

РЕШЕНИЕ

№ 7973

гр. София, 07.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 75 състав,
в публично заседание на 16.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Геновева Йончева

при участието на секретаря Ирена Йорданова и при участието на прокурора Тони Петрова, като разгледа дело номер **6658** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производство по чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Образувано е по жалба на Столична община, чрез адв. Г. П., срещу Решение № РД-02-36-698/20.06.2023 г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г., с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 3 150 889,82 лева с ДДС, формирана при прилагане на 20 % финансов показател върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02 от 03.05.2018 г. с изпълнител „Джи Пи Груп“ АД, до постигане на приложимия процент от 25 % с оглед влязло в сила Решение № РД-02-36-325/12.03.2019 г. за налагане на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по същия договор.

Жалбата съдържа подробни доводи за незаконосъобразност на описаното решение, които са допълнително обосновани в представени по делото писмени бележки. Накратко възраженията се сведат до следното: не е налице съставомерно изменение на договора за обществена поръчка, т.к. вложеният в обекта на възложителя строителен материал – скални павета и плочи – естествен камък, добит от находище М. К., РСМ от KRIN KG DOO, Р М., съответства на оферирания от изпълнителя и със своите експлоатационни характеристики съгласно сертификата за произход /конкретно якост на натиск/, надхвърля базовата стойност от 120 МРа, посочена в тръжната

документация. Отделно жалбоподателят акцентира, че не е налице съгласувана воля за постигане на съгласие между възложителя Столична община и „Джи Пи Груп“ АД за промяна на материала за гранитна настилка или на неговите технически характеристики. Защитната теза е за липса на соченото от органа нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5, във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, 2 и т. 3 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Оспорва и доказателствената стойност на проведената в административното производство техническа експертиза, изготвена от „Научноизследователски строителен институт – НИСИ“ ЕООД. В тази насока са изложени подробни възражения, дискредитиращи допустимостта на експертизата като доказателство. Жалбоподателят обобщава, че не са установени кумулативно изискуемите елементи на нередността по т. 23, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредба за посочване на нередности). Претендира се отмяна на акта и присъждане на разноски съгласно представен списък.

Ответникът – ръководителят на Управляващия орган (Р.) на Оперативна програма "Региони в растеж" (ОПРР) 2014-2020 г., в с.з. чрез юрк. Л., оспорва жалбата. Представя писмени бележки, които повтарят становището в акта, че част от изпълненото строителство не притежава технически характеристики, които съответстват на минималните изисквания на възложителя и предложени от избрания изпълнител в офертата му. Счита, че с промяната на характеристиките на част от материалите, чрез приемане (в писмена форма) на продукти, които не съответстват на минималните изисквания на възложителя, са променени първоначално обявените условия, независимо от липсата на подписано допълнително споразумение. Фактическите действия на възложителя, изразяващи се в приемане (в писмена форма, чрез подписване на приемо-предавателни протоколи, нормативно установени актове за приемане на строителни дейности) на продукти с променени и занижени технически характеристики, но на първоначално договорената ценова стойност, представляват съществено изменение на договора. С действията си страните са извършили незаконосъобразно изменение в предмета на договора за обществена поръчка. Възложителят е приел писмено изпълнение, различно от уговореното. Изменението засяга пряко предмета (строителните материали) и е съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 3 ЗОП.

Софийска градска прокуратура, чрез прокурор Тони Петрова изразява становище за основателност на жалбата.

Административен съд – София-град, III отделение, 75-и състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Столична община е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ (БФП) по сключен с МРРБ Административен договор по ОПРР 2014- 2020, Приоритетна ос 1 „Устойчиво и интегрирано градско развитие“, процедура на директно предоставяне № BG16RFOP001-1.001 „Изпълнение на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие 2014-2020 – С.“, част от процедура BG16RFOP001-1.001-039 „Изпълнение на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие 2014-2020“, за изпълнение на одобрено с Решение № РД-02-36-55/19.01.2018 г. на Р. проектно предложение № BG16RFOP001-1.001-0002-C01 с наименование „Изграждане,

възстановяване и обновяване на публични пространства от Централна градска част в [населено място]“.

В изпълнение на ангажиментите по АДБФП Столична община е открила и провела открита процедура по ЗОП за възлагане на обществена поръчка с предмет „Изграждане, възстановяване и обновяване на публични пространства в Централна градска част на [населено място] - зона 2“.

В резултат на проведената обществена поръчка е сключен Договор №BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02 с избрания за изпълнител „Джи Пи Груп“ АД. Възлагателната процедура е била предмет на последващ административен контрол, приключил с констатация за допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5, вр. чл. ал. 5, т. 1, 2 и 3 ЗОП - незаконосъобразно изменен договор с изпълнител.

Констатирано е, че във връзка с проверка по постъпило искане за междинно плащане по АДБФП е възложена техническа експертиза с предмет „Обследване качеството на изпълнение на настилки и основите под тях по проект BG16RFOP001-1.001-0002-C02 „Изграждане, възстановяване и обновяване на публичните пространства в Централна градска част в [населено място]“. За целите на експертизата са взети проби от два участъка на [улица], изпълнени по договора с изпълнител „Джи Пи Груп“ АД в рамките на строеж „Изграждане, възстановяване и обновяване на публични пространства в Централна градска част на [населено място], зона 2“. Извършени са изпитвания по отношение на бетоновата основа, включително използваната армировъчна стомана, както и на взетите проби от скални павета, използвани за настилката. Установено е, че голяма част от изследваните скални павета са от габромонзонит, а не от гранит, както е заложено в инвестиционния проект и съответно в офертата на изпълнителя по договора. Налице били съществени разминавания по отношение якостта на натиск на скалните павета, от които е изпълнена настилката, спрямо заложените изисквания в документацията и спрямо офертата на избраният изпълнител.

Резултатите от изпитванията са анализирани в контекста на предвижданията в методиката за оценка, в която един от показателите, които подлежат на оценяване са техническите характеристики на предложените от изпълнителя гранитни настилки. Констатирано е, че по отношение настилка Н.8 Паваж – гранит, светлосив и тъмносив, като минимална стойност на базовото изискване е заложено якостта на натиск да е по-голяма или равна на 120 МРа. Изпълнителят е предложил материал, който притежава якост на натиск от 196 МРа. В процеса на разглеждане на офертите, комисията е приела, че участникът е предложил надграждане по смисъла на тръжната документация. Констатирано е, че според резултатите от проведените изпитвания нито едно от изпитаните скални павета (настилка Н.8 Паваж – гранит, светлосив и тъмносив) няма якост на натиск от 196 МРа, като голяма част от тях не достигат и минималното изискване съгласно проекта и тръжната документация от 120 МРа. Обобщено е, че реално изпълнените дейности не отговарят на предложените от изпълнителя. Налице било допуснато изменение на договора, което е квалифицирано като съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 ЗОП и представлява нередност по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Срещу горните констатации бенефициерът е представил писмено възражение по реда на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ. Възражението съдържа доводи срещу основанието на предложената финансова корекция, основаващи се на твърдения за липса на извършено изменение на договора за обществена поръчка, от една страна, и от друга

на твърдения, че вложеният в обекта строителен материал – естествен камък – гранит, е с експлоатационни характеристики съгласно декларация, предоставена от производителя, покриващи и дори надхвърлящи минималните изисквания на тържната документация и техническото предложение на изпълнителя относно вид и якост на натиск на материалите. Бенефициерът е категоричен в позицията си, че не е налице противоположно поведение от страна на бенефициента, което да е довело до нарушение на националното или европейското законодателство.

Депозираното възражение не е възприето от Р., вследствие на което е издадено оспореното Решение № РД-02-36-698, с което на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 69, ал. 1, чл. 70, ал. 1, т. 3 ЗУСЕФСУ, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, на Столична община е наложена финансова корекция в размер на 3 150 889,82 лева с ДДС, формирана при прилагане на 20 % финансов показател върху допустимите разходи по засегнатия договор с „Джи Пи Груп“ АД, до постигане на приложимия процент от 25 % с оглед влязло в сила Решение № РД-02-36-325/12.03.2019 г. за налагане на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по същия административен договор.

Финансовата корекция е обусловена от констатацията за извършено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5, вр. ал. 5, т. 1, 2 и 3 ЗОП /в относимата редакция/, представляващо нередност по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Мотивната част на акта за налагането ѝ представлява възпроизвеждане на изводите в сигнала за нередност. Р. е неотстъпчив в становището си, че при изпълнението на дейностите по договора с „Джи Пи Груп“ АД е използван материал, различен от изискуемия по техническата спецификация на възложителя, като вместо гранит са вложени два типа скални разновидности - габромонзонит и порфиرويدен биотпугтов гранит, които предвид резултатите от експертизата, са с по-лоши показатели от минимално заложените изисквания в документацията. Според органа, променяйки оферирания материал по отношение на вид, марка, производител, но най-вече на характеристика, която е била предмет на оценка, възложителят е допуснал съществено изменение на елементите на договора, посочени в документацията за участие, доколкото по-ниски от заложените базови стойности изключват възможност за изпълнение с такъв материал и такава оферта би следвало да бъде отстранена. Акцентирано е, че доколкото по същия показател „Джи Пи Груп“ АД е предложил гранитна настилка с по-добри стойности, спрямо минимално определените, същият е получил и по-висока оценка. Прието е, че са налице обстоятелства, водещи до увреждане на конкуренцията. Със замяната на строителния продукт са въведени 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. Посочено е, че с промяната на характеристиките на част от материалите, чрез приемане (в писмена форма) на продукти, които не съответстват на минималните изисквания на възложителя, са променени първоначално обявените условия, независимо липсата на подписано допълнително споразумение. Фактическите действия на възложителя, изразяващи се в приемане (в писмена форма, чрез подписване на приемо-предавателни протоколи, нормативно установени актове за приемане на строителните дейности) на продукти с променени и занижени технически характеристики, но на първоначално договорената ценова стойност, представляват съществено изменение на договора.

С горните мотиви е обоснована упражнената от Р. властническа компетентност, чиято законосъобразност е предмет на настоящата съдебна проверка.

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

Жалбата е процесуално допустима, като разгледана по същество е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 с.з. е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕФСУ са управляващите органи, счетоводните органи и одитните органи, като ал. 5 възлага на управляващите органи отговорности във връзка с цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице.

Материалната компетентност на издателя на оспореното решение произтича от посочената по-горе нормативна регламентация и чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, приет с Постановление № 171 на МС от 16.08.2017 г., съгласно който 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. Персоналната компетентност на издателя на акта - А. Т. - Б. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството, следва от издадената от министъра Заповед № РД-02-14-642 от 15.06.2023 г., с която същата е оправомощена да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Регионално развитие" 2014 – 2020 г., а с това и да издава актове по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ (електронен вариант на заповедта е представен с оптичния диск на л. 21 от делото).

С оглед изложеното съдът намира проверяваното Решение № РД-02-36-698 за валидно издадено.

Спазени са изискванията за форма на административния акт - чл. 59, ал. 2 АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ. Административният орган е изложил установените факти и обстоятелства и е обосновал в достатъчна степен направените от него изводи, позволяващи еднозначно да се изведе волята му за издаване на акт с посоченото съдържание. Доколко посочените в решението на Р. фактически и правни основания са материално законосъобразни и обхващат всички елементи на фактическия състав на нередността, за която е наложената финансова корекция, е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Не се констатира съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да са от такова естество и интензитет, че да рефлектират на валидността и обосноваването на упражненото властническо правомощие. Доказателствата по делото сочат, че е редовно проведена процедурата по уведомяване съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ. Бенефициерът е запознат за вида на констатираното нарушение и неговата правна квалификация като нередност. Предоставена му е възможност да се запознае с констатациите на Р. и в случай на

несъгласие с тях да изложи възражения си в 14-дневен срок, считано от получаване на уведомителното писмо. Същият е представил своите опровергаващи доводи, които са обсъдени при издаване и формиране на волята на органа, обективизирана в процесното решение.

Относно материалната законосъобразност на акта, обусловена от преценката за извършено нарушение според посочената в акта на Р. правна квалификация по чл. 116, ал. 1, т. 5 и ал. 1, т. 1, 2 и 3 ЗОП, отнесено по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата:

В обжалваното Решение № РД-02-36-698 са посочени като нарушени разпоредбите на чл. 116, ал. 1, т. 5, във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, 2 и т. 3 ЗОП, с пояснение в скоби „в относимата редакция“. Нормата на чл. 116, ал. 1 ЗОП лимитативно изброява случаите, в които вече сключеният договор за обществена поръчка може да бъде изменян. Това нормативно правило след обнародване на закона в ДВ, бр. 13/2016 г. има последваща редакция, доколкото със ЗИДЗОП, обн. ДВ бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г., ал. 1 на чл. 116 вече има нова номерация, като предишната т. 5 става т. 7, според която договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато се налагат изменения, които не са съществени. Новата т. 5 съдържа като основание за изменение на договора случите, когато се налага замяна на изпълнителя с нов изпълнител. Предвид това, че цялостната регламентация на чл. 116 ЗОП е проява на основното правило за недопустимост на съществените изменения, в ал. 5 на разпоредбата са изброени хипотезите, при които се счита изменението за съществено, а именно, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително когато са изпълнени едно или повече от условията, посочени в т. 1 - 4.

Следва да се отбележи, че конкретните правни норми, сочени от Р. за нарушени, проявяват известно различие в съдържанието си в различните редакции на закона, последвали неговото обнародване в ДВ бр. 13/2016 г. Административният орган не е посочил коя е приложимата редакция на Закона за обществените поръчки по отношение на всички сочени от него за нарушени правни норми от разпоредбата на чл. 116 ЗОП. Посочено е единствено „в относимата редакция“. Доколкото разпоредбата на чл. 116, ал. 5 ЗОП изрично регламентира какво следва да се счита за съществено изменение, а същата до настоящия момент е претърпяла две изменения (към ДВ бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г. и ДВ, бр. 107/2020 г., в сила от 01.01.2021 г.), то не става ясно към кое съдържание на разпоредбата реферира органът в акта си – дали това към момента на откриване на възлагателната процедура с решение на възложителя или към момента на сключване на договора за възлагане на обществената поръчка /когато е приложима редакцията **преди** ДВ бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г. /, дали това към момента на извършване на СМР съгласно констативните протоколи за тяхното удостоверяване /налични в оптичния диск на л. 244/, в които са описани доставени и вложени от изпълнителя различни количества гранитни павета, или към момента на действителното приключване на изпълнението по договора със съставяне на акт обр. 15, по Наредба № 3/31.07.2003 г. /когато пък е приложима редакцията на закона **след** ДВ бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г./.

Съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му, съгласно чл. 142, ал. 1 АПК, но в случая това се отнася до материалноправното основание за упражняване на властническото правомощие на органа да определи финансова корекция, а не до правните норми, които са давали

правна регламентация на извършените от бенефициера действия, в качеството му на възложител на процесната обществена поръчка, към момента на твърдяното от органа нарушение.

Изложеното има отношение към предпоставките, които следва да са осъществени, за да се приеме, че е налице нарушение на забраната за изменение на договора за обществена поръчка, извън допустимите случаи, доколкото извършването на твърдяното от органа нарушение е към момент, предхождащ неговото констатиране от административния орган. Т. изрично уточнение на приложимия закон не е направено, а следва да бъде предполагаемо с оглед изводите на органа. Съдът, обаче, не може нито да допълва, нито да изменя мотивите на органа, още по-малко да дава вместо него правна квалификация на установените от органа факти. Дори само по тази причина административният акт се явява постановен в противоречие с материалния закон – основание за неговата отмяна по чл. 146, т. 4 АПК.

Независимо от горното, за да отговори на изложените в жалбата доводи и с оглед извършването на задълбочена проверка на обжалвания административен акт, настоящият съд намира за необходимо да обоснове преценката си, изхождайки от отразените в решението текстове от ЗОП със следното съдържание /стр. 15/: съгласно чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП договорите за обществени поръчки могат да бъдат изменяни само когато се налагат изменения, които не са съществени. Според чл. 116, ал. 5, т. 1 с.з. изменението е съществено, когато въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Изменението е съществено и когато засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение /т. 3/.

Според установяванията на Р. изменението е свързано с промяна в хода на изпълнението на оферирания от изпълнителя строителен материал и конкретно този от група „Гранитни настилки“, който според възлагателната документация /Таблица № МО 4: „Модел на таблица за представяне на стойности за конкретните настилки“/ трябва да съответства на следните базови изисквания: якост на натиск в МПа ≥ 120.0 , абсорбция на вода при нормално налягане в % $\leq 0,4$, якост на огъване при постоянно натоварване в МПа ≥ 12.0 , устойчивост на изтриване (метод Bohme) в $\text{cm}^3/50\text{cm}^2 \leq 10.0$. Органът е счел, а жалбоподателят не оспорва, че избраният за изпълнител „Джи Пи Груп“ АД е предложил скални павета и плочи, покриващи и надхвърлящи базовите експлоатационни характеристики на възложителя, като съобразно предвижданията на методиката за оценка на офертите това надграждане е имало решаващо класирането значение. За удостоверяване на експлоатационните показатели на предложения строителен материал – естествен камък-гранит, са представени декларации от производителя KRIN Kg D.O.O и протокол за изпитване № С18-3557-БЛА/30.11.2018 г., приложени на л. 62-77 от делото. При изпълнение на възложените дейности са съставяни необходимите строителни документи, вкл. протоколи съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството.

Противоречието в тезите на страните се разкрива при интерпретацията на резултатите от лабораторната експертиза, изпълнена от „НИСИ“ ЕООД за целите на проверката на подаденото от бенефициера искане за междинно плащане по АДФП.

Установява се, че за изготвяне на експертизата са взети проби от скални павеа, за които е извършен визуален оглед и са проведени изпитвания за проверка на съответствието им с изискванията на проектната документация. Извършено е минерало-петрографско изследване за определяне на петрографския вид на скалата за двата вида павеа, резултатите от което са представени в Приложение 7 – Протокол № 54-1-48/26.01.2023 г. /л. 153/. Експертиза е показала, че при изпълнението на дейностите е използван материал, различен от изискуемия по техническата спецификация и инвестиционен проект на възложителя. Вместо гранит е установено наличие на два типа скални разновидности - габромонзонит в паветата от Проба 1 и павеа с № 4 и № 8 от Проба 2, както и порфиоровиден биотитов гранит в павеа № № 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11 и 12 от Проба 2. Проведени са лабораторни изпитвания за определяне на основните физични характеристики, както и на специфицираните в проекта характеристики двата вида материал – размери, якост на натиск, абсорбция на вода и устойчивост на изтриване. Резултатите са отразени в Приложение 6 /л. 136/ и обобщени в таблица 2 /л. 88/, където са съпоставени със съответните проектни изисквания.

Въз основа на резултатите от изследването Р. приема, че замененият материал – двата типа скални разновидности габромонзонит и порфиоровиден биотитов гранит, е с по лоши характеристики от минимално заложените изисквания на възложителя. В решението е възпроизведена част от експертизата /л. 90/, според която „общо 46% от изпитаните павеа (50% от пробните тела от габромонзонит и 40 % от гранитните) показват якост на натиск по-ниска от граничната стойност 120 от МРа, съгласно „Технически указания (към мострен каталог)“, октомври 2020 г., останалите 54% показват якости по-високи от 120 МРа (50 % от пробните тела от габромонзонит и 60 % от гранитните)“. Тезата на Р. е, че променяйки оферирания материал по отношение на вид, марка, производител, но най-вече на характеристика, която е била предмет на оценка, възложителят е допуснал съществено изменение на елементите на договора. Жалбоподателят възразява, като твърди, че дори и да е налице отклонение от първоначално договореното, то това не води автоматично до извод за допуснато изменение на договора за обществена поръчка. Отделно оспорва доказателствената стойност на изготвената административна експертиза, на която противопоставя данните от извършено от ИСЦ при „НИСИ“ ЕООД изпитване на същия материал от същия производител, но по заявка от друг субект.

С оглед така изведените насрещни тези и възражения на страните относно приетото за осъществено нарушение на приложимото право, съдът, като съобрази фактическите и правни основания за упражняване на компетентността от ответника, намира за необходимо да направи следните уточнения:

Договорите за възлагане обществена поръчка, имат гражданскоправен характер, което обосновава приложимостта на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) и Търговския закон (ТЗ) спрямо този вид обществени отношения. Този извод следва от препращането, направено с разпоредбата на чл. 120 от ЗОП, според която, за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на ТЗ и ЗЗД. В разпоредбата на чл. 20а, ал. 1 от ЗЗД е указано, че договорите имат сила на закон за тези, които са ги сключили, а според ал. 2 от същата разпоредба те могат да бъдат изменени, прекратени, разваляни или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона. В този смисъл, изменението на договора е

средство за промяна на вече съгласувани между страните воли, чрез постигане на съгласие за това. ЗЗД не установява форма за действителност на това правно действие, но характерът на процесните правоотношения предопределя задължението на страните в тези случаи да обективират волята си в писмен акт. Това е така, защото правилото на чл. 112 от ЗОП предвижда, че възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка. За да породи действие изменението на така сключения формален договор, безспорно е необходимо и то да бъде материализирано по аналогичен начин – чрез съгласуване на насрещните воли в писмена форма за действителност. В подкрепа на така формирания извод се явяват и разпоредбите на чл. 27 и чл. 185, т. 2 от ЗОП, които въвеждат задължение за възложителя да публикува информация относно сключваните договори (и допълнителни споразумения) по ЗОП, като и да публикува обявление в 30-дневен срок от подписването на допълнителното споразумение – за изменение на договор по чл. 116, ал. 1. В този смисъл е последователната практика на съдебните състави на ВАС, възприета в решение № 2577 от 6.03.2024 г. на ВАС по адм. д. № 8845/2022 г., VII о., решение № 12987 от 17.12.2021 г. на ВАС по адм. д. № 8648/2021 г., VII о., решение № 5323 от 27.04.2021 г. по адм. дело № 1085/2021 г., VII о. на ВАС, решение № 5430 от 28.04.2021 г. по адм. дело № 2997/2021 г., VII о. на ВАС, решение № 6086 от 19.05.2021 г. по адм. дело № 2775/2021 г., VII о. на ВАС, решение № 8841 от 23.07.2021 г. по адм. дело № 3410/2021 г., VII о. на ВАС, решение № 9046 от 04.08.2021 г. по адм. дело № 5006/2021 г., VII о. на ВАС, решение № 8303 от 08.07.2021 г. по адм. дело № 5871/2021 г., VII о. на ВАС и др.

В Решение от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 г. и С-443/22 г. Съдът на Европейския съюз (СЕС), тълкувайки чл. 72, § 1, буква "д)" и § 4, букви "а)" и "б)" от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24/ЕС/Директивата), чиито норми са транспонирани в националното законодателство със ЗОП, вкл. и с приложимите към настоящия казус разпоредби на чл. 116, се е произнесъл утвърдително по въпроса дали изменението на договора за обществена поръчка, извършено в хода на неговото изпълнение, може да бъде квалифицирано като "съществено" по смисъла на чл. 72, §1, буква "д)" и §4 Директивата, когато между страните не е сключено изрично писмено споразумение с предмет това изменение, а волята им в тази насока се извежда от други писмени доказателства, изхождащи от тях. Според Съда възприемането на обратната теза е приравнено на позволение за заобикаляне на основополагащи принципи при възлагането на обществени поръчки като този на прозрачност и равно третиране на оферентите и нормативната уредба относно изменението на сключените с избраните за изпълнители договори. В тази връзка СЕС се позовава на Съображение 107 от преамбулната част на Директивата, според което измененията са съществени, когато указват намерението на страните да предоговорят основни срокове или условия на тази поръчка, като изрично уточнява, че това намерение може да бъде изведено и от комуникацията между страните.

Следователно, за да е налице изобщо изменение по смисъла на тълкуваните разпоредби, от фактическа страна е необходимо най-напред да се установи следваща по време сключения договор съгласувана между страните по него воля, която да е обективирана в писмен документ, без значение от характера му, и да е насочена към пораждаване на правни последици, свързани с предоговаряне на някой съществен

елемент от съглашението.

Подобно разбиране на разпоредбите на националния закон в частта за изменението на договора за обществена поръчка застъпва и административния орган, като сочи че „с промяната на характеристиките на част от материалите, чрез приемане (в писмена форма) на продукти, които не съответстват на минималните изисквания на възложителя, са променени първоначално обявените условия, независимо от липсата на подписано допълнително споразумение. Фактическите действия на възложителя, изразяващи се в приемане (в писмена форма, чрез подписване на приемо-предавателни протоколи, нормативно установени актове за приемане на строителните дейности) на продукти с променени и занижени технически характеристики, но на първоначално договорената ценова стойност, представляват съществено изменение на договора.“.

Но същевременно Р. не посочва изрично кои са документите, от чието съдържание се установява съгласуване на волята на страните за изменение на договора за възлагане на обществена поръчка. Както основателно сочи жалбоподателя, липсват обективни данни, че между възложителя и изпълнителя са водени преговори за промяна на материала от групата на гранитните настилки. Не са съставени каквито и да било документи, които да сочат на намерение или съгласие на страните по договора за неговото изменение, вкл. в частта му относно вида и експлоатационните показатели на скалните павета. Общо посочените без конкретизация приемо-предавателни протоколи са всъщност изискуемите от специалния закон актове и протоколи по време на строителството и същите не представляват писмено доказателство за изменение на договора за строителство.

Доколкото в съдържанието на акта не е посочено кои фактически действия на възложителя Р. счита, че съставляват „приемане“, респ. кои документи обективират промяната на вече съгласуваните между страните воли, на основание чл. 171, ал. 5 АПК, вр. чл. 144 АПК, с определение на съда беше указано на ответника, че не сочи доказателства за наличие на писмено изразена воля за промяна на оферирания от „Джи Пи Груп“ АД строителен материал и вложен такъв при изпълнение на Договор № BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02. В тази връзка бяха изискани и всички съставени при изпълнението на горепосочения договор актове, изготвени по реда и по силата на Наредба № 3 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, както и всички други двустранно подписани от възложителя и изпълнителя актове, относими към характеристиките на вложените при изпълнението на СМР гранитни настилки.

В отговор е представена от жалбоподателя цялата строителна документация за обекта, налична в електронен вариант в приложения по делото на л. 244 оптичен диск. Представени са констативни протоколи за завършени СМР, двустранни сметки, актове по Наредба № 3 от 31.07.2003 (образци 10, 11, 15, 16 и 17), декларации, описи на документи и технически паспорт, от чието съдържание не може да се изведе обоснован извод за наличие на съгласувана воля на страните за изменение на сключения договор за обществена поръчка. Съдържанието на актовете и протоколите е установено в цитираната Наредба № 3, като в съответствие с чл. 1, ал. 2 от нея, с тях се удостоверява спазването на изискванията към строежите по чл. 169, ал. 1 и 3 ЗУТ. Съставените и оформени съгласно изискванията на тази наредба актове и протоколи имат доказателствена сила при установяване на обстоятелствата, свързани със започване, изпълнение и въвеждане в експлоатация (приемане) на строежите – чл. 1,

ал. 4. Същите се съставят от лицата, посочени в чл. 7, ал. 3 от Наредбата /според вида им в т. 1-17/. Съдържанието на представените по делото актове съответства на нормативно установеното и в тях не е отразена волята на страните за промяна на подлежащия за влагане и обективно положен строителен материал. Същевременно липсва правна норма, която да създава фикцията, че замяната на строителния материал, необходим за изпълнение на поръчката при уговорените в раздел VII от договора неустойки е "изменение на договора" по смисъла на чл. 116 ЗОП.

Друг извод не следва и от съдържанието на констативните протоколи за установени като извършени СМР № 1/08.10.2018 г., № 2/08.02.2018 г., № 3.1/27.06.2019 г., № 4.1/19.07.2019 г., № 5.1/02.07.2019 г., № 6.1/11.12.2019 г., № 7.1, № 8.1, № 9.1 и № 10.1/05.11.2020 г., № 8.1/3.2. от 05.11.2020 г., в които са описани като доставени и положени в подзоните от обекта различни количества гранитни павеа. Протоколите са подписани от представители на възложителя, изпълнителя, строителния надзор и външна техническа помощ, но в тях липсва констатация, че строителният материал от групата „Гранитни настилки“ е от вид и с характеристики, различни от договорените. Вложените скални павеа са описани и в Техническия паспорт, в който също липсва констатация за постигнато съгласие за промяна на техния вид и експлоатационни показатели. В съставения акт Обр. 16 са цитирани предоставените от производителя KRIN KG D.O.O декларации за плочи от естествен гранит, произведени в кариера Мириево-К. РМакедония, с обявени експлоатационни показатели, вкл. за якост на натиск /204.8Мра/, съответстващи на оферираниите от „Джи Пи Груп“ АД. В декларациите е отразена следната информация /т. 7/: *„за лабораторните изпитвания на естествения камък KRIN KG D.O.O си сътрудничи с лаборатория EVRO KONSALTING DOO – С., акредитирана от Института за акредитация на Р М. по М. EN ISO/IEC. Подробни резултати от всички лабораторни изпитвания се съхраняват в архива на KRIN KG D.O.O“*. Така представените декларации за произход, удостоверяващи качеството и показателите на строителните продукти са дали на възложителя обосновано и разумно очакване, че същите са в съответствие с оферираниите, покриващи и надхвърлящи базовите изисквания съгласно техническата спецификация и инвестиционния проект. В случай, че това не е така, не следва извод, че възложителят в нарушение на забраната по чл. 116 ЗОП е приел различно от договореното, а поражда единствено неговото право да изиска заплащане на неустойка в съответствие с договорения размер.

В чл. 28 от договора за обществена поръчка е предвидено, че при некачествено изпълнение на поръчката, съдържащо отклонения от изискванията на възложителя, изпълнителя, дължи неустойка в размер до 5% от стойността на договора по чл. 2 без ДДС. Същата се дължи независимо от останалите санкции и неустойки по настоящия договор. Некачественото изпълнение се констатира с констативен протокол, съставен от длъжностни лица от Столична община и консултанта, упражняващ строителен надзор, който се връчва на изпълнителя.

Влагането на несъответни с изискванията на възложителя строителни материали е некачествено/неточно изпълнение на договора от страна на изпълнителя, но това не значи изменение на договора. Между изменение на договора и неточното му изпълнение с пораждане на договорено право на мораторна неустойка има съществена разлика. В първия случай страните след подписване на договора постигат съгласие за изменението му, а във втория случай изпълняват предвиденото в него. На практика приетото от органа обезсмисля функцията на регламентирания и допустим и при

договорите за обществените поръчки институт, какъвто е неустойката, и то не основавайки се на изключваща приложимостта му правна норма, а по пътя на тълкуването. Двата института – изменението на договора и неустойката, имат различни цели и поради това се осъществяват при наличието на различни предпоставки. Изменението на договора е средство за промяна на вече съгласуваните воли на страните по договора, а неустойката, е средство за обезпечаване на изпълнението и за обезщетяване на вредите от неизпълнението, в частност от некачественото, респ. неточно изпълнение. В случая, ако органът е счел, че неупражняването на правото на неустойка е нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право е следвало да посочи нарушената правна норма, а не от това да гради извод, че е променен икономическият баланс на договора в полза на изпълнителя /вж. мотивите на стр. 17, абз. първи/.

В обобщение на изложеното съдът намира, че оспореният индивидуален административен акт е материално незаконосъобразен, както поради липса на изрично уточнение на приложимия закон, така и поради това, че бенефициерът не е извършил твърдяното съществено изменение на сключения с „Джи Пи Груп“ АД договор за обществена поръчка. Това значи, че не е налице елемент от фактическия състав на нередността, за която органът е определил финансова корекция. Липсата на нарушение, а с оглед на това и на нередност, прави ненужна проверката от съда на правната квалификация на нередността по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Само за пълнота, в отговор на възраженията, дискредитиращи доказателствената стойност на приетата по делото техническа експертиза, следва да се посочи, че същата е възложена по повод подадено от бенефициера искане за междинно плащане по АДФФП. Изследването е изпълнено от „Научноизследователски строителен институт - НИСИ“ ЕООД, избрано за изпълнител на обществена поръчка за услуга с предмет „Обследване качеството на изпълнение на настилки и основите под тях по проект BG16RFOP001-1.001-0002-C02 „Изграждане, възстановяване и обновяване на публичните пространства в Централна градска част в [населено място]“. Самото лабораторно изпитване е извършено в акредитирана лаборатория за изпитване на естествени каменни материали съобразно сертификата от Българска служба за акредитация, валиден до 07.10.2026 г. По аргумент от чл. 49 АПК експертиза се възлага, когато за изясняване на някои възникнали въпроси са необходими специални знания, каквито органът няма. В случая органът правомерно е установил техническите показатели на вложения строителен материал посредством лабораторното му изпитване. Оспорващият не се възползва от процесуалната възможност в съдебното производство да поиска назначаване на експертиза, която да установи твърдяното в жалбата техническо съответствие на гранитните павета. Доводите на процесуалния представител на Столична община срещу допустимостта на експертизата като доказателство се основават на отношенията на свързаност между възлагащия орган и „НИСИ“ ЕООД. Липсват обаче обективни данни извършилите лабораторното изследване лица да са заинтересовани по смисъла на чл. 10, ал. 2 АПК с оглед препращането в чл. 49, ал. 3, изр. второ от същия кодекс. Неоснователни са и доводите във връзка с репутацията на изпълнителя. Това, че „НИСИ“ ЕООД е включено в списък на стопанските субекти, за които е налице обстоятелството по чл. 55, ал. 1, т. 3 от ЗОП няма отношение към доказателствената и информационна стойност на експертизата.

Независимо от неоснователността на разгледаните по-горе възражения на жалбоподателя, с оглед формирания от съда извод за неустановено нарушение на чл. 116 ЗОП, е дължима отмяна на акта за налагане на финансова корекция.

При този изход на спора и на основание чл. 143, ал. 1 АПК основателно е своевременно претендираното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски. Същите по вид и размер са посочени в приложения на л. 170 списък и възлизат общо на 87 998,60 лв., от които 1700 лв. за ДТ и 86 295,60 лв. адвокатско възнаграждение.

Съдът намира възражението на ответника за прекомерност на претендираното от оспорващия адвокатско възнаграждение за основателно. Този извод следва при съобразяване съвкупно: на правната и фактическа сложност на делото и наличието на съдебна практика по сходни казуси. Същевременно съдът отчита обема на извършените от адв. П. процесуални действия по събиране на допълнителни доказателства, освен съдържащите се в административната преписка, съдържанието и пълнотата на обосновката в жалбата, както и защитавания от страната материален интерес, при което и с оглед тълкуванията на СЕС по дело С-438/22 намира, че дължимото адвокатско възнаграждение за настоящата инстанция следва да бъде определено на 40 000, 00 лв. Заедно с доказателствата за заплатена ДТ, общо дължимите разноски на жалбоподателя възлизат на 41 700,00 лв. Предвид разпоредбата на § 1, т. 6 от ДР на АПК, разноските следва да бъдат поети от Министерство на регионалното развитие и благоустройството - юридическото лице, в чиято структура се намира административният орган, издател на акта.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд– София град, III отделение, 75-и състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-698 от 20.06.2023 г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България да заплати на Столична община разноски по делото в размер на 41 700 (четиридесет и една хиляди и седемстотин) лева.

Решението може да бъде обжалвано чрез Административен съд – София-град пред Върховния административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщението до страните.

Препис от решението да се изпрати на страните по реда на чл. 137 от Административнопроцесуалния кодекс.

СЪДИЯ: