

РЕШЕНИЕ

№ 21729

гр. София, 30.10.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 26.09.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **1704** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр.чл.27 и сл. от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ -Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.)

Образувано е по жалба на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, представлявана от Й. А. Ф. - кмет, чрез процесуален представител Адвокатско дружество „Джамбазов и партньори“, ЕИК[ЕИК] и адв. Джамбазов, САК, срещу Решение № РД-02-36-130/ 03.02.2022 г., издадено от Д. И. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“2014-2020г.

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е незаконосъобразен, като постановен в противоречие с материалния закон, при съществени нарушения на процесуалните правила и несъобразена цел на закона. Счита, че твърдяното нарушение не е извършено, нито има характер на „съществено“, тъй като не засяга цялостния характер на поръчката, нито прави сключения договор съществено различен по характер от първоначалния. Цитират се разпоредбите на норми от ЗОП, оспорват се изводите на органа за допусната забава от 73 дни, както и твърденията, че е било нужно съставяне на Акт обр.№10 за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството и АКТ обр.№ 11 за установяване на състоянието на строежа и СМР при продължаване на строителството. Оспорват се и изводите, че възложителят не е осъществил качествен надзор и не е начислил неустойка за

установения период на просрочие . Изтъква, че тъй като към момента на провеждане на обществената поръчка не е посочен началният срок за започване на строителния процес, не е предвидимо към кой сезон от годината ще подлежат на изпълнение дейностите, за които е необходимо наличие на подходящи атмосферни условия. Цитира практика на ВАС. Излага съображения за незаконосъобразност при определяне на финансовата корекция като размерът е непропорционален и не съответства на извършеното нарушение, вкл. не са спазени правилата за некумулиране на санкция за едни и същи нарушения. Иска се от съда да отмени обжалвания акт изцяло. Претендира съдебно-деловодни разноски, по списък.

В съдебно заседание жалбата се поддържа изцяло от процесуален представител адв. Д..

Ответникът оспорва жалбата като неоснователна и недоказана и изразява искане същата да бъде отхвърлена. Претендира съдебно-деловодни разноски в размер на юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар.

Софийска градска прокуратура, редовно призована не изпраща представител.

Административен съд София-град, след като обсъди данните по делото и доводите на страните, намира жалбата за процесуално допустима, подадена в срока по чл. 149, ал.1 от АПК от надлежна страна, адресат на акта, с право и интерес от обжалването.

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните аргументи:

Столична община, представлявана от кмета е бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 „Изпълнение на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие 2014-2020- С.“, с № BG16RFOP001-1.001, част от процедура „Изпълнение на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие 2014-2020“ с предмет изпълнение на проектно предложение № BG16RFOP001-1.001-0001 с наименование“ Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“ на Столична община.

С Решение № СОА17-РД93-40/06.03.2017г. на Й. Ф. - кмет на СО е открита процедура по възлагане на обществена поръчка чрез „открита процедура“ с предмет „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО по 26 обособени позиции“. В резултат на проведена процедура по провеждане на възлагане на обществена поръчка е сключен Договор № BG 16RFOP001-0.001-0001-C01-S-16/02.07.2018г./л.108-119/ с изпълнител „Булстрой Груп“ ЕООД на стойност 3 288 348,45лв. лед ДДС за Обособена позиция №25 с предмет „Преустройство и реконструкция на двуетажна общинска сграда с тавански помещения и пристройка на асансьор за училищен корпус към 43 ОУ“Х. С.“, [улица]. За тази позиция са подадени три оферти. По повод регистриран сигнал за нередност №1780, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности, бенефициента е уведомен с писмо №99-00-6-782/09.11.2021г. , като в законовия 14-дневен срок същият е подал възражение.

Проверката е приключила с Решение № РД-02-36-130/03.02.2022г., с което е установена нередност на бенефициента СО по т.23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка, буква „а“ в частта: „ Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията на чл. 116 ал.5 от ЗОП“ от Раздел I към Приложение №1 към чл. 2 ал.1 от Наредбата за

посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС №57 от 28.03.2017г.

Установено е нарушение на чл.116 ал.5 т. 1и т.2 вр. чл. 116 ал.1 т.5 вр. чл. 2 ал.1 т.1и т. 2 от ЗОП , изразяващо се в незаконосъобразно изменение на сключен договор за обществена поръчка.

Определена е финансова корекция в общ размер, изчислена по пропорционалния метод, представляваща 25% върху поисканите за възстановяване допустими разходи по цитирания по-горе договор с изпълнител „Булстрой Груп“ ЕООД за обособена позиция №25, възлизаща в размер на 986 504,54лв. с ДДС, като с оспореното решение се доналага финансова корекция в размер на 20% върху допустимите разходи по договора /789 203,63лв./, поради обстоятелството , че с предходно Решение № РД-02-36-309/08.03.2019г. /влязло в сила/, издадено по повод друг сигнал за нередност №658 по същия договор, засягащ едни и същи разходи е определена ФК в размер на 5% от допустимите разходи/197 300,91лв./.

ФК е в размер на 986 504,54лв. с ДДС и включва сума, която не следва да се верифицира при поцедиране на последващи искания за плащане и сума , която е верифицирана и изплатена и подлежи на доброволно възстановяване от бенефициента.

За да издаде процесното решение, органът е приел, че в документацията за участие на кандидатите по обявената обществена поръчка в т. 2.4 Срок за изпълнение е посочено, че по обособена позиция №25 максималният срок е 370 календарни дни. Посочено е, че ако кандидатът посочи по-дълъг срок за изпълнение, той ще бъде отстранен от участие в процедурата. Като критерии за възлагане са формулирани „Управление на риска“, което носи максимално 10т. и „Организация и начин на изпълнение на строителството“ – максимално 25т. За обособена позиция №25 са подадени три оферти от участници, като договорът е сключен с избрания участник „ Булстрой Груп“ ЕООД. В договора между възложител и изпълнител е посочен и срокът за изпълнение на договора– 370 календарни дни, които започват да текат от датата на съставяне на Протокол обр.№2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба №3/31.07.2003г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. В чл. 13 ал.4 от договора е залегнала клауза за неблагоприятни метеорологични условия, при наличието на които срокът за изпълнение се удължава с посочения в справката от НИМХ към БАН срок.

В конкретния случай органът е посочил, че Протокол обр.№2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба №3/31.07.2003г. е съставен на 06.07.2018г. , следователно строителството следвало да приключи до 10.07.2019г., но Констативен акт за установяване на годността за приемане на строежа – обр.№15 е съставен на 08.10.2019г. , т.е се установявало забава в срока за изпълнение на договора със 73 дни. За периода не са съставяни Акт обр. №10 и Акт обр. №11 за спиране/продължаване на строителството, поради неблагоприятни метеорологични условия. Не споделя твърдението на жалбоподателя, че липсва законова възможност да се спре строителството с Акт обр.№10 на база влошени метеорологични условия, тъй като разпоредбата на чл. 7 ал.3 т.10 от Наредба №3/31.07.2003г не визира изчерпателно всички възможни основания за спиране.

Органът изтъква, че за да се спази срокът от 370 календарни дни следва да се работи през всички сезони на годината, поради което рискът от възникване на неблагоприятни условия за работа на открито е бил известен предварително и ясно се

констатира и от самото техническото предложение на кандидата, в което е посочено, че на територията на обекта метеорологичните условия са устойчиви и подлежат на добро прогнозиране, а за времетраенето им са планирани дейности, които не се влияят пряко от тях. Отделно от това са предвидени мерки за недопускане на закъснения в изпълненията на дейностите по поръчката. Органът изтъква, че в документацията на обществената поръчка условието за метеорологичните условия е твърде общо, без конкретика /стойност на валежи, продължителност, вятър, температури/, което предполага възможност за неправомерно удължаване на срока на договора. Сочи, че становищата на строителния надзор и приложените справки от НИМХ не доказват наличието на неблагоприятни условия за процесния период, а това би могло да се установи чрез допълнителна проверка, респективно техническо заключение на лице с инженерни познания и квалификация. Оспорва твърденията на жалбоподателя, че се касае за „непредвидени обстоятелства“ и изтъква, че изпълнителят не е предприел действия, които е включил в техническото си предложение, с което е нарушил сключения договор. От друга страна възложителят не е упражнил контрол, с което е накърнил обществения интерес, не е начислил неустойка и невъзстановяването ѝ се счита за изменение на договора за обществена поръчка.

УО приема, че фактическото спиране на срока за изпълнение на договора или забавата от страна на изпълнителя представлява изменение на съответния договор по смисъла на ЗОП, което е съществено. Фиксираният в документацията за обществената поръчка ограничен максимален срок от 370 календарни дни е обстоятелство, което е ограничило от участие икономически оператори, които биха могли да изпълнят поръчката за срок, по-голям от посочения в обявлението. Договорът е изменен с въвеждането на условия, които ако са били част от процедурата по възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати. Избраният участник е бил облагодетелстван, тъй като е участвал в процедурата при ограничена конкуренция, получил е предимство, заради посочения от него минимален срок, който впоследствие не е спазил и спрямо него не са приложени клаузите за неустойка при забава. Изменението е прието за съществено и попада в хипотезата на чл. 116 ал.5 т.1 от ЗОП вр. чл. 116 ал.1 т.5 и чл. 2 ал.1 т. 1 и т.2 от ЗОП- незаконосъобразно изменение на договора. Същото произтича от действието на бенефициента СО да приеме без забележки изпълнението на строителството извън срока и неначисляване на предвидената неустойка. Нарушението има финансово изражение - нанесена е вреда на средства от ЕСИФ , тъй като при неспазване на принципите на чл.2 от ЗОП възложителят е ограничил възможността за участие в обществената поръчка на неопределен кръг от заинтересовани от участие икономически оператори и е допуснал неравно третиране, с което е увредена конкуренцията. Посочени са нарушените разпоредби на ЕС и националния закон.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т.23, б.“А“ от Раздел I към Приложение №1 към чл.2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/.

Приложен е принципа за некумулиране на финансови корекции , поради което органът е определил обща ФК в размер на 25% от допустимите разходи за посоченото нарушение, като предвид наложената с предходно решение ФК в размер на 5% върху същите разходи, с процесното Решение доналага 20% ФК , изчислена в размер на 789 203,63лв. с ДДС.

В рамките на производството са приети като неоспорени писмените доказателства, касаещи административната преписка.

Съдът, като обсъди събраните по делото доказателства във връзка с направените в жалбата оплаквания, доводите и становищата на страните и като извърши цялостна проверка на законосъобразността на оспорения административен акт на основание чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146 от АПК, намира от правна страна следното:

Оспорването, като направено от легитимирано лице с правен интерес - адресат на Решение РД-02-36-130 от 03.02.2022 г. на Ръководителя на УО на ОПРР, в законово регламентирания срок по чл. 149, ал. 1 от АПК и против административен акт, подлежащ на съдебно обжалване и контрол за законосъобразност съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, е процесуално допустимо.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Съдът намира за нужно да посочи, че на 01.07.2022 г. в Държавен вестник (ДВ), бр. 51 от същата дата, е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИДЗУСЕСИФ). Съгласно § 73 от същия, законът влиза в сила от деня на обнародването му в ДВ. С §1 ЗИДЗУСЕСИФ се изменя наименованието на закона на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Доколкото обаче съответствието на индивидуалните административни актове с материалния закон се преценява към момента на издаването им, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ, бр. 52 от 09.06.2020 г.

Съгласно чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ (сега ЗАКОН за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление - Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Функциите на Управляващ орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове, са предоставени на Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие" в МРРБ, съгласно чл. 28, ал. 1 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството. От представената и приета като доказателство по делото Заповед № РД-02-14-1116/ 31.12.2021 г. /л. 50/ на заместник министър-председател и министър на регионалното развитие и благоустройството се установява, че Ръководителят на администрацията, в чиято структура е управляващият ОПРР орган, на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е определил за ръководител на управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството Д. И., като ѝ е възложил да изпълнява посочените в заповедта функции в качеството на Ръководител на УО. С оглед изложеното съдът

приема, че оспореното решение е постановено от материално компетентен административен орган – подписано и издадено е от оправомощения да изпълнява функциите на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 заместник-министър, в съответствие и в рамките на надлежно възложените му правомощия, в т. ч тези по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ – за постановяване на актове за определяне на финансови корекции.

Обжалваният акт е постановен в предвидената от закона форма и при спазване на нормативно установените изисквания за неговото съдържание. Посочени са както правните основания за издаване на оспореното решение и за упражненото административно правомощие по чл. 73, ал. 1 във вр. с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, така и възприетите от решаващия орган като релевантни факти и обстоятелства за наличието на допуснати от СО като бенефициент на подпомагане по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г. нарушения на чл. 116, ал. 5, т. 1 и т.2 във връзка с чл. 116 ал. 1 т.5, и чл. 2 т. 1 и т. 2 от ЗОП посредством изменение на договора с „Булстрой Груп“ ЕООД.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция органът е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Такъв срок е бил осигурен на бенефициента и той се е възползвал като е депозирал възражение /л.99-103/. Не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила.

По отношение на материалната законосъобразност на оспореното решение съдът намира следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ , чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 /в приложимата редакция/от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл. 49, ал. 1 от ЗУСЕСИФ бенефициентите на БФП могат да възлагат на изпълнители – външни за тях лица, дейности по изпълнението и/или по управлението на проект, когато това е предвидено в него за съответната дейност. Според ал. 2, т. 1 от същия член 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 в ЗОП– когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон. В случая е налице именно тази хипотеза.

В Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности са посочени нередности, които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Определението за нередност се съдържа в чл. 2, § 36 на Регламент /ЕС/ № 1303/2013 - нередност 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.

Столична община има качеството на икономически оператор по смисъла на чл. 2, §37 от

Регламент /ЕО/ № 1303/2013 г. Тя е юридическо лице, което участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Именно в това свое качество, като страна по договор за БФП по ОПРР, е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от ЕСИФ.

В случая ръководителят на УО е приел, че Столична община е осъществила нарушение състоящо се в незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, като го е квалифицирал като нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с ал. 5, т. 1 и т. 2 вр. чл. 2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП.

Между страните по делото няма спор по фактите. Не е спорно, че изпълнението на СМР се е забавило с 73 дни поради влошени метеорологични условия през периода 01.12.2018 г. – 31.03.2019 г. /в този смисъл е и издаденият сертификат за форсмажор № 014 от 02.07.2019 г. /л. 31-33/ , справка от НИМХ при БАН /л.29-30/за минимална температура на въздуха за посочения период, уведомително писмо до ръководител на екип за управление и изпълнение на проект „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“, протокол за установяване на фактическото състояние на обекта към датата на приключване на СМР по договора, отговор по запитване относно срочното изпълнение на СМР на обектите от проекта, в т.ч. и за процесния обект „Преустройство и реконструкция на двуетажна общинска сграда с тавански помещения и пристройка на асансьор за училищен корпус към 43 ОУ“Х. С.“, [улица].

Спорът е правен и се отнася до това има ли изменение на договора за възлагане на обществената поръчка, дали то е в нарушение на ЗОП и съставлява ли нередност по т. 23 от Раздел III на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Разпоредбата на чл. 116, ал. 1 от ЗОП /ред. ДВ бр. 86/2019 г. / предвижда условията, при които договорите за обществени поръчки могат да бъдат изменени.

Съгласно ал.5 на същия член /в приложимата му редакция/ изменение на договор за обществена поръчка или на рамково споразумение се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително когато са изпълнени едно или повече от следните условия: т.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.

В конкретния случай се релевират доводи относно наличието на условията по т.1 и т.2 на чл. 116 ал.5 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 112, ал. 1 ЗОП предвижда писмена форма на сключените договори, съответно и изменението им може да бъде само в писмена форма. Съгласно нормата на чл. 120 ЗОП за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на Търговския закон и на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). По аргумент от чл. 20а, ал. 1 ЗЗД (нов - ДВ, бр. 12 от 1993 г.) договорите имат сила на закон за тези, които са ги сключили, а според ал. 2 от същата разпоредба те могат да бъдат изменени, прекратени, развалени или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона. Следователно изменението на договора е средство за промяна на вече съгласувани между страните воли, чрез постигане на съгласие.

Настоящото производство е било спряно до произнасяне на СЕС по преюдициално запитване по адм.д. № 1229/2021г. на ВАС, по което са били образувани дела № С-441/22 г. и С-443/22г. Съдът на Европейския съюз (СЕС) с негово Решение от 7 декември 2023 г. по съединени дела

С-441/22 г. и С-443/22 г., 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- чл. 116, ал. 1, т. 5 и ал. 5, т. 1 и . 2 ЗОП, се е произнесъл 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, като го е приел за възможно. Според СЕС възприемането на противното 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 преамбюлната 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.

В случая, видно от клаузата на чл. 13, ал. 4 от приложения към документацията договор, при наличие на неблагоприятни метеорологични условия, документираны чрез справка от НИМХ към БАН, срокът се удължава за периода, посочен в нея. Договорът в случая е удължен именно при тези обстоятелства, а промяната в срока на изпълнението в тази хипотеза е изначално договорена между страните. Следователно, това обстоятелство не представлява предоговаряне на съществени елементи от съдържанието на договора, а е проява на посочена в договора и в документацията материалноправна предпоставка и настъпва автоматично и без значение от волята на страните в тази насока. В този смисъл и доколкото разглежданото условие е било част от документацията, с която всички икономически оператори са били запознати още към момента на кандидатстването по поръчката, същото не може да доведе до изменение на договора по смисъла на закона.

Следователно, за да е налице изобщо изменение по смисъла на тълкуваните разпоредби, от фактическа страна е необходимо да се установи постигнато съгласие между страните, следващо по време сключения договор, което да е обективизирано в писмен документ и да е насочено към пораждање на правни последици, свързани с предоговаряне на някой съществен елемент от договора.

Съгласно формиралата се съдебна практика на Върховния административен съд, налице е разлика между изменение на договора и неговото неточно изпълнение във времево отношение, като в първия случай страните след подписването му и по време на неговото действие постигат съгласие за изменение на някоя негова клауза, а във втория извършват действия по изпълнението му така, както е сключен. В случай, че неточното или забавено изпълнение се приравни на изменение на договора, това би обезсмислило института на неустойката, както и на възможностите за удовлетворяване на претенциите при неизпълнение, визираны в чл. 79 и чл. 80 ЗЗД. В процесния договор между страните е предвидена отговорност при неизпълнение именно на срока по същия - в чл. 21 е посочено, че при забава по отношение на договорения краен срок изпълнителят дължи неустойка в размер на 0,5% от стойността на договора, за всеки просрочен ден, но не повече от 20 %, от общата стойност на договора.

Следователно, последиците от неспазването на срока са изрично уредени от страните чрез конкретни и ясни клаузи, което по аргумент от чл. 20а, ал. 1 ЗЗД има силата на закон за тях, и се състоят във възникване на отговорност за заплащане на неустойка за всеки ден от просрочието.

Изложеното налага извод, че без значение дали са били налице предпоставките за това, нито

удължаването срока на договора по смисъла на чл. 13, ал. 4 от него, нито забавеното изпълнение може да се квалифицира като постигнато между страните съгласие за предоговаряне на съществен елемент, поради което подобни твърдения са ирелевантни за преценката досежно елементите от фактическия състав на нарушението по чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 116, ал. 1, т. 7, във връзка с ал. 5, т. 1 и т. 2 ЗОП, респ. на нередността по т. 23 Наредбата обстоятелства. От една страна, възможността за удължаване на срока за изпълнение е изрично предвидена в клаузата на чл. 13, ал. 4 от договора, а от друга неустойката е съгласувана изначално отговорност на неточно изпълнение.

По изложените съображения настоящият състав на съда счита, че е налице липса на посоченото в атакуваното решение нарушение на чл. 116 ар.5 т.1 и т.2, вр. чл. 116, ал. 1, т.5 във връзка с чл.2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Това прави безпредметна преценката за относимост на дадената правна квалификация по Наредбата за посочване на нередности.

В обобщение съдът счита, че в конкретния случай не е налице визираното в оспореното решение нарушение на чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП, респективно не е налице нередност по т. 23, б. "а" от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности.

При липса на който и да е от елементите на фактическия състав на нередността липсва основание и за определяне на финансова корекция, поради което постановеното от ответния административен орган решение се явява незаконосъобразно, поради противоречие с материалния закон и следва да бъде отменено изцяло.

На основание чл. 143, ал. 1 от АПК искането на жалбоподателя за присъждане на разноски следва да бъде уважено. Същият претендира държавна такса в размер на 1700лв. и адвокатско възнаграждение съгласно договор за правна защита и съдействие и допълнително споразумение към него в размер на 37 906,92лв. с ДДС (за сумите са представени фактури и платежни нареждания), всичко на обща стойност 39 606,92лв.

С оглед направеното възражение за прекомерност от ответника и при съобразяване с приетото в решение от 25.01.2024 г. по дело С - 438/22 на СЕС, съдът намира, че следва да редуцира размера на претендирания от оспорващия адвокатски хонорар на сумата от 12 000лв. с ДДС. В случая по делото са проведени две открити съдебни заседания преди производството да бъде спряно и едно след възобновяването му, не са отправени доказателствени искания, спорът не се характеризира с особена фактическата и правна сложност.

Ответникът следва да бъде осъден да заплати сумата от 13 700лв. /тринадесет хиляди и седемстотин лева/, от които 1700лв. държавна такса и 12 000лв. адвокатски хонорар.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд – София-град, Трето отделение, 62 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-130/ 03.02.2022 г., издадено от Д. И. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“2014-2020г.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройство да заплати на Столична община сумата от 13 700лв. /тринадесет хиляди и седемстотин лева/ / разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14 - дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

Съдия:

