициента безвъзмездна финансова помощ /БФП/ за изпълнение на проект: „Автомагистрала „С.“ Л. 3.1, Л. 3.3 и тунел Железница“, регистриран в ИСУН под номер BG16M1OP001-2.001-0001, а Бенефициентът приема БФП и се задължава да изпълни проекта при спазване на изискванията на правото на ЕС и националното законодателство /л.94-104 от приложеното дело №79/20 на АССГ/.

На 30.12.2015 г. е сключено Договорно споразумение №163/30.12.2015 г. между Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ /Възложител/ и

Д. „АМ С. 3.1“ ЕИК-176949300 /Изпълнител/, с който Възложителят възлага, а Изпълнителят приема да извърши дейностите по проектиране и строителство на пътната част от автомагистрала „С.“ Л. 3.1 /от км 359+000 до км 366+000 и от км 370+400 до км 376+000/ /л.115 и сл. от дело №79/20 на АССГ/.

На 30.12.2015 г. е сключен Договор № 164/30.12.2015г., между Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ /Възложител/ и Д. „СН АМ С. Л. 3.1“, ЕИК-[ЕИК] /Изпълнител/, с предмет „Супервизия на проектиране и строителство на автомагистрала С.“ Л. 3.1“ /л.33 и сл. от дело №79/20 на АССГ/. Според 1.2 от Общите условия на Договора услугите ще бъдат извършвани в съответствие с описанието им и изискванията към тях, указани в Приложение №2; 1.3. Услугите ще бъдат извършени от Изпълнителя и предадени на Възложителя в последователността и сроковете, указани в Приложение №2 от договора, в срока посочен в Приложение №1; 1.4 Възнаграждението за услугите и условията, при които то става дължимо, са определени в Приложение №3.

На 23.06.2016 г. е сключен Анекс №1 към Договор № ДОПТТИ-1/24.09.2015 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ за проект: „Автомагистрала „С.“ Л. 3.1, Л. 3.3 и тунел Железница“, финансиран по ПРИОРИТЕТНА ОС 2 „Развитие на пътната инфраструктура по „Основната“ и „разширената“ Трансевропейска транспортна мрежа“ на ОПТТИ[ЕИК] г. между Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. и С. К.- държавен експерт в отдел „Финансово управление“ на дирекция „Координация на програми и проекти“ /Управляващ орган/ и Агенция „Пътна инфраструктура“ /АПИ/ /Бенефициент/, за следното: Текстът Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ се изменя: Агенция „Пътна инфраструктура“ /АПИ/ /л.105-106 от дело №79/20 на АССГ /.

Агенция „Пътна инфраструктура“ има качеството на бенефициент по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ във връзка с реализиране на инфраструктурен проект „Автомагистрала С.“ Л. 3.1, 3.3 и тунел „Железница“.

На 28.06.2019 г. е сключено Допълнително споразумение към Договорно споразумение №163/30.12.2015 г., между Агенцията „Пътна инфраструктура“ и /Възложител/ и Д. „АМ С. 3.1“ /Изпълнител/, с което се променя „Времето на завършване на работите“ /л.88-91 от дело №79/20 на АССГ/.

На 30.08.2019 г. е сключено допълнително споразумение № 1 към Договор №164/30.12.2015 г. между Агенцията „Пътна инфраструктура“ /Възложител/ и Д. „СН АМ С. Л. 3.1“ /Изпълнителя/ /л.29-32 от дело №79/20 на АССГ/, по силата на което предварително уговорения срок за извършване на услугата от 60 месеца е изменен на 64 месеца; максимално допустимото възнаграждение на изпълнителя в размер на 1 695 249лв. без ДДС е променено на 1 835 805лв.; изменена е и таблица от т. 1.1 към т. 1 „Формиране на възнаграждението“ по етапи. Споразумението е сключено след решение на УС на АПИ, взето с Протокол № 23058/19 от 29.08.2019г., въз основа на Доклад от 27.08.2019 г. на Директор на дирекция „Изпълнение на проекти по ОПТТИ 2014-2020“ относно необходимост от сключване на допълнително споразумение към Договор №164/30.12.2015 г. /л.84-87 от дело №79/20 на АССГ/, след съобразяване на извънредно възникналите обстоятелства във връзка с договор № 163/30.12.2015г и допълнително споразумение към него от 28.06.2019г., подробно описани в част I „Установителна част“, от Допълнително споразумение № 1/30.08.2019г към договор №

164/30.12.2015г /от стр.29– 30 от дело №79/20 на АССГ/. От проведените предварителни археологически проучвания- издирване на археологически обекти, в рамките на участъка на Л. 3.1 на АМ „С.“ са регистрирани 5 археологически обекта - 4 с определена мярка за опазване: „предварително археологическо проучване“ и един обект попадащ извън сервитута на автомагистралата. По време на археологическото проучване се разкрива селище от римската императорска епоха. Във връзка със създалия се казус с опазването на археологически Обект З. 2, край селата Зелен Дол и П., [населено място], от км 359+625 до км 360+080 по трасето на АМ „С.“ Л. 3.1 и до получаване на разпореждане от компетентните институции за предприемане на конкретни действия, на 15.05.2018 г. Инженерът по проекта - Д. „СН АМ С. Л. 3.1“ инструктира Изпълнителя, временно да преустанови строителните работи в участъка от км 359+068 до км 360+950. За опазване на недвижимо културно наследство, касаещо преместване и теренна консервация на откритите обекти, страните по договор № 163/30.12.2015г., подписват допълнително споразумение на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, съгласно което в подклауза 4.24, „Находки“ на договорно споразумение №163/30.12.2015г. за проектиране и строителство на АМ, С.“ Л. 3.1, в края на първи абзац, е добавено следното, че: „Изпълнителят ще предприеме действия по преместване и теренна консервация на археологически ценности на археологически структури на: Римска вила, Римска баня, Антична гробница, Раннохристиянска църква и пещи за керамика в сервитута на АМ „С.“, участък от км 359+625 до км 360+080, на АМ „С.“ Л. 3.1, в землищата на [населено място] и [населено място]“. Тези обстоятелства са наложили изпълнението на проектирането и строителството на Л. 3.1 да бъде удължено.

С уведомително писмо рег.№04-25-160/17.10.2019 г. Управляващият орган /УО/ е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на допълнително споразумение №1 от 30.08.2019 г. към Договор № 164 от 30.12.2015 г. с изпълнител Д. [фирма] на стойност 1 695 249,00 лв. без ДДС, сключен след провеждане на открита процедура по ЗОП за услуга с предмет: „Супервизия на проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1" по проект BG16M1OP001-2.001-0001 „Автомагистрала „С.“ Л. 3 - Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница“ /л.13-15 от дело №79/20 на АССГ/. Управляващият орган установил незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, доколкото с допълнителното споразумение № 1 се променя срока и крайната цена по договора. УО намерил, че не става ясно по какъв начин е определен размера на удължаването на срока със 120 дни, като за меродавни са приети само 22 дни поради закъснение в представянето на техническия проект от изпълнителя и са признати 78 дни, дължащи се на спиране на работата, поради археологическите находки. Освен това УО е приел за недопустимо изменението на клаузите, свързани с максимално допустимото възнаграждение, тъй като видно от клауза 1.6 от Приложение № 3 към договора, всички посочени стойности, формиращи възнаграждението на изпълнителя са окончателни. Приел наличие на нарушение на чл.116, ал.1, т.3, във вр. с ал.2 ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно изменение на договор по отношение на удължен срок на „Подготвителен етап преди строителството“ в частта от 42 дни като допълнителен срок и увеличаване на стойността на договора, представляващо нарушение по т.23, б. “а“ „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“ от Приложение №1 на 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. В същото е посочено, че УО отчита, че е налице действащ договор, чийто общ срок не е изтекъл и строителството не може да бъде осъществено без строителен надзор, поради което количественото изражение представлява разликата между първоначално определеното максимално допустимо възнаграждение и новото, определено с допълнително споразумение №1, в размер на 140 556 лв. без ДДС. Предвид това, УО уведомява изпълнителя, че в изпълнение на процедурата на чл.72 и чл.73, ал.2 ЗУСЕСИФ предстои налагане на финансова корекция по диференцирания метод в размер на 140 556лв. без ДДС по Договор №164 от 30.12.2015 г. На основание чл.73, ал.2 ЗУСЕСИФ е даден двуседмичен срок от датата на получаване на уведомлението за възражения.

С писмо изх. №04-18-309/30.10.2019 г. на АПИ е изпратено възражение с рег. №04-25-160/01.11.2019 г. на основание чл.73, ал.2 ЗУСЕСИФ срещу констатациите на УО за нарушение на чл.116, ал.1, т.3, вр. ал.2 ЗОП /л.16-21 от дело №79/20 на АССГ/. На 06.12.2019 г. Ръководителят на УО на ОП „ТТИ“ 2014-2020г. е издал оспореното в настоящото производство Решение № ФК-18/06.12.2019г., с което на АПИ е определена финансова корекция по договор № 164/30.12.2015г., с изпълнител Д. „СН АМ С. Л. 3.1“ в размер на 140 556лв. без ДДС, представляваща разликата между допълнително договорената в Допълнително споразумение № 1 към Договор № 164/30.12.2015г. стойност в размер на 1 835 805лв. без ДДС и максимално допустимото възнаграждение по договор № 164/30.12.2015г. на стойност 1 695 249лв., за допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП /л.23-28 от дело №79/20 на АССГ/.

По делото са приети всички доказателства, събрани при предходното разглеждане на делото.

Съдът намира от правна страна следното:

Оспорването е осъществено от легитимирано лице с правен интерес- адресат на Решение № ФК-18 от 06.12.2019г. на Ръководителя на УО на ОПТТИ, в законово регламентирания срок по чл. 149, ал. 1 от АПК и против административен акт, подлежащ на съдебно обжалване и контрол за законосъобразност съгласно чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, поради което е процесуално допустимо.

По същество жалбата е основателна.

В чл.69, ал.1 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Съгласно разпоредбата на чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ, 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 ЗУСЕСИФ е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите 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. И. оспореното решение инж.Г. В.– директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ е надлежно оправомощена да изпълнява функциите на ръководител на УО на оперативна програма, ОПТТИ 2014–2020г., съгласно Заповед №РД-08-415/04.10.2018г /л.107 от делото/. С оглед на това съдът намира, че процесното решение е издадено от

компетентен орган.

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 срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията, каквито са депозиранни.

Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Твърдението за немотивираност на Решение № ФК-18 от 06.12.2019г. на Директора на Дирекция “Координация на програми и проекти” и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма ТТИ към МИТС, изложено в жалбата е неоснователно. Съгласно чл.71 от ЗУСЕСИФ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства– допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Основанията за определяне на финансова корекция нормативно са регламентирани 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. А 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 АПИ 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 бенефициент по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, във връзка с реализацията на инфраструктурен проект „Автомагистрала „С.“ Л. 3.1, 3.3 и тунел „Железница“, финансиран по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“. В това си качество е бил възложител по договор № 164/30.12.2015г., с предмет: „Супервизия на проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1“. С договор № 164/30.12.2015г между НК „Стратегически инфраструктурни проекти“, чиито правоприменник е АПИ, в качеството му на възложител и е договорено /възложено/ извършването на супервизия на проектиране и строителство на Автомагистрала „С.“ Л. 3.1 – стр.33 и сл. от делото. Срокът за изпълнение на услугите е посочен в Приложение № 1 от цитирания договор, а възнаграждението за услугите и условията, при които то става дължимо са определени в Приложение №3 от същия.

С Допълнително споразумение № 1/30.08.2019г. към Договор №164/30.12.2015 г. /стр.29 и сл. от делото/ се променя следното:

- Срок за изпълнение на договора по клауза 1.3 от 60 месеца е изменен на 64 месеца, или увеличение от 4 месеца;
- Максимално допустимото възнаграждение на изпълнителя в размер на 1 695 249 лв. без ДДС, съгласно т.2.1 към т.2 се променя в размер на 1 835 805 лв.;
- Изменена е съответно и таблица от т.1.1 към т.1 „Формиране на възнаграждението“ по етапи, съобразно таблицата на стр.31. Изменя се т.2.1 към т.2 „Максимално допустимо възнаграждение“, като от 1 695 249.00 лв. се променя на 1 835 805.00лв. без ДДС.

Споразумението е сключено въз основа на решение на УС на АПИ, след съобразяване на извънредно възникналите обстоятелства във връзка с договор № 163/30.12.2015г и допълнително споразумение към него от 28.06.2019г., подробно описани в част I „Установителна част,, от Допълнително споразумение № 1/30.08.2019г към договор № 164/30.12.2015г /от стр.29 – 30 от делото/. Споразумението е сключено поради извънредно възникнали обстоятелства– откриване на археологически разкопки, довели до временно преустановяване на дейностите по изграждане на Л. 3.1, до приключване преместването и теренната консервация на археологическите ценности.

Управляващият орган /УО/ е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на допълнително споразумение №1 към договор № 164 от 30.12.2015 г. с изпълнител Д. [фирма] на стойност 1 695 249,00 лв. без ДДС, сключен след провеждане на открита процедура по ЗОП за услуга с предмет: „Супервизия на проектиране и строителство на автомагистрала "С." Л. 3.1" по проект ВО16МЮР001-2.001-0001 „Автомагистрала „С." Л. 3 - Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница". Констатирано е незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, доколкото с допълнително споразумение №1 към договор № 164/ 30.12.2015 г. се променя срокът и крайната цена по договора. Срокът на договора се удължава с 4 месеца съгласно допълнителното споразумение. От доклад № 93-01-7061/ 27.08.2019 г. на директор на дирекция „Изпълнение на проекти по ОПТТИ 2014-2020" и установителната част на споразумението се стига до извода, че договорът следва да се удължи със 142 дни- 78 дни поради удължаване на времето за строителство заради непредвидени обстоятелства, изразяващи се в допълнителни археологически проучвания и 64 дни удължаване на подготвителния етап. Видно от текста на допълнителното споразумение е, че удължението е със 120 дни. От представените документи обаче, за УО не ставало ясно как е определен размерът на удължението със 120 дни.

Ответникът в настоящия процес не приема за меродавен извода на бенефициента, че са налице 64 дни закъснения по договора, така както е описано в установителната част на допълнителното споразумение. Според УО обстоятелството, че договорът за супервизия е започнал 42 дни по- рано от договора за строителство, е заложено предварително в договора, тъй като съгласно клауза 4.1 от Приложение № 1 от договор № 164/ 30.12.2015 г. начална дата на същия се счита датата на подписване на договора, а при договор №163/ 30.12.2015 г., който е за строителството е предвидено, че началната дата е от получаване за известие за дата на

започване. Съгласно под-клауза 8.1. от общите условия на Договор №163/30.12.2015 г. „Инженерът трябва да даде на Изпълнителя предизвестие от не по-малко от 7 дни за Датата за Започване. Освен ако не е посочено друго в Специфичните Условия, Датата за Започване трябва да бъде в рамките на 42 дни от получаването от Изпълнителя на Писмото за Приемане". Следователно, този период от 42 дни е предвиден в срока на договора за супервизия, като размерът на този период е по преценка на Инженера. Инженерът по договор № 164/ 30.12.2015 г. е определил дата на започване на 10.02.2016 г., т.е. възползвал се е от възможността да определи започване на 42-я ден, поради което не счита, че има основание за удължаване на договора с тези 42 дни, тъй като през това време същият е изпълнявал задълженията си по действащ договор. Управляващият орган приема, че останалите 22 дни се дължат на закъснение в представянето на техническия проект от страна изпълнителя, за което същият е санкциониран. Т.е. за основателни счита само тези 22 дни от общия срок от 64 дни. По отношение на останалите 78 дни, дължащи се на възникнала археология и спирането на работите по част от трасето заради нея, УО приема, че са основателни тъй като срокът на договор №163/ 30.12.2015 г. основателно е изменен със 78 дни. Т.е. УО не твърди, че няма необходимост от удължаване на срока на договора за супервизия с цел предоставяне на необходимите дейности по реда на ЗУТ, а че удължаването на срока с 42 дни, дължащо се на разминаването в стартирането на двата договора- №163 и №164 няма правна обусловеност, т.е. е неоснователно.

Според УО това е нарушение на чл.116, ал.1, т.3, вр. ал.2 ЗОП, представляващо нередност по т.23, б.“а“ „Незаконосъобразни изменения на договора обществена поръчка“ от Приложение №1 на 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 /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 Законът за обществените поръчки 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./.

В случая, Договор №164/ 30.12.2015 г. е бил действащ договор и срокът му не е изтекъл. Безспорно, с Допълнително споразумение №

1/30.08.2019г. към Договор №16430.12.2015 г. /стр.29 и сл. от делото/ се променя срока за изпълнение на договора по клауза 1.3 от 60 месеца на 64 месеца, както и максимално допустимото възнаграждение на изпълнителя от 1 695 249 лв. без ДДС на 1 835 805 лв.

Относно увеличението на срока на договора:

Не се спори относно фактите, свързани с откриване на археологически разкопки, довели до временно преустановяване на дейностите по изграждане на Л. 3.1, до приключване преместването и теренната консервация на археологическите ценности. В конкретния случай е налице промяна само във вътрешните срокове на „Подготвителен етап преди строителство“ и „Строителство“, като разпределението на 60 месеца между етапите в Приложение №3 към договора е прогнозно и ориентировъчно. Съдът намира, че тези обстоятелства няма как да бъдат предвидени и при полагане на "дължимата грижа". 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. Както беше посочено по-горе, обстоятелствата, наложили удължаването на срока не е могло да бъдат предвидени, дори и при достатъчно надлежна подготовка на възлагането. Това се отнася за целия срок на удължаването на договора с 4 месеца, а не както органът е приел.

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 за част от дните на увеличението /42/ е налице неоснователно увеличение, 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 срока 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. Ето защо съдът намира изводите на ръководителя на управляващия орган в тази насока за неправилни.

По отношение на увеличената цена на договор №164/ 30.12.2015 г., съдът намира следното:

С допълнително споразумение №1/30.08.2019 г. е изменено максимално допустимото възнаграждение с 140 556 лв., и е променено прогнозното количество между етапи 1 и 2 в Приложение №3 към договора. Безспорно, в клауза 1.6 от Приложение №3 към договора е заложено, че всички посочени стойности, формиращи възнаграждението на Изпълнителя, са окончателни и фиксирани за целия период на предоставяне на услугите по договора. Това е според договора. Законодателят обаче е предвидил възможност за такова изменение именно при обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, без това да води до промяна на предмета на договора /т.3 на ал.1, чл.116 ЗОП/. Съдът изложи наличието на такива обстоятелства по-горе. Следва да се има предвид, че неправилно УО се позовава в решението си на хипотезата на чл.116, ал.1, т.1 ЗОП, съгласно която договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато: промените са предвидени в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително клаузи за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение. В случая допълнителното споразумение е сключено на основание чл.116,

ал.1, т.3 ЗОП именно поради възникналите непредвидими обстоятелства, а не поради предвидената такава възможност в документацията, както сочи чл.116, ал.1, т.1 ЗОП. Касае се до отделни хипотези за изменение на сключения договор за обществена поръчка по т.1 и т. 3 на ал.1, чл.116 ЗОП, като в случая УО недопустимо ги е смесил в мотивите на оспорвания акт, позовавайки се на липсата на предвидена възможност в документацията и в договора за промени на договора за обществена поръчка и в частност касателно елемента- цена. Априори, ако в документацията и в договора имаше разписани такива клаузи, то при изменението бенефициента би се позовал именно на т.1, ал.1, чл.116 ЗОП, а не би излагал аргументи, че промяната в цената се обуславя именно във връзка с възникналите непредвидими обстоятелства, свързани с археологическите проучвания 8чл.116, ал.1, т.3 ЗОП/. Т.е. в хипотезата на чл.116, ал.1, т.3 ЗОП не е поставено допълнително изискване за наличие на такива клаузи в договора за обществена поръчка.

Освен това, увеличението от 140 556 лв. без ДДС не противоречи на заложеното в новелата на ал.2 на чл.116 ЗОП. Този размер не надвишава и предвидения такъв в т.23 б.“а“ от Приложение №1 от Наредбата за нередностите /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/, както и не може да се приеме, че увеличението от 140 556 без ДДС засяга цялостния характер на поръчката. Т.е. действително цената е съществен елемент от договора за обществена поръчка, но изискването е изменението да не е съществено. 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-18 от 06.12.2019г. на Директора на Дирекция “Координация на програми и проекти” и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма ТТИ към МИТС, следва да бъде отменено.

Предвид изхода на делото в полза на жалбоподателя следва да се присъди претендираното юрисконсултско възнаграждение в настоящото производство и пред ВАС общо в размер на 300 лв., 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, 73-ти съста,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалбата на Агенция „Пътна Инфраструктура”, със седалище [населено място], [улица], представлявана от Председателя на УС- инж. Г. Т., Решение за определяне на финансова корекция № ФК-18 от 06.12.2019 г. на Директор на Дирекция “Координация на програми и проекти” и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г., с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, във връзка с чл. 73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е наложена Финансова корекция по договор № 164 от 30.12.2015 г. с изпълнител Д. „СН АМ С. Л. 3.1.” в размер на 140 556 лв. без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на транспорта, да заплати на Агенция „Пътна Инфраструктура” сумата от 300 /триста/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: