

РЕШЕНИЕ

№ 4667

гр. София, 07.07.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 07.06.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Станислава Данаилова, като разгледа дело номер **1271** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Столична община, представлявана от кмета Й. Ф., против Решение № РД-02-36-55 от 17.01.2022г. по сигнал за нередност с регистрационен номер № 1777, на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството му на Управляващ орган по „Оперативна програма региони в растеж 2014-2020г.“ за налагане спрямо Столична община на финансова корекция в размер на 20% от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0001- C01-S-10/C. 18-ДГ55-335 от дата 19.06.2018 г. с изпълнител [фирма] във връзка процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини па територията на Столична община, по 26 обособени позиции", за Обособена позиция № 14: „Основен ремонт /реконструкция па ОДЗ № 115 (нова ДГ № 115) „Осми март", ул. „Осми март" № 28, район „Н.“.

В жалбата се сочи, че оспореният административен акт е незаконосъобразен, постановен е при допуснато нарушение на административнопроизводствените правила. Считае приетите от управляващия орган фактически и правни доводи за изцяло незаконосъобразни и неправилни. Твърди се, че управляващият орган не е

извършил правно релевантна преценка, че в срока на изпълнение на договора са били налице фактически обстоятелства (непредвидени такива), които са обусловили необходимост от това обектът да бъде приет по-късно. По преписката строителят е представил метеорологични справки, издадени от Н.-Б., за периода от 01.07.2018г. до 19.12.2018 г. и от 01.01.2019 г. до 13.02.2019 г. и Сертификат за форсмажор № 008/19.02.2019 г. от Б., както и допълнителна метеорологична справка, издадена от Н.-Б. за периода 20.12.2018 г. до 01.01.2019 г. От представените метеорологични справки са отчетени общо 68 дни с отрицателни температури и/или валежи от дъжд и сняг, както и за дейностите, по които е констатирана забава към датата на завършване на обекта (07.12.2018г.), вследствие на настъпилите неблагоприятни метеорологични условия. Сочи се още, че в сертификата за форсмажор с констатирано, че изпълнението на СМР на обекта е било възпрепятствано в следствие па отрицателни минимални температури и валежи от сняг през месеците ноември, декември и януари до 12.02.2019 г. В тази не може да бъде споделено становището на управляващия орган, че Столична община е допуснала неправомерна забава в изпълнението на СМР по договора, както и че нарушението представляваща съществено такова, водещо до изменение на съдържанието на договора. Излага доводи, че липсва нарушение от фактическа страна, то твърдяното нарушение няма характер и на „съществено“ такова. Сочи се, че неправилно УО не е оценил, че по преписката са били налице безспорни обстоятелства, характеризиращи се като „непредвидими“ такива по смисъла па ЗОП, а именно лоши метеорологични условия, които са несъвместими с възможността да бъде извършено качествено строителство и изобщо са възпрепятствали строително-монтажните работи. Излага доводи, че всеки потенциален изпълнител при настъпването па такива обстоятелства би бил изправен пред невъзможност да приключи дейностите на открито в срок, поради което изменението на срока за завършване на СМР в тази хипотеза не би било основание да се приеме, че с изменението се засягат недопустимо елементи по възлагането на поръчката. Поддържа се, че основен принцип при налагане на финансова санкция е, че във всеки конкретен случай следва да се отчитат естеството и сериозността на нарушението на правото на ЕС и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ, а когато нарушението няма и не би имало финансово отражение, то санкция не се налага. Сочи се, че неправилно е излагането на хипотетична (възможна) вреда за средствата от ЕСИФ без да се изследват и докажат твърдения за нейния вид, стойност и причинно-следствена връзка с действия или бездействия на Възложителя. Твърди се, че изводите на решаващия орган за негативен финансов ефект, изразяващ се в ограничаване на конкуренцията (и което твърдение е хипотетично, неподкрепено с каквато и да е правна и фактическа обстановка), са в противоречие с данните за подадените оферти по обществената поръчка, а и са не подкрепен и с каквито и да е доказателства. Счита се, че не е спазена методологията определена в закона при определяне размера па санкцията, че размерът е непропорционален и не съответства на извършеното нарушение, вкл. не са спазени правилата за некумулиране на санкции за едни и същи нарушения, доколкото видно от решението обжалваната санкция е такава, с която се доналага финансова корекция, предвид по-рано наложена в размер на 5% от общите допустими разходи от договора. В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. Д., поддържа жалбата и моли за отмяна на решението. Подробни съображения развива в писмени защита. Претендира присъждане на разноски.

Ответникът - 1. Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020г., чрез юрк. И., оспорва жалбата и моли за отхвърляне на същата по съображения изложени в оспореното решение с присъждане на разноски.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не се представлява и не излага становище по жалбата.

Административен съд – София-град, Трето отделение, 46 състав, след преценка на събраните по делото доказателства и като взе предвид становищата на страните, намира за установено следното от фактическа страна:

Столична община е Възложител на обществена поръчка „Строителство /основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община, по 26 обособени позиции“ за Обособена позиция № 14: „Основен ремонт/реконструкция на ОДЗ № 115 (нова ДГ № 115) „Осми март“, [улица], район „Н.“. Поръчката е обявена под номер в Е.: 00087-2017-0030. Решение за откриване № СОА17-РД93-40 от дата 06.03.2017 г. В резултат на проведената процедура е сключен Договор № ВГ 16RPOP001-1.001-0001-C01-S-10/19.06.2018 г. е изпълнител [фирма] на стойност 672 119.47 лв. без ДДС за Обособена позиция № 14 с предмет "Строителство/основем ремонт/реконструкция на ОДЗ № 115 (нова ДГ № 115) „Осми март“, [улица], район „Н.“. Отделно, финансиране на проекта е осигурено по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ №: ВГ16RFOPQ01-1.001-0001-C05 е наименование „Изграждане, основен ремонт реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“ е бенефициент: Столична община.

При извършена проверка по сигнал № 1777, управляващият орган на оперативна програма „Региони в растеж“ и заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е достигнат до извод, че Столична община в качеството си на бенефициент с допуснал нарушения на разпоредбите на - чл.116, ал.1, т. 5 във връзка с чл.116, ал. 5, т.1 и т.2 от ЗОП във връзка с чл.2, ал.1, т.1 и 2 от ЗОП като с извършила незаконосъобразно изменение на сключения договор с изпълнителя. УО е направил извод, че нарушението попада в категорията нередности, разписани в т.23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06 март 2020 г., за което в условията на чл.5 от Наредбата е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 20 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 разходи. Изменението се изразява в установена забава в срока на изпълнение на СМР по сключения договор за Обособена позиция № 14 № ВГ 16RFOPO01 -1.001 -0001-C01-S-10/19.06.2018г. с изпълнителя [фирма], както и в неналагане на договорна неустойка. Според управляващия орган, при преглед на документите по плащането е установено, че за обект ОДЗ № 115 (нова ДГ № 115) „Осми март“, [улица], район „Н.“, срокът за изпълнение на СМР е 155 календарни дни и започва да тече от датата на съставяне на Протокол образец № 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво. съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Пак според констатациите на Управляващия орган, предвид че Протокол образец № 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво за обекта е съставен на 29.06.2018 г., строителството на обекта е следвало да приключи

на 30.11.2018г. Предвид датата на съставяне на Констативен акт за установяване годността за приемане на строежа образец № 15 - 12.02.2019., управляващият орган приема, че е налице закъснение в изпълнението на срока по договора за СМР от 74 календарни дни.

В резултат на така направената констатация управляващият орган е издал оспореното решение и е наложил на Столична община финансова корекция, представляваща 20% от безвъзмездната финансова помощ по договор № СОА18-ДГ55-335 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-10 от 19.06.2018г. с изпълнител: [фирма] и равняваща се на сумата от 161 308,67 лв. с ДДС (сто шестдесет и една хиляди триста и осем лева и шестдесет и седем стотинки с ДДС).

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл.9, ал.5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министъра на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-02-14-728/19.08.2022г., е възложил на З. Х. – и.д. заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП „Региони в растеж" 2014 - 2020г. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Нормата на чл. 143 (1) Регламент № 1303/2013 урежда, че държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл.122, т.2 от Регламент № 1303/2013, държавите - членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. По дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като

"икономически оператор" всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая Столична община участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма "Региони в растеж" за програмен период 2014– 2020 г., поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 49, ал. 2 от глава четвърта на ЗУСЕСИФ за определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставки на стоки - обект на обществена поръчка, по смисъла на Закона за обществените поръчки, се прилагат правилата, предвидени във Закона за обществените поръчки, когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон и тези на глава четвърта на ЗУСЕСИФ, когато бенефициентът не е възложител по смисъла на Закона за обществените поръчки. Столична Община в случая е възложител на обществена поръчка по смисъла на ЗОП, на основание чл. 6, ал.1 от ЗОП, и при определянето на изпълнител за дейностите, предвидени с процесния проект Общината е следвало да спазва правилата на Закона за обществените поръчки.

По отношение на твърдяното нарушение:

Нормата на чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 от ЗОП регламентира, че 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 равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

Разпоредбата на чл.116, ал.1, т.5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП в редакция ДВ - бр. 13/2016, действала до 1.03.2019 г. и респ. нова т. 7 (в редакцията на закона след 01.03.2019г.), допуска изменение на договор за обществена поръчка, когато измененията не са съществени, доколкото не е налице едно или няколко 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.

Съответно законът (чл.116, ал.1, т.1) допуска изменение, 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.

При тази правна рамка следва да се провери дали в конкретния случай е осъществено изменение на договора, което е съществено. Съдът приема, че такова е налице по следните съображения: Никъде предварително не е било дефинирано какво означава за възложителя „неблагоприятни“ метеорологични условия, нито е предвидено ясно и точно как ще се установяват тези условия. Уговорката, че настъпването на тези неблагоприятни условия следва да е удостоверено с официална справка, издадена от Националния институт по метеорология и хидрология към Б. не запълва тази празнота. Националният институт по метеорология и хидрология към Б. няма компетентност да дефинира едни условия като благоприятни или съответно за неблагоприятни за извършване на конкретни строителни дейности. Както се посочи, този мащаб следва да е предварително ясно и точно определен. Без нарочна дефиниция е естествено да се предполага, че неблагоприятни биха били само и единствено тези условия, които не позволяват извършване на планираната работа така, че да се постигне точно изпълнение или са опасни за работещите, а не просто водят до някакви неудобства или нямат каквото и да било отношение към точното изпълнение на планираните работи или за опазване на живота и здравето на работниците.

Липсата на ясно и точно описан критерий, въз основа на който метеорологичните условия ще се преценяват като неблагоприятни, в контекста на определения срок за изпълнение на поръчката в календарни дни, а не в например в дни, благоприятни за извършване на строително-монтажните работи – от една страна, а от друга – допуснатата на практика възможност срокът на договора със [фирма] да бъде удължен с дните през есенно-зимния сезон и впоследствие през пролетта, в които има установен валеж на дъжд или сняг и/или е отчетена отрицателна минимална температура (проявления на климата, които не са необичайни за сезоните есен, зима и пролет), без да е уговорен ред, по който спирането, респ. възобновяването на изпълнението на СМР да се документира или съгласува, така както напр. при хипотезата на чл.13, ал.3 от договора, води на извод, че на практика възложителят е въвел условия благоприятни за изпълнителя след сключването на договора, които ако бяха предварително известни биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, като наред с това изменението е от такова естество, че води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата. Наличието на сертификати от Б. за „форсмажор“ не могат да променят този извод, тъй като никъде в тръжната документация не е предвидена възможността неблагоприятните дни да се определят безусловно като такива въз основа на подобен сертификат, издаден от Българската търговско-промишлена палата - независимо сдружение за подпомагане, насърчаване, представителство и защита на стопанските интереси на своите членове и съдействие за европейската и международна интеграция на Република България. Допълнително аргументи в подкрепа на тази теза се извличат от обстоятелството, че за оценяване на предложенията е бил въведен подпоказател "Управление на риска", който предполага умения за анализ, оценка и набелязване на мерки за управление на идентифицираните от Възложителя рискове, които е възможно да настъпят при изпълнение на обществената поръчка, един от които е появата на неблагоприятни метеорологични условия. Т.е. неблагоприятните метеорологични условия за извършване на строително-монтажните работи в тази част на документацията не са представени като абсолютно основание за удължаване на

срока на договора, а като риск, който следва да бъде съобразен при организацията на работата от потенциалния изпълнител и на тази база той да прецени възможността да се вмести в определения срок от 155 календарни дни. Отделно от това самият възложител би следвало да отчита времето, в което поръчката ще се изпълнява и при определяне на срока и да е предвидил времеви буфер, който да включва подобни естествени затруднения на работния процес.

По изложените съображения съдът приема за основателни съображенията на управляващия програмата орган, че е налице съществено изменение на условията на договора чрез което са въведени условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, като наред с това изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата, което представлява нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и чл. 116, ал. 1, т. 7 (предишна редакция 116, ал. 1, т. 5 - ДВ - бр. 13/2016) във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП.

Конкретното нарушение е извършено чрез действие от страна на възложителя и то има своето финансово отражение. Чрез въпросните нарушения на основни принципни положения и императивни норми на ЗОП възложителят създава предпоставки за недопускане на неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферти. В следствие на допуснатото нарушение е понижена възможността за извършване на избор на изпълнител в по-конкурентна среда и не са създадени предпоставки за проява на интерес от повече потенциални участници в конкретната поръчка. В практиката се приема, че разубеждаващият ефект, който има допуснатото нарушение върху потенциалните кандидати за участие, има за възможна пряка последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в него и на тази плоскост.

Правилно нарушение е квалифицирано като нередност по т. 23 б. "а" от Раздел III към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности "Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка." тъй като е налице съществено изменение на елемент от договора, посочен в документацията за участие, а именно срокът на договора. 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. Изменението на договора е довело и до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Налице са сочените в решението фактически и правни основания за налагане на финансова корекция, като същата е правилно определена като размер. За посочената нередност е предвиден процентен показател от 25 на сто от стойността на договора. Съгласно чл. 72, ал. 3 изр. 1 от ЗУСЕСИФ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. При констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1. При тази нормативна рамка

правилно е определена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по същия договор и наложената корекция е в размер на 20% от допустимите разходи по договора с [фирма], а именно 161 308,67 лева с ДДС.

По изложените съображения съдът приема, че оспореният административен акт е законосъобразен, издаден от компетентен орган, в определената от закона форма, при липса на допуснати съществени нарушения на административно–производствените правила, в съответствие с материалните разпоредби и с целта на ЗУСЕСИФ.

С оглед изхода на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски в минимален размер е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община срещу Решение № РД-02-36-55 от 17.01.2022г. по сигнал за нередност с регистрационен номер № 1777, на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството му на Управляващ орган по „Оперативна програма региони в растеж 2014-2020г.“

ОСЪЖДА Столична Община да плати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството – С. юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 /сто/ лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: