

# РЕШЕНИЕ

№ 4531

гр. София, 06.07.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,**  
в публично заседание на 12.06.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Искра Гърбелова**

при участието на секретаря Грета Грозданова, като разгледа дело номер **3086** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове за споделено управление (ЗУСЕФСУ), вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“,[ЕИК], представлявана от председателя на управителния съвет-В. А., чрез процесуален представител главен юрисконсулт К. П., срещу Решение за определяне на финансова корекция №РД-02-14-287/09.03.2023 г. на Ръководителя на Националния орган(НО) на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка № РД-36-3/10.06.2020 г. на стойност 104 400 лева без ДДС, сключен с „П. 2000ЇЕООД.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Жалбоподателят счита за неоснователни наведените твърдения от НО относно неяснота, при поставянето на сроковете, като счита, че е осигурен равен достъп на кандидатите до процедурата за възлагане на обществена поръчка, без да е налице въвеждане на ограничителни условия и завишени изисквания, които да възпират от участие потенциални участници. Относно сроковете за регистриране на технически паспорт посочва, че съгласно практиката на МРРБ заверката им се извършва в процеса на въвеждане в експлоатация, но все още без издадено разрешение за ползване. Констатациите на НО, че изпълнителя ще отговаря за изпълнение и на дейности,

чийто срокове са извън неговия, жалбоподателят счита за необосновани, доколкото неустойка се налага само при виновно неизпълнение на задължения на изпълнителя, които императивни разпоредби от общото гражданско право възложителя няма право да пренебрегва. Според жалбоподателя неправилно е квалифицирано нарушението по чл. 116 от ЗОП и съответно не е налице нередност по т. 23, б. „а“ от Приложение 11 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, поради което счита, че няма основание за налагане на финансова корекция в размер на 25%, с оглед на което моли при евентуално потвърждаване на законността на обжалваното решение, да бъде изменена правната квалификация на евентуално установеното нередност и съответно и стойността на наложената финансова корекция от 25 на 5 на сто от стойността на допустимите разходи.

В съдебно заседание жалбоподателят, не се представлява.

Ответникът - Ръководителят на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата и моли съда да я отхвърли като неоснователна и недоказана. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

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

Оспореното Решение е постановено на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във вр. с чл.73, ал.1, във връзка с § 5, т. 4 и § 70 от ДР на ЗУСЕФСУ и § 1, т. 2 от ДР 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 ЗУСЕФСУ /Наредбата/, за констатирани нарушения по т. 11, б. „б“ и по т. 23, б. „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 2 от Наредбата, при подписване и изпълнение на договор за възлагане на обществена поръчка № РД-36-3/10.06.2020г. на стойност 104 400 лв. без ДДС.

Бенефициента е провел открита процедура по реда на Закона за обществените поръчки /ЗОП/ за възлагане на обществена поръчка с обект услуги и предмет: „Изпълнение на консултантска услуга във връзка със строителството на два проекта, финансирани по Програма И. V-А Румъния – България 2014 – 2020 по обособени позиции:- Обособена позиция № 1: Проект ROBG-408 „Основен ремонт на път III Г. – Долна Митрополия от км 14+786 до км 24+150, област П.“ Обособена позиция № 2 Проект ROBG-375 „Основен ремонт на път П81 К. - Б. - М. от км 86+289 до км 94+000, област М.“.

Обект на сигнала, във връзка с който е издадено обжалваното в настоящото производство решение е процедурата, проведена по обособена позиция № 1 във връзка с проект ROBG-408 „Целеви усилия за подобряване на пътната инфраструктура в трансграничната зона“ („Targeted efforts for improving road infrastructure in the cross border area“), финансиран по Програма И. V-А Румъния - България 2014-2020 (Програмата), по която за изпълнител е избран „Пътконсулт 2000“ ЕООД, с който е сключен посочения договор за възлагане на обществена

поръчка № РД-36-3/10.06.2020 г. на стойност 104 400,00 лева без ДДС (125 280,00 лева с ДДС).

В оспореното решение е посочено, че в уведомителното писмо до бенефициера, НО е посочил, че по отношение на констатациите в уведомлението за съмнение за нередност, касаещи ограничително изискване относно образованието на изискуемия експерт Инженер „Контрол на качеството“ и относно незаконосъобразна методика за оценка вече има издадено решение за определяне на финансова корекция - № РД-02-14-707 от 15.07.2022 г., поради което тези нарушения не са предмет на писмото, респективно на решението.

От приложените по делото доказателства се установява, че при извършената проверка от НО са констатирани допуснати закононарушения. Така при преглед на документацията и проекта на договор е установено, че съгласно т. 8.2.1 от документацията за поръчката и чл. 4, ал. 1, б. „а“ от проекта на договор, срокът за упражняване на строителен надзор по време на строителството е определен на 15 месеца. Срокът започва да тече от началото на строителството (датата на съставяне и подписване на протокол обр. 2а за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството) и е до датата на въвеждане на строежа в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване, издадено от органите на ДНСК, съгласно чл. 177, ал. 2 от ЗУТ.

В издаденото решение също така е посочено, че съгласно т. 8.2.1 от документацията за поръчката и чл. 4, ал. 1, б. „б“ от проекта на договор, срокът за предаване на окончателния доклад за въвеждане на строежа в експлоатация, регистрирания Технически паспорт на строежа и Удостоверенията по чл. 54а от ЗКИР е определен на 40 календарни дни. Срокът започва да тече от датата на подписване на Констативен акт обр. 15 за установяване годността за приемане на строежа, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г. и е включен в срока за упражняване на строителен надзор по чл. 4, ал. 1, б. „а“. В т. 4 от Приложение В Техническа спецификация за изпълнение на консултантската услуга, отново е посочено, че срокът за предаване на окончателния доклад за въвеждане на строежа в експлоатация, регистрирания Технически паспорт на строежа и Удостоверенията по чл. 54а от ЗКИР е 40 календарни дни и започва да тече от датата на подписване на Констативен акт обр. 15 за установяване годността за приемане на строежа, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г.

Административният орган се е позовал и на образеца на техническо предложение, съгласно който участниците следва да потвърдят, че ще изпълнят поръчката при условията и в сроковете, определени от възложителя в документацията за обществената поръчка и проекта на договора. Посочено е също така, че съгласно т. 3.3 от документацията за поръчката предметът на поръчката включва дейности по: осигуряване на строителен надзор по смисъла на чл. 166 от ЗУТ, както и изготвяне на окончателен доклад по чл. 168, ал. 6 от ЗУТ и участие в Държавна приемателна комисия (ДПК), изготвяне и регистриране на технически паспорт на строежа, съгласно Наредба № 5 от 28.12.2006 г. за техническите паспорти на строежите. Цитирана е т. 2.2.3 от техническата спецификация за изпълнение на услугата, съгласно която консултантът взима участие в комисиите за въвеждане на строежа в експлоатация и оказва съдействие от името на възложителя при организирането на държавната приемателна комисия, назначавана от Дирекцията за национален строителен контрол (ДНСК), както и във всички други комисии, изискуеми съгласно

българското законодателство.

При горните данни с оспореното решение е прието, че периодът на въвеждане в експлоатация се включва в срока за изпълнение на дейностите по чл. 4, ал. 1, б. „а” от проекта на договор, а регистрацията на технически паспорт съгласно Наредба № 5/28.12.2006 г. се включва в срока по чл. 4, ал. 1, б. „б” от проекта на договор. Административният орган е посочил, че дейностите по строителен надзор по време на строителството, изпълнявани от консултант по смисъла на чл. 166 от ЗУТ и по съставяне и регистриране на технически паспорт са нормативно установени в ЗУТ и подзаконовите нормативни актове по прилагането му. Съгласно чл. 177, ал. 2 и ал. 3 от ЗУТ строежите от първа до трета категория се въвеждат в експлоатация въз основа на разрешение за ползване, издадено от органите на ДНСК, а строежите от четвърта и пета категория - въз основа на удостоверение за въвеждане в експлоатация от органа, издал разрешението за строеж. Съгласно чл. 2 от Наредба № 2/31.07.2003 г. за въвеждане в експлоатация на строежите и минимални гаранционни срокове за изпълнени строителни и монтажни работи, съоръжения и строителни обекти началникът на ДНСК или упълномощено от него лице издава разрешение за ползване на строежите въз основа на окончателен доклад, съставен от лицето, упражняващо строителен надзор, за строежите от първа, втора и трета категория по чл. 137, ал. 1, т. 1, 2 и 3 ЗУТ, и протокол обр. 16 за установяване годността за ползване на строежа с предложение за издаване на разрешение за ползване, съставен от ДПК съгласно Наредба № 3/2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. Съгласно чл. 4 и чл. 5 от наредбата ДПК се назначава със заповед на началника на ДНСК или упълномощено от него лице и в състава на комисията се включват: възложителят или упълномощено от него лице, лицето, упражняващо строителен надзор, -представители на специализираните контролни органи. В чл. 4, ал. 2 от Наредба № 2/31.07.2003 г. са посочени изискуемите документи за свикване на държавна приемателна комисия, като сред документите са: окончателен доклад на лицето, упражняващо строителен надзор, документ от Агенцията по кадастъра за изпълнение на изискванията по чл. 175, ал. 5 ЗУТ и по чл. 52, ал. 5 от Закона за кадастъра и имотния регистър за предадена ексекутивна документация, ако такава е необходима, и договори с експлоатационните дружества за присъединяване към мрежите на техническата инфраструктура. В чл. 15-18 от Наредба № 5/28.12.2006 г. за техническите паспорти на строежите е регламентиран редът за регистриране на техническите паспорти и са посочени компетентните органи. Техническият паспорт на строеж се предоставя на възложителя на строежа и на органа, издал разрешението за строеж, а за строежите по чл. 2, ал. 1 от наредбата и на главния архитект на общината (района) по местонахождението на строежа, областния управител (за строежите с обхват и значение за повече от една община) или министъра на регионалното развитие и благоустройството (за строежите с обхват и значение за повече от една област и за строежи с национално значение).

С оглед цитираните разпоредби и предвид зададените критерии и начина, по който възложителя е определил и заложил сроковете за изпълнение в цитираните документи, НО е приел, че лицето, упражняващо строителен надзор, не може да влияе самостоятелно върху сроковете за въвеждане на строежа в експлоатация и сроковете за регистриране на технически паспорт, като крайните актове по тези процедури се издават не от лицето, упражнило строителен надзор, а от органите на ДНСК, съответно от органа, издал разрешението за строеж, и други органи, посочени по-горе.

Посочено е, че поставените изисквания за срок за изпълнение на дейностите по чл. 4, ал. 1, б. „а” и чл. 4, ал. 1, б. „б” от проекта на договора не отчитат факта, че процесът на въвеждане в експлоатация и регистрация на техническия паспорт не е изцяло и единствено в правомощията на лицето, което упражнява строителен надзор. В тази връзка, с издаденото решение е прието, че изискването на бенефициера към участниците да изразят съгласие, че дейностите по договора ще бъдат изпълнени в определените от възложителя срокове до датата на издаване на разрешение за ползване (чл. 4, ал. 1, б. „а”) и до датата на регистрация на техническия паспорт (чл. 4, ал. 1, б. „б”), е необосновано и не позволява на участниците да посочат изпълним график за реализиране на съответната дейност. Посочено е, че изискването задължава участниците да се съгласят със срок, чието спазване е предпоставено от поведението и волята на други лица, върху които те не могат да упражняват контрол. В този смисъл е прието, че така заложеното изискване е ограничително. Същото ограничава конкуренцията, тъй като чрез него необосновано се ограничава участието на стопанските субекти в обществената поръчка, в нарушение на разписаната забрана в чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Последната е доразвита и в нормата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП, който текст задължава възложителите при изготвянето на техническите спецификации да съблюдават осигуряването на равен достъп на кандидатите до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Възложителят следва да си осигури чрез поставените от него изисквания икономически най-изгодни предложения, чрез които най-целесъобразно да изразходи предвидените средства, но с това не следва да нарушава принципите на конкуренция, чрез въвеждане на ограничителни условия. При тези данни е прието, че е налице нарушение, което пряко влияе върху подбора на участниците и заинтересованите страни, като изискването възпира от участие потенциални участници, което от своя страна рефлектира върху конкурентния подбор.

При прегледа на представената строителна документация е установено още, че строителната площадка е открита на 08.07.2020 г. Следователно изпълнението на договора е следвало да приключи на 08.10.2021 г. Строежът е въведен в експлоатация на 29.03.2022 г. с разрешение за ползване № СТ-05-162/29.03.2022 г.

Установено е, че срокът за изпълнение на строителен надзор не е спазен съгласно изискванията по чл. 4, ал. 1, б. „а” от Договор № РД-36-3 от 10.06.2020 г. Също така, консултантът е изготвил и изпратил в изискуемия 40 дневен срок технически паспорт на строежа, но същият не е регистриран по надлежния ред в рамките на този срок, като възложителят е изпратил писмо изх. № 04-16-2551/08.08.2022 г. до МРРБ да бъде регистриран техническия паспорт на строежа. В тази връзка е прието за неясно изискването по чл. 31 от проекта на договор, съгласно което при просрочване изпълнението на задълженията по договора неизправната страна дължи на изправната неустойка в размер на 0,2 % от цената по договора за всеки ден забава, но не повече от 20 % от цената за изпълнение на договора. Прието е, че не е конкретизирано неизпълнението на кои задължения на изпълнителя ще се считат за забавено изпълнение, предвид обстоятелството, че в сроковете се включват дейности, които съгласно приложимата нормативна уредба не са изцяло в контрола на изпълнителя по

договора, поради което е прието, че изискването има възпиращ ефект и ограничава възможностите за участие на икономическите оператори в процедурата. При обсъждане на възражението, при издаване на оспореното решение, НО е посочил, че същността на констатираната нередност се изразява в „принуждаването“ на участниците да декларират, че ще извършат услугата за 15 месеца, в т.ч. и да приемат неустоечната клауза по договора за неизпълнение, а същевременно част от тези 15 месеца да са изцяло зависими от действието/бездействието на трети лица, върху които изпълнителят по договора няма контрол. При тези данни е прието, че е налице допуснато от страна на бенефициера нарушение на разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 2 от с.з. Според административния орган, извършеното нарушение попада в легалната дефиниция на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета. Същото има финансово отражение, като е налице нередност по смисъла на Регламент № 1303/2013 г., доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда на бюджета, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Констатираното нарушение е прието, че представлява нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като нередността се отнася до използването на критерии за подбор, които са дискриминационни, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. Посочено е също така, че за да бъде определена финансова корекция, не се изисква извършеното нарушение да е довело до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 във връзка с чл. 143 от Регламент № 1303/2013 г., може да се направи извод, че при констатиране на нередност, разпоредбата на чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. задължава държавите-членки да извършат финансова корекция, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд. В тази връзка административният орган се е позовал на *т. 2 от диспозитива на решение от 14.07.2016 г. на Съда на ЕС по дело С-406/14 г. и е приел, че няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност - т. 47 от дело С-465/10 на Съда на ЕС, Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г., 5- членен с-в и цитираната в него практика на Съда на ЕС.*

На следващо място с оспореното решение е прието, че жалбоподателят е допуснал нарушение и на чл.116, ал. 1 т. 7, във вр. с чл.116, ал. 5, т. 1 от ЗОП, поради установена липса на удържана неустойка по договора за

обособена позиция № 1.

Административният орган отново се е позовал на чл. 4, ал. 1, б. „а“ от договор № РД-36-3 от 10.06.2020 г. и офертата на избрания изпълнител срокът за упражняване на строителен надзор по време на строителството е 15 месеца. Срокът за упражняване на строителния надзор започва от началото на строителството (датата на съставяне и подписване на Протокол обр. 2а за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г. и изтича на датата на въвеждане на строежа в експлоатация въз основа на разрешение за ползване, издадено от органите на ДНСК, съгласно чл. 177, ал. 2 от ЗУТ. Цитиран е отново чл. 31 от договора, съгласно който при просрочване изпълнението на задълженията по договора неизправната страна дължи на изправната неустойка в размер на 0,2 % от цената по договора за всеки ден забава, но не повече от 20 % от цената за изпълнение на договора. При прегледа на представената строителна документация е констатирано, че строителната площадка е открита на 08.07.2020 г. Следователно, изпълнението на договора е следвало да приключи на 08.10.2021 г. Строежът е въведен в експлоатация на 29.03.2022 г. с разрешение за ползване № СТ-05-162/29.03.2022 г., следователно дейността по строителен надзор е изпълнена общо за **20 месеца и 29 дни**.

Установено е, че строителството е изпълнено за 12 месеца - в периода от датата на съставяне на Протокол обр. 2а за откриване на строителна площадка (08.07.2020 г.) до датата на получаване на писмо с вх. № 53-00-6751/08.07.2021 г. от строителя за съществено завършване на строителството. Констативен акт обр. 15 е съставен на 27.10.2021 г. Спазен е 12- месечният срок за извършване на строителство съгласно договор № 33-1/09.06.2020 г. за СМР, като в срока за изпълнение на СМР не се включва периодът от 3 месеца и 21 дни от писмото за съществено завършване на строителството до съставяне на Констативен акт обр. 15. Няма данни строителството да е спирано.

Предвид горното и тъй като дейността на консултанта е извършване на строителен надзор по време на строителство и е свързана със строителството, административният орган е приел, че периодът от 3 месеца и 21 дни, в който не е извършвано строителство (от писмото за съществено завършване на строителството до съставяне на Констативен акт обр. 15), не се включва и в срока по чл. 4, ал. 1, б. „а“ от договор № РД-36-3/10.06.2020 г. за строителен надзор. Дейността по строителен надзор е упражнявана 17 месеца и 8 дни. т.е., прието е, че е налице забава от 2 месеца и 8 дни спрямо договорения срок за изпълнение.

Съгласно предоставена допълнителна информация от бенефициента, за периода след Констативен акт обр. 15 до въвеждане на обекта в

експлоатация е било необходимо технологично време за процедуриране на документи от компетенциите на външни институции ( [община] метрополия и ДНСК). В оспореното решение е посочено, че този риск от забава в изпълнение на процедурите от външни институции при съставяне на актовете за строителство обаче е бил известен на страните по договора към момента на откриване на процедурата за обществена поръчка, като няма данни възложителят да е информирал изпълнителя за дължима неустойка.

В решението е посочено, че към датата на извършване на проверката няма данни бенефициерът да е заплатил в цялост договорената цена по договора, т.е. няма данни да е извършено окончателното плащане по договора, предвидено в чл. 8, ал. 1 (III), което е в размер на 10 %. До момента има данни да е изплатена сума в размер на 112 752,00 лв. с ДДС, което представлява 90 % от стойността по договора. Цитирана е разпоредбата на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, където са посочени изчерпателно хипотезите, при които вече сключен договор за обществена поръчка може да бъде изменен. В т. 7 от цитираната правна норма е дадена възможност за изменение на договора в случай, че се налагат изменения, които не са съществени, респективно в чл. 116, ал. 5 от ЗОП, е дадена дефиниция кога изменението се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, а именно: когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, *включително когато са изпълнени едно или повече от описаните от т. 1 до т. 4 условия.*

При горепосочената фактическа обстановка, административният орган е приел, че няма данни бенефициерът да е приложил чл. 31 от договора и да е удържал дължимата за забавата неустойки в размер на 0,2 % от цената по договора за всеки ден забава, но не повече от 20 % от цената за изпълнение на договора. Посочено е, че за констатирания срок на забавата дължимата неустойка е в размер на 13,6 %, а както е посочено по-горе евентуално неплатената част от стойността на договора е 10 %. В тази връзка с оспореното решение е прието, че бенефициерът е въвел допълнителни условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане, 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. Посочено е също така, че срокът за изпълнение на строителния надзор е съществен елемент от условията за изпълнение на поръчката, спрямо който икономическите оператори формират не само своята воля за участие в процедурата, но и конкретната ценова оферта, поради което и последващата промяна на този срок след сключването на договора следва да се квалифицира като съществено изменение на договора.



Предвид изложеното, НО е приел, че е допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП, тъй като след сключването на договора за обществена поръчка бенефициерът е допуснал изменение на същия, като по този начин е въвел 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. Посочено е, че извършеното нарушение попада в легалната дефиниция на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета. Нарушението следва да се квалифицира като нередност по т. 23, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, изменена е ПМС № 35/04.03.2020 г., а именно „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“ - има промени в договора, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП, като във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

При определяне размера на финансовата корекция, НО е посочил, че предвид характера на нарушенията е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредите, за да се определи точно разликата между разходваните средства при наличието, респ. липсата на констатираните нарушения. Взета е предвид разпоредбата на чл. 5, ал. 1 от Наредбата, съгласно която когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, размерът на финансовата корекция следва да се установи по пропорционалния метод. За нередности по **т. 11, буква „б“** от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата в действащата редакция към момента на започване на производството е предвидена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на допустимите разходи. За нередности по **т. 23, буква „а“** от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи.

С оглед цитираните разпоредби на основание чл. 7 от Наредбата, с оспореното решение е определена обща финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи (допустими разходи без собствен принос на бенефициера - 122 773,15 лв. с ДДС), финансирани със средства на европейските структурни и инвестиционни фондове по договор за възлагане на обществена поръчка по ОП № 1 с № РД-36-3/10.06.2020 г. Позовавайки се на чл. 7 от Наредбата и предвид обстоятелството, че за същите разходи с Решение № РД-02-14-707 от

15.07.2022г. на ръководителя на НО по програмата са определени други финансови корекции е посочено, че след влизане в сила на настоящото решение за определяне на корекция, ще бъде погълнат финансовия ефект на определените с Решение № РД-02-14-707 от 15.07.2022г. финансови корекции.

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

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

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

На основание § 5, т. 4 от Допълнителните разпоредби на ЗУСЕФСУ, законът се прилага за финансовата подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България по отношение на категориите нередности и минималните и максималните стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕФСУ и с акта по чл. 70, ал. 2 от същия. Институционалната рамка на органите за управление и контрол по програмата е регламентирана в Меморандума за изпълнение - договорености между държавите членки, участващи в Програмата за сътрудничество „И. V-A Румъния - България“ 2014 - 2020 г. (ратифициран със закон, ДВ, бр. 16 от 2016 г.) - Меморандума за изпълнение, който съгласно чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република България е част от вътрешното право на страната, с предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които му противоречат.

Правомощията на Националния орган (Министерство на регионалното развитие и благоустройството - § 2, т. 2.1., т. 1 от Меморандума за изпълнение) по отношение на предотвратяване, откриване и отстраняване на нередности, са ясно и точно дефинирани в § 2, т. 2.1, част „Национален орган, т. 3, б. „к“ от Меморандума за изпълнение. МРРБ в качеството на Национален орган по Програмата гарантира съответствието на обществените поръчки с българското национално законодателство и отговаря за предотвратяване, откриване и отстраняване на нередностите, допуснати в Република България. На

основание § 2, т. 2.3, б. „А“, т. 1 от М. всяка страна членка носи отговорност за разследването на нередности, допуснати от бенефициерите, разположени на нейна територия. Съгласно § 1, т. 2 от ДР на Наредбата, същата се прилага и по отношение на Програма И. V-A Румъния -България. На основание чл. 2, т. 2 от Наредбата, ръководителят на програмите за европейско териториално сътрудничество (т.е. и настоящата програма) е отговорен за процедурите, регламентирани в наредбата. Съгласно чл. 29, ал. 1, т. 4 от действащия към момента на определяне на финансовата корекция Устройствен правилник на МРРБ (ДВ. бр. 68 от 22 Август 2017 г.), дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ изпълнява функциите на Национален орган за програмите за трансгранично сътрудничество по вътрешните граници на ЕС 2014 - 2020 (между Румъния и България и Гърция и България). Според чл. 9, ал. 1 от Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор, ръководителите по чл. 2, ал. 2 могат да делегират правомощията си по този закон на други длъжностни лица от ръководената от тях организация, като в тези случаи определят конкретните им права и задължения. На основание раздел I, т. 1,б. „б“ и т. 3 от Заповед № РД-02-14-195/21.02.2023 г. /лист24 и сл/ на министър на регионалното развитие и благоустройството, издадена на основание чл. 9, ал. 1 от Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор, заместник-министърът е оправомощен да ръководи и организира дейността на Националния орган по Програма И. V-A Румъния - България, включително да издава всички административни актове по ЗУСЕФСУ. С цитираната заповед, на заместник - министъра са делегирани правомощията на ръководител на Националния орган в пълен обем, без да е налице ограничение по отношение на администриране на нередности или налагане на финансови корекции. Оспореното решение е издадено от заместник министър и ръководител на НО, с оглед на това съдът намира, че процесното решение е издадено от компетентен орган.

Решението е издадено в предвидената от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Акът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискването на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК - конкретно нарушение на ЗОП, квалифицирано като нередност съгласно т. 11 буква „б“ и т. 23 буква „а“ Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

При издаване на решението са спазени разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕФСУ. Процедурата по администриране на нередност е започнала при извършване на проверка по регистриран сигнал касаещ част по обособена позиция № 1 за изпълнение на проект с рег. № ROBG-408 „Целеви усилия за подобряване на пътната инфраструктура в

трансграничната зона” („Targeted efforts for improving road infrastructure in the cross border area”), финансиран по Програма И. V-A Румъния - България 2014-2020 (Програмата), по която за изпълнител е избран „Пътконсулт 2000“ ЕООД, с който е сключен посочения договор за възлагане на обществена поръчка № РД-36-3/10.06.2020 г. на стойност 104 400,00 лева без ДДС (125 280,00 лева сДДС). Бенефициерът е уведомен за вида на констатираното нарушение, като му е даден срок да представи своите писмени възражения и доказателства по основателността и размера на финансовата корекция, от което право същият се е възползвал. Административният орган е обсъдил направените от бенефициера възражения, съгласно изискването на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Обжалваното решение е издадено при неправилно тълкуване и приложение на материалния закон и в несъответствие с целта на закона.

На първо място следва да бъде посочено, че изложените в жалбата възражения досежно констатирани нарушения, касаещи ограничително изискване относно образованието на изискуемия експерт Инженер „Контрол на качеството“ и относно незаконосъобразна методика за оценка, са неотнормирани към предмета на спора, доколкото изрично в оспореното решение е посочено, че тези нарушения са предмет на друго решение за определяне на финансова корекция - № РД-02-14-707 от 15.07.2022 г., което е обжалвано по съдебен ред и до момента няма данни да е влязло в сила.

На следващо място НО е приел, че при определяне на посочените в чл. 4, ал. 1 б. „а“ и б. „б“ от проекта на договора срокове, бенефициера не е съобразил факта, че спазването им не зависи изцяло от волята и действията на изпълнителя, а напротив, то е предпоставено от поведението на трети лица, върху които изпълнителят не може да упражнява контрол, поради което същото ограничава конкуренцията и неосигурява равен достъп на кандидатите в процедурата за възлагане на обществена поръчка в нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Този извод настоящият съдебен състав счита за неправилен, доколкото неспазването на срока за изпълнение би породило отговорност само при виновно неизпълнение от страна на изпълнителя. Това следва по аргумент от общото правило на чл. 81 от Закона за задълженията и договорите /ЗЗД/, съгласно което длъжникът не отговаря, ако невъзможността за изпълнението се дължи на причина, която не може да му се вмени във вина. Само виновното неизпълнение поражда отговорност или с други думи без вина няма отговорност, поради което

необосновано НО приема, че така заложените в проекта на договора срокове ограничавали участието на стопанските субекти в обществената поръчка в нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП. В тази връзка непреливно е прието, че е допусната нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В хода на извършената проверка административният орган е констатирал също, че е налице забава от 2 месеца и 8 дни спрямо договорения срок по чл. 4, ал. 1 б. „а“ както и относно срока по чл. 4, б „б“, при изпълнението на договора, поради което бенефициера е следвало да удържи уговорената по договора неустойка. Няма спор в случая, че бенефициера не е удържал дължимата за тази забавата неустойка в размер на 0,2% от цената на договора по чл. 31 от същия. Спорният в случая въпрос е налице ли е, при тези данни нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с ал. 5 на чл. 116 от ЗОП, което да представлява нередност по т. 23, б „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В тази връзка съдът съобрази следното:

Съгласно чл. 112, ал. 1 ЗОП договорът за обществена поръчка е писмен, като писмената форма е условие за действителност. Съгласно чл. 116, ал. 1 ЗОП страните по договора за обществена поръчка могат да го изменят само в посочените в разпоредбите хипотези. Законодателят не е регламентирал изрично формата на допълнителното споразумение при изменението на договора, но тъй като писмената форма е условие за валидност на основния договор очевидно и допълнителното споразумение, за да породи правно действие, трябва да бъде сключено в писмена форма.

Страните не спорят, а това се установява и от доказателствата по делото, че между бенефициера – Агенция „Пътна инфраструктура“, и изпълнителя по договора за обществената поръчка, не са сключвани допълнителни писмени споразумения, чрез които да е променен договорения в договора за възлагане на обществена поръчка срок за изпълнение. Следователно безспорно по делото е, че липсват писмени споразумения за изменение на договора, поради което изводът на НО за наличието на последваща промяна на договора е неправилен и необоснован.

В чл. 31 от договорите е предвидено, че при просрочване изпълнението на задълженията, неизправната страна дължи на изправната неустойка в размер на 0,2% от цената за изпълнение на договора за всеки забавен ден, но не повече от 20%. Неустойката е форма на договорна отговорност, чиято цел е да обезпечи изпълнението на задължението и да обезщети вредите от неизпълнението, без да е нужно те да се доказват – чл. 92, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). В случая, видно от чл. 31 от договора, е уговорена мораторна неустойка,

т. е. неустойка за забавено изпълнение по причина на изпълнителя, тъй като е уговорена в полза на възложителя – бенефициер. Така договорената неустойка дава право на възложителя при забава на изпълнението от страна на изпълнителя да иска и да получи договореното обезщетение, без да доказва вредите от забавеното изпълнение. Следователно дори и да се приеме, че е налице забава в изпълнението на договора, от това не следва автоматично, както приема НО, извод за изменение на договора в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с ал. 5, т. 1 ЗОП.

Фактът на забава на изпълнителя по договора, с оглед на договореното между страните по него, тогава, когато е породен от причини, за които отговаря изпълнителят, поражда единствено вече договореното право на възложителя (бенефициер) да изиска заплащането на неустойката в съответствие с договорения размер. Нито една клауза на договора за обществената поръчка не е изменена с приемането от бенефициера на изпълнението след договорения срок, защото страните още към датата на сключване на договора, който е със съдържание, което е надлежно част от документацията на обществената поръчка, са се договорили, че при допуснато от изпълнителя закъснение се дължи определената в договора неустойката. Това значи, че те са договорили поведението си при осъществяване на установения от органа факт на забава на изпълнението и за никакво изменение на вече договореното не става въпрос.

Няма правна норма, при действащата регламентацията на договора за обществената поръчка, която да създава фикцията, че забавеното изпълнение при договорена мораторна неустойка е "изменение на договора" по смисъла на чл. 116 ЗОП. За да е налице изменение на договора е необходимо между страните да е постигнато обективизирано в писмено споразумение съгласие за изменение на клауза от сключения договор. Т. съгласие в случая не е постигнато.

При наличие на забава в изпълнението на договора бенефициерът може да упражни правото си на неустойка във всеки един момент в рамките на давностния срок по чл. 110 ЗЗД, доколкото за този договор не е предвиден в закон друг давностен срок. Ако органът счита, че неупражняването на правото на неустойка е нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право е следвало да посочи нарушената правна норма. Органът не твърди, че фактическото действие, чрез което е осъществено нарушение на приложимото право за целите на нередността е неупражняването на правото на неустойка, нито сочи нарушена разпоредба на приложимото право.

Забавата при изпълнението е неточно изпълнение на договора от страна на изпълнителя досежно срока (ако се приеме, че причината на забавата е негова), но това не значи изменение на договора. Между

изменение на договор и неточно изпълнение на договор с пораждање на договорено право на мораторна неустойка има съществена разлика. В първия случай страните по договора, след подписването му, постигат съгласие за неговото изменение, а във втория случай изпълняват предвиденото в договора. Двата института на правото – изменението на договора и неустойката, имат различни цели и поради това се осъществяват при наличието на различни предпоставки. Изменението на договора е средство за промяна на вече съгласуваните воли на страните по договора (при отчитане на чл. 20, ал. 1 и 2 ЗЗД, съгласно който договорите имат силата на закон, за тези, които са ги сключили и изменението им е допустимо по взаимно съгласие или на основанията, предвидени в закон), а неустойката, е средство за обезпечаване на изпълнението и за обезщетяване на вредите от неизпълнението, в частност от неизпълнението в срок, което е договорено между страните по договора. Така и съгласно мотивите на Решение №5699 от 13.06.2022 г. на ВАС по адм. д. № 1293/2022 г., VII о.

Видно от изложеното с осъщественото бенефициерът не е осъществил нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5, във връзка с ал. 5, т. 1 ЗОП. Това значи, че не е налице елемент от фактическия състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, за която органът е определил финансова корекция. Липсата на нарушение, а с оглед на това и на нередност, прави ненужна проверката от съда на квалифицирането на нередността, за която е определена финансова корекция, по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

С оглед на горното доводите на жалбоподателя за неправилност на обжалваното съдебно решение поради неправилно приложение на материалния закон са основателни. НО неправилно е тълкувал чл. чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с ал. 5, т. 1 ЗОП и въз основа на това неправилно е подвел установените по делото факти към релевираната от органа правна норма.

При този изход на спора основателна е претенцията на жалбоподателя за присъждане на съдебни разноски.

На основание чл. 143, ал. 1 АПК Министерството на регионалното развитие и благоустройството – юридическото лице, в чиято структура е органът – ответник, следва да бъде осъден да заплати на жалбоподателя съдебни разноски в общ размер на 446 лева, от които 246 лева държавни такси и юрисконсултско възнаграждение, което съдът определя на по 200 лв. на основание чл. 25, ал. 1 от Наредбата за предоставяне на правната помощ във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 1 във вр. с ал. 2 от АПК, АССГ- III то отделение, 17-ти състав,

## РЕШИ:

**ОТМЕНЯ** Решение за определяне на финансова корекция № РД-02-14-287/09.03.2023 г. на Ръководителя на Националния орган(НО) на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-A Румъния-България 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка № РД-36-3/10.06.2020 г. на стойност 104 400 лева без ДДС, сключен с „П. 2000ЇЕООД

**ОСЪЖДА** Министерството на регионалното развитие и благоустройството, седалище и адрес [населено място], [улица] да заплати на Агенция "Пътна Инфраструктура" сумата от 446 разноски по делото.

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

**СЪДИЯ:**