

РЕШЕНИЕ

№ 2193

гр. София, 03.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 80 състав,
в публично заседание на 08.02.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Виржиния Петрова

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **11991** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Образувано е по жалба на Министерство на образованието и науката представявано от Й. Й., процесуален представител по пълномощно № 94-4642/05.08.2022г., срещу Решение № РД-02-36-54/18.01.2023г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР), с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020г. сключен от Министерство на образованието и науката с изпълнител „Запрянови-03“ ООД.

Настоящото разглеждане на делото е второ по ред, след като с решение № 12339/12.12.2023 г. на Върховния административен съд (ВАС), Седмо отделение, по адм.д. № 8077/2023 г. е отменено решение № 4226 от 26.06.2023 г., постановено по адм.д. № 2111/2023 г. по описа на Административен съд София-град, като делото е върнато за ново разглеждане от друг съдебен състав на съда.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност на обжалвания акт поради противоречие с материалния закон и допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила - основания за отмяна по чл. 146, т. 3 и т.

4 от АПК. Твърди се, че актът е издаден при липса на мотиви и по-конкретно, при липса на аргументи относно наличието на основания за налагане на финансова корекция и без да са обсъдени голяма част от наведените пред органа възражения. Жалбоподателят счита, че решението се основава на погрешно прилагане на ЗОП към установените факти, като оспорва изводите за допуснати нарушения. С оглед на изложеното, моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрист Й., който поддържа жалбата. Счита, че доколкото в решението на ВАС, с което делото е върнато на първоинстанционния съд са намерени пропуски в работата на съда единствено по отношение на установените в т.2 и т.3 от решението, счита че съдът трябва да се произнесе единствено по тях. Претендира разноски и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – заместник-министърът на благоустройството и ръководител на УО ОПРР, в съдебното заседание се представлява от юр. В., която поддържа представените в хода на производството писмени бележки и моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, установи следното:

Преди да продължи с изложението по същество, съдът следва да отбележи, че искането на жалбоподателя за произнасяне само по две от четирите точки на обжалваното решение е несъстоятелно. Видно от мотивите на решение № 12339/12.12.2023г. на Върховния административен съд (ВАС), Седмо отделение, по адм.д. № 8077/2023 г., решение № 4226 от 26.06.2023 г., постановено по адм.д. № 2111/2023 г. по описа на Административен съд София-град е отменено на формално основание и в цялост, без да е извършена проверка за материална законосъобразност. Поради горното настоящата инстанция следва да извърши цялостна проверка на обжалвания акт.

От приобщените по делото доказателства се установява, че жалбоподателят е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 по процедура по директно предоставяне BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България“ № от ИСУН-BG16RFOP001-3.002-0005-C01 № РД-02-37-117/21.06.2017г. /л.92 и следващите от дело № 2111/23г. на АССГ/.

На 06.06.2017 г., с Решение №Р-01-56, министърът на МОН обявява открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. – 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 г., процедура BG16RFOP001-3.002 “Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции.

Документацията по обществената поръчка е публично достъпна на адрес:https://zop.mon.bg/navigator/cat_ezop22.aspx?yL6vsZzJPuC6ylQABsh8aVKYvA00kWlc46ToXqP7079p+FQuuLyZt32n3x80FskXSCuIkOQDQLiOj1J/IPnYxWWmBDWr1ErсBg46Dh4ckcw=.

Съгласно обявените условия на поръчката срокът за изпълнение на същата е до 31.03.2019 г. Договорите по обособените позиции започват да се изпълняват от датата на подписването им и приключват с въвеждането на обектите в експлоатация въз основа на Разрешения за ползване на обектите, издадени от органите на Дирекцията за национален строителен контрол (ДНСК)/Удостоверения за въвеждане в експлоатация на строежа (когато е приложимо). Във връзка със срока на поръчката е изрично упоменато, че предвид спецификата на обектите те са свободни за извършване на СМР в периодите на летните ваканции на учениците - от 01 юли до 15 септември. Дейностите, извършвани през останалото време от периода на изпълнение на договорите, не трябва да пречат на нормалното провеждане на учебния процес.

В условията на обществената поръчка е предвидено, че същата се възлага по критерий „оптимално съотношение качество/цена“. Предвидено е и че професионалната компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, се използва като показател за оценка на офертите и не е критерий за подбор. Изхождайки от така заложените изисквания в документацията участниците следва да предложат екип за изпълнение на поръчката, в своето техническо предложение. При изготвянето му същите следва да съобразят изискването, че „Един експерт може да участва в офертата само на един участник“, но няма ограничение пред участниците, кандидатстващи по две обособени позиции, да предвидят участие на един експерт в екипите и по двете обособени позиции /страница 44 от общите условия и лист 266 от делото/

Като изрично условие е вписано, че преди да подаде оферта всеки участник в процедурата трябва да извърши оглед на всички обекти, включени в обхвата на обособената позиция/обособените позиции, за която/които кандидатства /страница 34-37 от общите условия и лист 218 от делото/. Същото е мотивирано с довода, че за да бъде адекватна подадената оферта участникът трябва да се е запознал на място с особеностите на обекта, естеството и мащаба на строително-монтажните работи, необходими за постигане на цялостен облик на образователната институция, чрез изпълнение на заложените в заданието цели и очаквани резултати от изпълнението на обществената поръчка, а именно:

- Осигуряване най-малко клас „С“ енергопотребление чрез изпълнение на всички енергоспестяващи мерки, които са предписани като задължителни за сградите в обследванията за енергийна ефективност;
- Изпълнение на изискванията на чл. 169, ал. 1, т. 1-5 от ЗУТ е осъществяване на всички задължителни мерки, предписани в техническите паспорти и в обследванията за установяване на действителните технически характеристики на сградите;
- Осигуряване на достъпа на хора с увреждания до сградите чрез изпълнение на мерки в съответствие с изискванията на Наредба № 4/01.07.2009 г. за проектиране, изпълнение и поддържане на строежите в съответствие с изискванията за достъпна среда за населението, включително за хората с увреждания.

В условията на поръчката също така е изрично посочено, че извършването на огледа ще се удостоверява с протокол за оглед, подписан от представител на заинтересованото лице и директора на училището, във връзка с което представителите на заинтересованите лица, извършващи огледи на обектите, ако не са законни представители на заинтересованите лица следва да носят документ, отразяващ представителната им власт - пълномощно в обикновена писмена форма.

След провеждане на процедурата по обществената поръчка и решение за избор на

изпълнител по обособена позиция № 34 с предмет „И. – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по архитектура, строителство и геодезия „Арх. К. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по туризъм „Проф. Д-р А. З., [населено място] и на Професионална гимназия по транспорт „Г. Д.“, [населено място].“ бенефициентът е сключил договор с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС (Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. /л.270-282 от делото/) Срокът за изпълнение на поръчката съгласно сключения договор е бил до 31.08.2020 г. Със споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-10 от 31.08.2020 г. /л.282 от делото/ и споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-14 от 01.11.2020 г. /л.283 от делото/ срокът за изпълнение на поръчката е удължен първоначално до 21.12.2021г., а в последствие до 01.03.2022 г.

В управляващия орган (УО) на оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 е постъпил сигнал за нередност № 2112 във връзка с горепосочения договор. С писмо изх. № 99-00-6-680/07.12.2022 г. /л.40 от делото/ Ръководителят на УО е уведомил МОН за регистрирането на сигнала, за твърденията в него и становището си по тях, както и че стартира процедура за налагане на финансови корекции. С писмото е указал на бенефициера за възможността в двуседмичен срок да представи възражения и писмени доказателства /л.18-39 от делото/. Същият се е възползвал от предоставената му възможност и е депозирал възражения, които УО е приел за неоснователни и е издал атакуваното в настоящето производство Решение за налагане на финансова корекция №РД-02-36-54 от 18.01.2023г., с което е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС.

В решението си УО на ОПРР е приел за установени следните нередности:

1. С поставянето на изискване, един експерт да може да участва в оферта само на един участник, е извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП като е поставен „Неясен и незаконосъобразен критерий за възлагане, тъй като възложителят по никакъв начин не е указал как участниците трябва да удостоверят изпълнението на поставеното изискване и по какъв начин възложителят ще проверява за това.

Управляващият орган на ОПРР е приел, че така заложеното изискване е ограничително, тъй като дава необосновано преимущество на икономически оператори, които имат назначени по трудов договор, всички изискуеми от възложителя експерти, които притежават именно заложената професионална компетентност. Условието е ограничително, тъй като необосновано възпрепятства икономическите оператори, които не разполагат с такива лица на трудов договор, както и ограничава от участие тези, които имат потвърждение, че даден експерт ще участва в тяхната оферта, но в последствие в резултат на негово (на експерта) действие същият поема ангажимент за участие в офертата на друго лице. За тези икономически оператори, не е налице сигурност, че ще спечелят поръчката и те могат да изгубят икономически обоснован интерес да правят разходи (да назначават лица на трудов договор, които да отговарят на изискванията на възложителя), за да отговорят на условието при подаване на офертата.

В допълнение според УО е създадена неяснота как следва да бъде удостоверено

спазването на посоченото обстоятелство и как/какво следва да бъде проверено от комисията, в резултата на което работата на последната е била съществено затруднена.

Според ръководителя на УО установеното нарушение представлява нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква б): случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“ 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. като размерът на финансовата корекция за нарушението следва да бъде определен на 5% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС

2. „Незаконосъобразно изискване за извършване на оглед“ –нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП

УО на ОПРР е приел, че след като съгласно документацията на поръчката за извършения оглед на място е необходимо кандидатът за съответната позиция да представи декларация удостоверяваща това обстоятелство, то допълнително поставеното изискване за предоставяне протокол за оглед, подписан от представител на заинтересованото лице и директора на училището представлява необоснована административна тежест за участниците, които биха могли да удостоверят извършването на огледа само с декларация.

На следващо място УО на ОПРР е приел, че изискването за подаване на оферта само след посещение на обекта е ограничително и препятства участието на чуждестранни лица. Изискването протоколите за оглед да бъдат подписани от съответните директори на училищата допълнително затруднява изпълнението на изискването на възложителя.

Изтъкнато е, че така въведеното изискване е ограничително, тъй като необосновано възпрепятства икономическите оператори – чуждестранни лица, които не разполагат с представителство в България към момента на подаване на офертата, за да участват в поръчката. Тъй като за тях не е налице сигурност, че ще спечелят поръчката, то този кръг от лица нямат икономически обоснован интерес да правят разходи (времеви, парични, административни), за да отговорят на условието при подаване на офертата, да са извършили оглед, удостоверен с подпис на директора на съответното училище.

Според ръководителя на УО установеното нарушение представлява нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква б): случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са

допуснати и отговарят на критериите за подбор“ 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. като размерът на финансовата корекция за нарушението следва да бъде определен на 5% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС

3. Незаконосъобразно отстранен участник от процедурата по ОП №34“ –нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка чл. 2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП

УО на ОПРР е приел, че неправомерно е отстранен участникът Обединение ЕЕМОИ 2017. Комисията е отстранила участника, тъй като същият е представил изискуемите съгласно условията на поръчката сертификати EN ISO 9001:2015 и EN ISO 14001:2004, но в тях не бил посочен срокът на валидност на ISO 14001:2004 и ISO 9001:2008 или ISO 9001:2015, поради което комисията е приела, че участникът не е доказал, че отговаря на разписаните в раздел „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. VI.1.3) „Технически и професионални възможности“ критерии за подбор

„Участникът да е въвел системи за управление на процесите в областта на предмета на настоящата обществена поръчка, съгласно:

- стандарт EN ISO 9001:2008 или EN ISO 9001:2015, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи, или еквивалентни мерки за осигуряване на качеството;

- стандарт EN ISO 14001:2004, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи, или еквивалентни мерки за опазване на околната среда.“

УО на ОПРР е стигнал до извода, че след като никъде в документацията, респ. в указанията на образца на ЕЕДОП не е поставено изискване участниците да декларират срок на валидност на сертификатите, то така декларираното обстоятелство отговаря на поставените изисквания и участникът е съответствал на изискванията на възложителя. Органът е отхвърлил възразжението на бенефициента че срокът на валидност на сертификатите ISO 14001:2004 и ISO 9001:2008 или ISO 9001:2015 дава информация дали участникът отговаря на поставеното изискване, защото ако срокът на сертификата е изтекъл, то участникът не разполага с внедрена система за управление на процесите като УО е счел, че е безспорно ясно, че възложителят е изискал участниците да имат валиден сертификат към момента на подаване на офертата и именно този факт декларират и участниците в своите ЕЕДОП. След като обаче възложителят не е уточнил какъв срок на валидност да имат тези сертификати и в този смисъл е незаконосъобразно изискването на комисията да се посочи срок на валидността им в ЕЕДОП. Изложеното е

обосновало извод, че комисията неправилно е констатирала липса на декларирана информация в ЕЕДОП, а възложителят неправилно е отстранил участника в нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Според ръководителя на УО установеното нарушение представлява нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. като размерът на финансовата корекция за нарушението следва да бъде определен на 25 % финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС.

4. „Незаконосъобразно изменение на договора по ОП № 34“ с неговото удължаване до 01.03.2022 г. –нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП

Според Ръководителя на УО, в текстовете на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от разглежданите договори липсват „ясни, точни и недвусмислени клаузи“, които да определят условията за изменението им, и не може да се приеме категорично, че в договорите са предвидени направените изменения и съответно е изпълнена разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП. УО на ОПРР е възприел становището на бенефициента, че предметът на обществената поръчка е сложен и поради тази причина не може да се предвиди с точност крайния срок за изпълнението му, но е било необходимо да бъде предвидена възможност за изменение на сроковете по сключените договори. Счел е, че в случая възложителят не е изпълнил задължението си по чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП и не е предвидил ясни правила за изменение на договорите. Обосновал е, че възраженията на бенефициента, обосноваващи необходимостта от изменение на договорите с изпълнителите, са неотносими към разглежданото нарушение и че възложителят е следвало да предвиди „ясни, точни и недвусмислени клаузи“, които да уреждат условията за изменението на договорите по отношение на срока за изпълнение.

Според Ръководителя на УО, в чл.2, ал.3 от двата договора не е прецизирано какви изменения/обстоятелства има предвид възложителят, които да послужат на страните като основание за изменение на сроковете. Това се отнася и за чл. 47, ал. 4 от разглежданите договори.

Ръководителят на УО е отбелязал, че не са определени последствията от измененията, поради което не може да се приеме, че направените изменения в случая са предвидени в договора и то чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи.

Също така, Ръководителят на УО е посочил, че Възложителят не е мотивирал по никакъв начин защо удължаването на срока на административния договор има за последица непременно и необходимостта от удължаване на срока на договорите. УО на ОПРР е направил заключение, че възложителят е удължил срока на договорите за обществена поръчка на основание на чисто формално позоваване на изменението на Административния договор и при липса на „ясни, точни и недвусмислени клаузи“ по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Приел е, че удължаването на сроковете по двата договора е немотивирано и формално в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Наред с горното, УО на ОПРР е направил извод, 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 договорите по двете обособени позиции. Първоначалният срок за изпълнение и по двата договора е бил 31.08.2020 г. Също така в Техническото предложение по поръчката /по образец/ участниците се обвързват с определен от възложителя срок за изпълнение. В този смисъл по-голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на изпълнителя, защото му е позволил напр. да използват по-малък човешки и технически ресурс, да поемат успоредно и ангажименти при други възложители и др. УО не е възприел възраженията на бенефициента в тази връзка - фактът, че за всички икономически оператори е било ясно, че през летните ваканции трябва да планират мобилизация на човешките и технически ресурси, а през останалото време на годината ще извършват СМР по-скоро по изключение, е ирелевантен. Срокът на поръчката е удължен значително, което независимо от разпределението на работата през годината, може да осигури възможност за друго разпределение на ресурсите на участниците. Според Ръководителя на УО, с извършеното изменение на договорите за удължаване на срока за изпълнение са въвеждат условия по процедурата, които биха могли да привлекат допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферти, различни от първоначално приетите.

Изложеното е обосновало извода на УО на ОПРР, че е налице незаконосъобразно съществено изменение на договора за обществена поръчка по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП, като изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата и което води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Според ръководителя на УО установеното нарушение представлява нередност по т. 23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка, б. „а“ в частта: „съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

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

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 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 при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи е определена обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях, в случая на 25 % от допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020 г. с изпълнител "Запрянови - 03" ООД на стойност 2 310 588,00 лв. без ДДС.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ /сег. ЗУСЕФСУ/, че подлежи на обжалване пред съд, в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК, поради което същата е **процесуално допустима**.

Разгледана по същество, жалбата е **основателна**.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № РД-02-14-790/17.08.2022г. /л.17 от дело № 2111/23г./ на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издалата оспореното решение Д. Г. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020г. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, поради което твърденията за немотивираност на акта са неоснователни. Предоставена е на бенефициера възможност да изрази становище във връзка с твърденията за нарушения, от която жалбоподателят се е възползвал, но възраженията му са преценени като неоснователни. Противно на твърденията в жалбата, съдът намира, че ръководителят на УО е изпълнил процесуалното си задължение, като е обсъдил възраженията и доводите на бенефициера.

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

Административният орган е направил констатации за извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Според разпоредбата на чл.2, ал.1 ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция.

Съгласно чл.2, ал.2 ЗОП при възлагането на обществени поръчки

възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Граматическото тълкуване на правната норма води до извод, че за да е налице нарушаване на въведената забрана, следва да се установи въвеждането от възложителя на условие или изискване, което или необосновано дава предимство, или необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки /в условията на алтернативност/ и едновременно с това не е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка /последното чрез употребения от законодателя съюз „и“ сочи на кумулативност на тази предпоставка с една от първите/.

По т. 1 от обжалваното решение УО е приел, че с поставянето на изискване, един експерт да може да участва в оферта само на един участник, е извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП като е поставен „Неясен и незаконосъобразен критерий за възлагане, тъй като възложителят по никакъв начин не е указал как участниците трябва да удостоверят изпълнението на поставеното изискване и по какъв начин възложителят ще проверява за това.

Съгласно утвърдената от възложителя методика за оценка на офертите, ключовите експерти, ангажирани с изпълнението на предмета на поръчката, подлежат на оценяване по експертната оценка на комисията, като техен списък с посочени образование и професионална квалификация следва да бъде приложен съответно в Техническото предложение на участника. Като забележка в условията за участие изрично е записано, че един експерт може да участва в офертата само на един участник, като без значение е обстоятелството дали се участва по различни обособени позиции. От така изложеното става ясно, че един експерт може да бъде включен в офертата само на един участник и следователно не може да бъде привлечен от друг участник, който иска да включи в офертата си същия експерт по същата или по друга обособена позиция. Такъв участник подлежи на отстраняване от участие съгласно предварително утвърдените условия на възложителя. Така цитираното условие от Документацията (одобрена с решението за откриване на поръчката) не е обжалвано от потенциалните участници в процедурата, влязло е в сила и съответно е станало задължително за адресатите си.

Категорично не може да бъде споделен изводът, че условието ограничава от участие тези, които имат потвърждение, че даден експерт

ще участва в тяхната оферта, но в последствие в резултат на негово (на експерта) действие същият поема ангажимент за участие в офертата на друго лице, като за тези икономически оператори, не е налице сигурност, че ще спечелят поръчката и те могат да изгубят икономически обоснован интерес да правят разходи (да назначават лица на трудов договор, които да отговарят на изискванията на възложителя), за да отговорят на условието при подаване на офертата. Именно, защото е в техен интерес и задължение да отговорят на условията, същите следва да положат съответните усилия да обезпечат изпълнението на горното условие. Възложителят не е поставил никакви ограничения или условия за това, а го е оставил изцяло в дискрецията на участниците, като видно от установените факти няма санкциониран за дублиране на експерт участник, който в рамките на своите правомощия е предприел необходимите мерки. Последните са многобройни, поради което и не биха могли да бъдат изчерпателно посочени или пък ненужно ограничени. Още повече, че ако участник е имал неясноти по това конкретно условие, същият е следвало да поиска от възложителя разяснение на основание чл. 33 от ЗОП(в този смисъл и Решение № 5456 ОТ 11.05.2020 г. по адм.с. № 2692/2020 Г., IV отд. на ВАС).

Според настоящия съдебен състав подобно изискване е и разумно съобразено с предмета на поръчката. Същата касае проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии. Процедурата е разделена на 46 обособени позиции, като при разпределение на обектите по позиции един от основните критерии е търсене на географска близост. Възложителят е ограничил броя на обособените позиции, които могат да се възложат на един изпълнител до една. Участието на съответен експерт в изпълнението само на една обособена позиция има своя резон с оглед обезпечаване дейността му във връзка с реализацията на проекта доколкото необходимостта да осъществява съответния експертен надзор качествено съществено би била поставена под съмнение ако същият е ангажиран с надзор на множество обекти в различни и отдалечени населени места.

Не се установява този критерий да е затруднил работната комисия или да е довел до неправилно отстраняване на някой от участниците, както се твърди в решението на УО.

Прегледа на материалите установява, че в хода на обществената поръчка и по-конкретно в развитието ѝ по обособена позиция 34, назначената от възложителя помощна комисия е констатирала, че шест от всички общо осем участници (включително и Т. С. ЕАД) отговарят на критериите за

подбор и ги е допуснала до етапа на отваряне и разглеждане на Техническите предложения. В Протокол № 2, помощният орган е обективирал отварянето и разглеждане на техническите предложения на участниците. В периода 21-22 май 2018 г. е извършена съпоставка на всички оферти в процедурата, като по отношение на офертите по Обособена позиция № X. комисията е установила че в подадените оферти присъстват лица, които са членове на екипите на повече от един участник. На 23 май 2018 г. са изпратени писма с искане на разяснения от посочените участници, като с поставен срок до 4 юни 2018 г. за получаване на разясненията.

На 29.05.2019 г. комисията започнала разглеждането на разясненията на участниците по Обособена позиция № X.: „ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД, „Запрянови - 03“ ООД, „О. Б.“ Д., „ПРОФЕСИОНАЛ Г.“ Д., „Пирс - Д“ ООД и „Вера Строй“ ЕООД, както и разясненията на участниците, в чиито екипи са включени експерти, предложени и в разглежданите б оферти.

На заседания, проведени в периода 29 май - 13 юни 2019 г., комисията е установила „ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД е представил следните документи и разяснения:

Писмо с вх. № 1321-426/04.06.2018 г. от „ТРЕЙС СОФИЯ“ ЕАД, с което информират комисията, че предлагат нов експерт - проектант по част „Пожарна безопасност“.

Другият участник в процедурата, който е включил А. А. - проектант по част „Пожарна безопасност“ в екипа си - „БУЛПЛАН ИНВЕСТ“ ООД, е представил с писмо с вх. № 1321-376/01.06.2018 г., придружено от декларация на А. А. от 31.05.2018 г., с която декларира ангажираността си с офертата на „БУЛПЛАН ИНВЕСТ“ ООД.

Комисията обсъдила представените документи и се е обединила около позицията, че не може да приеме промяната на експертите, предложена от „ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД, заради изричната законова забрана, съдържаща се в изречение последно на чл. 104, ал. 5 от ЗОП, поради което е счела, че участникът „ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД не е доказал, че е предприел необходимите мерки, в рамките на своите правомощия, да гарантира спазването на изискването на възложителя предложените от него експерти да участват единствено в неговата оферта и го е отстранила от участие.

Видно от фактическите установявания по-горе, изводите на УО не съответстват на развилата се процедура. Първо, на участниците не е поставяно условие те да удостоверят, че ползваните от тях експерти не са включени в офертите на други участници, както и участникът

„ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД не е отстранен, защото не е успял да удостовери горното. Причината за отстраняването на този участник е изричната законова забрана, съдържаща се в изречение последно на чл. 104, ал. 5 от ЗОП, която гласи следното:

„ (5) При разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. От участниците може да се изиска да предоставят разяснения или допълнителни доказателства за данни, посочени в офертата. Проверката и разясненията не могат да водят до промени в техническото и ценовото предложение на участниците. “

В конкретната процедура се оценява притежаваната професионална компетентост от експертите, включени в екипа за изпълнение на проектирането/авторски надзор и строителството на обектите от обособената позиция, поради което изискванията към екипа на участника не са критерий за подбор, а са изисквания към техническото предложение и включените първоначално експерти не подлежат на промяна в хода на поръчката.

Участникът „ТРЕЙС-СОФИЯ“ ЕАД е предпочел да смени един от първоначално ангажираните експерти, вместо да се опита да докаже, че е предприел необходимите мерки, в рамките на своите правомощия, да гарантира спазването на изискването на възложителя предложените от него експерти да участват единствено в неговата оферта.

По т.2 от обжалваното решение Административният орган е направил констатации за извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП като е въвел „Незаконосъобразно изискване за извършване на оглед“.

Действително, в Раздел IV, подраздел II, т.20.4.1 б. „е“ /л.101 от условията на поръчката и л.226 от делото/ е заложено изискване за представяне на декларация по образец: за посещение и оглед на всички обекти, включени в обособената позиция, за която се подава офертата. .

В част I „Общи условия“/страница 34-37 от общите условия и лист 218 от делото/ е посочено: Преди да подаде оферта всеки участник в процедурата трябва да извърши оглед на всички обекти, включени в обхвата на обособената позиция/обособените позиции, за която/които кандидатства. О. е необходим, доколкото подаването на адекватна оферта изисква участникът да се е запознал на място с особеностите на обекта, естеството и мащаба на строително-монтажните работи, необходими за постигане на цялостен облик на образователната институция, чрез изпълнение на заложените в заданието цели и очаквани резултати от

изпълнението на настоящата обществена поръчка, а именно: Осигуряване най- малко клас „С” енергопотребление чрез изпълнение на всички енергоспестяващи мерки, които са предписани като задължителни за сградите в обследванията за енергийна ефективност; Изпълнение на изискванията на чл. 169, ал. 1, т. 1-5 от ЗУТ е осъществяване на всички задължителни мерки, предписани в техническите паспорти и в обследванията за установяване на действителните технически характеристики на сградите; Осигуряване на достъпа на хора с увреждания до сградите чрез изпълнение на мерки в съответствие с изискванията на Наредба № 4/01.07.2009 г. за проектиране, изпълнение и поддържане на строежите в съответствие с изискванията за достъпна среда за населението, включително за хората с увреждания. Директорите на всички училища, управляващи държавните имоти- обект на интервенция по настоящата поръчка, са уведомени за необходимостта от извършване на детайлен оглед на включените в обхвата на поръчката части от поверения им имот. В посочения по-горе Регистър на институциите в системата на предучилищното и училищното образование могат да се открият телефонните номера на всеки от училищните директори, с които следва да се уговори подходящ ден и час за извършване на огледа. При затруднения в осъществяване на връзка с някой от директорите или при забавяне организирането на огледа, заинтересованото лице може да потърси съдействието на администрацията на Възложителя, свързвайки се с експертите от дирекция „Държавна собственост и обществени поръчки“ на телефони: 02 9217748 или 02 9217650. Извършването на огледа ще се удостоверява с протокол за оглед, подписан от представител на заинтересованото лице и директора на училището, във връзка е което представителите на заинтересованите лица, извършващи огледи на обектите, ако не са законни представители на заинтересованите лица следва да носят документ, отразяващ представителната им власт - пълномощно в обикновена писмена форма. Доколкото обектите, подлежащи на оглед, са обществени сгради с ограничен достъп, наложен по съображения за сигурност на учениците, училищните ръководства ще допускат огледи да извършват единствено лица, легитимирани се с документ за самоличност, посочили кое заинтересовано лице представляват и доказали връзката си с него чрез представено пълномощно. Всички училища са администратори на лични данни.

По отношение на така установената нередност в мотивите на обжалвания акт се установява известно противоречие и неяснота. От една страна УО на ОПРР не оспорва, че посещението на място гарантира, че участникът

ще подаде адекватна оферта /стр.24 от обжалваното решение/, а от друга приема, че е незаконосъобразно това изискване. Последното обаче е аргументирано единствено с възможно затруднение на чуждестранни участници, без да е взето предвид и аргументирано, че законът допуска в условията на обществените поръчки да бъде постановено условие офертите да бъдат подавани само след извършен оглед на място и с кое в случая това условие не е законосъобразно поставено.

Независимо от горното, органът е приел, че е незаконосъобразно изискването това обстоятелството да се удостоверява с нарочен документ при положение, че същият факт се декларира от участника с попълване на Образец № 2, като това процедиране създавало допълнителна административна тежест за заинтересованите от участие кандидати, респ. е ограничително.

Настоящият съдебен състав не може да се солидализира с подобно разбиране, първо защото то разчита изключително на добронамереността на участника, която остава лишена от възможност да бъде проверена и второ, защото в настоящия случай възложителят предварително е мотивирал необходимост при извършване на огледа да присъства и положи подпис ръководителят на ведомството, управляващо държавния имот- директорът на училището. Още повече, че това създава допълнителен ангажимент за съответния директор, а не за представителя на участника.

В случая, съдът не констатира противоречие на изискването на възложителя с разпоредбите на ЗОП и ППЗОП. Остава неясно по какъв начин според УО на ОПРР следва да се удостовери факта на извършването на оглед на обекта доколкото декларацията изхожда от участника с попълване на Образец № 2, а предвид спецификата на обществената поръчка /модернизиране на образователната инфраструктура/. Следва да се има предвид, че процесната процедура е за възлагане на инженеринг и посещението на място е заложено с цел подаване на адекватна оферта за постигане на цялостен облик на модернизираната образователна инфраструктура, като не е направена разлика дали участникът е местно или чуждестранно лице, поради което не може да се приеме, че е ограничително, респ. дискриминационно.

Настоящият съдебен състав намира, че с оглед предмета на поръчката не могат да бъдат сметени за необосновано ограничаващи участието на лицата в процедурата по възлагането ѝ изискванията, визирани в процесната документация за открита процедура за възлагане на обществена поръчка. Априори, не се установява, че така поставеното изискване необосновано ограничава участието на икономическите

оператори- чуждестранни лица, които не разполагат с представителство в България към момента на подаване на офертата, да участват в поръчката. Още повече, че то е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В съответствие с горните доводи, състава на съда приема, че с действията си възложителят не е извършил твърдяното от органа нарушение на принципа на чл.2, ал.2 ЗОП. Следва да се отбележи, че общата забрана по чл. 2, ал. 2 ЗОП е приложима самостоятелно единствено в случаи, при които е налице нарушение на конкуренцията, без причината за това да е неспазване на конкретно изискване/условие, разписано в законова разпоредба от специален характер, каквато конкретна норма в случая не се сочи.

В точка 3 от обжалваното Решение, Административният орган е приел, че е допуснато нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка чл. 2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП като незаконосъобразно е отстранен участника от процедурата по обособена позиция №34 - ЕЕМОИ 2017.

В Раздел III от условията на поръчката „Изисквания за техническите възможности и професионалните способности на участниците ", подточка 6.3 е посочено следното: „Участникът да е въвел системи за управление на процесите в областта на предмета на настоящата обществена поръчка, съгласно:

- стандарт EN ISO 9001:2008 или EN ISO 9001:2015, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи, или еквивалентни мерки за осигуряване на качеството;
- стандарт EN ISO 14001:2004, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи, или еквивалентни мерки за опазване на околната среда.“

Изискването по т. 6.3 съгласно т.7.3 /стр.97 от условията, л.225-гръб от делото/ се доказва с представянето на: Заверени копия от валидни сертификати за внедрена система за управление на качеството, ISO 9001:2008 или EN ISO 9001:2015, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи и за внедрена система за управление по отношение на околната среда EN ISO 14001:2004, или еквивалентен, с обхват, включващ строително-монтажни работи.

Възложителят ще приеме и еквивалентни сертификати, издадени от органи, установени в други държави членки, както и доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството или за опазване на околната среда, когато участникът не е имал достъп до такива сертификати или е нямал възможност да ги получи в съответните срокове по независещи от него причини.

В Раздел I „Общи условия“, т.2 регламентираща общи условия към участниците относно обстоятелства, наличието на които е основание за отстраняване на участниците, в т.2.1.4 б.“б“ е регламентирано като условие за отстраняване ако участникът не е предоставил изискваща се информация, свързана с удостоверяване изпълнението на критериите за подбор. Несъмнено така заложеното изискване, което следва да бъде изпълнено от всички кандидати към момента на подаване на офертата, без оглед на последващия избор на конкретен участник за изпълнител, се явява критерий за подбор на участниците в процедурата. Критериите за подбор установяват цялостната годност на участниците при възможността за извършване на поръчката.

Действително в подраздел „Съдържание на офертата“ не е изрично вписано задължението заверените копия на валидни сертификати да са представени с нея, но в т.21.2 изрично е вписано, че „Възложителят може да изисква от участниците в обществената поръчка по всяко време да представят всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на процедурата“.

Видно от Протокол № 1 от работата на комисията по оценка на офертите по обособена позиция №X. /л.257-гръб/ същата е установила, че „ЕЕМОН 2017“ Д. е обединение на две юридически лица - „ГАЗСТРОЙМОНТАЖ“ АД, водещ партньор в обединението, с дялово участие от 37%, който ще изпълнява СМР и монтаж на оборудване и „Водоканалпроект-Металургпроект Инженеринг“ АД, с дялово участие от 63%, който ще изпълнява проектиране, авторски надзор, логистика, доставка на материали и оборудване, управление на проекта - съгласно приложен договор за създаване на Д. от 28.07.2017 г.

Съгласно ЕЕДОП на участника и на „Водоканалпроект-Металургпроект Инженеринг“ АД, за подизпълнител на дейностите по проектиране, авторски надзор и логистика, съдружниците приемат юридическото лице „КОНТРОЛ 21“ ООД, с дялово участие в проектирането в размер на 3,5% от дела на проектирането на члена на обединението „Водоканалпроект-Металургпроект Инженеринг“ АД.

Комисията е приела, че участникът не е представил необходимата информация, позволяваща ѝ да приеме, че отговаря на критериите за подбор, поставени от възложителя, като участникът не е представил информация, позволяваща на комисията да установи, че той отговаря на критерия за подбор, отнасящ се до техническите и професионални възможности, залегнал в т. 3 от поле V. 1.3) на обявлението.

Комисията е приела, че съответствието с този критерий за подбор трябва

да се докаже от всеки участник от обединението, за който е предвидено да извършва дейност по строителство, защото е свързано с изискване към качеството при изпълнението на дейността по строителство, за което е необходимо всички, които ще я изпълняват, да са въвели исканите системи за управление на процесите.

Съгласно договора за създаване на обединение, членът на консорциума „ГАЗСТРОЙМОНТАЖ” АД ще изпълнява дейности по извършване на СМР, поради което трябва да докаже съответствие с разглежданото изискване.

В ЕЕДОП, представени от участника и от члена на консорциума „ГАЗСТРОЙМОНТАЖ” АД, в раздел Г, част IV са посочени номерата на изискваните сертификати, тяхния обхват и имената на сертифициращите организации. Комисията е приела, че липсва информация за срока на валидност на сертификатите, поради което участникът не е доказал, че отговаря на посочения критерий за подбор. Във връзка с горното комисията е решила да даде срок от к работни дни от датата на получаване на препис от протокола от съответното обединение, в който Участникът да докаже, че отговаря на критерия за подбор като представи информация за члена на консорциума „ГАЗСТРОЙМОНТАЖ” АД, който ще изпълнява СМР, като информацията съдържа номерата на сертификатите, техния обхват, срока им на валидност и наименованието на сертифициращите организации, или описание на еквивалентни мерки за осигуряване на качеството или за опазване на околната среда.

Видно от Протокол № 2 от работата на комисията по обособена позиция X. /л.261 – гръб от делото/ в законоустановения срок (до 03.05.2019 г. включително) в деловодството на възложителя не са постъпили документи от участника Обединение „ЕЕМОН 2017”, допълващи подадената от него оферта по Обособена позиция № X., поради което комисията е предложила участника да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Според настоящия съдебен състав комисията е действала напълно законосъобразно като в случая УО погрешно е интерпретирал поставеното изискване спрямо участника да представи информация относно срока на валидност на сертификатите. В случая не срокът, за който същите са били валидни е бил от значение, а че именно срокът ще установи тяхната валидност, което очевидно не е било ясно от предоставената информация и в тази връзка комисията редовно е упражнила своите правомощия на основание чл. 54, ал. 13 от ППЗОП да изиска разяснения от участника. Още повече, че са дадени указания, че участникът може да представи алтернативи. Същият е проявил пълна

процесуална пасивност, като не е обосновал невъзможност или неяснота относно дадените му указания. След като участникът не е удостоверил, че отговаря на предварително заложените критерии за участие, то правилно същият е бил отстранен от по-нататъшно участие.

По т.4 „Незаконосъобразно изменение на договора по ОП № 34“ с неговото удължаване до 01.03.2022 г. –нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП

Административният орган е направил констатация за извършено нарушение, 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 № към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности са визирани случаите на нередности, свързани с изпълнението на сключените договори. По-конкретно т.23, б. „а“ обхваща изменения на договора за обществена поръчка, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Посочено е, че съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

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

Съгласно чл.116, ал.1,т.1 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато промените са предвидени в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително клаузи за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение. Съгласно ал.5, т.2 от същата разпоредба изменението на

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

Съдът не споделя тезата на Ръководителя на УО, че текстовете на чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от разглежданите договори не отговарят на изискванията на чл.116, ал.1 ЗОП. В чл.2, ал.3 от разглежданите договори е посочено, че при изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или по указания на УО на ОПРР, свързани с промяна на сроковете, това ще бъде основание за изменение в съответните договори. Според съда, формулировката дава достатъчна яснота относно възможността да се 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 разглежданите договори 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 съдът приема, че чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от процесните договори представляват клаузи, които са в достатъчна степен ясни, точни и недвусмислени що се касае до възможността за изменение на договорите, когато са налице съответните обстоятелства, които са обективни от гледна точка на възложителя и изпълнителя. Видно е 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. Ръководителят на УО не отрича, че е бил удължен срокът на проекта, т.е. била е налице хипотезата на чл.2, ал.3 от договорите, нито че е била налице реална необходимост от изменение на договорите, тъй като с оглед сложността на поръчката, спецификите на обектите /училища/ и произтичащото от това времево ограничение за извършване на СМР, предвидените дейности е нямало как да бъдат завършени в първоначално заложения срок.

Дори да се приеме обаче тезата на Ръководителя на УО, че текстовете на чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от разглежданите договори не съдържат

достатъчно ясни, точни и недвусмислени клаузи за изменение на договорите, т.е. че изменението на договорите по отношение на срока е в нарушение на чл.116, ал.1, т.1 ЗОП, то не съставлява нередност по т.23, б. "а" от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл.116, ал.5 случаи.

Удължаването на срока за изпълнение на договорите не представлява съществена промяна на договора, тъй като промяната не прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Т. твърдение Ръководителят на УО не прави, а и съдът не намира основание за подобен извод.

Разглежданото изменение на договорите не попада и в случаите на чл.116, ал.5 ЗОП. В приложимата към датата на подписване на допълнителните споразумения редакция, разпоредбата на чл.116, ал.5 ЗОП предвижда, 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, 5 или 6.

Т.3 и т.4 са очевидно неприложими в случая, а с хипотезите на т.1 и т.2 е свързана констатацията за другото сочено от Ръководителя на УО нарушение – че изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли за участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до оферта, различна от първоначално приетата, наред с което води до полза за изпълнителя, които не са известни на останалите участници в процедурата. Този извод на Ръководителя на УО е необоснован.

Както беше казано, договорът е сключен през м. 06.2020г. и в него е определен срок за изпълнение 31.08.2020г. В документацията за участие е предвидено, че предвид спецификите на обектите, те са свободни за извършване на СМР в периодите на летните ваканции на учениците – от

01 юли до 15 септември. Изрично е посочено, че през останалото време на годината се извършва учебен процес и че изпълнителите по договорите трябва да планират извършването на дейностите, предвидени в техническите задания и одобрените проекти основно в периодите 01.07.2017г. – 15.09.2017г. и 01.07.2018г. – 15.09.2018г., т.е. изначално е предвидено, че възможните периоди на изпълнение на дейностите са два летни периода от 01.07 до 31.08. на съответните години. При това положение, съобразно документацията за участие изпълнението на сключения през месец юни 2020г. договор е следвало да се осъществи в периодите от 01.07.2020г. до 31.08.2020г. и от 01.07.2021г. до 31.08.2021г. Удължаването на срока за изпълнение на договорите до 01.03.2022г. не води практически до удължаване или до нови възможни периоди за изпълнение, тъй като новият краен срок всъщност обхваща изначално заложения втори летен период /от 01.07.2021г. до 31.08.2021г./, какъвто е предвиден в документацията за участие. В този смисъл реално не се променя заложеният в документацията за участие период за изпълнение на поръчката, а само се удължава крайният срок за приключването ѝ, който обхваща и издаването на разрешение за ползване на обектите. Следователно, няма никакво основание да се приеме, че изменението въвежда нови условия, още по-малко такива, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли за участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните. Несъстоятелна е тезата на Ръководителя на УО, че по-голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на двамата изпълнители, защото им е позволила да използват по-малък човешки и технически ресурс, да поемат успоредно и ангажименти при други изпълнители и т.н. Изложените доводи не обосновават, че удължаването на срока е донесло конкретни ползи за двамата изпълнители, тъй като посочените ефекти са само хипотетични възможности. По същество не се прави твърдение и липсват данни, че удължаването на срока е довело до използване на по-малък технически и човешки ресурс от двамата изпълнители, както и че същите са поели или изпълнявали и други ангажименти/ при други възложители. При това положение няма основание да се счете, че удължаването на срока води до ползи за изпълнителите, които не са били известни на останалите участници в процедурата, както и че то 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 – хипотезите по чл.116, ал.5, т.1 и т.2 ЗОП (в този смисъл и Р № 5912/06.06.2023г. по адм.д. № 202/2023г на ВАС, VII) .

След като изменението на разглеждания договор не попада в някой от случаите по чл.116, ал.5 ЗОП и не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, то съобразно чл.23а, б. "а", предложение второ от Приложение №1 към чл.2 от Наредбата не е налице нередност, за която следва да бъде наложена финансова корекция. Като е приел обратното, Ръководителят на УО е издал един незаконосъобразен акт, който следва да бъде отменен поради противоречие с материалния закон.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноските по делото в размер на 1700 лева за платена държавна такса и за юрисконсултско възнаграждение в общ размер на 300 лева (в това число 100лв. за процесуално представителство по адм. дело № 2111/2023г. по описа на АССГ; 100лв за процесуално представителство по кадм.д. № 8077/2023г. по описа на ВАС и 100лв. за процесуално представителство по адв.д.№ 11991/2023г. по описа на АССГ/.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 80-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на Министерството на образованието и науката Решение № РД -02-36-54/18.01.2023г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР), с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 25 на сто върху разходите по Договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-5 от 10.06.2020г. сключен от Министерство на образованието и науката с изпълнител „Запрянови-03“ ООД.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Министерството на образованието и науката разноски по делото в общ размер на 200 (две хиляди) лева.

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

СЪДИЯ: