

# РЕШЕНИЕ

№ 8035

гр. София, 29.12.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,**  
в публично заседание на 05.12.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Искра Гърбелова**

при участието на секретаря Грета Грозданова, като разгледа дело номер **4790** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по 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 Министерството на здравеопазването, представлявано от министъра на здравеопазването, чрез главен юрисконсулт Х. Г., надлежно упълномощен, против Решение № РД-02-36-438/26.04.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР), с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по Споразумение за международни продажби от 09.03.2020 г. с USHAS Uluslararası Sağlık Hizmetleri A.S. (USHAS Международни здрави услуги Инс).

С жалбата се оспорват изводите за допуснати нарушения на Закона за обществените поръчки /ЗОП/, както и размера на наложената финансова корекция. Жалбоподателят счита, че решението се основава на погрешно прилагане на ЗОП към установените факти, в подкрепа на което са изложени подробни доводи като акцентира, че процесното споразумение не е възложено по реда на обществените поръчки, поради което попада и извън обхвата на ЗОП. Отделно се поддържа, че решението е немотивирано. По тези съображения се иска отмяна на оспореното решение. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрисконсулт Х., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена, представя писмени бележки и

претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – заместник-министърът на благоустройството и ръководител на УО по ОПРР изразява, чрез юрк. Д., писмено становище за неоснователност на жалбата, като моли тя да бъде оставена без уважение. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, установи следното:

На 08.03.2020 г. Министерски съвет провежда извънредно заседание във връзка с първите потвърдени случаи на COVID-19 в Б., разрастващата се пандемия в целия свят и мерките за нейното ограничаване. На заседанието е дадена законна форма на решението Министерство на здравеопазването да сключи договор за доставка на защитни маски и облекла в Турция, като най-близката държава и единствен производител и износител на предпазни маски и облекло в този момент, като същият бъде подписан от посланика ни там. Решението е обективизирано като точка 4 в Решение на Министерски съвет /Р./ № 159/08.03.2020 г. На следващия ден – 9-ти март 2020 г., е подписано Споразумение за международни продажби между Министерство на здравеопазването и USHAS Uluslararası Sağlık Hizmetleri A.S. (USHAS Международни здрави услуги Инс). Предмет на споразумението е покупко-продажбата на 50,000бр. Маски №95, 100,000бр. защитни очила, 100,000бр. лично защитно облекло и 150,000 чифта калцуни. Съгласно клаузите на сключеното споразумение, Министерство на здравеопазването в качеството си на купувач следва да извърши плащането на договорената цена от 2 200 000,00 щ.д. в рамките на 10 дни от сключването на споразумението, преди доставката на стоките (член 5 от Споразумението). От турска страна, доставката на стоките могат да бъдат направени в различни партии, в съответствие с условията и реда за производство и доставка, но не по-късно от 10 работни дни след сключване на споразумението (чл.4 от същото). Включена е и клауза в случай на забавяне на плащането или доставката, която предвижда неустойка за всеки ден забава, без предварително предупреждение, в размер на 0,1% от стойността на споразумението за всеки забавен ден (член 5, точка 3 от същото). Плащането от страна на Министерство на здравеопазването е извършено на 3 транша, като същите са отразени като получени на 22.04.2020 г. От турска страна доставката за артикулите е извършена на 3 партии, като първите 2 /едната на стойност 515 364,70лв включваща 50 000бр. защитни очила и другата на обща стойност 975 153,24лв включваща 38 128бр. защитни очила и 10 050 бр. защитно облекло/ са доставени на 11.03.2020г. Третата партида, включваща 89 950бр. защитно облекло, 14 208бр. защитни очила и 150 000 чифта калцуни на обща стойност 2 719 785,22 лв, е получена на 24.04.2020 г. Въпреки неспазването на сроковете нито една от страните не е предявила неустойка.

Междувременно с решение на Народното събрание на 13 март 2020 г. е обявено извънредно положение в цялата страна като в сила от същата дата е приет Закон за мерките и действията по време на извънредно положение /наричан по долу за краткост Закона/.

На основание чл.45, ал.2 от ЗУСЕСИФ и чл.21, ал.7 от Закон за мерките и действията по време на извънредно положение между Министерство на регионалното развитие и благоустройство като Управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР) и Министерството на здравеопазването като бенефициент е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 процедура на директно

предоставяне BG16RFOP001-4.003 „Борба с COVID-19“ № от ИСУН –BG16RFOP001-4.003-0001-C01 (РД-02-37-14/08.04.2020г.). Същият е изменян както следва:

Версия 2.0: Анекс № BG16RFOP001-4.003-0001-C02/19.06.2020 г. за въвеждане на нов индикатор за продукт по ОПРР 2014-2020, ПО4 „Регионална здравна инфраструктура“ по специфична цел 3, свързана с коронавируса: Апарати за белодробна вентилация за подпомагане на лечение на COVID-19;

Версия 3.0: Анекс № BG16RFOP001-4.003-0001-C03/03.09.2020 г. анекс по чл.57, т.3 и т.4 – промяна в бюджет чрез преразпределение и промяна на индикатор;

Версия 4.0: Анекс № BG16RFOP001-4.003-0001-C04/02.03.2021 г. анекс по чл.57, т.3 и т.4 – промяна в бюджет чрез преразпределение и промяна на индикатор;

Версия 5.0: Анекс № BG16RFOP001-4.003-0001-C05/01.04.2021 г. анекс по чл.57, т.1 – промяна в срока на договора;

Версия 5.1: Писмо с изх. № 99-00-6-264-(8) от 20.04.2021 г. за промяна в Индикативния окрупнен списък за всички предвидени по проекта доставки.

В изпълнение на годишния одитен план на ИА „Одит на средствата на ЕС“ (ИА ОСЕС) е извършена проверка на проект № BG16RFOP001-4.003-0001-C03/03.09.2020 г., в който попадат разходи на обща стойност 21 357 173,84лв включени в междинно искане за плащане №2 от бенефициента Министерство на здравеопазването /МЗ/, сертифицирани по ОП „Региони в растеж“ в периода от 01.07.2020 г. до 29.01.2021 г. Предмет на проверката са 9 договора за доставка на лични предпазни средства (Л.), диагностикуми за първична и потвърдителна диагностика на COVID-19 и респиратори склучи на основание чл.13 от Закон за мерките и действията по време на извънредно положение и Споразумението за международни продажби от 09.03.2020 г.. Одитната проверка приключила с доклад, съгласно който по отношение на 9-те проверени договора на се установява нарушение, но констатираната забава в доставките и плащанията по Споразумението одитният орган класифицирал като несъответствие с клаузите на самото споразумение, поради което е налице основание за финансова корекция в размер на 25 % върху разходите по споразумението.

След постъпване на окончателния доклад на ИА ОСЕС в Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., последният регистрирал сигнал със съмнение за нередност във връзка с изпълнението на договор за предоставяне на безвъзмездна финансова № BG16RFOP001-4.003-0001-C03 под № 1896.

С писмо изх. № 99-00-6-22 от 13.01.2022 г. Ръководителят на УО е уведомил Министерство на здравеопазването за регистрирането на сигнала, за твърденията в него и становището си по тях, както и че стартира процедура за налагане на финансови корекции. С писмото е указал на бенефициента за възможността в двуседмичен срок да представи възражения и писмени доказателства.

С писмо от 26.01.2022г. бенефициентът е отправил искане за удължаване на срока за представяне на бележки и възражения като в следствие е депозирал същите с писмо получено с кореспонденция в ИСУН № BG16RFOP001-4.003-0001-C07-M067-A001 от 15.04.2022 г.

Административното производство е приключило с издаването на процесното Решение № РД-02-36-438 от 26.04.2022г., с което Д. И. - заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО на ОПРР е отхвърлил възраженията на бенефициента и е наложил финансова корекция в размер

на 25 % от верифицираната и платена безвъзмездна финансова помощ по договор от 09.03.2020 г. с изпълнител USHAS Uluslararası Saglik Hizmetleri A.S. (USHAS Международни здрави услуги Инс)

За да постанови решението си Ръководителят на УО е приел идентична на описаната по-горе фактическа обстановка по сключване и изпълнение на процесното Споразумение за международни продажби между Министерство на здравеопазването и USHAS Uluslararası Saglik Hizmetleri A.S. (USHAS Международни здрави услуги Инс), както и че най-същественният елемент на този договор за доставка – неговата кауза – е свързана с необходимостта доставката на съответните артикули да бъде извършена в изключително кратък срок. В заключение е приел, че „чрез неспазването на сроковете и липсата на наложени неустойки страните незаконосъобразно са изменили договора, като изменението засяга най-важния елемент от споразумението, който елемент е и основната причина за сключването му“

С горното според Ръководителя на УО е допуснато нарушение на чл.116, ал.5, т.1, 2 и 3 от ЗОП като изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата и което води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата. Освен това е приел, че с изменението е засегнат цялостния характерна споразумението, включително предмета и обема.

Според ръководителя на УО установеното нарушение представлява нередност по т. 23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка, б. „а“: „има промени в договора, които не са в съответствие с чл.116, ал.1 от ЗОП“ от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба 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), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г.

Тъй като незаконосъобразно е изменен срокът на договора — негов съществен елемент, Ръководителят на УО е преценил, че размерът на финансовата корекция за нарушението следва да бъде определен на 25% от стойността на допустимите разходи по засегнатите от нарушението договори.

При така установените факти, след преценка на събраните по делото доказателства по отделно и в съвкупност и съобразявайки доводите на страните, настоящият състав на АССГ приема от правна страна следното:

Жалбата срещу процесната заповед е подадена в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК, от легитимирано лице с правен интерес, срещу акт, който подлежи на съдебен контрол, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата 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-02-14-1116/31.12.2021г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издалата оспореното решение Д. И. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020г. 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 административнопроизводствените правила. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му. Предоставена е на бенефициента възможност да изрази становище във връзка с твърденията за нарушения, от която жалбоподателят се е възползвал, но възраженията му са преценени като неоснователни.

Спорът касае приложението на материалния закон и се свежда до това дали е сочената от ръководителя на УО нередност, съставляваща основание за налагане на финансовата корекция, респективно законосъобразно ли е определен размерът на корекцията.

Административният орган е направил констатации за извършено по споразумението нарушение, което е квалифицирал като нередност по т.23, б. „а“ от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности - незаконосъобразно изменение на договорите за обществена поръчка.

В т.23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности са визирани случаите на нередности, свързани с изпълнението на сключените договори. По-конкретно т.23, б. „а“ обхваща изменения на договора за обществена поръчка, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Посочено е, 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 ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

Анализът на посочената разпоредба показва, че за съществено се счита изменението, което прави изпълнения договор съществено различен от първоначално предвидения, както и всяко изменение, което се обхваща от хипотезите на чл.116, ал.5 ЗОП. По аргумент за противното, изменение на договора, което не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл.116, ал.5 случаи, не съставлява нередност и за него не следва да се налага финансова корекция, дори да е нарушен чл.116, ал.1 ЗОП.

Съгласно чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП 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. Съгласно ал.5, т.2 от същата разпоредба изменението на договор за обществена поръчка се смята за съществено, когато въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, или ако изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Съдът не споделя тезата на Ръководителя на УО, че „чрез неспазването на сроковете и липсата на наложени неустойки страните незаконосъобразно са изменили договора“

като тази промяна да прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Неспазването на срока на сключения договор и неналагането на неустойка не представляват изменение на договора, а неточно изпълнение. В този смисъл е и трайно установената съдебна практика /Решение № 844 от 20.01.2020 г. на VII отделение на ВАС, адм. д. № 3089/2019г., Решение № 15471 от 14.12.2020г. на VII отделение на ВАС, Решение № 3281 от 11.03.2021г. на VII отделение на ВАС, адм.д. № 13560/2020г.и др./, която изцяло се споделя и от настоящия съдебен състав.

Разглежданото отклонение от клаузите на сключеното споразумение категорично не би могло да обоснове и нарушение по смисъла на чл.116, ал.5, т. 1 за изменение, с което са въведени условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Преди всичко следва да се отбележи, че според настоящия съдебен състав тази разпоредба е неотнормисима към разглеждания казус, доколкото както безспорно се установява от материалите по делото, обществена поръчка въобще не е провеждана за сключване на процесното споразумение, а същото е подписано в изпълнение на Решение на Министерски съвет. В тази връзка необосновани се явяват изводите на Ръководителя на УО, че ако не е бил заложен именно този толкова кратък 10-дневен срок на изпълнение Министерски съвет не би бил мотивиран изобщо да сключи подобно споразумение с този изпълнител. Същите не са подкрепени с каквито и да било обективни доказателства, в това число мотиви, стенограми от обсъждане или доклади. Стенограмите от заседанията на Министерски съвет са общодостъпни на страницата на органа. Бърз прочит на същите установява, че към момента на одобряване на проекта за споразумение много държави страни членки на Европейския съюз на основание чл. 36 от Договора за функциониране на Европейския съюз и тяхното вътрешно законодателство, вече са били взели решение за ограничаване на износа на медицински асортименти, в това число облекла и маски, както и че според информацията, която е била налична към този момент Турция е единственият производител на защитни маски и облекла, която незабавно може да изпрати артикулите без дори да чака заплащането. Във връзка с последното, следва да бъде отбелязано, че първите две доставки са извършени действително преди артикулите да са заплатени. Същевременно съгласно чл.5, т. 2 за страната ни посредством Министерство на здравеопазването е съществувало задължението да заплати артикулите преди тяхната доставка. Предвид горното, категорично се установява забава от страна на българска страна, за което обаче същата не е санкционирана с неустойка. Последното въобще не е взето предвид и не е изследван

въпроса дали с постигането на взаимно непредявяване на неустойка всъщност не е постигнат по-благоприятен резултат за българската страна, а напълно самоцелно, без никакви конкретни констатации, счетоводни и експертни оценки е направен извода, за допуснато нарушение на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП за допуснато изменение, с което е променен икономическия баланс на договора за поръчка в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор. Този извод на Ръководителя на УО е неправилен и необоснован, постановен при неправилно приложение на материалния закон.

Следователно, няма никакво основание да се приеме, че „изменението“ въвежда нови условия, още по-малко такива, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли за участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните. Несъстоятелна е тезата на Ръководителя на УО, че по-голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на изпълнителя. Изложените доводи не обосновават, че удължаването на срока е донесло конкретни ползи за изпълнителя, тъй като посочените ефекти са само хипотетични възможности.

След като удължения срок и неначисляването на неустойки не могат да бъдат подведени под хипотезата на чл.116, ал.5 ЗОП и не водят до съществено различие с първоначално сключения договор, то съобразно чл.23, б. "а", предложение второ от Приложение №1 към чл.2 от Наредбата не е налице нередност, за която следва да бъде наложена финансова корекция. Като е приел обратното, Ръководителят на УО е издал един незаконосъобразен акт, който следва да бъде отменен поради противоречие с материалния закон.

При този изход на спора и с оглед изрично заявената претенция на жалбоподателя за присъждане само на юрисконсултско възнаграждение, същата следва да бъде уважена в размер на 150 лева. Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 17-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

## **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на Министерството на здравеопазването Решение № РД-02-36-438/26.04.2022г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“, с което е наложена финансова корекция в размер на 25 % от верифицираната и платена безвъзмездна финансова помощ по договор от 09.03.2020 г. с изпълнител USHAS Uluslararası Saglik Hizmetleri A.S. (USHAS Международни здрави услуги Инс).

**ОСЪЖДА** Министерството на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Министерството на здравеопазването юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 (сто и петдесет) лева.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

**СЪДИЯ:**