

РЕШЕНИЕ

№ 13454

гр. София, 31.07.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 04.07.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **1063** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на 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 Столична община ,представявана от Й. Ф. чрез адв. дружество „П. и Й.“ против Решение № РД -02-36-5 /11.01.2022г на Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР, издадено във връзка със сигнал №1773, регистриран в Регистър на сигнали и нередности, с което за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от З. е наложена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходите по Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22/С. 19-ДГ55- 363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД на стойност 873 757,69 лева без ДДС или 1 048 509,23 лева с ДДС. С жалбата се иска отмяна на оспореното решение поради незаконосъобразност, липса на мотиви и необоснованост, както и нарушение на материалния закон, административно производствените правила и несъответствие с целта на закона. Конкретизира се ,че с Решение на Ръководителя на управляващия орган за определяне на финансовата корекция по основание и размер № РД-02-36-164 /27.01.2021 г. /сигнал 1624/ по същия договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22/С. 19-ДГ55- 363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД е регистрирана нередност с Н. ОПРР20/21/ЕФРР/1373 с определен размер на финансовата корекция от 10% от допустимите разходи по

процесния договор и без да изчака влизане в сила на това решение ,налага нова финансова корекция , като в алтернатива се посочва ,че ако влезе горното решение в сила се налага корекция в размер на 15% върху допустимите разходи ,а ако бъде отменено 25% ,което е недопустимо. Оспорват се констатациите на административния орган за допуснати нарушения на ЗОП – на чл.116 ал.1 т.5 от ЗОП , като се излагат подробни доводи за това.Твърди се , че удължаването на срока за изпълнение на СМР е резултат от лоши метериологични условия , което обстоятелство било предвидено изначално със сключване на договора с бенефициента по ДБФП с предмет : “Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“ . Представени били многобройни писмени доказателства установяващи наличието на предпоставките за неспазване на срока за приключване на СМР ,което обуславяло неправилно и незаконосъобразно налагане на финансова корекция. Прави се искане за отмяна на Решение № РД -02-36-5 / 11.01.2022г на Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР и присъждане на направените разноски в съд.производство

В съдебно заседание жалбоподателят чрез проц. представител , поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски , за които представя списък по чл.80 от ГПК .

Ответникът – Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР се представлява от адв. Т. и адв. Х. , изразяват становище за неоснователност на жалбата. Представят становище от Ю. П. Й. /стр.256 и сл.от делото/ , което поддържат. Претендират разноски съобразно списък по чл.80 от ГПК и доказателства за реализирането им.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира от фактическа страна следното:

Не се спори между страните в настоящия процес ,че на 28.06.2018 г. между Столична община и Управляващия орган на ОПРР е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 57 973 285,20 лв. по проект „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“.

На 26.03.2018 г. с Решение № СОА18-РД93-46, кметът на Столична община открива открита 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 на територията на Столична община по 8 обособени позиции“.

В резултат на проведената процедура по обществената поръчка с горепосочения предмет по обособена позиция № 7 е сключен договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S- 22/COA 19-ДГ55-363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД на стойност 873 757,69 лева без ДДС или 1 048 509,23 лева с ДДС.

По отношение на този договор с изпълнител „Д&Д“ ООД,при извършен предварителен контрол / преди верификация на процедурата за възлагане на същата обществената поръчка/ е регистриран предходен сигнал за нередност с рег. № 1624, който е приключен с установяване на нередност и налагане на финансова корекция в размер на 10% от разходите по сключен договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22/С. 19-ДГ55-363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД ,обективирано в Решение заналагане на финансова корекция № РД-02-36-164

/27.01.2021 г. на ръководителя на УО по ОПРР. Срещу последното е била подадена жалба и пред АССГ е било образувано адм.дело № 1488/2021г по описана АССГ . Докато производството по това дело е висящо ,адм.орган е издал оспореното пред настоящия състав Решение № РД -02-36-5 /11.01.2022г на Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР. В тази връзка ,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, в последното се сочи: „ ... Предвид изложеното, при влизане в сила на Решение № РД-02-36-164 / 27.01.2021 г. се доналага финансова корекция в размер на 15% върху допустимите разходи по договора с изпълнител. В случай, че Решение № РД-02-36-164 /27.01.2021 г. бъде отменено, настоящата финансовата корекция се определя в размер на 25% върху допустимите разходи по договора е изпълнител. Финансовата корекция, която се доналага до достигане на посочения процент от 25% от безвъзмездната финансова помощ по посочения договор е в размер на 157 276,39 лв. с ДДС, представляваща 15% от безвъзмездната финансова помощ по договор № СОА19- ДГ55-363 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22 от 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД, [населено място] и включва:

- сума в размер на 78 638,19 лв. с ДДС, представляваща верифицирана и платена безвъзмездна финансова помощ по договора с изпълнител, следва да се възстанови доброволно от бенефициента. На основание чл. 75, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове: когато решението за определяне на финансовата корекция е издадено след съответното плащане, финансовата корекция се извършва чрез доброволно изпълнение от страна на бенефициента в 14-дневен срок, както следва:МРРБ-ЕФРР-ОП Региони в растеж Банка: БНБ С. IBAN: BG72 BNBG 9661 3200 1887 01 BIC: BNBGBGSD

В случай, че горепосочената дължима сума не бъде възстановена в 14-дневния срок от получаване на настоящия акт, УО на ОПРР 2014-2020 г. ще процедира съгласно реда, предвиден в Наредба № 11-3 от 22 май 2018 г.;

- сума в размер на 78 638,20 лв. с ДДС следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане.

Неправомерният разход е изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договора с изпълнител в размер на 1 048 509,23 лв. с ДДС и следва да бъде преизчислен върху реално отчетените и допустими за верифициране разходи по договора с изпълнител, финансиран със средства от ЕСИФ“ .

Уточнява се по-нататък в решението ,че размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 3, ап. 2 от Наредбата за посочване на нередности, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28 март 2017 г., тъй като с оглед естеството на нарушенията не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушенията върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора.

От цитираното съдържание на оспореното решение не се установява ясно и недвусмислено какъв е точния размер на финансовата корекция / т.е процента , съобразно приложения пропорционален метод за определяне на ФК/ ,върху какъв размер на разходите е наложен /т.е основата върху която се определя процента не е ясен/ и каква част от наложените ФК са вече изпълнени и кои подлежат на изпълнение

,с оспореното пред настоящата инстанция решение. Съдът напълно споделя доводите на жалбоподателя, че подобно „алтернативно“ определяне на финансовата корекция е недопустимо. Съгласно чл.73 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция трябва да се определи по основание и по размер, а не под условие и в зависимост от изхода на развил се правен спор. Оскъдни са и собствените мотиви на УО по ОПРР за извършеното от Столична община нарушение и за размера на финансовата корекция. Процесното решение съдържа обширно изложение на това какво е посочил подателя на сигнала за извършената нередност регистрирана под № 1773 Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България и какви са възраженията на Столична община.

Описана е фактическа обстановка, която не се оспорва отстраните, а именно: По отношение на описаното нарушение в т. 1.1. УО приема твърдението на подателя на сигнала и счита, че е налице съществено нарушение с финансово влияние и представя следната обосновка:

В документацията на обществената поръчка, касателно обособена позиция № 7: Основен ремонт/реконструкция на ОДЗ № 90 „В. П.“ - сграда 1, [улица], район „Н.“ е заложен краен срок за изпълнение на поръчката до 155 (сто петдесет и пет) календарни дни. Съгласно Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите, ако предложеният срок на даден участник е по-висок от заложения в документацията, то това е основание даденият участник да бъде отстранен от процедурата. Определеният за изпълнител участник е оферирал срок за изпълнение на дейностите 155 (сто петдесет и пет) календарни дни, считано от датата на подписване на Протокола за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво на строежа - Акт обр.2 по Наредба №3/31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. Същият срок е заложен в Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S- 22/COA 19-ДГ55-363 от дата 04.06.2019 г. - съгласно чл.3, ал.3 от същия. Решението за определяне на изпълнител е от дата 22.03.2019, а срокът за изпълнение на дейностите започва да тече, считано от датата на подписване на Протокола за откриване на строителна площадка и определяне на строителната линия и ниво на строеж - Акт обр. 2. Последният е подписан на 09.08.2019 г. и съгласно договорките, обектът е трябвало да приключи на 10.01.2020 година. Строителството не е спирано с Акт за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството - образец №10 към чл.7, ал.3, т.10 от наредба №3, съответно възобновено с Акт за установяване състоянието на строежа и СМР при продължаване на строителството за всички спрени строежи по общия ред - образец №11 към чл.7, ал.3, т.11 от наредба №3, в съответствие с клаузата на чл. 13, ал.3 от договора с изпълнителя.

В раздел II от договора, касаещ срока на същия, не е описано кога ще настъпи крайната дата за приемане на строежа по договора, общоприето е това да се случи на датата, на която се подписва Акт обр.15, тъй като строителството приключва с Констативен акт за установяване годността за приемане на строежа (наричан по-нататък в изложението „Констативен акт обр. 15“), при действието на чл. 176, ал. 1 от Закона за устройство на територията.

С този акт се извършва и предаването на строежа от строителя на възложителя. Констативен акт обр.15 за установяване годността за приемане на строежа в процесната процедура е подписан на 09.03.2020 година.

След проведената с бенефициента кореспонденция са представени становище от строителния надзор „Софинвеет“ ЕООД, Сертификат за форсмажор издаден от Българска търговско-промишлена палата, Протоколи за установяване на фактическото състояние на обекта и

изпълнените СМР по договора съставени от представители на възложителя, проектанта, строителния надзор и строителя от дати 10.01.2020 г., 13.01.2020 г., 17.02.2020 г., 02.03.2020 г., 10.03.2020 г., Констативни протоколи от дати 27.01.2020 г. и 04.02.2020 г., Метеорологични справки за дните с валеж, измерените количества валеж и минимална температура на въздуха за район „Н.“, [населено място] на Н. за периодите: 01.12.2019 г.- 13.12.2019 г.; 13.12.2019 г. - 13.01.2020 г.; 14.01.2020 г. - 10.02.2020 г.; 10.02.2020 г. - 09.03.2020 г. и за количествата на валежите за периода 01.10.2019 г. - 13.12.2019 г., от които са отчетени 58 календарни дни с неблагоприятни условия за изпълнение на СМР.

Така описаната фактическа обстановка не се субсимира под нормата на чл.116 ал.1 т.5 ,както е посочено в оспореното решение т.е налице е несъответствие между текстовото описание на нарушението и цифровото му изражение. Разпоредбата на чл.116 ал.1 т.5 от ЗОП визира хипотеза ,в която договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато се налага замяна на изпълнителя с нов изпълнител, когато за първоначалния изпълнител е налице универсално или частично правоприемство, включително при преобразуване на първоначалния изпълнител чрез вливане, сливане, разделяне или отделяне, или чрез промяна на правната му форма, както и в случаите, когато той е в ликвидация или в открито производство по несъстоятелност и са изпълнени едновременно следните условия:

а) за новия изпълнител не са налице основанията за отстраняване от процедурата и той отговаря на първоначално установените критерии за подбор;

б) промяната на изпълнителя не води до други съществени изменения на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение и не цели заобикаляне на закона;

За да издаде решение № РД-02-36-5 /11.01.2022г ,зам министъра на МРРБ и ръководител на УО по ОПРР е приел следното :

Срокът , за който ще се изпълни ремонта е съществен елемент от договора за изпълнение. Възложителят е определил срок не по-дълъг от 155 (сто петдесет и пет) календарни дни, който срок от своя страна определя първоначално потенциално заинтересования кръг икономически оператори. Действително, срокът на изпълнение не е бил част от критериите за подбор или показател по оценката за възлагане, но същевременно неизпълнението на това изискване изрично е посочено като основание за отстраняване. Същия обаче би действал разубеждаващо спрямо потенциални оференти, поради своята недостатъчност и ограничава възможността за участие на лица, които биха извършили процесите СМР за по-дълъг период. Видно от фактическата обстановка по сигнала процесният срок не е спазен, като окончателното приключване на обекта е след определената крайна дата за това - веднъж определена от самия изпълнител и втори път от възложителя чрез документацията за обществена поръчка.

Според ответника още в критериите за подбор / Раздел IV “Критерии за възлагане на поръчката”/ е посочено, че оценката се формира от Техническото предложение (с тежест 35 точки) и Ценовото предложение (с тежест 65 точки). От своя страна Техническото предложение се формира от два подпоказателя - “Управление на риска”

и “Организация и начин на изпълнение на строителството” е следвало да се предвиди риска от лоши метеорологични условия , които биха попречили на изпълнението на поръчката в срок. Действително в техническото предложение относно „Управление на риска” всеки участник следва да отчете всички възможни аспекти на проявление и области и сфери на влияние на описаните рискове, оцени и предвиди степента на въздействието им върху изпълнението на договора, предложи конкретни дейности/мерки за недопускане/предотвратяване настъпването на риска и съответно конкретни дейности по отстраняване и управление на последиците от настъпилния риск. Идентифицираните от Възложителя рискове с висока степен на възможност за поява са:

- Поява на неблагоприятни метеорологични условия;
- Времеви рискове:
 - Забава при стартиране на работите;
 - Изоставане от графика при текущото изпълнение на дейностите;
 - Риск от закъснение за окончателно приключване и предаване на обекта;....” т.е при изготвянето на Техническото си предложение избраният за изпълнител участник е предложил мерки за недопускане съответно предотвратяване на идентифицираните рискове, в които на първо място се включва наличието на неблагоприятни метеорологични условия и изоставането от графика при изпълнението на дейностите. Направен е извод ,че като строител, който извършва тази дейност по занятие, изпълнителят е бил длъжен да положи дължимата грижа и да съобрази, какви дейности спрямо настъпилния климатичен сезон трябва да извърши и кои от тях да извърши на по-късен етап, както и да приложи предложените от него мерки в програмата за управление на риска още в начален етап, така че да съответстват на атмосферните условия и да спазват сроковете по договора. При правилно разпределение на графика и предложените от изпълнителя мерки, които не случайно са включени като критерий за оценка в методиката, е следвало да бъдат изключени или най-малкото минимизирани възможните проявления на атмосферните явления.

В чл.3, ал.3 от договора с изпълнителя срокът за изпълнение на строително - монтажните работи е 155 календарни дни, съгласно предложението на изпълнителя и започва да тече от датата на съставяне на Протокол обр.2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво съгласно Наредба № 3/31.07.2003 год. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. 4 алинея на същия член посочва, че сроковете за изпълнение на отделните строително - монтажни работи не могат да бъдат по- дълги общо от срока по ал.3.

Извън хипотезата на ал.3 на чл.13 от договора (раздел VI “Започване и спиране на СМР), която визира спиране на строителните дейности по обективни причини, за които изпълнителят няма вина и се удостоверяват с подписването на Акт образец 10, в ал.4 на същия член се посочва, че “При неблагоприятни метеорологични условия, което настъпване е

удостоверено с официална справка, издадена от Националния институт по метеорология и хидрология към Б., срокът за изпълнение се удължава с посочения в справката период от време.” Ответника - УО на ОПРР е приел, че представената справка от Н. не доказва по надлежен начин, наличието на неблагоприятни метеорологични условия за посочените периоди (от 01.12.2019 г. до 13.12.2019 г.; от 13.12.2019 г. до 13.01.2020 г.; от 14.01.2020 г. до 10.02,2020 г.; от 10.02.2020 г. до 09.03.2020 г .) , доколкото в горечитираните разпоредби от договора за поръчка не са посочени конкретни данни при какви стойности на валежите от дъжд и сняг например или при какви стойности на температурите ще се приема наличие на неблагоприятни метеорологични условия, при които строително - монтажните работи могат да спрат.

Според УО на ОПРР не може да се възприеме твърдението, че в случая неблагоприятните метеорологични условия представляват непредвидени обстоятелства по смисъла на ЗОП. Както сам бенефициентът е цитирал §2, т.27 от ДР на ЗОП “Непредвидени обстоятелства” са обстоятелствата, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагането на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия. При положение, че строителните дейности са извършват в рамките на 155 дни, за лице , което по занятие се занимава със строителна дейност или за възложител, който често възлага обществени поръчки с предмет строителство и използва експерти с нужния опит и квалификация е очевидно, че ще има наличие на дни с неблагоприятни метеорологични условия, следователно при положение, че е заложен конкретен срок за изпълнение е наясно, че следва да ги предвиди и да положи дължимата грижа, в тази връзка.

Предвид факта, че в IV.3 “Описание на предмета на поръчката” е посочено, че по обособена позиция 7 следва да се извършват дейности по част “Архитектура”, “Конструкция”, “ВиК”, “ОВК”. “Електро” “Пожароизвестителна инсталация”, “Паркоустройство и благоустройство” и заложения от изпълнителя срок е видно, че за да може същият да бъде спазен, се изисква изпълнение на строително-монтажни дейности на открито освен през летния, но и през есенно - зимния сезон. Всеки строител, който по занятие се занимава със строителна дейност (в конкретния случай регистриран в ЦПРС при съответните условия за това и доказал опит в строителството на сходни обекти по настоящата обществена поръчка) знае, че зимните условия се характеризират с ниски температура, снеговалежи и следователно извършването на строителство може да бъде затруднено, но не и невъзможно, ако строително -

монтажните работи бъдат разпределени по правилен начин. Това знание се съдържа и у възложителя, който ползва експерти с нужната квалификация и опит - при изготвянето на документацията за строителство, извършената оценка на офертите, при самото изпълнение - строителен надзор, авторски надзор. Снеговалежите и ниските температури не са необичайно климатично явление през зимния сезон. Затова при полагане на дължимата грижа изпълнителят е могъл и е бил длъжен да предвиди подходящ технически и времеви ресурс за изпълнение в рамките на предложения срок за изпълнение, а възложителят е следвало да упражни надлежен контрол за това. В тази връзка е можела да се извърши реорганизация на строителния процес и актуализация на линейния график, за да се компенсира забавата в срока на изпълнение.

В тази връзка избраният изпълнител е бил наясно с риска от възникване на неблагоприятни климатични условия през есенно - зимния сезон и затрудняване при извършване на строително-ремонтните работи, УО счита, че удължаването на срока не се дължи на „непредвидено обстоятелство“ и строителят и възложителят са добре запознати по занятие с рисковете от неблагоприятни метеорологични условия през зимния сезон и следователно същите не са положили „дължимата грижа“ по смисъла на § 2, т. 27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП за преодоляването на процесния риск. Изпълнителят не е предприел действия за преодоляване на този риск. Възложителят от своя страна не е упражнил задължението си да изиска договореното изпълнение качествено и в срок, с което е накърнил обществения интерес, като неправомерно е облагодетелствал един икономически оператор спрямо друг - неначисляването на неустойка при просрочие и невъзстановяването ѝ по сметката на Възложителя, съгласно одитната и съдебна практика, се счита за изменение на договора за обществена поръчка. Още повече, че този риск е бил идентифициран от възложителя при изготвянето на документацията по обществената поръчка, а изпълнителят е предложил мерки за преодоляването му при изготвянето на техническото си предложение, за което е бил и оценен. Като предложение е посочил, че ще извършва промяна на линейния календарен план след преустановяване на лошото метеорологично време и включване на допълнителен човешки ресурс и механизация за преодоляване на забавянето, при необходимост удължаване на работния ден (съгласно законовите разпоредби), преминаване на двусменен режим на работа(след съгласуване с възложителя, местното население, строителния надзор и други имащи отношение институции при спазване на законовите

разпоредби), определяне на финансови ресурси, мобилизиране на допълнителни трудови и технически ресурси, с цел изпълнение на по-голяма част СМР през благоприятния от метеорологична гледна точка сезон.

Неоснователно е твърдението на бенефициента, че посоченото забавяне (неизпълнение в определения срок) не води до промяна, която да се отразява на цялостния характер на поръчката. Строителството е било извършено за по-дълъг от оферирания срок с 59 дни, което е съществена забава, а за този период дори не са начислени неустойки.

В обобщение на изложеното, УО е посочил че не са налице непредвидени обстоятелства, обосноваващи удължаването на общия срок за изпълнение, и е налице забавено изпълнение на дейностите по поръчката. Строителството не е изпълнено в заложения в договора срок от 155 (сто петдесет и пет) календарни дни и на изпълнителя не е наложена санкция за забавата. Поради тези причини, УО счита, че е налице незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, в нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, като нарушението е съществено.

С удължаване срока на изпълнение на договора, страните са допуснали изменение на техническото предложение на изпълнителя, респективно на договора за изпълнение в тази част, което е съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП, а именно:

- изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка: биха привлекли към участие допълнителни участници - законовата предпоставка е изпълнена, тъй като с допуснатата промяна чувствително е увеличен срокът за изпълнение. Срокът за изпълнение е съществен елемент от договора и предвид неговия характер - дейности по СМР, по-голямата продължителност е полза на изпълнителя. При по-продължителен срок, например може да се използва по-малко човешки и технически ресурс, могат да бъдат успоредно поети и ангажименти при други възложители и др.;

- изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата - законовата предпоставка е изпълнена, тъй като с допуснатата промяна са нарушени и разпоредбите на договора, третиращи събирането на неустойка. С направеното изменение възложителят е допуснал обогатяване за изпълнителя, изразяващо се в спестен ресурс, който той не е употребил, за да изпълни качествено договора и съобразно определения срок, според собственото му техническо предложение.

Тези нарушения са квалифицирани като нередност по т. 23

„Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“, б. „а“: „има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП“, 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., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г., за която е предвиден размер на финансова корекция от 25 %.

С писмо №99-00-6-589 /08.09.2021г / стр.69 и сл. от делото/ , Столична община са били уведомени за подадения сигнал и за установените нарушения , като е предоставен двуседмичен срок за възражения върху направените констатации. Бенефициентът е представил възражения по основателността и размера на финансовата корекция / стр.79 и сл. от делото / ,които са обсъдени ,но приети за неоснователни от адм.орган ,след което е издадено оспореното пред настоящата инстанция решение за налагане на ФК .

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

Жалбата е подадена в срок, срещу акт, за който изрично е предвидено, че подлежи на съдебен контрол, от адресата на акта, поради което е допустима.

Разгледана по същество, тя 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-02-14-1116 /31.12.2021г на министъра на регионалното развитие и благоустройство / стр.31 от делото /, издателя на оспореното решение Д. И. е оправомощена да изпълнява функциите на 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 административно производствените правила. Видно от доказателствата по делото, жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения и представяне на доказателства. Бенефициерът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Актът,макар и да съдържа формално мотиви, същите не са достатъчни

,за да обосноват законосъобразност на властническото волеизявление на ответника, обективизирано в оспореното пред настоящата инстанция решение. Направените фактически констатации не съответстват на приложимите материално правни разпоредби, в това число във връзка с квалификацията на нарушенията и основанията за налагане на финансовата корекция. Липсва обосновка и категорично определен размер на наложената финансова корекция по пропорционалния метод . Националната правна уредба предвижда ,че за да е налице нарушение на чл. 116, ал. 1 ЗОП, т.е. на забраната за изменение на договора за обществена поръчка, е необходимо да е налице сключено писмено споразумение или друго писмено доказателство, произхождащи от бенефициера и изпълнителя, с което договорът за обществена поръчка да е изменен. В съответствие с решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22, не е необходимо страните по договора да са подписали писмено споразумение с предмет изменение на договора за обществена поръчка, тъй като съгласуване на волята в посока на въпросното изменение може да се установи по-специално и от други писмени доказателства, произхождащи от тези страни.

Според основополагащият принцип заложен в нормата чл. 2, ал. 1, т. 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 „равнопоставеност и недопускане на дискриминация“ . Забраната за изменение на действащ договор за обществена поръчка не е абсолютна. Законодателят е установил и изключения, при които е допустимо изменение на договора за обществена поръчка – чл. 116, ал. 1 от ЗОП. И доколкото се касае за изключение от правило, разпоредбата относно изключенията следва да се тълкува стриктно (в този смисъл е и практиката на ВАС –Решение № 5507 от 5.05.2021 г. на ВАС по адм. д. № 691/2021 г., VII отд.).

Забраната за изменение на договора за обществена поръчка, извеждана от визираното в чл. 116, ал. 1 ЗОП позитивно право на възложителя да измени договора за обществена поръчка, се обвързва с дефинирани седем конкретни хипотези, при които изменението е допустимо. Следователно, ако органът твърди, че бенефициентът е нарушил забраната за изменение на договора за обществена поръчка това значи, че той твърди именно нарушение на чл. 116, ал. 1 ЗОП в някоя от неговите хипотези. В случая органът твърди, че бенефициентът е нарушил т. 5 алинея 1 на чл. 116

ЗОП.

Съгласно разпоредбата на чл. 116, ал. 1 ЗОП Договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато:

1. 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;

2. поради непредвидени обстоятелства е възникнала необходимост от извършване на допълнителни доставки, услуги или строителство, които не са включени в първоначалната обществена поръчка, ако смяната на изпълнителя:

а) е невъзможна поради икономически или технически причини, включително изисквания за взаимозаменяемост или оперативна съвместимост със съществуващо оборудване, услуги или съоръжения, възложени с първоначалната поръчка, и

б) би предизвикала значителни затруднения, свързани с поддръжката, експлоатацията и обслужването или дублиране на разходи на възложителя;

3. поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение;

4. (изм. – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) се налага замяна на изпълнителя с нов изпълнител, при условие че възможността за замяна е предвидена в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, касаещи възникването на конкретни условия;

5. (нова – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) се налага замяна на изпълнителя с нов изпълнител, когато за първоначалния изпълнител е налице универсално или частично правопримемство, включително при преобразуване на първоначалния изпълнител чрез вливане, сливане, разделяне или отделяне, или чрез промяна на правната му форма, както и в случаите, когато той е в ликвидация или в открито производство по несъстоятелност и са изпълнени едновременно следните условия:

а) за новия изпълнител не са налице основанията за отстраняване от процедурата и той отговаря на първоначално установените критерии за

подбор;

б) промяната на изпълнителя не води до други съществени изменения на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение и не цели заобикаляне на закона;

6. (отм., нова – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) условията по т. 4 или 5 са налице по отношение на участник в обединението изпълнител, което не е юридическо лице;

7. (предишна т. 5 – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) се налагат изменения, които не са съществени.

Както беше посочено по-горе в настоящия казус не е налице хипотезата на чл.116 ал.1 т.5 от ЗОП, а не може да се приеме че е налице техническа грешка ,тъй като предишната т.5 , сега е т.7 ,а органа е приел , че изменението на срока по процесния договор е съществено.

Според ал. 5 на чл. 116 ЗОП изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато са изпълнени едно или повече от следните условия:

- 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 води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата

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.

От анализа на чл. 116, ал. 5 ЗОП (и в сег. редакция) е видно, че дадената от законодателя дефиниция е относима за хипотезата на т. 7 от алинея 1. Наред с това от анализа на чл. 116, ал. 1 ЗОП е видно, че по отношение на останалите хипотези, при които е допустимо изменение на договора, въпросът със съществеността на изменението е неотносим.

Хипотезите, при които законодателят е допуснал изключение от забраната за изменение на договора за обществена поръчка, не се намират в отношение на кумулативност, а ясно и точно са обособени като самостоятелни хипотези. Това значи, че с действията си бенефициерът не може едновременно да е осъществил две от хипотезите на чл. 116, ал. 1 ЗОП.

В случая органът твърди, че бенефициерът е нарушил: чл. 2, ал. 2 и чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП, поради което е бил длъжен да установи безспорно фактите, които приема за доказващи твърдяното нарушение и едновременно да доказват изменение, което е обосновано от обстоятелства, които бенефициерът е могъл да предвиди, и което не води до промяна на предмета. Като причина ,за изменението органа е посочил спиране на изпълнението на основния договор ,поради настъпили лоши метериологични условия , които изпълнителя е следвало да предвиди и да съобрази ,че есенно –зимния сезон неминуемо води до забавяне на изпълнението .

Фактическият състав на нарушението описано от органа ,обуславя наличие на хипотезата на чл. 116 ал.1 т.3 от ЗОП ,предвиждаща възможност за изменение на договора за обществена поръчка, поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, което изменение не води до промяна на предмета на договора. Не е в правомощията на съда ,обаче да променя дадената правна квалификация на нарушението , а т.5 от същата разпоредба / посочена в решението / ,съдържа коренно различен фактически състав без каквато и да било логическа и правна връзка помежду си.

Релевантното обстоятелство за описаното в акта нарушение е дали бенефициентът е положил "дължимата грижа". Нужно е да се изследват поотделно установените по делото факти и обстоятелства, послужили като основание за изменение на договорите и да се прецени дали същите са могли да бъдат предвидени от бенефициера при полагане на "дължимата грижа". В оспореното решение се преповтарят изводите на подателя на сигнала ,припознати и от органа ,издал оспореното решение като правилни.

В ЗОП няма дефиниция на понятието "дължима грижа". При тълкуване на съдържанието на понятието "дължима грижа" следва да се съобрази съображение 109 от Директива 2014/24, съгласно което е възможно възлагащите органи да бъдат изправени пред външни обстоятелства, които не са могли да предвидят, когато са възлагали поръчката, поспециално когато изпълнението ѝ обхваща дълъг период от време. В тези случаи е необходима известна степен на гъвкавост за адаптиране на поръчката към тези обстоятелства без провеждането на нова процедура за възлагане на обществена поръчка. Понятието за непредвидени обстоятелства се отнася за обстоятелства, които не биха могли да бъдат предвидени въпреки достатъчно надлежната подготовка на първоначалното възлагане на поръчка от възлагащия орган при отчитане на наличните средства, естеството и характеристиките на конкретния

проект, добрите практики в съответната област и необходимостта да се осигури подходящо съотношение между ресурсите, изразходвани за подготовката на възлагането на поръчката, и нейната предвидена стойност. Тези обстоятелствата, наложили удължаването на срока не е могло да бъдат предвидени, дори и при достатъчно надлежна подготовка на възлагането.

Разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП би следвало да е в съответствие с чл. 72, параграф 1, б. в) 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), която директива Законът за обществените поръчки претендира да транспонира. Съгласно член 72, параграф 1, буква в) договорите за поръчки могат да бъдат изменяни без провеждане на нова процедура за възлагане на обществена поръчка, когато необходимостта от изменение е предизвикана от обстоятелства, които добросъвестен възлагащ орган не би могъл да предвиди, изменението не променя цялостния характер на поръчката и увеличението на цената не превишава с повече от 50 % стойността на първоначалния договор за поръчка.

Според цитираното по-горе Решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22 година, т. 2 Член 72, параграф 1, буква в), точка i) от Директива 2014/24, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365, трябва да се тълкува в смисъл, че длъжматата грижа, която възлагащият орган трябва да положи, за да може да се позове на тази разпоредба, изисква по-специално при подготовката на съответната обществена поръчка той да е взел предвид рисковете от превишаване на срока за изпълнение на тази поръчка, породени от предвидими причини за спиране на изпълнението, като обичайните метеорологични условия, както и нормативните забрани за извършване на строителство, които са предварително публикувани и приложими за период, включен в срока за изпълнение на посочената поръчка, като такива метеорологични условия и нормативни забрани, когато не са предвидени в документацията, уреждаща процедурата за възлагане на обществена поръчка, не могат да бъдат основание за изпълнението на строителството извън срока, определен в посочената документация, както и в първоначалния договор за обществена поръчка.

Обстоятелството, че не е потърсена неустойка от възложител към изпълнителя и такава не е заплатена не води до извода, че договора за ОП е изменен в полза на изпълнителя. Отношенията между възложител и изпълнител се развиват на друга плоскост и доколкото са представени доказателства за действително наличие на лоши метеорологични условия

, които полагайки грижата на „ добрия стопанин“ възложителя не е могъл да предвиди ,то претенцията за неустойка ,която да компенсира забавата ще се реализира между страните по договора на ОП.

Ръководителя по процесната програма следва само да прецени основателна и съответна на договора ли е забавата и дали ли съществено изменение на договора,съгласно чл.116 ал.5 от ЗОП ,за да приеме че по този начин се ощетява бюджета на ЕС или националния орган /ако съотв.програма е с национално финансиране/ . При наличие на забава в изпълнението на договора бенефициерът може да упражни правото си на неустойка във всеки един момент в рамките на давностния срок по чл. 110 ЗЗД. Ако органът счита, че неупражняването на правото на неустойка е нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право е следвало да посочи нарушената правна норма.

Органът в мотивите на акта си сочи, че неблагоприятните метеорологични условия през зимата са факт, който изпълнителят е следвало да предвиди. Преди всичко следва да се посочи – видно от приложените по делото доказателства, че срокът за изпълнение на СМР и по договора е в календарни дни и включва времето от датата на подписване на първия протокол за откриване на строителна площадка – Приложение № 2а към чл. 7, ал. 3, т. 2 от Наредба № 3, до съставянето на последния по ред констативен акт за установяване на годността за приемане на строежа – Приложение № 15 към чл. 7, ал. 3 от Наредба № 3. Следователно срокът не е определен като конкретна дата, а като брой календарни дни, в които може да се извършват строително-монтажните работи. Никой не може да предвиди на коя точно дата ще приключи обществената поръчка и ще бъде сключен договорът за нейното изпълнение и на коя точно дата точно ще бъде подписан протоколът за откриване на строителната площадка (в случая Акт образец № 2а). Поради горните специфики на строително-монтажните работи, когато става въпрос за извършването на такива, офертата обикновено се изготвя в брой календарни дни, като се има предвид календарни дни, в които е възможно извършването на работите с оглед на технологичните изисквания. За това се представя и линеен график, който илюстрира последователността на работите и необходимото за всяка от тях технологично време, без да се отчитат неблагоприятните метеорологични условия, които не позволяват извършването им. Броят календарни дни е определен на база приемането, че метеорологичните условия позволяват извършването им. За това и в договорите за този вид работи се предвижда спиране на срока за изпълнение на договора за времето, през което от технологична гледна точка е невъзможно тяхното извършване. Спирането

на един срок значи, че за периода от време, за който надлежно срокът е спрял, правните последици не пораждат действие, като теклят преди това срок запазва своето действие.

Възможността за спиране на срока за изпълнение на договора, поради обективни фактори и непредвидени обстоятелства е регламентирана в чл. 13 ал.4 от проекта на договора за ОП , който е част от документацията на обществената поръчка, което е в съответствие с отговора на втория въпрос на решението на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22. С оглед на това тази правна възможност е била предварително ясна за всеки, който би проявил интерес да участва в обществената поръчка и е в съответствие с отговора на втория въпрос на решението на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22. С оглед на това тази правна възможност е била предварително ясна за всеки, който би проявил интерес да участва в обществената поръчка. Потенциалните участници в процедурата са разумно информирани и полагат обичайната грижа икономически субекти, най-малкото защото критерий за подбор относно тяхната годност (правоспособност) да упражняват процесната професионална дейност е регистрация в Централния професионален регистър на строителя, а критерий за подбор относно професионалните им способности е изпълнени дейности с предмет и обем идентични или сходни с тези на поръчката. Това обосновава знанието им за спирането на срока на изпълнение на строително-монтажните работи при неблагоприятни метеорологични условия, отделно от факта, че те гарантират изпълнение на предмета на поръчката с исканото качество, т. е. съобразно изискванията на технологичния процес.

Предвид изложеното изводите на адм.орган за наличие на нарушение на чл. чл. 116, ал. 1, т. 7 /предишна т.5 / , във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, са неправилни.

Липсата на нарушение на чл.116 ал.1 т.5 от ЗОП ,води до извод , че не е налице елемент от фактическия състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, за която органът е определил финансова корекция. Липсата на нарушение, а с оглед на това и на нередност, прави ненужна проверката от съда на квалифицирането на нередността, за която е определена финансова корекция по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Предвид това жалбата се явява основателна, а оспореното Решение № РД -02-36-5 /11.01.2022г на Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР, издадено във връзка със сигнал №1773, регистриран в Регистър на

сигнали и нередности, с което за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от З. е наложена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходите по Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22/C. 19-ДГ55- 363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД на стойност 873 757,69 лева без ДДС или 1 048 509,23 лева с ДДС,като неправилно и незаконосъобразно следва да се отмени.

По разноските :

Видно от приложения списък с разноските – л. 251 от делото, ответникът е претендирал разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 13129.20лв и 1700лв – държавна такса ,които следва да бъдат репарирани от ответника ,с оглед изхода от спора.

Водим от горното , Административен съд София - град, III–то отделение, втори състав , на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ :

ОТМЕНЯ Решение № РД -02-36-5 /11.01.2022г на Зам.министър на МРРБ и ръководител на УО на ОПРР,издадено във връзка със сигнал №1773,регистриран в Регистър на сигнали и нередности, с което на СТОЛИЧНА ОБЩИНА , за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от З. е наложена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходите по Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-22/C. 19-ДГ55- 363 от дата 04.06.2019 г. с изпълнител „Д&Д“ ООД на стойност 873 757,69 лева без ДДС или 1 048 509,23 лева с ДДС

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройство да заплати на СТОЛИЧНА ОБЩИНА , сума в размер на общо 14829.20лв –разноски по делото .

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ: