

РЕШЕНИЕ

№ 595

гр. София, 24.01.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 24.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **6944** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), заглавие изм. с ДВ бр. 51 от 2022г., в сила от 01.07.2022 г., преди това Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Министерство на образованието и науката (МОН), депозирана чрез Й. Й. като пълномощник, срещу решение № РД-02-36-770/27.06.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ (ОПРР) 2014 – 2020 г., с което е наложена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 % върху допустимите разходи по следните договори, сключени с изпълнители:

- Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, с предмет: „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]“, на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС /по Обособена позиция № 9/;

- Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. с изпълнител

„СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, с предмет „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механотехника „Ю. Г.“, [населено място], на Професионална гимназия по икономика и управление „Е. К.“, [населено място], и на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „П. П.“, [населено място], на стойност 1 945 355,00 лв. без ДДС /по Обособена позиция № 14/.

С жалбата се оспорва решението за налагане на финансова корекция като незаконосъобразно, издадено в противоречие с материалния закон и при допуснати съществени процесуални нарушения. Оспорват се съдържащите се в него изводи за допуснати нарушения на Закона за обществените поръчки при избор на изпълнител, както и размера на наложената финансова корекция. На първо място, се сочи, че Управляващият орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. (УО на ОПРР) неправилно е приел, че възложителят е допуснал нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП), удължавайки сроковете на договора за обществена поръчка. Соци се, че не са доказани трите елемента от обективната страна на понятието „нередност“, съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 3б от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета - доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; доказана причинна връзка между нарушението и вредата. Жалбоподателят счита, че липсва анализ относно евентуалните последици на сочените нарушения, изразяващи се в нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз.

На следващо място, се твърди, че по констатация 1.1 - „Незаконосъобразно изменение на договора по ОП 9“, РУО на ОПРР е направил погрешен извод, че изменението в състава на заложения екип за изпълнение на Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД представлява изменение на договора. В тази връзка се сочи, че промяната в екипа на изпълнителя по посочения договор не представлява изменение на същия по смисъла на чл. 116 от ЗОП, тъй като в него е уредена процедурата, по която се извършва промяната, т.е. тя е в изпълнение на договора и не представлява изменение. Твърди, че, когато се съгласува смяна на експерт по описания механизъм, това не представлява изменение на договора, а точно обратното - изпълнение на уреден в договора способ за преодоляване на неизбежни житейски ситуации, без това да води до намаляване на професионалната компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката. Оспорва се извода на РУО на ОПРР, че замяната на експертите от екипа на „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД е направена в нарушение на клаузата на чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора, тъй като новите експерти не получават същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите, посочени в документацията за обществената поръчка. Позовава се на чл. 7, ал. 4 от Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране в тази връзка.

По констатация 1.2 – „Незаконосъобразно изменение на договора - забава по ОП 9“, се оспорва извода на РУО, че е налице съществено нарушение на ЗОП, по чл. 116, представляващо неправомерно изменение на съществен елемент от договора с изпълнител - по отношение на клаузите за неустойка. Възразява срещу констатацията

на РУО на ОПРР, че изменението е довело до ползи за изпълнителя по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата, тъй като на практика изменението е довело до изпълнение на поръчката при по-благоприятни условия от условията за изпълнение на обществената поръчка, предвидени в договора. Счита, че текстовете на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от договора отговарят на изискванията на чл.116, ап.1 ЗОП. Формулировката на чл. 2, ал. 3 е достатъчно ясна относно възможността да бъдат извършени промени в сроковете, както и хипотезите, в които това би могло да се осъществи. Доколкото в посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглеждания договор фактори /изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или указания на УО на ОПРР/, няма как самият възложител да предвиди дали и кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли - до какви промени биха довели. В този смисъл счита, че чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от процесния договор представляват клаузи, които са в достатъчна степен ясни, точни и недвусмислени по отношение на сроковете за изпълнение. Видно било от документацията на обществената поръчка, че още от самото начало на процедурата сроковете за изпълнение на поръчката са били обвързани със срока на проекта, респективно с административния договор. Позовава се на анекс от 19.12.2018 г., с който срокът за изпълнение на договора за безвъзмездна финансова помощ по проект № BG16RFOP001-3.002-0004 е удължен до 21.09.2020 г., поради което при сключване на договорите за обществени поръчки по процедурата срокът за тяхното изпълнение е съобразен с направените изменения. Поради изложеното договорите са сключени със срок до края на проектите, без срока за изпълнение на самото СМР да има каквото и да е отношение към допускането или класирането на офертите - той е еднакво определяем за всички участници. Следователно, изводът на УО на ОПРР е погрешен, а изменението не е довело до ползи за изпълнителя по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Оспорва се твърдението на административния орган, че договорните клаузи предвиждат неустойката при забава на изпълнителя да е в размер на 0,1% върху целия размер на дейността по проектиране, строителство или авторски надзор, посочена в чл. 3, ал. 2 от договора, а не само на забавената част. Жалбоподателят счита, че обратното би довело до явно неравноправно третиране на изпълнителя спрямо възложителя, който, видно от чл. 43, ал. 2 на договора, при забава на плащанията дължи неустойка, формирана върху стойността на забавеното плащането, а не на цялата стойност на съответната дейност.

Идентични на последните са твърденията на жалбоподателя по отношение на констатация 1.3 – „Незаконосъобразно изменение на договора - забава по ОП 14“, във връзка с неустойката за забава на изпълнителя „СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, която следва да се начислява върху целия размер на дейността по проектиране, строителство или авторски надзор, посочена в чл. 3, ал. 2 от договора, а не само на забавената част.

Иска се отмяната на оспорваното решение на УО на ОПРР 2014-2020 за налагане на финансова корекция.

В проведено по делото открито съдебно заседание жалбоподателят не се представлява.

Ответникът – ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020, чрез гл. юрисконсулт С. Д., оспорва жалбата с писмена молба от 20.09.2023 г. Счита същата за неоснователна и

недоказана. Моли да бъде отхвърлена. Претендира юрисконсултско възнаграждение. В съдебно заседание се явява юрк. Д., поддържа молбата, счита оспорвания административен акт за законосъобразен. Еwentуално прави възражение за прекомерност на претендирано от жалбоподателя юрисконсултско или адвокатско възнаграждение над минималния размер.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител в производството и не изразява становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

Безспорно е, че е сключен Договор № РД-02-37-310/21.12.2016 г. за предоставяне на БФП по ОПРР 2014 – 2020 по процедура за директно предоставяне № BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“, сключен във връзка с проектно предложение от ИСУН № BG16RFOP001-3.002-0004-C01 „Обновяване и модернизация на регионалната образователна инфраструктура чрез подобряване на материално-техническата база на 17 държавни професионални гимназии в системата на МОН в областите В. Т., Г., Л., Русе и Т.“, между Министерството на регионалното развитие и благоустройството като Управляващ орган на ОПРР 2014 – 2020, Главна дирекция „Градско и регионално развитие“, от една страна, и Министерство на образованието и науката като бенефициент. Въз основа на административния договор са предоставени на МОН безвъзмездни средства в размер на 17 364 558,90 лв., както и резерв за изпълнение в размер на 6 944 561,74 лв.

Във връзка с горното с решение за откриване на процедура № P01-56 от 06.06.2017 г. е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Инженеринг – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“ по 46 обособени позиции. Обект на поръчката е строителство по смисъла на чл. 3, ал. 1, т. 1, б. „б“ от ЗОП за проектиране и изпълнение на строежи на и в сгради „трета категория“. В резултат от проведената процедура по Обособена позиция № 9 (ОП № 9) е сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, с предмет: „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]“, на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС, а по Обособена позиция № 14 (ОП № 14) е сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, с предмет „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механотехника „Ю. Г.“, [населено място], на Професионална гимназия по икономика и управление „Е. К.“, [населено място], и на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „П.

П.“, [населено място], на стойност 1 945 355,00 лв. без ДДС.

Във връзка със сигнал за нередност № 2196, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения при възлагане на обществена поръчка, е извършена проверка, за което МОН е уведомено с писмо до министъра на образованието и науката, в което е описана установената фактическа обстановка и мотивите за откриване на процедура за определяне на финансова корекция, включително с подробен анализ на допуснатите според органа нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП) и съответстващите им нередности съгласно 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, както и е посочен размерът на същите съгласно наредбата.

В отговор от жалбоподателя е подадено възражение с писмо от М. Б. – ръководител на проекта в МОН, с което е изразено несъгласие с изложените в сигнала факти и изводи за извършени нарушения на ЗОП, които представляват нередност по смисъла на закона. Изложени са конкретни аргументи във връзка с всяко от описаните в сигнала нарушения.

След като е установил фактите от значение за случая и е разгледал представеното от МОН възражение, ръководителят на УО на ОПРР 2014 – 2020 е постановил решение, с което е приключен сигнал № 2196 за нередност, установена е такава и е определена финансова корекция в размер на 25 % от засегнатите средства по сключените договори, както следва:

- Договор № BG16RF0P001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, с предмет: „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]“, на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС;

- Договор № BG16RF0P001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, с предмет „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механотехника „Ю. Г.“, [населено място], на Професионална гимназия по икономика и управление „Е. К.“, [населено място], и на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „П. П.“, [населено място], на стойност 1 945 355,00 лв. без ДДС.

Финансовата корекция е определена при условията на евентуалност спрямо отмяна от съда с влязло в сила решение на наложена финансова корекция в същия размер по сигнал № 2061, с мотиви за спазване на принципа за некумулиране.

Срещу така постановеното решение е подадена жалба от МОН до Административен съд София-град, във връзка с която е образувано настоящото съдебно производство.

По делото са представени писмени доказателства като част от административната преписка и материалите от процедурата по възлагане на обществената поръчка.

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

По допустимостта на жалбата:

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

По основателността на жалбата:

Разгледана по същество, жалбата е частично 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.

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното:

Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ, обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: „Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление“.

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал. 2 от с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмен период 2014 – 2020 г. Нормите на ЗУСЕФСУ, приложими в настоящото съдебно производство, са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт – ДВ. бр.102 от 23 декември 2022 г, на основание чл. 142, ал. 1 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице.

В случая оспорваното решение е издадено от заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството (РРБ). Съгласно чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на МРРБ министърът организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007 - 2013 г. и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г., съгласува и определя състава на Комитета за наблюдение на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г. и Тематичната работна група за разработване на Оперативна програма „Развитие на регионите“ 2021 - 2027 г. На основание чл. 28, ал. 1, т. 2 от същия Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове. Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално

развитие“ е в администрацията на министъра на РРБ, който е ръководител на същата, следователно и ръководител на УО на ОП. На основание чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ заместник-министър А. Т. – Б. е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020 г. и е оправомощена с функциите да издава актове, свързани с процедурите по предоставяне на БФП по ЗУСЕФСУ, със Заповед № РД-02-14-642/15.06.2023 г. на министъра на РРБ.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, както по отношение на основанията, така и по отношение на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл. 73, ал. 3 ЗУСЕФСУ е предвидено, че 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. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено. Представени са възражения от страна на жалбоподателя, които са обсъдени от органа.

С оглед на горното съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона писмена форма, при спазване на административнопроизводствените правила, но в нарушение на материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона.

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 ЕФСУ. Съгласно чл. 143, пар. 1 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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 жалбоподателят Министерство на образованието и

науката участва като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските фондове при споделено управление, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а 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. такава 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 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 бенефициера по проведената обществена поръчка.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размерът при прилагане на пропорционалния метод и налице ли са пречки за настъпване на разпоредените последици.

Основанието за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередност в резултат от допуснати от жалбоподателя и възложител по ЗОП нарушения на същия закон при провеждане на обществена поръчка с предмет: „Инженеринг – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“ с 46 обособени позиции, по Обособена позиция (ОП) № 9 и ОП № 14.

Съгласно мотивите на решението се потвърждава сочената в сигнал № 2196 фактическа обстановка, обуславяща извод за допуснати от МОН в качеството му на възложител нарушения на ЗОП при провеждане на горепосочената открита процедура за възлагане на обществена поръчка и избор на изпълнител, по отношение на неправомерна замяна на ръководител на проектантския екип на изпълнителя по ОП № 9, както и неправомерно изменение на сключените с изпълнители по ОП № 9 и ОП № 14 договори в частта на уговорената неустойка. В частта на сигнала, касаеща замяната на останалите членове на екипа, РУО е приел, че не са спазени изискванията на методиката за оценка и е доказано притежаването от предложените експерти на необходимата професионална компетентност и опит за получаване на максимален брой точки, поради което в тази част сигналът е прекратен без определяне на финансова корекция. Установено е следното:

Прието е за нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП изменението в състава на заложения екип за изпълнение на договора, сключен с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, с предмет: „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено

място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]. В решението се сочи, че възможностите за изменение на договорите за обществени поръчки са изчерпателно изброени в тази норма. Съгласно чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП изменението 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, биха позволили допускането на други участници, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, както и когато изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Твърдението си за извършена нередност по т. 1.1. от решението административният орган е обосновал с това, че е допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, вр. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП – незаконосъобразно изменение на договора, като са заменени експертите (ръководителят на проектантския екип), които следва да участват в изпълнение на договора с други, без да се представят документи, които да доказват условията за получаване на максимален брой точки по показатели оценка на професионален опит и специфичен опит от методиката за оценка, което е довело до по-ниска оценка на професионалната им компетентност от тази на експертите в подадената оферта, съгласно приложените критерии за оценка на офертите.

В тази връзка административният орган е направил констатации за 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.

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

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.

Изменението се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП. Разпоредбата на чл. 116 ал. 5 от ЗОП /в приложимата ѝ редакция/ сочи, че изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено 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; 2. изменението води до ползи за изпълнителя, които не са

били известни на останалите участници в процедурата; 3. изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение; 4. изпълнителят е заменен с нов извън случаите на ал. 1, т. 4. По аргумент за противното, изменение на договора, което не води до съществено разминаване с 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.

Членовете на екипа представляват част от техническото предложение на участника, респективно част от договора за възлагане на обществената поръчка. Замяната на членовете на екипа на избрания изпълнител води до промяна на договора, респективно до нуждата от съставяне на допълнително споразумение/анекс към договора, който подлежи на публикуване. В случая е направено единствено съгласуване с възложителя за замяна на член на екипа, както е предвидено в чл. 6, т. 22 от сключения договор. Замяната на експертите води до съществено изменение на договора, тогава когато се променя оценката на професионалната компетентност на същите. Изборът на експерти е важен не с оглед конкретната им личност, а с оглед професионалната им компетентност, доколкото представлява показател за оценка на офертите, а не критерий за подбор (съгласно т. 4 от забележка на стр. 130 от документацията). Ето защо замяната на един експерт с друг, който не отговаря на изискванията за професионален опит, води до неблагоприятни последици, свързани с изпълнението на договора, което е от решаващо значение за правилното изпълнение на възложената обществена поръчка. В случая проектът се отличава със специфичност, сложност, особеност, която изисква конкретен професионален опит и която да разкрива необходимост от поставяне на допълнително завишено изискване към експертите.

Съгласно част IV „Критерий за оценка на офертите“ от документацията за поръчката, е посочено, че предложената професионална компетентност на експертите, съобразно дефиницията, въведена в т. 41 от ДР на ЗОП, ще бъде оценена от гледна точка наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения. Подпоказател Т2 представлява експертната оценка на комисията по отношение състава, професионалната квалификация и опит на персонала за изпълнение предмета на поръчка, в съответствие с техническите спецификации и целите на проекта и включва подпоказател т. 2.1. и подпоказател т. 2.2. Подпоказател: Т2.1. - „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор“ – оценява се професионалната компетентност на всеки предложен от участника експерт, в съответствие с изискванията на методика и Техническата спецификация с максимален брой от 55 точки. Подпоказател: Т2.2. - „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по строителство“ – оценява се професионалната компетентност на всеки предложен от участника експерт, в съответствие с изискванията на методиката и Техническата спецификация с максимален брой от 35 точки. В документацията е поставено изискване изпълнителят да разполага с персонал за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор за изпълнение на поръчката, включващи експерти - „Ръководител на проектантски екип“; „Проектант по част „Архитектура“; „Проектант по част „Електроинсталации“; „Проектант по част „ВиК“; „Проектант по част „ОВК“; „Проектант по част „Конструктивна“; „Проектант по част „Геодезия“; Проектант по част „ПБЗ“; „Проектант по част „Енергийна ефективност“; „Проектант по част ПУСО“; „Проектант по част „Пожарна безопасност“; „Технически ръководител на проекта“.

С протокол от проведена среща на 18.02.2020 г. е извършена промяна на екипа на изпълнителя „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД. Замяната на експертите е извършена на основание чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора, според който изпълнителят е длъжен „да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението за изпълнение на поръчката. Замяна на посочените експерти се извършва по изключение и само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите и след предварително съгласуване с ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ“.

В хода на процедурата са заменени следните специалисти:

I. E1 - Ръководител на проектантския екип.

Съгласно методика за определяне на индивидуалните оценки за професионална компетентност, ръководителят на проектантския екип следва да притежава пълна проектантска правоспособност по специалност „Архитектура“ или „Промислено и гражданско строителство“, или „Строителство на сгради и съоръжения“, или еквивалентно, и да притежава следния опит:

1. Оценка за професионален опит:

- при професионален опит от 3 години до 5 години включително като инженер-проектант се присъжда 1 точка;
- при професионален опит над 5 години като инженер-проектант се присъждат 2 точки.

В случай че участникът предложи за ръководител лице, което не притежава пълна проектантска правоспособност по специалност „Архитектура“ или „Промислено и гражданско строителство“, или „Строителство на сгради и съоръжения“, или еквивалентно, както и ако предложеното лице има под 3 години професионален опит като инженер-проектант, офертата се отстранява от участие като неотговаряща на изискванията на възложителя.

2. Притежаван специфичен опит:

- при участие като ръководител на екип за изработване на проект за изпълнение на СМР на един обект сходен с предмета на поръчката се присъжда 1 точка;
- при участие като ръководител на екип за изработване на проект за изпълнението на СМР на повече от един обект сходен с предмета на поръчката се присъждат 3 точки.

В случай че участникът предложи за ръководител лице, което няма опит като ръководител на екип за изработване на проект за изпълнение на СМР на поне един обект, сходен с предмета на поръчката (строеж от трета категория, буква „в“), офертата се отстранява от участие като неотговаряща на изискванията на възложителя.

За експерта А. А. - ръководител на проектантския екип, са представени следните документи: Диплома за висше образование, степен „магистър“, специалност „Архитектура“; Удостоверение за добро изпълнение, изд. на 12.07.2017 г. от „Алпин Билдинг“ ЕООД, където лицето е бил ръководител проект относно сграда трета категория; Референция, изд. от „Политрейд Кънстръкшън“ ЕООД, съгласно която в качеството си на ръководител на проектантския екип арх. А. А. е изпълнявал служебните си задължения в периода 04.2016 г. - 02.2017 г.; Удостоверение от К. на архитектите за пълна проектантска способност, с валидност до 31.12.2020 г.

Относно „оценка за професионален опит“ е прието с оспорвания акт, че от притежаваното от експерта удостоверение за пълна проектантска правоспособност не се извежда, че експертът има професионален опит над 5 години именно като инженер-проектант. Видно от методиката, изискването за удостоверение за пълна проектантска правоспособност е минимално такова, като освен него се изисква професионален опит над 5 години като инженер-проектант, за което се присъждат 2

точки.

Относно „притежаван специфичен опит“ е прието, че представената референция от „Политрейд Кънстръкшън“ ЕООД не доказва изисквания се опит, тъй като експертът е бил проектант по част „Архитектура“, а не ръководител на екип за изработка на проект. Освен това референцията произлиза от заинтересовано лице - самия изпълнител. Органът намира, че документ, издаден от определения за изпълнител участник с оглед доказване на критерия за подбор, не следва да бъде кредитиран, тъй като е издаден от заинтересовано от възлагане на поръчката лице, а именно самия изпълнител. Смесът на референцията е да се удостоверят качества, способности и умения за изпълнение на дадена длъжност или дейност и препоръката по своя характер предполага отразяване само на положителни мнения и становища. Затова тя не трябва да е пристрастно изготвена, а обективна - да се опише действителното положение.

Във връзка с гореизложеното ответникът е направил извод, че за специфичен опит може да се приеме само референцията, изд. на 12.07.2017 г. от „Алпин Билдинг“ ЕООД, за което би се присъдила 1 точка съгласно методиката. Следователно, замяната на експерта е направена в нарушение на клаузата на чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора, тъй като експертът не получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите, посочени в документацията за обществената поръчка.

Съгласно чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора, изпълнителят следва да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението за изпълнение на поръчката. Замяна на посочените експерти се извършва по изключение и само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите и след предварително съгласуване с възложителите.

По отношение на експерта А. А. съдът намира за неоснователни възраженията на жалбоподателя. Съгласно разпоредбата на чл. 7, ал.1 от Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране, „лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с професионална квалификация "архитект", "ландшафтен архитект", "урбанист", "строителен инженер" или "инженер" с образователно-квалификационна степен "магистър", притежават ограничена проектантска правоспособност и могат да предоставят проектантски услуги в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране след вписването им в регистъра на проектантите с ограничена проектантска правоспособност в съответната камара. На основание чл. 7, ал. 5 от с.з., проектантите с ограничена проектантска правоспособност могат да придобият пълна проектантска правоспособност, ако имат стаж по специалността:

1. (изм. - ДВ, бр. 28 от 2009 г.) две години като служители по трудов договор с проектант с пълна проектантска правоспособност, или
2. четири години като проектанти на свободна практика или като служители по служебно правоотношение или по трудово правоотношение на основен трудов договор на длъжност, за която се изисква съответното образование.

В настоящия случай не се представят доказателства за установяване не едно от двете предвидени в закона основания за придобиване на пълна проектантска правоспособност на предложения експерт – ръководител на проектантския екип.

Съгласно представената като част от документацията за участие в процедурата методика за оценка, минимално изискване към кандидатите е да разполагат с ръководител на проектантския екип с минимум 3 години опит като проектант с пълна проектантска правоспособност, като за такъв от 3 до 5 години се присъжда допълнителна точка, а за опит над 5 години – 2 допълнителни точки. Последното е видно от изведеното на първо място изискване за наличие на пълна проектантска

правоспособност и едва след това като допълнителен критерий за оценяване са въведени условията за професионален стаж по конкретната специалност, който следва да бъде натрупан от дейност като проектант с пълна правоспособност. В тази връзка твърденията на жалбоподателя, че в изискуемия опит се включват 2-те години професионален стаж като проектант с ограничена проектантска правоспособност преди придобиването на пълна такава, са неподкрепени от доказателствата по делото.

Установява се, че за арх. А. А. са представени доказателства, че има професионален опит като проектант с относимата правоспособност за периодите 04.2016 г. - 02.2017 г. съгласно представената референция от „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД. В представеното от „Алпин Билдинг“ ЕООД удостоверение за добро изпълнение не е посочен период на изпълнение на дейност като експерт на посочения в него обект. За периода от 02.2017 г. до 2020 г. не са представени доказателства за извършвана дейност като инженер-проектант. Самият факт на притежаване на удостоверение за правоспособност не доказва опит при изпълнение на тази дейност, поради това, че не доказва фактическо извършване на дейност по проектиране и придобиване не изискуемия от възложителя минимален опит конкретно в тази област. Безспорен факт е, че едно лице може да притежава професионална квалификация, която да не е ефективно упражнявана. Дори да се приемат твърденията на жалбоподателя, че от 2016 г. до 2020 г. е извършвал дейности по проектиране по част „Архитектура“, то отново не са налице 5 години опит, като не се вземат предвид двете години, през които е бил проектант с ограничена проектантска правоспособност съгласно горните мотиви.

В този смисъл е и посоченото от самия възложител в писмо изх. № 9107-143/03.07.2017 г., публикувано в профила на купувача на 03.07.2017 г., по реда на чл. 33, ал. 2 от ЗОП, че „в документацията не е предвидено да се оценява период на заемане на определена длъжност, а период, през който е извършвана определена дейност – в случая проектиране по част „Архитектура“, „Промислено и гражданско строителство“, или „Строителство на сгради и съоръжения“, или еквивалентно. Наличието на удостоверение само по себе си не би могло да докаже 14 години професионален опит, тъй като през част от този период лицето може да не се е занимавало с проектиране“.

На следващо място, по отношение на специфичния опит като ръководител на проектантски екип на повече от един сходен обект – сграда трета категория, за което арх. А. е получил максимален брой точки, съдът намира за правилни изводите на РУО, но по различни от посочените в акта мотиви. В тази връзка не се споделят изложените от органа мотиви относно това, че издадената от избрания изпълнител референция не е достатъчна, за да се направи извод за това, че експертът е изпълнил вписаните в нея дейности. В тази връзка самият възложител е направил разяснения в хода на процедурата, № 9107-159/21.07.2017 г. и № 9107-164/24.07.2017 г. по чл. 33, ал. 2 от ЗОП, което не е спорно между страните, съгласно които „поименна референция от управителя на дружество – участник самостоятелно и/или член на обединение, доказваща участие на експерт в изпълнен обект от дружеството, представлява удостоверение на определени обстоятелства за работника от страна на работодателя и също е релевантно доказателство за наличие на опит“. Единственото ограничение е документът да не изхожда от самото лице, за което се удостоверяват определени обстоятелства поради характера на такъв на декларация, каквато не се приема от възложителя. Въпреки това не се установява фактът на изпълнение от посочения експерт на дейност като ръководител на проектантски екип на повече от един обект от трета категория. Видно от представеното от „Алпин Билдинг“ ЕООД удостоверение за добро изпълнение от

12.07.2017 г., е посочено, че арх. А. е бил изпълнител – ръководител на проект, което не се покрива с изискването на възложителя експертът да има опит като ръководител на проектантски екип. Поради това не се доказаха по делото условията за получаване от същия на максимален брой точки по показател специфичен опит.

Поради изложеното се налага извод, че не е доказано от жалбоподателя, че експертът А. А. отговаря условията да получи максимална оценка съгласно методиката за оценка и в тази връзка замяната на първоначално включения в екипа експерт е незаконосъобразна.

По изложените съображения съдът намира за обоснован и законосъобразен извода на РУО за замяната на първоначално включения в екипа експерт с предложения арх. А. А., поради това че не е доказана същата или по-висока квалификация на това лице, каквото е изискването на сключения договор за изпълнение на обществената поръчка. Същото представлява нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП и е довело до необосновано предимство за този кандидат, тъй като в хода на изпълнение на договора е заменен експерт от екипа с такъв, който покрива по-ниски изисквания и в това отношение промяната за явява благоприятна за него и като такава – неравнопоставна спрямо останалите оференти, които не са имали такава възможност. Отделно от изложеното, не е доказана причина, която е обусловила необходимостта от замяна на този експерт в хода на изпълнение на поръчката, както изисква чл. 6, т. 22 от сключения с изпълнителя договор. В същия ясно е посочено, че замяна в екипа се допуска само по изключение, тоест изначално не е доказана непреодолима пречка първоначално избраният експерт да извърши съответната дейност съгласно офертата.

Накрая следва да се отбележи, че не е предвидена в документацията на обществената поръчка възможност за изменение на договора с изпълнителя, каквото е изискването на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, което е още едно основание да се приеме, че извършената замяна на ключов експерт от екипа на изпълнителя е в нарушение на закона.

Поради изложеното се установява наличието на втората предпоставка от дефиницията за нередност, а именно - действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. По отношение на третия елемент, не се изисква доказване на реализирала се вреда за бюджета на Съюза, а само вероятност за такава, каквато се предполага винаги когато е избран за изпълнител лице, което не отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя или което е било оценено в разрез с методиката за оценка на офертите. Това е така, тъй като посоченото нарушение оказва влияние върху обективната оценка и класиране на офертите с оглед максимално удовлетворяване на изискванията на възложителя за изпълнение на поръчката.

Определената финансова корекция по пропорционалния метод съответства на предвидения такъв съгласно т. 23, б. „а“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции, който е посочен в абсолютна стойност – 25 % от първоначалния договор. Поради изложеното в частта по т. 1.1. от решението нарушението е доказано и определената финансова корекция е законосъобразна, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

1.2. Незаконосъобразно изменение на договора - забава в изпълнението по ОП № 9.

Извършена е проверка за спазването на заложените срокове за изпълнение на дейностите по договора, при която е констатирано закъснение при изпълнението на

дейностите по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнителя „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от сключения договор с изпълнителя, срокът на поръчката е до 31.08.2020 г., като договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация с разрешение за ползване на всеки обект, издадено от органите на ДНСК. Със сключени допълнителни споразумения към договора с изпълнителя срокът за изпълнение на заложените в него дейностите е бил удължен, както следва:

- С допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-10/31.08.2020 г. – до 31.10.2021 г.;
- С допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-14/01.11.2021 г. – до 31.05.2022 г.

При извършената проверка е установено, че с акт Образец № 10/22.12.2021 г. е спряно строителството поради неблагоприятни метеорологични условия, а с акт Образец № 11/01.02.2022 г. за установяване състоянието на строежа е продължено строителството. Съгласно линейния график към допълнителното споразумение, СМР за обект ПГСАГ „А. П.“, [населено място], е следвало да приключи на 31.03.2022 г. Констатирано е закъснение съгласно Удостоверение за въвеждане в експлоатация № 77/21.06.2022 г. за обект Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „А. П.“, [населено място], от 21 календарни дни. Предвид че строителството на посочения обект е било спирано с Акт - образец № 10/22.12.2021 г. и Акт-образец № 11/01.02.2022 г., за период от 41 календарни дни, то СМР е следвало да приключат до 10.05.2022 г.

Предвид че Удостоверението за въвеждане в експлоатация за обект ПГСАГ „А. П.“, [населено място] е издадено на 21.06.2022 г., (УВЕ-№ 77/ 21.06.2022 г.), е установено общо закъснение на изпълнение на дейностите на поръчката от 21 календарни дни. В мотивите на акта органът се позовава на протокол за приемане на извършени СМР № 8/31.05.2022, изпълнени СМР към 31.05.2022 г., на стойност 51 223,74 лв. без ДДС за възстановяване като БФП за обект Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „А. П.“, [населено място]; констативен акт за установяване годността за ползване на строежа - Образец № 15/31.05.2022 г. за обект Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „А. П.“, [населено място]; Удостоверение за въвеждане в експлоатация № 77/21.06.2022 г. за обект Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „А. П.“, [населено място].

Съгласно чл. 43, ал. 1 от сключения договор за инженеринг, ако изпълнителят не изпълни предмета на договора в договореният срок за изпълнение, същият дължи на възложителя неустойка в размер на 0,1% от стойността без ДДС по чл. 3, ал. 2 на съответната дейност, за всеки ден закъснение, но не повече от общо 20% от цената на договора.

Към отчетната документация е представена информация и документи, вкл. становище от ръководителя на проекта за наложената неустойка на изпълнителя за обект Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „А. П.“, [населено място]. След преглед на информацията е установено, че неустойката е била наложена за установените 20 календарни дни закъснение, като е изчислена само върху стойността на СМР - БФП/СФ, които не са били изпълнени към дата 10.05.2022 г., а не върху цялата стойност за СМР, съгласно посоченото в чл. 43, ал. 1 от сключения договор за инженеринг. Във връзка с гореизложеното с кореспонденция № BG16RFOP001-3.002-0004-C05-M220/22.03.2023 г. в ИСУН от бенефициента е изискано да представи становище, в което да се посочи защо е наложена неустойка само върху стойността на неизпълнените СМР на обекта към дата 10.05.2022 г., а не

върху цялата стойност на СМР - съгл. чл. 43, ал. 1 от сключения договор за инженеринг. С кореспонденция № BG16RFOP001-3.002-0004-C05-M220-A00/07.04.2023 г. в ИСУН 2020 бенефициентът е представил писмо с изх. № 0213-64/07.04.2023 г., в което е посочил, че неустойката е наложена само за забавата за СМР - т. е. за периода между 10.05.2022 (датата, на която е следвало да приключат СМР и да се подпише акт-образец № 15 и 31.05.2022 г.) и реалната дата, на която е подписан акт - образец 15, а именно за 20 календарни дни.

Бенефициентът е посочил, че за периода от съставяне на акт-образец 15/31.05.2022 г. до издаването на Удостоверение за въвеждане в експлоатация от 21.06.2022 г. не е начислявана неустойка, предвид че след подписване на акт - образец № 15 изпълнителят не може да носи отговорност за спазване срока за въвеждане в експлоатация, защото същото зависи от действието на трети лица - изготвяне на окончателен доклад от строителния надзор, актуализиране на технически паспорт и внасяне на документи за издаване на удостоверение, респ. проверката на документацията от общинската администрация. Бенефициентът е предприел подход в случаи като горепосочения да не налага неустойки за периода между подписването на акт-образец № 15 и въвеждането на обектите в експлоатация и счита задълженията по договора за изпълнени до подписването на акт-образец 15 за съответния обект. В писмото на бенефициента е пояснен и размерът на наложената неустойка на изпълнителя.

РУО е приел, че съгласно чл. 43, ал. 1 от договора, дължимата неустойка се начислява върху стойността без ДДС по чл. 3, ал. 2 на съответната дейност и в конкретния случай неустойката е трябвало да се изчисли върху стойността на дейността по строителството, а именно върху 2 928 710,21 лв. без ДДС. Безспорно е, че с писмо № 1321-777 от 16.09.2022 год. от жалбоподателя е наложена неустойка, за установеното просрочие от 20 календарни дни, в общ размер на 1174,27 лева, като е в размер на 0,1% върху от стойността само на СМР - БФП/СФ, които не са били изпълнени към дата 10.05.2022 г. (по Протокол за приемане на извършени СМР № 8/31.05.2022 г. - БФП на стойност - 51 223,72 лв. без ДДС и Протокол за приемане на извършени СМР № 6/31.05 по допълнително споразумение на стойност - 7 489,99 лв. без ДДС). Прието е, че в случай че при така установената забава неустойката беше изчислена върху стойността на цялата дейност по строителството, съгласно чл. 3, ал. 2 от договора - 2 928 710,21 лв. без ДДС, то дължимата неустойка за забава би била в доста по-висок размер.

Прието е от административния орган, че същото представлява нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Позовавайки се на разпоредбата на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, в който е предвидена и хипотеза, при която изменението на договора за обществена поръчка се счита за съществено, когато променя икономическия баланс на договора в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка, органът е формирал извод за наличие на посочената хипотеза, доколкото неустойката е изчислена по по-благоприятен начин за изпълнителя върху стойността на неизпълнената дейност, а не както е било заложено в договора - върху цялата стойност на съответната дейност, т.е. върху строителството, то съществено се променя икономическия баланс на договора и промяната безспорно е в полза на изпълнителя и драстично се разминава с първоначалния вариант на договора. Счита, че с това е въведено условие, което, ако е било част от процедурата за възлагане на обществената поръчка, биха били привлечени към участие допълнителни участници от една страна, а от друга, изменението променя икономическия баланс на договора за поръчка в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор.

В този смисъл е формиран извод, съгласно който изменението на договора може да се приеме като съществено по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 23, б. „а“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции и е наложена такава в размер на 25 % от стойността на договора.

Поради идентичността на описаното нарушение със следващото по т. 1.3., мотиви ще бъдат изложени и за двете по-долу.

1.3. Незаконосъобразно изменение на договора - забава по ОП №14

Относно констатирано закъснение при изпълнението на дейностите по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. с изпълнителя „СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, е установено, че съгласно чл. 2, ал. 1 от сключения договор с изпълнителя, срокът за изпълнение на поръчката е до 31.03.2019 г., като договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация въз основа на разрешение за ползване на всеки обект, издадено от органите на ДНСК (Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа (когато е приложимо). Със сключено допълнително споразумение към договора с изпълнителя № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-13/15.03.2021 г. срокът за изпълнение на поръчката е удължен до 01.09.2021 г. Съгласно представен линеен график акт - образец № 15 е следвало да бъде подписан на 01.09.2021 г. и да бъде подадено искане до РДНСК.

С писмо изх. № И-011/24.08.2021 г. изпълнителят „СТОСИН БИ РУСЕ ДЗЗД“ е поискал срокът за изпълнение на СМР и издаване на разрешение за ползване да бъде удължен. С писмо изх. № 1321-736/09.09.2021 г. жалбоподателят е уведомил изпълнителя, че няма да бъде удължаван срока на договора и за необходимостта от срочното приключване на обекта. С последващо писмо с изх. № 1321-620/22.06.2022 г. МОН е информирал изпълнителя, че е начислена неустойка за установено просрочие по отношение на стойността на СМР.

Съгласно чл. 43, ал. 1 от сключения договор за инженеринг, ако изпълнителят не изпълни предмета на договора в договорения срок за изпълнение, същият дължи на възложителя неустойка в размер на 0,1% от стойността без ДДС по чл. 3, ал. 2 на съответната дейност, за всеки ден закъснение, но не повече от общо 20% от стойността на договора. След преглед на информацията е установено, че неустойката е била наложена като 0,1% само върху стойността на СМР, които не са били изпълнени към дата 01.09.2021 г.

Наложена неустойка е в общ размер на 17 231,91 лв., определена както следва:

- по Протокол за приемане на извършени СМР № 10-1/30.05.2022 г. на стойност - 42 027,26 лв. без ДДС, за актувани към 13.09.2021 г. СМР - за установени 12 календарни дни забава;

- по Протокол за приемане на извършени СМР № 10-2/30.05.2022 г. на стойност - 45 124,56 лв. без ДДС, за актувани към 23.03.2022 г. СМР - за установени 203 календарни дни забава;

- по Протокол за приемане на извършени СМР № 10а - ДС/30.05.2022 г. на стойност - 37 277,27 лв. без ДДС, за актувани към 23.03.2022 г. СМР - за установени 203 календарни дни забава.

Във връзка с гореизложеното, с кореспонденция № BG16RFOP001-3.002-0004-C05-M220822.03.2023 г. в ИСУН, от бенефициента е изискано да представи становище, в което да посочи защо е била наложена неустойка само върху стойността на неизпълнените СМР на обекта към дата 01.09.2021 г., а не върху цялата стойност на СМР - съгл. чл. 43, ал. 1 от сключения договор за инженеринг, вкл. и допълнителни документи (при наличие на такива) за допълнително наложена

неустойка на изпълнителя.

Бенефициентът е представил становище, в което сочи, че възприетият принцип е при забава на изпълнението изпълнителят да дължи неустойка в размер на 0,1 % от стойността на неизпълнената дейност, а при забава на възложителя, той да дължи неустойка върху стойността на забавеното плащане.

РУО е приел, че в конкретния случай неустойката е трябвало да се изчисли върху стойността на дейността по строителството, а именно върху 1 853 070 лв. без ДДС, а в случай че при така установената забава неустойката беше изчислена върху стойността на цялата дейност по строителството, съгласно чл. 3, ал. 2 от договора - 1 853 070 лв. без ДДС, то дължимата неустойка за забава би била в доста по-висок размер. С оглед на това е приел, че начисляването на неустойката не върху сумата на дейността по чл. 3, ал. 2, а само върху неизпълнените СМР, представлява съществено изменение на договора, което е по-благоприятно за конкретния изпълнител. Соци се, че, ако тези условия са били обявени предварително, е било възможно да участват и други кандидати, което представлява нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП и нередност по т. 23, б. „а“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции и е наложена такава в размер на 25 % от стойността на договора.

Съгласно чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато се налагат изменения, които не са съществени. На основание чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от с.з. изменение на договор за обществена поръчка или на рамково споразумение се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително 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;
2. изменението променя икономическия баланс на договора за поръчка или рамковото споразумение в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка или рамково споразумение.

По т. 1.2 и т. 1.3 от решението е формиран извод, че начисляването на неустойката не върху цялата сума на дейността по чл. 3, ал. 2, а само върху неизпълнените СМР, може да се приеме за съществено изменение на договора. В тази връзка са изложени мотиви, че съгласно разпоредбата на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП, изменението на договор за обществена поръчка се смята за съществено в хипотеза, при която изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници. Въз основа на това е направен извод, че, ако в първоначалните условия на поръчката бе посочен възприетият принцип от възложителя, че при забава на изпълнението от изпълнителя последният дължи неустойка в размер на 0,1 % от стойността на неизпълнената дейност, то е било възможно да привлече допълнителни участници. Позовавайки се на разпоредбата на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, съгласно която е предвидена хипотеза, при която изменението на договора за обществена поръчка се счита за съществено, когато променя икономическия баланс на договора в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка, органът е обосновал извод за наличие на същата, доколкото начисляването

на неустойката е изчислена по по-благоприятен за конкретния изпълнител начин, а не както е било заложено в договора върху стойността на съответната дейност, т.е. върху стойността на всички подлежащи на извършване СМР.

Настоящият съдебен състав намира този извод за неправилен и незаконосъобразен. Същността на неустойката като правен институт е да обезщети кредитора по една сделка в случаите на неизпълнение – пълно или частично/неточно, без да се налага същият да доказва претърпените във връзка с неизпълнението вреди (чл. 92, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите). С оглед на това неустойка се дължи за неизпълнената част от задължението на изпълнителя, в противен случай възложителят би се обогатил неоснователно. На следващо място, неустойката е едно право, а не задължение на кредитора, тоест негова е преценката дали да го упражни. 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, а във втория случай изпълняват предвиденото в договора. В настоящия случай се касае не за пълно неизпълнение, а за неточно такова – забавено, несъобразено с предвидения в договора срок. МОН се е възползвал от правото си и е наложил на изпълнителя неустойка, която е съобразена с неизпълнената част от задължението и с периода на закъснението (забавеното изпълнение), което не се оспорва от ответника. По този начин е изпълнил предвидените в договора клаузи за защита на интереса си при отклонение в изпълнението и не се установява соченото от органа изменение на същия. В случая не може да става въпрос въобще за изменение на договора, а за неговото изпълнение, което се явява неточно спрямо уговореното и поради което на изпълнителя е наложена предвидената в него неустойка. В тази връзка е формирана практика на Върховния административен съд на Република България /Решение № 844 от 20.01.2020 г. на VII отделение на ВАС, адм. д. № 3089/2019 г., Решение № 15471 от 14.12.2020 г. на VII отделение на ВАС, и др./.

Предвид горните доводи не е налице изменение на договора с изпълнителя „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, съответно със „СТОСИН БИ РУСЕ“ ДЗЗД), по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП, което да е в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, следователно липсва основание за направения извод за допуснатата от жалбоподателя нередност по т. 23, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Следователно, липсва основание за определяне на финансова корекция и в тази част решението на РУО е незаконосъобразно поради нарушение на материалния закон.

По изложените съображения съдът намира оспорваният административен акт за незаконосъобразен поради нарушение на материалния закон по отношение на т. 1.2 и т. 1.3.. Поради това на основание чл. 172, ал. 2 от АПК същият следва да бъде отменен в частта по т. 1.3 относно Обособена позиция № 14 от процесната обществена поръчка. Относно Обособена позиция № 9 са установени две нередности, едната от които настоящият състав намира за недоказана (по т. 1.2). Съгласно чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, при констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1. На това основание за засегнатите от двете нередности по т. 1.1. и 1.2. разходи по сключения договор с „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД за изпълнение на обществена поръчка по ОП № 9 с процесното решение е наложена една обща финансова корекция в размер на

25 % от същите. Предвид това че съгласно т. 23, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ предвиденият размер на финансова корекция за всяка от двете нередности, установени по този договор, е еднакъв, и се потвърждава с настоящото решение по отношение на едната от тях, то съдът намира, че актът е законосъобразен и съответен на материалноправните разпоредби в тази част, относно определената финансова корекция в размер на 25 % от засегнатите разходи по сключения договор с „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД.

По разноските в производството:

На основание чл. 143, ал. 1 от АПК на жалбоподателя се следват направените по делото разноски за държавна такса, при условие че е заявил претенция за присъждане на такива. В случая това не е сторено нито с петитума на жалбата, нито в хода на съдебното производство, поради което съдът не дължи произнасяне в този смисъл.

Предвид своевременно заявената претенция на ответника по делото за присъждане на юрисконсултско възнаграждение и разпоредбата на чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът намира, че следва да бъде осъден жалбоподателят да му заплати сумата от 100 лв., определена съгласно чл. 37 от Закона за правната помощ, вр. с чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ, фактическата и правна сложност на делото и броя на проведените открити съдебни заседания.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 и чл. 143, ал. 1 и ал. 3 от Административнопроцесуалния кодекс, Административен съд София-град,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на образованието и науката срещу решение № РД-02-36-770/27.06.2023 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 **В ЧАСТТА**, с която е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 % върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД, с предмет: „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]“, на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС, **по Обособена позиция № 9** от обществена поръчка с предмет „Инженеринг – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“;

ОТМЕНЯ по жалбата на Министерство на образованието и науката решение № РД-02-36-770/27.06.2023 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 **В ЧАСТТА**, с която е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 % върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-РУСЕ“ ДЗЗД, с предмет „Инженеринг - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на

Професионална гимназия по механотехника „Ю. Г.“, [населено място], на Професионална гимназия по икономика и управление „Е. К.“, [населено място], и на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „П. П.“, [населено място], на стойност 1 945 355,00 лв. без ДДС, по **Обособена позиция № 14** от обществена поръчка с предмет „Инженеринг – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“.

ОСЪЖДА Министерство на образованието и науката ДА ЗАПЛАТИ на Министерство на регионалното развитие и благоустройството сумата от 100 (сто) лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: