

РЕШЕНИЕ

№ 2539

гр. София, 14.05.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 20.02.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **9963** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Висш Съдебен Съвет /ВСС/ със седалище и адрес на управление – [населено място], [улица], представляван от Б. М. и чрез процесуалния си представител главен експерт В. П. срещу Решение № BG05SFOP001-3.001-0011-C03-M53/15.08.2019г./ на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Добро управление“ /УО на ОПДУ/ И. П., с което е определена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № ВСС-9994/02.08.2018г. с изпълнител Д. “Естрата“, финансиран по ОПДУ.

Жалбоподателя твърди, че оспореният акт е постановен в противоречие с приложимите материално-правни норми и несъответства на целта на закона. Сочи, че решението е немотивирано и необосновано. Навеждат се доводи, че не е допуснато нарушение, тъй като не може да се приеме, че замената на един вид транспорт с друг представлява съществено изменение на договора, още повече, че липсва финансово отражение. Твърди се, че изменението на договора касае изменение само на начина на транспортиране на участниците, а не и изискванията на възложителя по отношение критериите за подбор и в този смисъл не може да се отрази на кръга на заинтересованите участници и не следва да се квалифицира като нарушение по смисъла на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП във вр. т. 22 от Приложение №1 към чл. 2 от

Наредбата. Релевират се доводи в насока недоказаност на елементите от състава на понятието „нередност“, както и липса на мотиви относно размера на наложената финансова корекция. Моли съда да отмени акта, в оспорената му част като постановен в нарушение на материалния закон и неправилен.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от юриконсулт Г., която поддържа жалбата и претендира присъждане на разноски.

Ответникът по жалбата Ръководителя на УО на Оперативна програма „Добро управление“ чрез процесуалния си представител – главен експерт служител с юридическо образование и юридическа правоспособност К. оспорва жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски по делото.

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

Жалбоподателят ВСС е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0011-C03/04.09.2017г., сключен с Администрацията на Министерския съвет, в чиято структура е УО на ОП „Добро управление“ /дирекция „Добро управление“, финансиран по Оперативна програма „Добро управление“, Приоритетни оси „Прозрачна и ефективна съдебна система“ с предмет изпълнението на Проект „Въвеждане на система за наблюдение и регулиране на натовареността на магистратите и съдебната администрация, създаване на стандарт за условията на труд в органите на съдебната власт и повишаване на ефективността на работата им“.

В изпълнение на договора, ВСС е провел процедура публично състезание за избор на изпълнител на основание чл. 18 ал.1 т.12 от ЗОП с предмет „Консултантски услуги за регулиране на натовареността на магистратите, съдебната администрация и повишаване на ефективността на разглеждането на делата и преписките“.

Вследствие на проведената от жалбоподателя процедура е класиран за изпълнител Д. „Естрата“, с който е сключен договор № ВСС-9994/02.08.2018г. с предмет „Консултантски услуги за регулиране натовареността на магистратите, съдебната администрация и повишаване на ефективността на разглеждането на делата и преписките“.

Във връзка с извършена проверка от УО на ОПДУ относно изпълнението на договора с Д. „Естрата“ е установено изменение на елементите на договора, а именно изискванията, заложи в техническата спецификация, респективно в техническата оферта. Посоченото изменение органът е приел, че противоречи на императивната разпоредба на чл. 116 от ЗОП, тъй като с него се въвеждат условия, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществената поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници, различни от първоначално избраните или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначалната.

С писмо № 0250-24/12.07.2019г./ л. 19/ бенефициентът е бил уведомен за резултати от проверката, като на осн. чл. 73 ал.2 от ЗУСЕСИФ му е предоставен двуседмичен срок за представяне на писмени възражения, при необходимост прилагане на

документи.

С писмо, адресирано до /лист 23 от делото/, жалбоподателят е възразил срещу така констатираното нарушение, като е изложил подробно аргументите си. След като се е запознал с възраженията на жалбоподателя, Ръководителят на УО на ОПДУ е издал оспореният индивидуален административен акт – Решение № ФК-2019-177/14.08.2019Г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Добро управление /ОПДУ/.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Жалбата е депозирана в дирекция „ДУ“ при Администрацията на МС на 28.08.2019г., чрез административния орган, в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима. Разгледана по същество, жалбата е ОСНОВАТЕЛНА

1.По въпроса за компетентността на органа, издал обжалваният акт: Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл.9 ал.5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Оспореният акт е издаден от И. П. –директор на дирекция „Добро управление“, действаща в качеството ѝ на ръководител на Управляващия орган на ОП „ДУ“ упълномощена като такава със Заповед № Р90/10.05.2017г. Министър-председателя на Р България. Въз основа на приетата заповед, съдът намира, че оспореният акт е издаден от компетентен орган.

2.Форма на акта: Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл.59 ал.2 от АПК във връзка с чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл.59 ал.2 т.4 от АПК. В акта е посочено установено нарушение по т.22 от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ/Наредба за посочване на нередности/ като е прието, че същото съставлява нередност по смисъла на чл.70 ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Оспореният акт е издаден на основание чл.73 ал.1-3 от ЗУСЕСИФ. Доколко тези фактически и правни основания са материално законосъобразни и доколко обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

3.Административнопроизводствени правила: Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ 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. По делото е приложено писмо на УО на ОПДУ, в което на основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ е определен двуседмичен срок за предоставяне на писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, така както е посочено от законодателя в разпоредбата на чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ /лист 19 от делото/. Жалбоподателят е изпратил възраженията си до УО по ОПРЧР /лист 23-27/ от делото, с които ръководителят на УО по ОПДУ се е запознал и ги е взел под внимание при издаване на оспорвания административен акт. Възраженията са обсъдени обстойно в оспорения акт и ръководителят на УО е посочил, защо не ги приема за основателни. Оспореното Решение на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Добро управление“ е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл.73 ал.3 от ЗУСЕСИФ. Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

4.Съответствие с материалноправните разпоредби. Съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания –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 ЕСИФ; Съгласно чл. 143 (1) от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл.2, т.37 определя като „икономически оператор" всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая ВСС участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същото 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 случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма „Добро управление“, поради което приложима по отношение на нея е 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 /Наредба за посочване на нередностите/. Съгласно чл.1, т.1 от Наредбата за посочване на нередности, с нея се посочват: случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т.9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ); Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. Съгласно чл.2. ал.1 от Наредбата за посочване на нередностите, Нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1/, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложението 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора. Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, дали са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна. Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административния орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение / с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция. В оспорения административен акт е установено нарушение по т.22 от Приложение 1

към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности / в приложимата ѝ редакция/, което е свързано с изпълнение на сключения договор между жалбоподателя и Д. „Естрата“. В т.22 от приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, нарушението е формулирано по следния начин: съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие, или в обявата по чл. 20, ал. 3 ЗОП и информацията към нея. Ограничена степен на гъвкавост може да се приложи спрямо измененията на договора след възлагането, дори когато такава възможност не е предвидена по ясен начин в обявлението или в документацията. Когато такава възможност не е предвидена в документацията, измененията на договора могат да бъдат приети, ако не са съществени. Изменението се счита за съществено по смисъла на чл. 116 ЗОП, ако са изпълнени едно или повече от следните условия: а) 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; б) изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата; в) изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение; г) изпълнителят е заменен с нов извън случаите на чл. 116, ал. 1, т. 4 ЗОП. В оспорения акт, ръководителят на УО е посочил, че е извършено изменение на елементите на договора , а именно изискванията, заложи в техническата спецификация, респективно в техническата оферта, изразяващо се в начина , по който са организирани и проведени публичните обсъждания, в частност осигуряването на организиран транспорт за участниците, по начин, несъответстващ на условията на договора. Посочено е, че всички участници в трите публично обсъждания са използвали личен или служебен транспорт, както и че всички транспортни разходи на участниците са възстановени на място при провеждане на събитията, съобразно представена „Инструкция за възстановяване на транспортни разходи на участници в публични обсъждания по проект“, вместо заложените в техническата документация организиран транспорт. Според органа изменението противоречи на императивната разпоредба на чл. 116 от ЗОП и е съществено защото попада в хипотезата на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП. Според административният орган, това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 25% върху допустимите , засегнати от нарушението разходи по сключения договор с Д. „Естрата“.

Видно от съдържанието на оспореното решение, органът е изложил и обсъдил проведени на 18.10.2018г. и 23.11.2018г. срещи между ръководителя на проекта и представители на Д. „Естрата“, на която е засегнат въпросът за организиран транспорт, който фигурира в документацията за обществената поръчка. На тази среща било уточнено, че участниците ще бъдат от различни градове и региони и нужда от организиран транспорт няма да има, затова е било прието предложението на изпълнителя за командироване със служебни автомобили, лични автомобили или обществен транспорт, като разходите бъдат покривани от изпълнителя по реда на Наредбата за командировките в страната. Съгласно документацията по обществената поръчка изпълнителят е следвало да осигури на участниците организиран транспорт : лицензиран транспорт до местата на провеждане на обученията и обратно до [населено място] по изготвен и одобрен маршрут и план-график, съобразен с графика за провеждане на обученията. Автобусът следвало да отговаря на определени изисквания, подробно описани в документацията.

От изложеното, органът е заключил, че начинът, по който са организирани и проведени публични обсъждания, в частност осигуряването на организиран транспорт за участниците не съответства на условията на договора, което е нарушение и основание за определяне на финансова корекция , съгласно чл. 70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ. Приел е, че е налице изменение на елементите на договора, а именно изискванията, заложи в техническата спецификация, респективно в техническата оферта. Направеното изменение според органа е съществено и попада в хипотезата на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП и е относимо към т.22 от Наредбата / в приложимата редакция/, което обосновава налагане на финансова корекция в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключения договор. Осигуряването на организиран транспорт от изпълнителя е част от дейност 3 „Изготвяне на анализ на факторите, водещи до увеличаване продължителността на делата, изработване и прилагане на предложения за преодоляване на забавянията и на факторите, водещи до забавяне на делата“ от предмета на договора. Изложено е становището на органа, че изпълнението на договора следва да бъде съгласно клаузите, записани в него, като съществено значение има не само постигането на крайния резултат, но и начина, по който този резултат ще се постигне.

Според схващането на органа, това изменение на елементите на договора е съществено, тъй като 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, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Аргументирано е и финансовото отражение на нарушението, като е изтъкнато, че ако изискванията към участниците не включват организиран транспорт, за който са заложили определени условия, то тогава биха могли да участват и лица, които не разполагат с този вид транспорт, но биха могли да възстановят разходите за транспорт, осъществяван с личен или обществен превоз, което би могло да доведе до избор на друг изпълнител, с оферта с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката. Вредата е евентуална и е в причинна връзка с извършеното нарушение. Приложен е пропорционалният метод, тъй като не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната БФП. Посоченото нарушение е квалифицирано по т.22 от Наредбата, а финансовата корекция е в размер на 25% от засегнатите от нарушението разходи.

При тези мотиви органът е издал оспореното решение.

От данните по делото безспорно се установява, а и от жалбоподателя не се оспорва, че при изпълнение на услугата, представляваща част от Дейност 3, а именно организирани от изпълнителя на поръчката публични обсъждания, предмет на сключения договор, не е бил осигурен организиран транспорт, а транспортът на участниците е извършван с лични автомобили, служебни автомобили или обществен транспорт.

Спорният въпрос е дали е налице изменение на договора за обществена поръчка, респ. дали изменението е съществено и представлява ли това нередност по смисъла на Регламент № 1303/2013г.

В чл. 2 от договора между ВСС и Д. „Естрата“ е заложило задължение на изпълнителя за предоставяне на услугите в съответствие с Техническата спецификация, Техническото предложение и Ценовото предложение на изпълнителя и чрез лицата, посочени в Списък на персонала. Именно неспазването на заложените в техническата спецификация и предложението на избрания изпълнител начин на транспортиране на участниците в публичните обсъждания, органът е възприел като неспазване на изискванията и условията на договора и е квалифицирал като изменение на елементите на договора и приложенията към него.

Видно от мотивите на оспореното решение органът е приел, че действията, с които е осъществено твърдяното нарушение, са: "Начинът, по който са организирани и проведени публичните обсъждания, в

частност осигуряването на организиран транспорт за участниците не съответства на условията на договора...Налице е изменение елементите на договора, а именно изискванията , заложи в техническата спецификация...то е съществено и попада в хипотезата на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП, ... и е относимо към т.22 от Приложение №1 към чл. 2 ал.1 от Наредбата „Съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчка или в документацията за участие“ , тъй като въвежда условия, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществената поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници, различни от първоначално избраните или биха довели до приемане на оферта , различна от първоначалната.“

От приложената по делото документация по проведената обществена поръчка е видно : **Критериите за възлагане на поръчката са 1.** „Критерий за качество“ с тежест 70%- „Технически показател“ включващ „професионална компетентност на ключовия персонал“, „Концепция на участника за изпълнение на поръчката“ и „Управление на риска“ и 2. Критерий , свързан с разходи „Цена“ с тежест 30%.

Посочените **критерии за подбор** в документацията са : участникът да е изпълнил дейности с предмет и обем идентични или сходни с тези на поръчката за последните три години от датата на подаване на офертата, да прилага система за управление на качеството, да има опит в изпълнението на минимум една от всяка от посочените дейности, които са идентични или сходни с тези на поръчката за последните три години от датата на подаване на офертата,

Под дейност 3 в документацията е заложено : НАБЛЮДЕНИЕ НА ПРОДЪЛЖИТЕЛНОСТТА НА ДЕЛАТА И ПРЕПИСКИТЕ И АНАЛИЗ НА ВЪЗМОЖНОСТИТЕ ЗА ПОВИШАВАНЕ НА ЕФЕКТИВНОСТТА НА РАЗГЛЕЖДАНЕТО ИМ . При изпълнението на тази дейност, изпълнителят следва да разработи график за провеждане на публичните обсъждания. Графикът следва да бъде съгласуван с Възложителя. При подготовката на публичните дискусии и спрямо съгласуваните по графика дати, Изпълнителят следва да изготви и разпрати покани до участниците в съответното публично обсъждане, както и резюме на материалите, които ще бъдат подложени на обсъждания. Осигуряване на нощувка за участниците - единично настаняване за участниците с осигурена закуска. Осигуряване на изхранване за 20 души и осигуряване на организиран транспорт на участниците.

1. Като критерии за подбор – т. 18.7 на стр. 67 от документацията са заложиени : 1. ИЗИСКВАНИЯ ЗА ИКОНОМИЧЕСКО И ФИНАНСОВО СЪСТОЯНИЕ /На основание чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП участникът следва да е реализирал минимален общ оборот, в размер на **400 000 (четирисотин хиляди) лева**, изчислен на база годишните обороти за последните 3 (три) приключили финансови години и съобразно датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността си. / и 2. ИЗИСКВАНИЯ ЗА ТЕХНИЧЕСКИ И ПРОФЕСИОНАЛНИ СПОСОБНОСТИ / На основание чл. 63, ал. 1, т. 1, б. “б“ от ЗОП участникът трябва да има опит в изпълнението **на минимум 1 (една) от всяка от следните дейности**, които са идентични или сходни с предмета на настоящата обществена поръчка/ :

а. извършване на количествени и качествени изследвания и/или обработка на данни във връзка с изготвяне на анализ на процеси за администрации от изпълнителната или съдебната власт;

б. разработване на методически документи (указания, наръчници, методики, модели, методологии или други подобни документи) в администрации от изпълнителната или съдебната власт;

в. анализ на националното и/или законодателството на ЕС и/или сравнително-правни анализи на националното и/или законодателството на ЕС.

Обществената поръчка ще бъде възложена по критерий „**оптимално съотношение качество/цена**“.

В раздел Методика за определяне на комплексната оценка – т. 24, стр. 77 от документацията подробно са описани показателите за оценка на предложенията и бр. точки, които всеки от тях носи на участника. Указано е , че допуснатите до оценка оферти на участниците ще бъдат оценявани въз основа на предложената методика за определяне на комплексна оценка, изчислена на база на включените показатели и под-показатели в нея, като на първо място се класира офертата с най-висока комплексна оценка

В своето техническо предложение участникът следва да се придържа и отговаря на минималните изисквания на техническата спецификация, които са 1. **Методология за изпълнение на Дейностите, включваща описание на методите и подходите**, които участникът ще приложи при изпълнението на всяка от планираните дейности спрямо посочените в Техническата спецификация изисквания, 2. **План за изпълнение на**

обществената поръчка, включващ описание и срок за изпълнение на конкретните задачи, които ще бъдат предприети при реализирането на всеки етап от всяка дейност в обхвата на поръчката и спрямо изискванията в Техническата спецификация, както и обосновка на предложените срокове и връзка с останалите дейности и задачи, **3. Организация на човешките ресурси (Екипа на изпълнителя) спрямо Методологията за изпълнение, етапите и конкретните дейности, като участниците следва да опишат конкретното разпределение и отговорности на членовете на екипа, 4. Методология за управление на риска.**

В случая, ответникът твърди, че нарушението се изразява фактически в замяна на заложения в Техническите спецификации организиран транспорт с неорганизиран такъв, което е изменение на договора между Възложител и Изпълнител, а то противоречи на императивната разпоредба на чл. 116 от ЗОП. Счита направеното изменение за съществено, попадащо под хипотезата на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП и относимо към т. 22 „Съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“ то Приложение № 1 към чл. 2 от Наредбата.

Изменение на договор за обществена поръчка се извършва с допълнително споразумение към договора и се допуска в точно определените хипотези. В случая органът е счел за релевантни разпоредбите на чл. 116 ал. т. 5, предвиждаща възможност за изменения на договора, когато същите са несъществени и на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП, съгласно която изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 5, когато са изпълнени едно или повече от следните условия:

1. 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;

Съдът счита изводът на органа за наличие на съществено изменение на договора, сключен в резултат на проведена процедура по обществена поръчка за неправилен и несъответен на доказателствата по делото.

На първо място съдът намира, че не е налице изменение на договора. В случая, видно от доказателствата по делото, нито една клауза на сключения в резултат на проведената процедура договор не е била изменена.

По делото не е представено писмено споразумение между страните за изменение на клаузи от договора, нито пък е налице твърдение на ответника за съществуването на такова споразумение. Договорите обвързват страните със силата на закон съгласно [чл. 20а ЗЗД](#) и могат да бъдат изменяни само по взаимно писмено съгласие на страните. На това основание изменението им чрез конклюдентни действия е недопустимо, поради което мотивите на органа в този смисъл противоречат на материалния закон.

Налице е писмено съглашение, което може да бъде изменяно с друго съглашение в писмена форма и липсата на писмено взаимно съгласие за изменение на елемент от клаузи на договора, касаещи техническата спецификация сочи на неоснователност и на неправилност на решението.

В оспорения акт се сочи, че чрез подписания протокол за проведена среща между ръководителя на проекта и Д. „Естрата“ бенефициерът и изпълнителят фактически са изменили условията на договора. Този извод е несъответен както на доказателствата по делото, така и на действащата нормативна уредба, и на нормалната търговска практика. Съгласно [чл. 288 от Търговския закон](#) за неуредените с него положения за търговските сделки се прилагат разпоредбите на гражданското законодателство. Съгласно [чл. 20а от Закона за задълженията и договорите](#) договорите между страните могат да бъдат изменяни по съгласие на страните или на основанията, предвидени в закона.

Вярно е, че изпълнителят не е изпълнил задължението си, така както е било заложено в Техническото му предложение, но това не значи изменение на договора, а е релевантен юридически факт, който поражда правото на бенефициера да наложи санкции при констатирано лошо или друго неточно или частично изпълнение на отделна дейност или под-дейност или при отклонение от изискванията на възложителя, посочени в Техническата спецификация – чл. 32 от договора, която е изрично и предварително включена в съдържанието на проекта на договор и в самия сключен договор.

Следователно, в случая не може да става въпрос за изменение на договора, а за неговото неточно изпълнение. Между изменение на договор и неточно изпълнение на договор с налагане на неустойка за неточно изпълнение има съществена разлика. В първия случай страните по договора, след подписването му, постигат съгласие за неговото изменение /по предвидения за това законов ред, каквото в случая няма /, а във втория случай изпълняват предвиденото в договора, което съобразно чл. 32 от договора представлява изрично разписана възможност на

възложителя да поиска от изпълнителя да изпълни изцяло и качествено съответната дейности или под-дейности без да дължи допълнително възнаграждение за това. В случай, че и повторното изпълнение на услугата е некачествено, възложителя има право да задържи гаранцията за изпълнение и да прекрати договора.

Следователно, изводът на органа, че чрез обсъждане на въпроса за организиран транспорт и предложената замяната му с друг алтернативен превоз, по който въпрос предложението на изпълнителя е прието от възложителя, договорът е изменен, е лишен от правно основание и противоречи на материалния закон.

В случая липсва решение на ВСС, в качеството му на възложител, касаещо клаузи в подписания договор, нито е съставен анекс или допълнително споразумение между страните. Не се споделя виждането на органа, че в окончателния доклад за изпълнението на договор № ВСС-9994/02.08.2018г. в т. I.1 „Изменения на договора“ е описана твърдяната промяна на клаузата за транспорт в договора и следователно такава е налице. Обстоятелството, как страната нарича определена ситуация е ирелевантно за определяне правния характер на конкретни юридически действия.

От друга страна неточното изпълнение на договора не е основание за налагане на финансова корекция, защото не представлява нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата от ЕСИФ. Както бе казано по-горе, то е правно основание за активиране на заложен в договора клаузи за неустойки или други последици, във вид и обем, договорен предварително между страните.

Посоченото изискване за организиран транспорт не е включено нито в критериите за подбор, нито в методиката за оценяване на кандидатите, т.е не представлява такъв критерий, който да влияе на преценката за допустимост на проектно предложение или до неговото класиране.

Дори да се приеме тезата, че е налице изменение на договора, то същото касае начин на осъществяване на превоз / транспорт на участници в дискусиите, а не изисквания на възложителя по отношение на критерии за подбор или показателите за оценка, което би могло да доведе до евентуална промяна на кръга на заинтересованите кандидати и тяхното класиране.

В раздел II. Техническа спецификация от документацията по обществената поръчка е заложено изискване за осигуряване на организиран транспорт при изпълнение на дейност № 3 от предмета на поръчката /л. 235-247/. Вярно е също, че в договорът с „Естрата“ Д. е

посочено, че изпълнителят се задължава да предостави услугите в съответствие с Техническата спецификация, Техническото предложение на изпълнителя и Ценовото предложение на изпълнителя, но неизпълнението на изискването за организиран транспорт, което органът квалифицира като изменение на договора, следва да се възприема като неточно изпълнение и не може да се тълкува като пълно и цялостно неспазване на изискването за съответствие на изпълнението на договора на Техническата спецификация.

Позоваването в случая от органа на [чл. 116, ал. 5, т. 1 ЗОП](#), е неоснователно, тъй като, както бе посочено по-горе, в случая не е налице изменение на договора - нито една негова клауза не е изменена, а страните са го изпълнили съгласно установеното в него.

По изложените съображения настоящият намира, че в случая не е налице нередност по смисъла на [чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013](#) - не е налице действие или бездействие на икономическия оператор, което да води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право.

С оглед изхода на спора заявеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски, се явява основателно и на основание чл.143 от АПК следва да му бъдат присъдени разноски в размер на 100 лв. съобразно разпоредбата на чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 62-ри състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № ФК-2019-177/14.08.2019г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Добро управление“, с което е определена финансова корекция в размер на 25% върху сумата на допустимите разходи по договор, сключен със Д. „Естрата“ на обща стойност 258 672 лв.

ОСЪЖДА Администрацията на МС да заплати на ВСС ЕИК[ЕИК] сумата от 100/сто/ лв. разноски по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването

му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: