

РЕШЕНИЕ

№ 9448

гр. София, 21.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 22.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **11201** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).

Образувано е по жалба на Министерството на образованието и науката против Решение № РД-02-36-1048/11.11.2022г. на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР). Релевира се, че са погрешни изводите на УО на ОПРР, че в договора липсват „ясни, точни и недвусмислени клаузи“, които да предвиждат изменението на срока на договора и съответно не е изпълнена разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, както и че изменението е довело до ползи за изпълнителя по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата, тъй като изменението довело до изпълнение на поръчката при по- благоприятни условия от условията за изпълнение на обществената поръчка, предвидени в договора. Изтъква се, че спецификата на обектите на интервенция практически не позволява цялостната модернизация на образователната инфраструктура да се осъществява през учебната година. Предвидените мащабни ремонти и цялостна модернизация на сградите могат да се изпълняват основно през времето на лятната ваканция, като през учебната година би било допустимо единствено извършването на някои съпътстващи и/или довършителни дейности. Според жалбоподателя текстовете на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал.

4 от договора отговарят на изискванията на чл. 116, ал. 1 ЗОП. В посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглеждания договор фактори /изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или указания на УО на ОПРР/, няма как самият възложител да предвиди дали и кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли- до какви промени биха довели. Твърди се, че в документацията, срокът за изпълнение на поръчката е до 31.03.2019 г., като предвид спецификата на обектите те са свободни за извършване на СМР в периодите на летните ваканции на учениците- от 01 юли до 15 септември. Дейностите, извършвани през останалото време от периода на изпълнение на договорите, не трябва да пречат на нормалното провеждане на учебния процес. В случая Възложителят предвидил изпълнителите да разполагат с 2 летни периода за работа- летните ваканции на 2017 и 2018 г., но заради обжалване на решението за откриване на поръчката срокът за подаване на оферти бил удължен до 02.10.2017 г., т.е. още към момента на подаване на оферти първият летен период е бил изтекъл. След продължило 2 години разглеждане на общо 258-те оферти, постъпили по процедурата, приключила през месец октомври 2019 г., като разглежданият в решението договор за инженеринг бил сключен през месец януари 2020 г. При прилагане на първоначално предвидения срок за изпълнение, заложен в документацията за обществената поръчка, договорите, сключени през януари 2020 г. трябвало да се изпълнят до есента на 2022 г., за да включват в себе си периодите на две летни ваканции, т.е. цитираните в решението удължавания възстановяват първоначално обявените условия за изпълнение на поръчката, а не ги променят. Изтъкват се обективни причини за забавянето, обусловени от пандемията с Covid 19, както и значителните деформации в конструкцията на Корпус „А“ на Професионалната гимназия по строителство, архитектура и геодезия “П. П.”- [населено място]. Отделно се поддържа, че решението е немотивирано и че не са обсъдени възраженията на жалбоподателя. Изложено е становище, че не са доказани трите елемента на обективната страна на понятието „нередност“ и липсва анализ на евентуалните последици, изразяващи се във вреда на общия бюджет на ЕС. По тези съображения се иска отмяна на оспореното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрист Й., който поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки, в които излага съображения за отмяна на оспорваното решение.

Отвeтникът– заместник-министърът на благоустройството и ръководител на УО по ОПРР, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли съда да я остави без уважение. Претендира разноски, съгласно списък. Подробни аргументи относно законосъобразността на оспорвания акт излага в допълнително представени писмени бележки.

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

Между Министерство на регионалното развитие и благоустройството, Управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/- Главна дирекция „Градско и регионално развитие“ и Министерството на образованието и науката е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура

на директно предоставяне BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България”, №BG16RFOP001-3.002-0004-C01 № РД-02-37-319/21.12.2016г. във връзка с проектно предложение ИСУН №BG16RFOP001-3.002-0004 „Обновяване и модернизация на регионалната образователна инфраструктура чрез подобряване на материално-техническата база на 17 държавни професионални гимназии в системата на МОН в областите В. Т., Г., Л., Р. и Т.“, одобрено от Р. на ОПРР 2014-2020 на 12.12.2016 г. и последващи анекси.

В качеството си на Възложител от Министерството на образованието и науката с Решение № Р01-56 от дата 06.06.2017 г. е открита процедура за възлагане по реда на публично състезание по ЗОП на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции.“ Регистрационен № в Р. – 00165-2017-0013.

След проведена процедура и Решение за избор на изпълнител са сключени процесните договори с изпълнители по обособени позиции № 9, № 10, № 14.

1. За обособена позиция № 9 е Сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС по Девета обособена позиция: „И. – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „А. П.“, [населено място], на Професионална гимназия по електротехника и електроника „М. В. Л.“, [населено място] и на Професионална гимназия по туризъм „Д-р В. Б.“, [населено място]“.

Съгласно чл. 2, ал.1 от подписания договор: Срокът за изпълнение на поръчката е до 31.08.2020 год. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация въз основа на Разрешение за ползване на всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа (когато е приложимо). В чл.2, ал.3 е заложено, че Възложителят си запазва правото при изменения в сключения Административен договор и възникването на нови правила и условия в нормативен документ, договора за безвъзмездна финансова помощ, както и всякакви други документи и указания от УО на ОПРР, свързани с промяна в сроковете в настоящия договор, да измени сключения договор по смисъла на чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, като обхваща и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на договора. Според чл.47, ал.4 измененията в сключения Административен договор и възникването на нови правила и условия в нормативен документ, договора за безвъзмездна финансова помощ, както и всякакви други документи и указания от УО на ОПРР, свързани с размера на цената по проекта на договор, начина на плащане, начина на отчитане, както и всякакви други условия от настоящата поръчка, продиктувани от новите правила, се считат за основание за промяна на сключения договор по смисъла на чл.116, ал.1, т.1 ЗОП, като обхваща и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на договора.

Видно от Допълнително споразумение към Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. №

BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-14/01.11.2021 г., във връзка с иницирано удължаване на Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, както и с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. е изменен чл.2, ал.1 от основния договор по следния начин: Чл.2. /1/ Срокът за изпълнение на поръчката е до 31.05.2022 г. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/.

2. За обособена позиция № 10 е Сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020 г. с изпълнител "ПСГ" АД на стойност 2 009 001,92 лв. без ДДС, с предмет на договора: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на С. професионална гимназия по икономика, [населено място] и на Професионална гимназия по електроника „А. С. П.“, [населено място]”. В договора са предвидени аналогични клаузи с тези в договора за обособена позиция №9 и същия срок на изпълнение до 31.08.2020 г..

Видно от Допълнително споразумение към Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4/20.02.2020 г. №

BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-15/01.11.2021 г., във връзка с иницирано удължаване на Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, както и с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4/20.02.2020 г., е изменен чл.2, ал.1 от основния договор по следния начин: Чл.2. /1/ Срокът за изпълнение на поръчката е до 01.03.2022 г. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/.

3. За обособена позиция № 14- Сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1 от 12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-Р.“ Д. на стойност 1 945 355 лв. без ДДС, с предмет на договора: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механотехника „Ю. Г.“, [населено място], на Професионална гимназия по икономика и управление „Е. К.“, [населено място] и на Професионална гимназия по строителство, архитектура и геодезия „П. П.“, [населено място]”. Съгласно чл.2, ал.1 Срокът за изпълнение на поръчката е 31.03.2019 г., с идентични на цитираните по го- клаузи на чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4.

С допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.03.2019г., на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г., във връзка с изменението на Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, с което срока за изпълнение на проекта се удължава до 21.09.2020 г., е изменен чл.2, ал.1 от основния договор по следния начин: Чл.2. /1/ Срокът за изпълнение на поръчката е до

16.09.2020 г. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/.

Видно от Допълнително споразумение към договора № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-8/31.08.2020 г., във връзка с изменението на Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, с което срока за изпълнение на проекта се удължава до 21.12.2021 г., на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г., е изменен чл.2, ал.1 от основния договор по следния начин: Чл.2. /1/ Срокът за изпълнение на поръчката е до 16.03.2021 г. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/.

Видно от Допълнително споразумение към Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-13/15.03.2021 г., страните се споразумели, че за да се изпълни успешно договор е необходимо изменение на неговия срок, като изменението попада в хипотезата на чл.116, ал.1, т.1 и т.3 от ЗОП, за което са изложени конкретни съображения, а именно: „Съгласно заданието за проектиране и разработения и одобрен инвестиционен проект за Професионалната гимназия по строителство, архитектура и геодезия (П.) „П. П.“ - [населено място], за сградата на Корпус „А“ е предвидено изграждането на външен асансьор. След стартирането на демонтажа на окачената фасада на сградата с цел изграждане на асансьорната уредба е констатирано, че са налице значителни деформации в конструкцията на Корпус „А“, предизвикани от неравномерно слягане на земната основа, чиито размер не е могло да бъде оценен в цялост преди започване демонтажа на окачената фасада. След разкриване на част от конструкцията е установено, че повредите по нея са значителни, което води до търсене на нови технологични решения за изпълнение на СМР и съответно до забавяне в изпълнението на договора. Също така, за да се изпълни асансьорната уредба, е необходимо да бъде демонтирана част от окачената фасада на Корпус „А“, което не е било възможно поради влошените метеорологични условия и допълнително се затруднява от възобновяването на присъственото обучение на учениците в П. „П. П.“. Друга причина за забавянето е заболяването от Ковид-19 и карантинирането на някои от проектантите, служителите и работниците на дружеството. В допълнение към гореописаните причини е налице и забавяне на одобрението от страна на [община] (повече от 2 месеца) на допълнителната проектна документация към част „ОВК“ на инвестиционния проект за П. „П. П.“ - [населено място] във връзка с възложените допълнителни дейности с Анекс № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-11/ 25.11.2020 г., към основния договор. Предвид това срокът по чл.2, ал.1 от основния договор е изменен до 01.09.2021 г.

Във връзка със сигнал № 2061, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения при процедура за обществена поръчка с предмет:

„И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции, е осъществен последващ контрол върху процедурата за възлагане и изпълнение на обществена поръчка. Предмет на сигнала са именно посочените по-горе договори за обособени позиции № 9 и № 10 и № 14.

Бенефициентът е уведомен с Писмо изх. № 99-00-6-496/20.09.2022 г., изпратено чрез ИСУН, че по сигнал за нередност № 2061 от Регистъра за сигналите на нередности, УО стартира процедура по чл.73 ЗУСЕФСУ. В същото са описани установените нарушения, извършен е правен анализ на нарушенията, посочен е размера и метода на определянето на ФК. Даден е двуседмичен срок от получаването на писмото за представяне на бележки и възражения по констатациите и предвидената финансова корекция за тях, включително и писмени доказателства.

В законоустановения срок е постъпило възражение от МОН №0213-334/04.10.2022 г., в което се оспорват описаните нарушения в уведомителното писмо.

Административното производство приключило с издаването на оспорваното в настоящото производство Решение № РД-02-36-1048/11.11.2022г. на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 във връзка със заповед № РД-02-14-790/17.08.2022 г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството и като разгледах сигнал за нередност с регистрационен номер № 2061, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности, за следните нарушения:

1. Незаконно съобразно изменение на договора с изпълнител с допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S14/01.11.2021 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП по ОП № 9.

Нарушена разпоредба на ЕС: чл. 160 на Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 година за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012.

Нарушена национална разпоредба за нарушенията: чл. 116, ал. 1 т. 7, във вр. с ал. 5, т. 1 и 2, във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Класификация на нередността: установеното нарушение представлява нередност по т. 23 “Незаконособразни изменения на договора за обществена поръчка“, б. „а“ в частта „съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 към 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. Предвиден размер на финансова корекция: 25 на сто. Определен размер на финансова корекция: 25 % върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС.

2. Незаконособразно изменение на договора с изпълнител с допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S15/01.11.2021 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП по ОП № 10.

Нарушена разпоредба на ЕС: чл. 160 на Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 година за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012.

Нарушена национална разпоредба за нарушенията: чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.;

Класификация на нередността: установеното нарушение представлява нередност по т. 23 “Незаконособразни изменения на договора за обществена поръчка“, б. „а“ в частта „съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по

характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 към 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. Предвиден размер на финансова корекция: 25 на сто. Определен размер на финансова корекция: 25 % финансова корекция върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020 г. с изпълнител "ПСГ" АД на стойност 2 009 001,92 лв. без ДДС.

3 Незаконосъобразни изменения на договора с изпълнител с допълнителни споразумения № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.03.2019г. и № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-8/ 31.08.2020 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП и споразумение BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S13/15.03.2021 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 по ОП № 14.

Нарушена разпоредба на ЕС: чл. 160 на Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 година за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012.

Нарушена национална разпоредба за нарушенията:

- за Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.03.2019г. и № BG16RFOP00-3.002-0004-C02-S-8/ 31.08.2020 г – чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП;

- за Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S13/15.03.2021 г.- чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 3 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Класификация на нередността: установеното нарушение представлява нередност по т. 23 “Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“, б. „а“ в частта „съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще

се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 към 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. Предвиден размер на финансова корекция: 25 на сто. Определен размер на финансова корекция: 25 % финансова корекция върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1 от 12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-Р.“ Д. на стойност 1 945 355 лв. без ДДС.

В обжалвания акт е посочено, че с влязло в сила Решение на Ръководителя на управляващия орган за определяне на финансовата корекция по основание и размер № РД-02-36-1302/21.09.2020г. във връзка с приключването на сигнал за нередност № 1411 по разглежданите договори с изпълнител е регистрирана нередност с Н.: ОПРР20/20/ЕФРР/1252 с определен размер на финансовата корекция от 5% от допустимите разходи по всеки от разглежданите договори:

- 5 % финансова корекция върху допустимите разходите по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. с изпълнител „ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН“ ЕООД на стойност 3 016 571,51 лв. без ДДС;

- 5 % финансова корекция върху допустимите разходите по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020 г. с изпълнител "ПСГ" АД на стойност 2 009 001,92 лв. без ДДС.

- 5 % финансова корекция върху допустимите разходите по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1 от 12.10.2018 г. с изпълнител „СТОСИН-БИ-Р.“ Д. на стойност 1 945 355 лв. без ДДС.

Прието е от УО на ОПРР, че тъй като при констатиране на нередности, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансови корекции не се натрупва, се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент, а именно 25 % от всички допустими разходи по посочените договори или сума в общ размер на 1 970 976,48 лв. с ДДС, която включва:

- 868 406,79 лв. с ДДС по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3 от 14.02.2020 г. с изпълнител "ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН" ЕООД, [населено място];- 531 071,23 лв. с ДДС по договор № № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020 г. с изпълнител "ПСГ" АД, [населено място];

- 571 498,46 лв. с ДДС по договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1 от 12.10.2018 г. с изпълнител "СТОСИН-БИ-Р." Д. , [населено място].

Финансовата корекция, която се доналага до достигане на посочения процент от 25 % е в общ размер на 1 576 781,18 лв. (един милион петстотин седемдесет и шест хиляди седемстотин осемдесет и един лева и осемнадесет стотинки) с ДДС, представляваща 20 % от безвъзмездната финансова помощ по следните договори:

- № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3 от 14.02.2020 г. с изпълнител "ПОЛИТРЕЙД КЪНСТРЪКШЪН" ЕООД, [населено място],

- № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020 г. с изпълнител "ПСГ" АД , [населено място] и

- № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1 от 12.10.2018 г. с изпълнител "СТОСИН-БИ-Р." Д., [населено място],

и включва:

- сума в размер на 743 000,52 лв. с ДДС, която следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане;

- сума в размер на 833 780,66 лв. с ДДС, представляваща верифицирана и платена безвъзмездна помощ, която бенефициентът следва доброволно да възстанови.

По делото е приета административната преписка, както и допълнително ангажираните писмени доказателства.

В Решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22 година е постановено: 1. Член 72, параграф 1, буква д) и параграф 4 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, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че за да се квалифицира изменение на договор за обществена поръчка като „съществено“ по смисъла на тази разпоредба, не е необходимо страните по договора да са подписали писмено споразумение с предмет посоченото изменение, 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; 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 дължимата 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.

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

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

Разгледана по същество е основателна.

Със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51

от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ /сег. ЗУСЕФСУ/ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс като при съдебното оспорване се прилагат съответно разпоредбите на чл. 27, ал. 2 и 3 и ал. 5 и 6 от ЗУСЕСИФ.

Компетентност: Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ /сег. ЗУСЕФСУ/ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице.

Видно от приложената по делото заповед № РД-02-14-790/17.08.2022г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издалата оспореното решение Д. Г.– заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020г. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, поради което твърденията за немотивираност на акта са неоснователни. Предоставена е на бенефициера възможност да изрази становище във връзка с твърденията за нарушения, от която жалбоподателят се е възползвал, но възраженията му са преценени като неоснователни. Противно на твърденията в жалбата, съдът намира, че ръководителят на УО е изпълнил процесуалното си задължение, като е обсъдил възраженията и доводите на бенефициента.

Спорът касае приложението на материалния закон и се свежда до това дали е сочената от ръководителя на УО нередност, съставляваща основание за налагане на финансовата корекция, респективно законосъобразно ли е определен размерът на корекцията, във връзка с всяко изменение на договора със съответното допълнително споразумение, както следва:

1. Нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно изменение на срока на договора с изпълнител с допълнително

споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S14/01.11.2021 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП по ОП № 9, квалифицирано като нередност по т.23, б. „а“ от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности.

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: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Забраната за изменение на действащ договор за обществена поръчка не е абсолютна, както правилно отбелязва Р.. 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.1 и т. 7 на 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;

7. се налагат изменения, които не са съществени.

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:

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

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.

Следва да се отбележи, че с посоченото по- горе Решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22 година, съдът приема, че член 72, параграф 1, буква д) и параграф 4 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, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че за да се квалифицира изменение на договор за обществена поръчка като „съществено“ по смисъла на тази разпоредба, не е необходимо страните по договора да са подписали писмено споразумение с предмет посоченото изменение, 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.

В случая, е сключено Допълнително споразумение към Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г. № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-14/01.11.2021 г., с което срокът за изпълнение на поръчката е удължен до 31.05.2022 г. Предвидено е, че договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/. Посочено е основанието, налагащо сключването му- във връзка с иницирано удължаване на Административен договор №

BG16RFOP001-3.002-0004-C01, както и с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-3/14.02.2020 г.

Съдът намира, че така направеното удължаване на срока на изпълнение на конкретната обществена поръчка не съставлява нередност по т. 23, б. "а" от Наредбата, тъй като не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл.116, ал.5 случаи. Удължаването на срока за изпълнение на договорите не представлява съществена промяна на договора, тъй като промяната не прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. За да бъде едно изменение на договор за обществена поръчка съществено е необходимо да е осъществена поне една от хипотезите, регламентирани в алинея 5.

Настоящият съдебен състав намира, че в случая т. 3 и 4 на ал.5 на чл.116 от ЗОП не се сочат, а и са очевидно неприложими. Твърдяното от органа нарушение не попада и в хипотезата на т. 1 и 2, тъй като в случая, видно от доказателствата по делото и с оглед на гореизложеното, е налице яснота, точност и липса на двусмисленост в поставеното от бенефициента условие за удължаване на срока на изпълнение на договора при условията на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от договора. Съдът не споделя тезата на Ръководителя на УО, че текстовете на чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договора не отговарят на изискванията на чл.116, ал.1 ЗОП. В чл.2, ал.3 от разглежданите договори е посочено, че при изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или по указания на УО на ОПРР, свързани с промяна на сроковете, това ще бъде основание за изменение в съответните договори. Според съда, формулировката дава достатъчна яснота относно възможността да се бъдат извършени промени в сроковете, както и хипотезите, в които това би могло да се осъществи. Доколкото в посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглежданите договори фактори /изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или указания на УО на ОПРР/, няма как самият възложител да предвиди дали и кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли— до какви промени биха довели. В този смисъл съдът приема, че чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от този договор, както и от останалите процесни представляват клаузи, които са в достатъчна степен ясни, точни и недвусмислени що се касае до

възможността за изменение на договорите, когато са налице съответните обстоятелства, които са обективни от гледна точка на възложителя и изпълнителя.

Видно е от документацията на обществената поръчка, че още от самото начало на процедурата сроковете за изпълнение на поръчката са били обвързани със срока на проекта, респективно с административния договор. Доколкото в посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглежданите фактори изменения в административния договор, няма как самият възложител да предвиди кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли. Всички потенциални участници са били в еднаква степен предварително информирани за възможността срока на изпълнение на договора да бъде удължен при наличие на съответните обстоятелства, обективни от гледна точка на възложителя и изпълнителя. Възложителят в документацията е направил уточнение, че предвид спецификата на обектите, а именно училища, времето през което може да се извършват СМР е в периодите на летните ваканции на учениците – от 01.07 до 15.09 на съответната година. В допълнение е посочено, че дейностите извършвани през останалото време от периода на изпълнение на договорите, не трябва да пречат на нормалното провеждане на учебния процес. В случая не се въвеждат никакви "условия, които ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане са щели да позволят допускането на оференти, различни от първоначално допуснатите" (решение от 19 юни 2008 г., *pressetext*, C-454/06, EU: C: 2008: 351, т. 36), тъй като процесното изменение е предвидено от самото начало като са определени и условията на допускането му.

Както бе посочено, договорът е сключен през м. 02.2020г. и в него е определен срок за изпълнение 31.08.2020г. Според УО на ОПРР, с разглежданото допълнително споразумение срокът е удължен от 01.11.2021 г. до 31.05.2022 г. - с 212 дни.

В процесния казус доколкото срокът определен с допълнителното действително е по- дълъг от този в изменения Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, са посочени и други основания чл.2, ал.3 от договора, а именно с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15.

В случая, няма основание да се приеме, че изменението въвежда нови условия, още по- малко такива, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли за участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на

други участници или кандидати, различни от първоначално избраните. Несъстоятелна е тезата на Ръководителя на УО, че по-голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на изпълнителя, защото му е позволила да използва по-малък човешки и технически ресурс, да поеме успоредно и ангажименти при други изпълнители и т.н. Изложените доводи касаят хипотетични възможности, без каквато и да е конкретна обосновааност, поради което остават в сферата на вероятностите. По същество не се прави твърдение и липсват данни, че удължаването на срока е довело до използване на по-малък технически и човешки ресурс от изпълнителя, както и че същия е поел или изпълнявал и други ангажименти/при друг/и възложител/и. При това положение няма основание да се счете, че удължаването на срока води до ползи за изпълнителите, които не са били известни на останалите участници в процедурата, както и че то въвежда условия, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата – хипотезите по чл.116, ал.5, т.1 и т.2 ЗОП.

Поради липса на твърдяното нарушение, съставляващо нередност по т. 23, б. “а” от Наредбата, не следва да се разглежда въпроса с размера на финансовата корекция.

2. По Нарушение на чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП – незаконосъобразно изменение на договор за инженеринг № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4/20.02.2020 г. с изпълнителя „ПСГ“ АД, УО на ОПРР по ОП № 10, изразяващо се в удължаване на срока на договора с допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S15/01.11.2021 г. на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

В случая с посоченото Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S15/01.11.2021 г., срокът за изпълнение на поръчката е удължен до 01.03.2022 г., т.е. от 1.11.2021г. до 1.03.2022 г. или със 121 дни. Предвидено е, че договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация, въз основа на разрешение за ползване за всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа /когато е приложимо/. Посочено е основанието, налагащо сключването му – във връзка с иницирано удължаване на

Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, както и с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, както и чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договора.

При идентична правна рамка с първото нарушение, за да се установи нарушение на чл. 116 от ЗОП следва да бъде изследвано на първо място дали в настоящия случай е извършено изменение на договора и дали то е съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5 от ЗОП. Ако бъде прието, че е извършено съществено изменение, то следва да бъде установено, дали възможността за въпросното изменение е предвидена в документацията на обществената поръчка и дали тази възможност е дефинирана ясно, точно и недвусмислено.

Съдът намира, че така направеното удължаване на срока на изпълнение на конкретната обществена поръчка не съставлява нередност по т. 23, б. "а" от Наредбата, тъй като не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл.116, ал.5 случаи.

С удължаване срока на изпълнение на договора противно на тезата на ответника, не са въведени нови условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка: биха привлекли към участие допълнителни участници, като мотивите изложени по отношение на първото нарушение са относими и в този случай, поради, което не следва да бъдат преповтаряни.

Съдът намира, че неправилно Управляващият орган приема, че за да възникне правото на Възложителя да измени договора за обществена поръчка заложено в чл. 2, ал. 3 от договора следва да са налице кумулативно всички хипотези. Напротив, всяка една хипотеза визирана в чл.2, ал.3 съставлява самостоятелно основание за прилагане на изключението по изменение на договора в рамките на допустимите в закона граници.

В процесния казус срокът определен с допълнителното споразумение действително е по- дълъг от този в изменения Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, същевременно с това обаче са посочени и други основания по чл.2, ал.3 от договора, а именно с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, както и Възложителят се е позовал на клаузата на чл. 47, ал. 4 от договора за изпълнител, съставляващи основание за промяна на сключения договор по смисъла на чл.116, ал.1, т.1 ЗОП, при съобразяване с правилото, че

обхвата и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не води до промяна в предмета на договора.

Несъстоятелен е довода на административния орган, че допълнително споразумение е незаконосъобразно и в нарушение на чл. 116 от ЗОП, тъй като не може да бъде изменян един вече изтекъл и приключил действието си договор. В случая, договорът е удължен първоначално с допълнително споразумение от 31.08.2020г. /което не е предмет на сигнала/ до 31.10.2021г. и от следващия ден е сключено процесното допълнително споразумение- 01.11.2021г.

С оглед изложеното, Възложителят не е накърнил обществения интерес доколкото не се доказва, че неправомерно е облагодетелствал един икономически оператор.

Липсата на нарушение, влече липса на елемент от състава на нередността, поради което и не е налице основание за налагане на финансова корекция.

3. По отношение на твърдяното нарушение— Незаконосъобразни изменения на договор за инженеринг № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.10.2018 г. ОП № 14, с изпълнител „СТОСИН-БИ-Р.“ Д., с допълнителни споразумения № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/ 12.03.2019г. и № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-8/ 31.08.2020 г., сключени на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП в нарушение по чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, и Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S13/15.03.2021 г., сключено на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП в чл. 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 3 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, съдът намира следното:

Съгласно чл. 2, ал. 1 от договора от 12.10.2018 год. срокът за изпълнение на поръчката е до 31.03.2019 г.

Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/ 12.03.2019 г. и допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-8/ 31.08.2020 г. са сключени на основание първото изключение от забраната, регламентирано в чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, с които безспорно се установява изменение на срока на договора за възлагане на обществена поръчка.

Според УО, изменението, извършено с Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-1/12.03.2019 г., изразяващо се в удължаване на срока на изпълнение на обществената поръчка до 16.09.2020 г. е значително- с 554 дни.

Същото е относимо и за изменение, извършено с Допълнително

споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-8/ 31.08.2020 г., с което срокът за изпълнение е удължен до 16.03.2021 г.- с 197 дни.

Не се споделя тезата на Управляващия орган, че с това удължаване срока на изпълнение на договора резултативно страните са въвели нови условия, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка: биха привлекли към участие допълнителни участници.

Съдът приема, че въпросните изменения са в съответствие с критериите на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП доколкото възможността за изменение на договора е предвидена в документацията за обществената поръчка и в договора, на изрично посочените и по-горе основания по чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от договора. Не приема аргументите досежно много формално позоваване на възможността, срокът на договора да се промени при промяна в Административния договор, без да са предвидени никакви конкретни параметри относно обстоятелствата, за да се извърши такава промяна и последствията от същата, като се придържа към изложените по-горе мотиви по този въпрос, включително и относно липсата на изискване на кумулативност при изброяване на хипотезите в чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от договора.

И тук се констатира, че срокът определен с тези две допълнителни споразумения е по-дълъг от този в изменения Административен договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C01, но доколкото Възложителят се е позовал и на други основания по чл.2, ал.3 от договора, а именно с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписване на протоколи обр.15, както и Възложителят се е позовал на клаузата на чл. 47, ал. 4 от договора за изпълнител, съставляващи основание за промяна на сключения договор по смисъла на чл.116, ал.1, т.1 ЗОП, при съобразяване с правилото, че обхвата и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не води до промяна в предмета на договора.

В случая, промяната на срока на договора, в посока неговото увеличаване, не променя кръга на заинтересованите от участие икономически оператори, тъй като тези условия са част от процедурата за възлагане на обществена поръчка. Следователно, Управляващият орган не доказва при условията на пълно и главно доказване, че посочените допълнителни споразумения са сключени в нарушение на горесцитираните норми на ЗОП.

По отношение на допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S13/15.03.2021 г., изменението е

извършено на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, съгласно което договорите за обществени поръчки могат да бъдат изменяни когато 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.

В случая, според Р. удължаването на срока до 01.09.2021 г. е със 169 дни спрямо последното изменение.

По-горе са посочени причините описани в процесното допълнително споразумение за това удължаване на срока от Възложителя.

Органът твърди, че с осъществено бенефициерът (по смисъла на член 2, т. 10 от Регламент № 1303/2013) е нарушил при условията на кумулативност чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 116, ал. 1, т. 3 и чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Така определената от органа правна квалификация налага съдът да изложи следното:

Както бе посочено по-горе, разпоредбата на чл. 116, ал. 1 ЗОП регламентира лимитативно, предпоставките, при които възложителят може да измени сключен договор за обществена поръчка. Тъй като законодателят е регламентирал позитивното поведение, т. е. фактите, при наличието на които в отделните хипотези е допустимо изменението на договора за обществена поръчка, то твърдяната от органа кумулативно липса на предпоставки по точка 3 и по точка 7, значи, първо, че органът приема липса на предпоставките както по точка 3, така и по точка 7, и второ, че тази липса е кумулативна. Но видно от това допълнително споразумение, то е сключено на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП. Това значи, че самият бенефициент не твърди, че споразумението е сключено при условията и на точка 7.

Фактическият състав на приетите от органа за нарушени две хипотези- по т. 3 на чл. 116, ал. 1 ЗОП предвижда 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, а точка 7, визира възможността за изменение, когато се налагат изменения, които не са съществени. От анализа на фактическия състав на двете разпоредби е видно, че те са осъществими при наличието на коренно различни факти. В хипотезата на точка 3 законодателят изисква да са налице обстоятелства, които при полагането на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди и точно те да са породили необходимостта от изменение, което не води до промяна на предмета на договора. В хипотезата на точка 7 следва наложените изменения да не са съществени.

Няма правна норма, която да обвързва измененията на основание точка 3 с предпоставките на изменението по точка 7. С оглед на това кумулативното обвързване от органа на хипотезите на точка 3 и 7 не съответства на съдържанието на законовите разпоредби. Ако органът е искал да посочи, че фактите по делото не могат да бъдат подведени нито към хипотезата по точка 3, нито към тази по точка 7, то се поставя въпроса защо органът обсъжда хипотезата на точка 7 при положение, че процесното споразумение бенефициентът е сключил на основание точка 3, т. е. дори самият бенефициент не твърди, че са налице основанията на точка 7.

Релевантното обстоятелство за соченото в оспорения акт 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 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 изменени 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 C-441/22 и C-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 дължимата 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.

В случая, в допълнителното споразумение са посочени фактически основания за изменение на срока на договора в посока неговото удължаване, подробно описани по-горе.

На първо място е посочено, че след стартирането на демонтажа на окачената фасада на сградата с цел изграждане на асансьорната уредба е констатирано, че са налице значителни деформации в конструкцията на Корпус „А“, като след разкриване на част от конструкцията е установено, че повредите по нея са значителни, което води до търсене на нови технологични решения за изпълнение на СМР, и съответно до забавяне в изпълнението на договора. На следващо място, се изтъква като причина влошените метеорологични условия, както и възобновяването на присъственото обучение на учениците в П. „П. П.“. Друга причина за забавянето е заболяването от Ковид-19 и карантинирането на някои от проектантите, служителите и работниците на дружеството. На последното място е посочено и забавяне на одобрението от страна на [община] (повече от 2 месеца) на допълнителната проектна документация към част

„ОВК“ на инвестиционния проект за П. „П. П.“ - [населено място] във връзка с възложените допълнителни дейности с Анекс № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-11/ 25.11.2020 г., към основния договор. Съдът счита, че за да са установими сочените значителни повреди по конструкцията, е необходимо бенефициентът да е извършил разкриване на част от конструкцията, поради което не може да се приеме, че той не е положил дължимата грижа. Т.е. тези обстоятелства няма как да бъдат предвидени преди демонтиране на част от окачената фасада на Корпус „А“, а и органът не твърди факти, които да дават възможност да се направи друг извод. Предвид това, така установеното в хода на изпълнение на предвидените СМР не може да се приеме, че е могло да бъде предположено и при полагане на "дължимата грижа" възложителят е могъл да предвиди. В., органът не сочи какво точно е следвало да направи бенефициентът, за да предвиди преди започване на процесната обществена поръчка горните обстоятелства, при положение, че от доказателствата по делото не се установяват такива.

При това положение, наличието на тази предпоставка е достатъчна да се приеме, че е изпълнена хипотезата на чл.116, ал.1, т.3 ЗОП, на което основание е сключено коментираното допълнително споразумение.

Правилна е констатацията на органа, че е необоснована изтъкнатата в допълнителното споразумение причина, свързана с лошите метеорологични условия, имайки предвид, че е обичайно условията да не са добри през есенно-зимния сезон, т.е. това е предвидимо, както и посоченото в цитираното решение на СЕС.

Досежно сочената като обективна причина, налагаща удължаване на срока на договора пандемия с Ковид 19, съдът намира, че не е нужно този факт да бъде доказан, тъй като е известен и то в световен мащаб. Не е изследван обаче въпроса с броя на засегнатите служители, продължителността на боледуването, като в този случай и органът не е проявил активност да установи тези обстоятелства. Не се приема за основателна сочената причина, свързана със забавяне на одобрението от страна на [община] (повече от 2 месеца) на допълнителната проектна документация към част „ОВК“ на инвестиционния проект за П. „П. П.“ - [населено място] във връзка с възложените допълнителни дейности с Анекс № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-11/ 25.11.2020 г., към основния договор.“, тъй като същите са предвидими при полагане на дължимата грижа.

С оглед изложеното са налице предпоставките чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП за изменение на договорите, поради което изводът на органа за липсата им е незаконосъобразен.

Тъй като са налице предпоставките на т. 3 на чл. 116, ал. 1 ЗОП, не е необходимо да се извършва проверка за наличието на хипотезата на т. 5. Както беше посочено по-горе, регламентирани в чл. 116, ал. 1 ЗОП хипотези не са кумулативни, поради което наличието само на една от тях прави осъществено от бенефициера изменение на договорите за обществени поръчки законосъобразно.

Предвид всичко изложено, не е налице основание за определяне на финансова корекция. Като е приел обратното, Ръководителят на УО е издал един незаконосъобразен акт, който следва да бъде отменен поради противоречие с материалния закон.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноските по делото в размер на 1700 лева за платена държавна такса и за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 73-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на Министерството на образованието и науката Решение № РД-02-36-1048/11.11.2022г. на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР).

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството, да заплати на Министерството на образованието и науката разноси по делото в общ размер на 1800 (хиляда и осемстотин) лева.

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

СЪДИЯ:

