

РЕШЕНИЕ

№ 5630

гр. София, 19.02.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,
в публично заседание на 06.02.2025 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Немска

при участието на секретаря Цонка Вретенарова, като разгледа дело номер **11644** по описа за **2024** 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).

Настоящото производство е второ по ред, след като с Решение № 12272/13.11.2024 г. на ВАС – VII-мо отделение по адм. дело № 7322/2024 г. по описа на ВАС е отменено Решение № 8285/11.06.2024 г. на АССГ по адм. дело № 8896/2023 г. и делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на АССГ.

Образувано е по жалба на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ /ДП НКЖИ/, представлявано от генералния директор инж. А. В. В. , със седалище и адрес на управление – [населено място], [улица] 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 процесуалния си представител – служител с юридическо образование Д. К., поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски , за които представя списък.

Ответникът – ръководителят на УО по ОПТТИ, чрез процесуалните си представители –Й. и Г., изразява становище за неоснователност на жалбата, съобразно доводите в становище № 12-00-109 / 05.12.2023г . Тази теза застъпват и в проведеното открито съдебно заседание. Претендира се юрисконсултско възнаграждение за един процесуален представител в минимален размер.

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 договор 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 . Цитираната сума включва договорната цена от 16 600 000 лв ; непредвидени разходи 10% в размер на 1 660 000 и ДДС в размер на 3 652 000 лв.

След стартиране на договора, а именно след 01.03.2017 г. е изготвено предложение –обосновка до Генералния директор на НКЖИ, с което се излагат аргументи, че е налице непредвидено обстоятелство, което при полагане на дължимата грижа страните не биха могли да предвидят, довело до невъзможност за изпълнение на задълженията на консултанта ЕЖИС-ЕТП-АйСиДЖи“ ДЗЗД, изпълнител по отношение на позиция /договор „Модернизация на железопътен участък Я. – Зимница, при гара Завой“ Въз основа и на основание чл.2 ал.9 от договор № 5631/25.01.2017 г. е подписан двустранен протокол на 25.09.2019г . , по силата на който изпълнението на договора се спира, считано от 25.09.2019 г., поради невъзможност за изпълнение на задълженията на консултанта за позиция /договор „Модернизация на железопътен участък Я. –Зимница“ при гара Завой“

С писмо № ЖИ-381115/13.09.2022 г., допълнено с писмо № ЖИ -44981/28.10.2022 г., консултантът е представил искане за изменение на договорената цена, посочена в ценовата оферта за изпълнение на поръчката и отразена в чл.3 ал-1 т.1 от договор №

5631/25.01.2017 г. Посочени са мотиви, че цената е предвидена така, че да обезпечи всички ресурси за цялостното изпълнение обхвата на договора в продължение на пет години /60 месеца /. Искането за изменение на цената е обосновано с факта, че в периода изпълнението на договора е частично спряно по отношение на един от компонентите, включени в предмета му по независещи от страните причини, консултантът е извършил, извършва и ще извършва задълженията си по останалите позиции. Сключено е допълнително споразумение № 2/23.12.22 г. на основание чл.116 ал.1 т.3 и ал.2 от ЗОП и Решение на Управителния съвет по т.18 , съгласно Протокол № 35-11/22 от заседание на Управителния съвет на ДП НКЖИ, проведено на 25.11.2022 г., с което стойността на договора по чл.3 ал.1 т.1 се увеличава със сумата от 4 357 500,00 лева без ДДС, като от 16 600 000 лева без ДДС става 20 957 500 лева без ДДС.

Управляващият орган на ОПТТИ е започнал процедура по администриране на нередност на основание чл.69 ал.2 от ЗУСЕФСУ и е извършил проверка на сключеното допълнително споразумение. Констатирал 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 .

Мотивирал се е , че 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. З. - Завой (до км190+390 в междугарието Я. - Завой) и Завой - Зимница (от км 192+706 до входната отрежа на гара Зимница), включително главните коловози в гарите С. З. 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, съответно при сключен договор, той да бъде заложен като позиция в договор № 5631/25.01.2017 г.

Процесният 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 като нередност 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 ЗУСЕИФ“ (Наредба за посочване на нередности) с настоящо наименование Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови

корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ /заг.изм. – ДВбр.59/2024 г./

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“.

В хода на съдебното производство са приети и приложени всички доказателства по адм. дело № 8896/2023 г. по описа на АССГ -2 състав, съдържащи административната преписка и допълнително представени от жалбоподателя документи, част от проведената обществена поръчка и кореспонденция с изпълнителя .

При така установеното от фактическа страна съдът формира следните правни изводи:

Жалбата е депозирана в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК , поради което и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

По въпроса за компетентността на органа, издал обжалвания акт: Оспореното решение издадено на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ е постановено от компетентен орган..

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и

размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.

Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ, Управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице.

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 адм.дело № 8896/2023 г. по описа на АССГ 2 състав/. С оглед на това процесното решение е издадено от компетентен орган.

Оспореното решение е издадено в писмена форма и отговаря на изискванията на чл.59 ал.2 от АПК и съдържа фактически и правни основания.

Административнопроизводствени правила:

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Правилата са спазени.

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.

Съответствие с материалноправните разпоредби.

Безспорно е, че за да е налице основание за определяне на финансова корекция е необходимо бенефициентът да е осъществил нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 елементите на фактическия състав на нередността са: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица

нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Доколкото в случая ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020, несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

В акта е посочено правно основание чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ , съгласно който финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: а именно т.9 за 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 ЕФСУ.

Административният орган е констатирал конкретно нарушение на норма от Закона за обществените поръчки – чл.116 ал.1 т.3 от ЗОП и го е определил като „незаконосъобразно сключване на допълнително споразумение“ . Посочил е, че не е налице основен елемент от фактическия състав на нормата – „обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди“ . Мотивирал се е , 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 като основа за изготвяне на необходима документация за провеждане на обществена поръчка за избор на изпълнител на участъка . Съответно да бъде заложен като позиция в сключения договор с № 5631/25.01.2017 г. Този договор с предмет „оценка на съответствието и осъществяване на строителен надзор“ е сключен през 2017г., когато на жалбоподателят е било известно, че по отношение на позиция „Модернизация на железопътен участък Я. – Зимница, при гара Завой“ няма актуален технически проект. В тази връзка е приел, че жалбоподателят при полагане на дължимата грижа е могъл да предвиди, че описаните обстоятелства биха били пречка в изпълнение на задълженията по договора от 2017г. от страна на изпълнителя

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.

Съгласно чл.116 ал.1 т.3 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато: 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.

На първо място, съдът следва да отбележи, че в сключеното допълнително споразумение № 2/23.12.2022 г. е изписано само правното основание за изменение на договора – чл.116 ал.1 т.3 от ЗОП, не са посочени обаче конкретни факти и обстоятелства, които са възприети от възложителя за непредвидими, макар и да е положена дължимата грижа от него. В допълнителното споразумение е посочено и Решение на УС на ДП НКЖИ, съгласно Протокол № 35-11/22 от Заседание на Управителния съвет на ДП НКЖИ, проведено на 25.11.2022 г. По делото е представен доклад от ръководителя на проект „П. – Б., Фаза 2“ до Председателя на Съвета за управление на проекти в ДП НКЖИ, в което е направено искане за изменение на договорената цена, определена съгласно чл.3 ал.1 т.1 от договор № 5631/25.01.2017 г., както и „обосновка“, одобрена от Генералния директор на ДП НКЖИ, относно възникнала необходимост от изменение на цитирания договор. Именно от съдържанието на цитираните документи, следва да се изведат фактическите основания, послужили за сключване на допълнителното споразумение номер 2, с което е изменена цената на договора от 2017 г., и по –конкретно, с което е увеличена цената на договора . В обосновка до генералния директор на НКЖИ за възникнала необходимост от изменение на Договор № 5631/25.01.2017 г. е посочено, 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. Спиране на изпълнението на договора от 2017г. в тази част е продиктувано от факта, че 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.

Съгласно Договор № 3619/08.02.2011 г. с предмет: „Рехабилитация на железопътните отсечки С. 3. - Завой (до км 190+590 в междугарието Я. - Завой) и Завой - Зимница (от км 192+706 до входната стрелка 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 г., 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 (Регламент (ЕС) № 1299/2014), който поставя нови изисквания за оперативна съвместимост, които не са били приложими в периода на изработването на техническия проект за модернизация на железопътния 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 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 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“ е сключен през 2017 г. и в него фигурира като позиция и „Модернизация на жп участък Я.-Зимница, при г. Завой“.

При проверка е 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. На дата 17.07.2023 г. има издадено решение на Възложителя за прекратяване на процедурата за избор на изпълнител.

Въз основа на описаната фактология, РУО е приел, че Възложителят не е бил препятстван в дълъг времеви период да предприеме действия по актуализация на техническия проект за модернизация на железопътния участък Я. - Зимница, при гара Завой. Този проект е следвало да послужи и като основа за изготвяне на необходимата документация за провеждане на обществена поръчка за избор на изпълнител за участъка. Ето защо при полагане на дължимата грижа възложителят е бил длъжен да предвиди, че описаните обстоятелства са пречка в изпълнението на задълженията на изпълнителя по Договор № 5631/25.01.2017 г. Именно предвид изложеното, не е изпълнено едно от условията за прилагане на основанието за изменение на сключен договор по чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, тъй като липсват „обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа, възложителят не е могъл да предвиди.

Според настоящия съдебен състав, изводите на административния орган са законосъобразни и обосновани. От изложеното следва да се направи извод, че не са налице непредвидени обстоятелства по смисъла на параграф 2 т.27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, които да са основание за изменение на договора и сключване на допълнително споразумение. Този извод, съдът мотивира с факта, че при сключване на договора от 2017г. на възложителят е било известно, че следва да съобрази новите изисквания на Регламент (ЕС) № 1299/2014 на Комисията относно техническите спецификации за оперативна съвместимост по отношение на подсистемата „Инфраструктура“ на железопътната система на Европейския съюз, които не са били приложими в периода на изработването на техническия проект за модернизация на пътния участък Я.-Зимница, при гара Завой по проект „ Рехабилитация на железопътната инфраструктура по участъците на железопътната линия П. – Б.“. Именно, фактът че следва да бъдат съобразени новите изисквания на Регламент (ЕС) № 1299/2014 на Комисията, не само че е бил известен на възложителя при

сключване на договор № 5631/25.01.2017 г. 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“, но е следвало да бъде и отчетен още при изготвяне на проектната документация и обявяване на обществената поръчка, както и при съобразяване на заложените параметри в сключения договор през 2017г . Възложителят –жалбоподател е следвало да предвиди, че липсата на актуализиран технически проект за „Модернизация на железопътен участък Я. – Зимница, при гара Завой“ ще възпрепятства изпълнителя по договор № 5631825.01.2017г. да изпълни задълженията си в уговорения срок именно в частта относно позицията, касаеща „Модернизация на жп участък Я.-Зимница“. Посочените в т. нар. “обосновка“ / лист 37-40 от адм. дело № 8896/2023 г. на АССГ/, фактически обстоятелства, не само, че не са нови данни, но и не са непридвидими по смисъла на параграф 2 т.27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП в контекста и на разпоредбата на чл.116 ал.1 т.3 от ЗОП. В този смисъл не е настъпило непредвидено обстоятелство.

От друга страна подписаното допълнително споразумение № 2/23.12.2022 г. не води до промяна в естеството на цялата поръчка, а касае единствено увеличение на цената на договора.

Изменението на договора за възлагане на обществената поръчка е изключение от правилото същият да се изпълни при условията на документацията по поръчката и подписания между страните Договор за възлагане на обществената поръчка. Това изключение е императивно и лимитативно уредено в чл. 116 от националния ЗОП, която разпоредба транспонира чл. 72 на Директива 2014/24 на ЕС и на Съвета. Хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, на която се позовава възложителят по подписаното между страните Допълнително споразумение 2/23.12.2022 година, предполага "обстоятелство, което добросъвестният възложител не е могъл да предвиди".

Съгласно параграф 2 т.27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, "Непредвидени обстоятелства" са обстоятелства, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия.

Съображение 109 на Директива 2014/24 посочва, че 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, според Директивата, 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. Конкретният случай, както вече бе посочено не разкрива такива характеристики.

Изменението на цената на договора е съществено, поради което правилно РУО на ОПТТИ е заключил, че същото води до промяна на кръга на заинтересованите от участие в поръчката икономически оператори, тъй като ако това условие бе част от процедурата за възлагане на обществената поръчка, то би привлякло към участие допълнителни участници или би довело до приемане на оферта, различна от първоначално приетата

Установеното нарушение има негативно финансово влияние и изпълнява предпоставките на нередност. Налице е и нанесена вреда на средствата от ЕСИФ.

Нарушението коректно е квалифицирано като нередност по т. 23, б. „А“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. В посочената правна норма е предвидено, че 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 е съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

РУО на ОПТТИ е приел, че на нарушението може да се даде реално количествено изражение, поради което е приложим диференциалния метод за определяне на корекция.

Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез прилагането на диференциален метод, а когато това е невъзможно - чрез пропорционален метод. С оглед обстоятелството, че констатираното от УО нарушение има реално количествено изражение, към процесния случай е приложим диференциалния метод за определяне на корекцията.

В съответствие с посочените изисквания, ръководителя на УО на ОПТТИ правилно е определил 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. Посоченият по-горе размер е равен на реално установените финансови последици на нередността върху изразходваните средства - допустими разходи, а именно: стойността на увеличението по допълнителното споразумение.

Оспореният акт изцяло съответства с целта на закона. Финансовата корекция е предвидена мярка, която се налага с цел да се коригират последиците от неправомерно действие или бездействие, като се възстановят незаконосъобразно предоставени средства. Съгласно чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕФСУ чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕФСУ 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.

Крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и в съответства с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

Разноски по делото своевременно са поискани от двете страни, каквито с оглед изхода на процеса, се дължат на ответника. Същите следва да бъдат присъдени в полза на Министерство на транспорта и съобщенията, в чието ведомство се намира административния орган – ответник. Разноски се дължат в полза на ответника и за първото по ред съдебно производство пред АССГ, както и за проведеното касационно производство, а именно за юрисконсултско възнаграждение и внесена такса по сметка на ВАС в размер на 1700 лева.

Съгласно чл. 78, ал. 8 ГПК, вр. с чл. 144 АПК, в полза на юридическото лице се присъжда възнаграждение в размер, определен от съда, ако е било защитавано от юрисконсулт, който размер не може да надхвърля максималния такъв за съответния вид дело, определен по реда на чл. 37 от Закона за правната помощ. В конкретния случай следва да бъдат присъдени разноски в размер на по 100 лева за всяка една съдебна инстанция т.е. общо в размер на 300 лева

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 61-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ , представлявано от генералния директор инж. А. В. В., със седалище и адрес на управление – [населено място], [улица] срещу Решение № ФК-15/29.08.2023г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. , с което на жалбоподателя 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 ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ да заплати на Министерство на транспорта и съобщенията сумата от 2000 лева (две хиляди) лева разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок от съобщаването му на страните пред Върховния административен съд на Република България.

Съдия: