

# РЕШЕНИЕ

№ 8285

гр. София, 11.06.2024 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в**  
публично заседание на 14.03.2024 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Евгения Иванова**

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **8896** 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“ /ДП НКЖИ/, представлявано от генералния директор инж. З. К., срещу Решение № ФК-15/29.08.2023г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. /ОПТТИ/, с което им е наложена финансова корекция по диференциалния метод в размер на 4 357 500,00 лв. без ДДС по допълнително споразумение № 2 към договор №5631/25.01.2017 г. за „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

С жалбата се иска отмяна на оспореното решение поради незаконосъобразност, липса на мотиви и необоснованост, както и нарушение на материалния закон, административно производствените правила и несъответствие с целта на закона. Оспорват се констатациите на административния орган за допуснати нарушения на ЗОП – на чл.116 ал.1 т.3 от ЗОП , като се излагат подробни доводи за това.Твърди се , че не са нарушени правилата за провеждане на обществените поръчки, изменяйки договора с изпълнителя с писмено съглашение между страните , обективизирано в допълнително споразумение № 2 към договор №5631/25.01.2017 г. за „Оценка на

съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

Иска се оспореното Решение № ФК-15/29.08.2023г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. да бъде отменено изцяло.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез проц. представител, поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноси, за които представя списък, като едновременно с това прави възражение за прекомерност на адв.възнаграждение платено от ответника.

Ответникът – ръководителят на УО по ОПТТИ, изразява становище за неоснователност на жалбата, съобразно доводите в становище № 12-00-109 / 05.12.2023г. Претендира юрисконсултско възнаграждение за един проц. представител.

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

Държавно предприятие „Национална компания железопътна инфраструктура“ е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ по № BG16M10P001-1.001-0003: „Рехабилитация на железопътната линия П.-Б., Фаза 2”, за което е сключен административен договор № ДОПТТИ-12/20.11.2017г.

За целите на изпълнението на проекта ДП НКЖИ е провела открита процедура съгласно Закона за обществените поръчки с предмет: „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“ и за изпълнител е избран „ЕЖИС-ЕТП-АйСиДЖи“ ДЗЗД и е сключен договор № 5631/25.01.2017 г. на стойност 21 912 000лв. В тази сума влизат договорната цена от 16600000лв; непредвидени разходи 10% в размер на 1660000 и ДДС в размер на 3 652 000лв.

При извършена проверка от страна на УО на проведената процедура е установено, че при провеждане на обществената поръчка е допуснато нарушение на ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно сключване на допълнително споразумение към договор № 5631/25.01.2017г. между НКЖИ и „ЕЖИС- ЕТП-АйСиДЖи“ ДЗЗД.

С подписаното допълнително споразумение № 2/23.12.22 г. по същество се увеличава стойността на горепосочения договор с предмет „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

Като основание за сключване на споразумението е посочен чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП - „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“. В обосновка до Генералния директор на НКЖИ за възникнала необходимост от изменение на договор № 5631/25.01.2017 г., е описано, че е налице невъзможност за изпълнение на договора в частта, касаеща позиция „Модернизация на жп участък Я.- Зимница, при гара Завой“, поради което изпълнението по тази позиция е спряно и към момента на подписване на споразумението все още не е възобновено. В оспореното пред съда решение, се посочва, че това е така, тъй като за обекта „Модернизация“ на жп участък Я.-Зимница, при гара Завой“ не е налично издадено разрешение за строеж и няма

сключен договор с изпълнител за същия.

Посочва се ,че съгласно Договор № 3619/08,02.2011 г. с предмет „Рехабилитация на железопътните отсечки С. 3. - Завой (до км190+390 в междугарието Я. - Завой) и Завой - Зимница (от км 192+706 до входната отреза на гара Зимница), включително главните коловози в гарите С. 3. и Я. и всички гари и спирки между тях с приблизителна разгъната дължина на железния път 120 км“ в периода 2012 г. - 2014 г., е изготвен Технически проект за модернизация на железопътния участък Я. - Зимница, при гара Завой.

След изработването на техническия проект по Договор № 3619/08.02,2011 г., считано от 18 ноември 2014 година, влиза в сила Регламент (ЕС) № 1299/2014 на Комисията относно техническите спецификации за оперативна съвместимост по отношение на подсистемата „Инфраструктура“ на железопътната система в Европейския съюз, който поставя нови изисквания за оперативна съвместимост, които не са били приложими в периода на изработването на техническия проект за модернизация на железопътни участък Я. - Зимница, при гара Завой по проект „Рехабилитация на железопътната инфраструктура по участъците на железопътната линия П. - Б.“,

За съобразяване на новите изисквания на Регламент (ЕС) № 1299/2014 на Комисията от 18 ноември 2014 година относно техническите спецификации за оперативна съвместимост по отношение на подсистемата „Инфраструктура“ на железопътната система в Европейския съюз и гарантиране на оперативната съвместимост на подсистемата, е станала необходима актуализация на изработения Технически проект за модернизация на железопътния участък Я. - Зимница, при гара Завой. През 2019 г. е одобрено възлагане на обществена поръчка за „Актуализация на технически проект за „Модернизация на железопътен участък Я. - Зимница, при гара Завой“.

Договорът за „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“ е сключен през 2017 г. и в него фигурира като позиция и „Модернизация на жп участък Я.-Зимница, при г. Завой“.

С двустранен протокол от 2019 г. между страните по договор 5631/25.01.2017 г., е спрян срокът за изпълнение на договора, тъй като не е възможно изпълнението на задълженията на консултанта по позиция „Модернизация на железопътен участък Я. - Зимница, при гара Завой“.

При проверка е било установено, че на 07.11.2022 г. е обявена процедура за избор за „Модернизация на железопътен участък Я. - Зимница, при гара Завой“ (00233-2022-0104) с дата на отваряне на подадени оферти - 23.01.2023 г. С дата 17.07.2023 г., има издадено решение на Възложителя за прекратяване на процедурата за избор на изпълнител.

Въз основа на установеното по-горе ,ответника в настоящия процес е приел ,че не е налице основен елемент от фактическия състав на хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, а именно: „обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителя не е могъл да предвиди „,

От фактическата обстановка описана по-горе ,се посочва в оспореното решение ,че не може да се направи обоснован извод, че Възложителят е бил препятстван в дълъг времеви период да предприеме действия по актуализация на технически проект за модернизация на железопътния участък Я. - Зимница, при гара Завой. Този проект следвало да послужи и като основа за изготвяне на необходима документация за провеждане на обществена поръчка за избор на изпълнител за участъка,съотв. при

сключен договор, той да бъде заложен като позиция в договор № 5631/25.01.2017 г. Процесния договор №5631/25.01.2017 г. за оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор е сключен през 2017 г, когато на Възложителят е било известно, че по отношение на позиция „Модернизация на железопътен участък Я. - Зимница, при гара Завой“ няма дори актуален технически проект т.е Възложителят е могъл да предвиди, че описаните обстоятелства биха били пречка в реализацията на задълженията на изпълнителят по договор № 5631/25.01.2017

Въз основа на горното УО е приел , че е нарушен чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, тъй като е налице изменение на договора без да са изпълнени условията на посочената разпоредба и е квалифицирал това нарушение по т. 23, б. А от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от „Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ“ (Наредба за посочване на нередности).

С писмо изх. № 10-22- 524/19.07.2023г. на Ръководителя на УО, бенефициерът е уведомен за тези констатации и за предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност да направи възражения и да представи доказателства.

Бенефициентът е представил възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 10-22-524/01,08,2023г, (изх. № ЖИ-33603/01.08.2023г.,които са приети за неоснователни от адм.орган и е постановил оспореното пред настоящата инстанция решение за налагане на ФК,с което на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ е наложена финансова корекция по диференциалния метод в размер на 4 357 500,00 лв. без ДДС по допълнително споразумение № 2 към договор №5631/25.01.2017 г. за „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

При така установеното от фактическа страна съдът формира следните правни изводи: Жалбата е подадена в срок, срещу акт, за който изрично е предвидено, че подлежи на съдебен контрол, от адресата на акта, поради което е допустима.

Разгледана по същество, тя е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № РД-08-201/05.05.2022г. на министъра на транспорта, издалият оспореното решение М. Г. – и.д. директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерството на транспорта е оправомощен да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПТТИ /стр.71 от делото / . С оглед на това процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административно производствените правила. Видно от доказателствата по делото, жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения и представяне на доказателства. Бенефициерът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Актът,макар и да съдържа формално мотиви, същите не са достатъчни ,за да

обосноват законосъобразност на властническото волеизявление на ответника, обективизирано в оспореното пред настоящата инстанция решение. Направените фактически констатации не съответстват на приложимите материално правни разпоредби, в това число във връзка с квалификацията на нарушенията и основанията за налагане на финансовата корекция. Липсва обосновка за приложението на диференциалния подход, както и относно размера на наложената финансова корекция.

Националната правна уредба предвижда, че за да е налице нарушение на чл. 116, ал. 1 ЗОП, т.е. на забраната за изменение на договора за обществена поръчка, е необходимо да е налице сключено писмено споразумение или друго писмено доказателство, произхождащи от бенефициера и изпълнителя, с което договорът за обществена поръчка да е изменен. В съответствие с решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела C-441/22 и C-443/22, не е необходимо страните по договора да са подписали писмено споразумение с предмет изменение на договора за обществена поръчка, тъй като съгласуване на волята в посока на въпросното изменение може да се установи по-специално и от други писмени доказателства, произхождащи от тези страни.

В случая е налице сключено писмено споразумение / доп. споразумение № 2/23.12.2022г / към договор № 5631 /25.01.2017г между ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ и избраното за изпълнител по този договор дружество – „ЕЖИС-ЕТП-АйСиДЖи“ ДЗЗД / стр.113 и сл.от делото / ,с което се увеличава стойността на поръчката, която е съществен елемент от договора, но не променя неговия предмет. В тази връзка органа е бил длъжен да изложи ясни, последователни, логични и недвусмислени мотиви, от които да извежда извод за конкретното нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право.

Забраната за изменение на договора за обществена поръчка, извеждана от визираното в чл. 116, ал. 1 ЗОП позитивно право на възложителя да измени договора за обществена поръчка, се обвързва с дефинирани седем конкретни хипотези, при които изменението е допустимо. Следователно, ако органът твърди, че бенефициерът е нарушил забраната за изменение на договора за обществена поръчка, това значи, че той твърди нарушение на чл. 116, ал. 1 ЗОП в някоя от неговите хипотези. Хипотезите, при които законодателят е допуснал изключение от забраната за изменение на договора за обществена поръчка, не се намират в отношение на кумулативност, а ясно и точно са обособени като самостоятелни хипотези. Това значи, че с действията си бенефициерът не може едновременно да е осъществил две от хипотезите на чл. 116, ал. 1 ЗОП.

В случая органът твърди, че бенефициерът е нарушил и т. 3 на алинея 1 на чл. 116 ЗОП, която визира изменение на договора, породено от необходимост поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, но което изменение не води до промяна на предмета на договора. Както се посочи по-горе, изменението на процесния договор за ОП е свързано с цената му, което обстоятелство предполага посочване на определящите в ал.2-ал.4 изисквания. Сключения договор № 5631/25.01.2017 г. е на стойност 21 912 000лв., като е предвидена сума от 10% / или в размер на 1660000лв / - непредвидени разходи. Не става ясно от оспореното решение тази сума взета ли е предвид при определяне на размера на финансовата корекция.

Безспорно е необходимо фактите, които органът приема за доказващи твърдяното нарушение едновременно да доказват изменение, което е обосновано от обстоятелства, които бенефициерът е могъл да предвиди, и което не води до промяна на предмета. Като причина ,за изменението органа е посочил спиране на изпълнението на основния договор ,поради настъпили законодателни промени , които изпълнителя е следвало да съобрази и свързаното с това забавяне на изпълнението . В случая се твърди ,като нарушение „незаконосъобразно сключване на допълнително споразумение към договор № 5631/25.01.2017г. между НКЖИ и „ЕЖИС- ЕТП-АйСиДЖи“ ДЗЗД“ , каквото нарушение , законодателя не е предвидил в нито една от хипотезите на чл.116 ал.1 т.1-т.7 от ЗОП, а изменение което да не съответства на изискванията на чл.116 т.3 от ЗОП не се доказва . Когато органът твърди, че е налице нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП трябва да докаже, че изменението на договора за обществена поръчка, осъществено чрез сключено писмено съгласие на страните, е поради обстоятелства, които бенефициерът, при полагане на дължимата грижа е могъл да предвиди и това изменение не води до промяна 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". УО е следвало да прецени поотделно установените от него 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.

Нещо повече в раздел II Срок на договора /стр.43 от делото / са предвидени възможности за удължаване, спиране и др.промени в същия ,които водят до изменението му т.е изменението е изначално уговорено ,поради което сочените като релевантни факти не се субсимира в разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП . С други думи установените релевантни според органа факти ,не могат да обосноват това нарушение.

Финансовата корекция е определена за нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ във връзка с т. 23, б. а) 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 (Наредбата за посочване на нередности/Наредбата), за нарушение на чл. 116 ал. 1 т. 3 от ЗОП, тъй като е налице изменение на договора без да са изпълнени условията на посочената разпоредба.

Както се посочи по-горе, разпоредбата на чл. 116 ал. 1 от ЗОП включва седем хипотези от т. 1-т. 7, наличието на които дават възможност на възложителя да измени договора за обществени поръчки и рамковите споразумения. В случая, видно от съдържанието на Допълнително споразумение № 2 / 23.12.2022г към договор № 5631/25.01.2017, на основание чл. 116 ал. 1 т. 3 и ал. 2 от ЗОП и Решение на УС на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ т. 18 по протокол № 35-11/22 от 25.11.2022г / черен класьор към делото/ е увеличена стойността на договора със сума в размер на 4357500лв без ДДС, като от 16 600 000лв без ДДС, става 20 957 500лв. Именно със тази сума / 4357500лв без ДДС/ по Допълнително споразумение № 2 / 23.12.2022г, органа е намалил финансовата подкрепа от ЕСИФ под формата на финансова корекция, прилагайки диференциалния метод по чл. 3 ал. 2 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.

Според УО това е нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, представляващо нередност по т. 23, б. "а" "Незаконно съобразни 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/.

Не се посочва и в коя от хипотезите на т. 23, б. "а" от Приложение № 1 на Наредбата "Незаконно съобразни изменения на договора за обществена поръчка" попада твърдяното нарушение. Тази разпоредба визира следното: 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.

С допълнително споразумение № 2/23.12.2022 г. е изменено допустимото възнаграждение на изпълнителя ,но това обстоятелство само по себе си не формира нарушение на чл.116 ал.1 т. 3 от ЗОП ,нито може да обоснове приложението на диференциалния подход респ. размера на ФК.

Нито един аргумент не е изложен ,защо се приема че „нарушението“ е нанесло вреда на бюджета на ЕС в размер на 4 357 500,00 лв . Увеличението на стойността на ОП с тази сума не е тъждествено на размера на вредата ,която е необходимо да се докаже от ответникав настоящия процес .

Предвид това жалбата се явява основателна, а оспореното Решение № ФК-15/29.08.2023г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. /ОПТТИ/, с което им е наложена финансова корекция по диференциалния метод в размер на 4 357 500,00 лв. без ДДС по допълнително споразумение № 2 към договор №5631/25.01.2017 г. за „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“,следва да бъде отменено.

Предвид изхода на делото в полза на жалбоподателя следва да се присъди претендираното юрисконсултско възнаграждение в размер на 200лв и 1700лв – държавна такса или общо разноски в размер на 1900лв.

Водим от горното , Административен съд София - град, III–то отделение, втори състав , на основание чл. 172, ал. 2 АПК

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ



ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ /ДП НКЖИ/, представлявано от генералния директор инж. З. К., Решение № ФК-15/29.08.2023г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. /ОПТТИ/, с което им е наложена финансова корекция по диференциалния метод в размер на 4 357 500,00 лв. без ДДС по допълнително споразумение № 2 към договор №5631/25.01.2017 г. за „Оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор по време на строителство и координация на договори по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

ОСЪЖДА Министерството на транспорта и съобщенията да заплати на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ /ДП НКЖИ/, представлявано от генералния директор инж. З. К., сума в размер на 1900 лева –разноски по делото .

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