

РЕШЕНИЕ

№ 6333

гр. София, 26.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 08.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **1569** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Министерството на образованието и науката, представлявано от министъра на образованието и науката, представлявано от Й. Й., процесуален представител по пълномощно № 94-4642/05.08.2022г., срещу Решение № РД -02-36-47/18.01.2023г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР), с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху стойността на допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. и по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД.

Жалбоподателят излага подробни доводи за неправилност на обжалваното решение: Решението се основавало на грешен прочит на ЗОП. Не били допуснати приетите в решението нарушения. Не било допуснато изменение на екипа по договора за обществена поръчка. В самия договор бил предвиден механизъм, гарантиращ, че професионалната компетентност на персонала, който ще изпълнява поръчката няма да пада (чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора). Още по-малко можело да се твърди, че е

допуснато съществено изменение на договора.Необходимостта от промяна на екипа проектанти можело да възникне във всеки един момент. Неверен бил и изводът, че това е довело до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата. В решението не били доказани трите елемента на обективната страна на понятието нередност, според легалната дефиниция в чл. 2, т. 36, на Регламент 1303/2013г. на Европейския парламент и на Съвета: 1) доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2) има или би имало за последици нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3) доказана причинна връзка между нарушението и вредата. По тези съображения се иска отмяна на оспореното решение.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган (УО) на ОПРР 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли по подробно изложени съображения в писмени бележки, с които мотивира допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 от договор за обществена поръчка. В договора не било предвидено изменение на договора, чрез смяна на експерти. В чл. 6, ал. 1, т. 22 от него било предвидено, че изпълнителят е длъжен да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението за изпълнение на поръчката. Замяна се извършвало само по изключение – смърт, заболяване и др. Не били изпълнени и условията, че замяна се допуска само, ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите, како и изискването за стаж към новите експерти по част „Пожарна безопасност“ и „Конструктивна“. Извършената замяна била оценена като съществено изменение на договора, тъй като изискването за опит бил съществен фактор за оценката на предложенията. Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ било основание за финансова корекция. Езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, §36 на Регламент № 1303/2013 определяло вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и потенциална, т. е. нередност можело да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, което било трайно възприето, както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС. Такава била вредата и в конкретния случай. Финансовата санкция била определена правилно по основание и размер. Претендира разноси.

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

С оспореното решение, на основание чл. 73, ал.1, във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 ЗУСЕФСУ /стара абр. ЗУСЕСИФ/, е определена финансова корекция в размер 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД на стойност 2 009 001,92 лв. без ДДС и по Договор № BG16RFOP001-3.002- C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. на стойност 1 272 000 лв. без ДДС и при спазване процентните

показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. То е постановено въз основа на извършена проверка по сигнал за нередност № 2091.

В оспореното решение изрично е отбелязано, че по повод предходни сигнали за нередности №1411 и №2061 и постановени след проверка решения на органа, посочени и описани в решението, то по отношение на Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД на стойност 2 009 001,92 лв. по обособена позиция 10 с настоящето решение няма да се налага финансова корекция, а по отношение на Договор № BG16RFOP001-3.002-C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. на стойност 1 272 000 лв. следва да се доналожи финансова корекция в размер на 20% по ОП12.

Министерството на образованието и науката е бенефициер по проект за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16RFOP001-3.002-0004 „Обновяване и модернизация на регионалната образователна инфраструктура чрез подобряване на материално-техническата база в 17 държавни професионални гимназии в системата на МОН в областите В. Т., Г., Р. и Т.“, по който е сключен административен договор № РД-02-37-310/21.12.2016г.

В качеството си на Възложител министерството е провело процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции.“ В резултат на нея са сключени, както следва: Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. 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]“, по обособена позиция № 10 и Договор № BG16RFOP001-3.002- C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. на стойност 1 272 000 лв. без ДДС, с предмет на договора „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механоелектротехника – [населено място], [улица], по обособена позиция № 12.

Съгласно разпоредбата на чл. 6, ал. 1, т. 22 от сключените договори изпълнителят е длъжен да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението на спечелилия участник, за изпълнение на поръчката. Замяна на посочените експерти се извършвала по изключение и само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите и след предварително съгласуване с възложителя.

Във връзка с подаден сигнал за нередност, регистриран под № 2091 в Регистъра на сигналите за нередности в УО, е осъществена проверка на процедурата за възлагане и

изпълнение на обществена поръчка. В него се сочи, че е било допуснато незаконосъобразно изменение на договорите за обществена поръчка- Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД и Договор № BG16RFOP001-3.002- C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д..

Извършена е проверка и е констатирана промяна в състава на предложения в офертата от изпълнителя екип, който е следвало да извърши проектиране и авторски надзор на обекта на интервенция по договор № BG16RFOP001-3.002- C02-S-2/18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. с предмет „И. – проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механоелектроника – [населено място], [улица]. Проверяващите установили, че за нов проектант по част „Пожарна безопасност“ е приет В. И. , който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност”, за което се полагат 2 точки. Трудовата книжка и копията от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето има над 5 години именно като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност”, каквото е условието по методиката за оценка.

В хода на извършената проверка е установено и изменение в състава на 8 от експертите от заложения екип за изпълнение на договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД с предмет „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]. Констатирана е замяна на експерти от екипа на изпълнителя, без да са сключени допълнителни споразумения за изменение съгласно ЗОП. За нов проектант по част „Конструктивна“ бил посочен К. Й., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Проверяващите приели, че представените документи за експерта не удостоверяват изпълнение на условието в методиката за оценка на експертите „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Конструктивна”, за което се полагат 2 точки. За последния не била представена трудова книжка. Удостоверенията от НОИ и копия от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, лицето да има над 5 години именно като инженер-проектант по част „Конструктивна”, каквото е условието по методиката за оценка. За нов проектант по част „ОВК“ и част „Енергийна ефективност“ бил посочен Н. Ж.. След преглед на представените документи проверяващите установили, че същите не удостоверяват наличието на професионален и специфичен опит за получаване на същата оценка по методиката за оценка на експертите. Н. Ж. заемал длъжността проектант за периода от 12.01.1987г. до 01.12.1987г. Проверяващите установили, че за нов проектант по част „Пожарна безопасност“ е приет Й. Н., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад също получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т.

Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност”, за което се полагат 2 точки. Копията от референции и удостоверения доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето е има над 5 години именно като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност”, каквото е условието по методиката за оценка. Установена е липса на представена трудова книжка. Проверяващите установили още, че за нов проектант по част „Електро“ е приет Цани Ц., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад също получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Електро“, за което се полагат 2 точки. Копията от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето има над 5 години именно като инженер-проектант по част „Електро“, каквото е условието по методиката за оценка. За нов проектант по част „ВиК“ е приет Х. И., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад също получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „ВиК“, за което се полагат 2 точки. Копията от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето е има над 5 години именно като инженер-проектант по част „ВиК“, каквото е условието по методиката за оценка. От представените документи било установен общо около 3 годишен стаж, за специалист ВиК в ТО -1 година, 2 месеца и 19 дни и като проектант -2 години, 1 месец и 10 дни. Органът установил още, че за нов проектант по част „Геодезия“ е избран Х. Х., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Геодезия“, за което се полагат 2 точки. Копията от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето има над 5 години именно като инженер-проектант по част „Геодезия“, каквото е условието по методиката за оценка. Представена е трудова книжка, видно от която лицето има общо стаж 2 години и 8 месеца като проектант. За нов проектант по част „П.“ бил избран Й. К., който съгласно одобрения от ръководителя на проекта доклад също получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „П.“, за което се полагат 2 точки. Копията от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицето е има над 5 години именно като инженер-проектант по част „П.“, каквото е условието по методиката за оценка. Трудова книжка не е приложена по делото. За нов проектант по част „ПУСО“ била посочена М. М., която одобрения от ръководителя на проекта доклад също получил оценка за професионален опит 2 т. и за специфичен опит 3 т. Представените документи за експерта според проверяващите отново не удостоверявали изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част

„ПУСО“, каквото е условието по методиката за оценка. Органът обосновал извод, че съгласно приложена трудова книжка, М. извършва строител надзор.

Проверяващите приели, че не е изпълнено условието на чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора замяна да се допуска, само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите. Констатациите са отразени в контролен лист за изменение на сключен договор с изпълнител /л.78-89/.

Бенефициентът е уведомен с Писмо изх. № 99-00-6-626/17.11.2022г. изпратено чрез ИСУН, относно сигнала за нередност, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция /л.65 и сл./ Посочено е, че е констатирано нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, като същото е съществено, предвид това, че замяната на експертите не е надлежно документирано чрез сключването на допълнително споразумение/анекс към договора, което нарушавало принципът на публичност и прозрачност, не била доказана по безспорен начин необходимостта от замяна на експертите, предвид липсата на официални документи, удостоверяващи посочените от изпълнителя обстоятелства, промяната на експертите водила до съществена и изначална промяна в техническото предложение.

В срока е постъпило възражение на бенефициента, с което по същество са оспорени констатациите на УО на ОПРР (л.58-61). Сочи се се, че Й., Ж., Н., Ц., И., Х., К. и М. са лица с пълна проектантска правоспособност, видно от издадени усдостоверения за проектантска правоспособност, което съгласно чл. 7, ал.4 от от Закона за камарата на архитектите и инженерите могат да придобият, ако имат стаж 1) две години като служители по трудов договор с проектант с пълна проектантска правоспособност, или 2) четири години като проектанти на свободна практика или като служители по служебно правоотношение или по трудово правоотношение на основен трудов договор на длъжност, за която се изисква съответното образование. Счита че е налице „изключение“ относно замяната на експерт, извършена по договор за възлагане на обществена поръчка по ОП 12, поради настъпила смърт на първоначалния експерт.

Възражението не е уважено в цялост /прието е единствено, че настъпилата смърт на експерт винаги представлява изключение, налагащо замяната му/, а по отношение на останалите аргументи са изложени доводи в противен смисъл. Като резултат е издадено оспорваното решение.

За да наложи оспорената финансова корекция УО е приел, че бенефициентът е извършил нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП -съществено изменение на договора в нарушение на забраната на закона, за което е изложил мотиви в следния смисъл:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, основание за извършване на финансова корекция е нередност, съставляваща нарушение на правилата за

определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ.

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

Изменение на договор за обществена поръчка или на рамково споразумение се смята за съществено, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително 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(чл. 116, ал. 1 ЗОП).

Съгласно разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП в приложимата към момента на разглежданото изменение редакция, договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато се налагат промени, които не са съществени.

Според чл. 6, ал. 1, т. 22 от сключеният договор, изпълнителят е длъжен да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението за изпълнение на поръчката, като замяна на посочените експерти се извършва по изключение и само ако новия експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите и след предварително съгласуване с възложителя.

Според чл. 1, ал. 1 от сключения договор изпълнителят е приел да изпълни предмета на обществената поръчка при условията и в съответствие с Техническата спецификация, в което са били описани и предложените експерти, чиято професионална компетентност е била оценена според въведения критерии за оценка.

С взетите решения, обективирани в доклад от 02.03.2020г., страните по договора за възлагане на обществена поръчка по взаимно съгласие са изменили условията на същия в частта относно екипа на Изпълнителя. Това изменение, според административния орган, не съответства на второто

условие на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП – такъв тип изменение не било предвидено чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, предвидени в документацията на обществената поръчка. Подобна възможност е предвидена единствено в договора за изпълнение.

Не се спори, че в чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора е предвидено, че „изпълнителят е длъжен да осигури участие на ръководно-експертен екип, посочен в предложението за изпълнение на поръчката и че замяна на посочените експерти се извършва по изключение само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите и след предварително съгласуване с възложителя. Според административния орган, на възложителя не били предоставени официални документи, които да удостоверят наличието на обстоятелствата, на които се е позовал изпълнителят относно замяната на експертите, което обуславяло необосноваността ѝ. Не било изпълнено и второто условие на договора - замяна да се допуска, само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите.

В Методиката за оценка на експертите, която е част от одобрената документация на обществената поръчка, са заложили както основни, така и допълнителни елементи, общият сбор на които дава окончателният брой точки.

Според административния орган, от представените документи за експертите не се удостоверявало изпълнение на условието „професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „Пусо“, за което се полагат 2 точки. Трудови книжки (за част от експертите не са представени), удостоверения от НОИ и копия от референции доказвали наличието на професионален опит, но от тях не се установявало, че лицата имат над 5 години именно като инженер-проектант по част „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „Пусо“, каквото е условието по методиката за оценка. Представянето единствено на удостоверения за пълна проектантска правоспособност не доказвало наличието на над 5 години професионален опит.

При анализа на посочените обстоятелства, административният орган приел, че експертите по част: „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „Пусо“ от екипа на изпълнителя, посочени в Техническото му предложение, са били заменени от експерти, за които не са представени документи, доказващи наличието на над 5 години професионален опит в съответната сфера. От гореизложеното заключил, че условието на чл. 6, ал. 1, т. 22 от договора (замяна да се допуска, само ако новият експерт получава същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите), не е спазено.

Според административния орган, при изменението на договора не била спазена и предписаната от закона писмена форма. Не е сключено допълнително споразумение/анекс към договора, съответно не е спазено изискването на чл. 27 ал. 1 от ЗОП, съгласно който възложителите изпращат за публикуване обявление за изменение на договор за обществена поръчка или рамково споразумение по чл. 166 ал.1 в срок 30 дни. От своя страна това води до неспазване принципите, залегнали в чл.2 ал.1 т.4 от ЗОП, а именно публичност и прозрачност. Изменението на договора е оценено като съществено, доколкото опитът на експертите е бил заложен като фактор от значение за оценката на предложенията на участниците в процедурата, съгласно методиката на възложителя, като повече точки се присъждали за професионален опит над 5 години в съответната сфера. Смяната на експертите е извършена без доказателства за наличие на обективни обстоятелства, които налагат тази смяна, т.е не са установени изключения, които да я налагат, още повече, че самите изключения не са ясно разписани и посочени от възложителя. Смяната е извършена и без доказателства, че новите експерти имат поне еквивалентен професионален опит. Всичко това според административния орган, имало като резултат изменение на техническото предложение на изпълнителя, респективно на договора за изпълнение в тази част, което е прието за съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, тъй като е довело до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата и което му е предоставило възможност да спести ресурс.

Административният орган е приел, че е налице нередност, която е основание за налагане на финансова корекция по следните съображения:

Според дефиницията за "нередност" в чл. 2, т. 36 на Регламент № 1303/2013, "нередност" е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Вредата за бюджета е не само реално настъпила такава, но и потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда.

МОН имало качеството на икономически субект тъй като участвало в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове и осъществявало действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ.

Допуснатото нарушение на правилата на ЗОП осъществявало втората материална предпоставка на фактическия състав на "нередност". То представлявало нередност по Приложение 1, раздел III, т. 23, буква „а“ от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на

средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности - незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка.

Размерът на финансовата корекция за нарушението следвало да бъде определен на 25 % върху допустимите разходи по договора, съгласно наредбата.

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 друг сигнал за нередност № 1411 по същия договор била регистрирана нередност с Н. ОПРР20/20/ЕФРР/1252 и определен размер на финансовата корекция - 5% от допустимите разходи.

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции и при констатирани нередности, засягащи едни и същи разходи, органът е счел че по сигнал за нередност № 2091 следва да се доналожи финансова корекция, изчислена по пропорционалния метод в размер на 20% от допустимите разходи по договор BG16RFOP001-3.002- C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. по ОП 12.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице, в случая заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, който е бил оправомощен с правата на управляващ орган със заповед РД02-14-790/17.08.2022г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството. От което следва, че административният акт е издаден от компетентен орган.

На следващо място съдът приема, че обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да

представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

При преценката на материалната законосъобразност на акта, съдът прие, че същият е законосъобразен, тъй като описаните в акта обстоятелства установяват нередност, която е основание за налагане на финансова корекция.

Твърдението си за допуснатата нередност административният орган е обосновал с това, че е допуснато нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП – било извършено незаконосъобразно изменение на договора, като били заменени експертите, които следва да участват в изпълнение на договора с други, без да се представят документи за необходимостта от това, които да квалифицират замяната като извънреден случай, като по отношение на всички експерти не били представени документи, които да доказват професионален стаж над 5 години по част : „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „Пусо“, което водило до по-ниска оценка на професионалната им компетентност от тази на експертите в подадената оферта, съгласно приложените критерии за оценка на офертите.

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

Административният орган е направил констатации за извършени по двата договора идентични нарушения, които е квалифицирал като нередност по т.23, б. „а“ от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности - незаконосъобразно изменение на договорите за обществена поръчка.

В т.23 от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности са визирани случаите на нередности, свързани с изпълнението на сключените договори. По-конкретно т.23, б. „а“ обхваща изменения на договора за обществена поръчка, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Посочено е, че съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 116 ал.5 от ЗОП /в приложимата ѝ редакция/ сочи, че изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено когато са изпълнени едно или повече от следните условия: 1. изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати,

биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; 2. изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата; 3. изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение; 4. изпълнителят е заменен с нов извън случаите на ал. 1, т. 4.

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

Съгласно чл.116, ал.1,т.1 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато промените са предвидени в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително клаузи за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение. Съгласно ал.5, т.2 от същата разпоредба изменението на договор за обществена поръчка се смята за съществено, когато въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, или ако изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Според настоящия състав соченото нарушение е безспорно установено.

По отношение на ОП 12 по сключен Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-2 от 18.12.2019г. с изпълнител „ГРАДОВЕТЕ НА БЪЛГАРИЯ“ Д. е извършена замяна на проектанта Ж. М. /починал/ с нов експерт В. И., което е осъществено въз основа на доклад и оценка на новия експерт, но без да е сключено допълнително споразумение/анекс и съответно без да е изпълнена разпоредбата на чл. 27 от ЗОП, с което е нарушен чл. 2 ал.1 т.4 от ЗОП и залегналите в него принципи на прозрачност и публичност.

Членовете на екипа представляват част от техническото предложение на участника, респективно част от договора за възлагане на обществената поръчка. Замяната на членовете на екипа на избрания изпълнител води до

промяна на договора, респективно до нуждата от съставяне на допълнително споразумение/анекс към договора, който подлежи на публикуване. В случая е направено единствено съгласуване с възложителя за замяна на член на екипа.

Споделят се като правилни изводите на органа, че неподписването на допълнително споразумение към договора и непубликуването му съгласно разпоредбата на чл. 27 от ЗОП е нарушение на принципите на публичност и прозрачност, залегнали в чл. 2 ал.1 т.4 от ЗОП, доколкото договорите за възлагане на обществена поръчка, респ. техните изменения следва да се сключат в писмена форма, а проектът на договора е част от документацията на обществената поръчка. Независимо от факта, че в случая е налице изключение, което води до безспорна необходимост от замяна на експерта, то това не дерогира нуждата тази промяна да бъде надлежно документирана и оповестена.

Отделно от изложеното за новия експерт В. И. – проектант по част „Пожарна безопасност“ не са представени доказателства за наличие на общ професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност“, за което се присъждат 2т. От трудовата му книжка е видно, че има стаж от 8г. 5м. и 17 дни , като главен специалист от 01.12.2006-01.01.2007г., но не е известно и липсват доказателства каква длъжност е заемал преди този период. В периода от 12.05.2008-11.07.2008г е заемал длъжността главен специалист и старши експерт вътрешен одит С., представени са и референции, но от съвкупната преценка на тези доказателства не може да се изведе извод за наличие на професионален опит над 5 г. като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност“. Представянето на удостоверение за пълна проектантска правоспособност, от което следва наличие на най-малко 2 години професионален опит е минималното изискване към експерта, заложено в методиката, но от него, нито от представените доказателства не следва наличие на повече от 5 години професионален опит.

Нарушен е чл. 116 ал.1 т.1 и чл. 2 ал.1 т.4 от ЗОП.

Правилно е отбелязано, че нарушението 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, защото всъщност избраният експерт не отговаря на заложените в документацията на обществената поръчка критерии.

По отношение на ОП 10 по Договор № BG16RFOP001-3.002-0004-C02-S-4 от 20.02.2020г. с изпълнител „ПСГ“ АД.

Съгласно утвърдената методика за оценка, на оценка подлежи професионалната компетентност на персонала, в това число общ професионален и специфичен опит. По изключение е предвидена замяна на експертите, посочени в техническата документация, но при условие, че новите

експерти получат същата или по-висока оценка по методиката за оценка на експертите.

Комисията е извършила оценка на предложените нови експерти, като е присъдила максимален брой точки по критерии, на които те не отговарят. Членовете на екипа представляват част от техническото предложение на участника, респективно част от договора за възлагане на обществената поръчка. Замяната на членовете на екипа на избрания изпълнител води до промяна на договора, респективно до нуждата от съставяне на допълнително споразумение/анекс към договора, който подлежи на публикуване. В случая е направено единствено съгласуване с възложителя за замяна на член на екипа.

На първо място, замяната на експертите води до съществено изменение на договора, тогава, когато се променя оценката на професионалната компетентност на същите, какъвто е настоящият случай. Изборът на експерти е важен не с оглед конкретната им личност, а с оглед професионалната им компетентност, доколкото именно тя е залегнала в критериите за оценка на офертите. Ето защо замяната на един експерт с друг, който не отговаря на изискванията за професионален опит води до неблагоприятни последици, свързани с изпълнението на договора, които компоненти са от решаващо значение за правилното изпълнение на възложената обществена поръчка. МОН е приело замяната на експертите с такива, които не отговарят на заложените в документацията на обществената поръчка критерии, от което следва, че не е нарушена разпоредбата на чл. 6, ал. 1, т. 22 от Договора.

Съдът счита, че в случая проектът се отличава със специфичност, сложност, особеност, която изисква конкретен професионален опит и която да разкрива необходимост от поставяне на допълнително завишено изискване към експертите. Неоспорим факт е, че едно лице може да притежава правоспособност за дадена професия, без да е упражнявало дейност по нея, което обстоятелство би довело до липса на професионален опит. В случая е доказано соченото в решението установяване – замяна с експерти, неотговарящи на изискванията за продължителност на професионалния опит. Изяснено е, че за експертите Й., Ж., Н., Ц., И., Х., К., М. и И. са представени удостоверения за пълна проектантска правоспособност, деветимата експерти са били оценени с максималния брой точки по методиката за оценка, които се присъждат за експерти с над 5 г. опит по част, съответно „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „ПУСО“. Описаните в решението факти и събраните по делото доказателства са достатъчни, за да може да се обоснове извод, че е допусната нередност – замяна на първоначално определените експерти с такива с по-ниска квалификация и опит.

Не се споделят възраженията на жалбоподателя, че придобиването на пълна правоспособност означава наличие на професионален опит в посочения в документацията срок от над 5 години в съответната специалност. Изяснено е в

решението, какви документи са били представени, съответно въз основа на какви документи са оценени експертите – копия от референции, които не успяват да докажат наличието на професионален опит над 5 години. Органът правилно е обосновал извод, че наличието на удостоверения за правоспособност придобити на определена дата не означава, че лицата от датата на придобиване на правоспособността до настоящия момент са изпълнявали дейност като проектант по част „Конструктивна“, „Пожарна безопасност“, „ОВК“, „Енергийна ефективност“, „Електро“, „ВиК“, „Геодезия“, „П.“ и „ПУСО“. По силата на чл. 7, ал. 5 от ЗКАИИП, проектантите с ограничена проектантска правоспособност могат да придобият пълна проектантска правоспособност, ако имат съответния стаж по специалността, както е посочен в т. 1- две години като служители по трудов договор с проектант с пълна проектантска правоспособност или по т. 2 на същата алинея - четири години като проектант на свободна практика или като служители по служебно правоотношение или по трудово правоотношение на основен трудов договор на длъжност, за която се изисква съответното образование.

В. е доводът на жалбоподателя, че от законовия текст следва, че всеки проектант с пълна проектантска правоспособност притежава минимум 2 години проектантски опит към момента, в който придобива пълна проектантска правоспособност, но това е минималното изискване към експертите.

1. По отношение на К. Й. органът е приел, че удостоверенията на НОИ и копия от референции доказват наличието на професионален опит, но е и над 5 години опит именно като инженер- проектант по част „Конструктивна“

2. По отношение на Н. Ж.- проектант по части „ОВК“ и „Енергийна ефективност“ също не се доказва наличие на професионален и специфичен опит над 5 години.

3. За Й. Н. – проектант по част „Пожарна безопасност“- липсват доказателства, че лицето притежава над 5 години опит именно като инженер-проектант по част „Пожарна безопасност“. Няма представени доказателства за трудов стаж, само референции и удостоверения.

4. За Цани Ц.- проектант по част „Електро“ от представените референции не се доказва, че лицето има повече от 5 год. стаж като инженер-проектант по част „Електро“

5. По отношение на Х. И.- проектант по част „ВиК“ от представените референции не се доказва, че лицето има повече от 5 год. стаж като инженер-проектант по част „ВиК“ .

6. За Х. Х. – проектант по част „Геодезия“ също липсват доказателства за професионален опит над 5 години като инженер-проектант по част „Геодезия“. По данни от трудова книжка същият има стаж от 2г. и 8м.

7. По отношение на Й. К.- проектант по част „П.“ не е приложена трудова

книжка, липсват доказателства за наличие на професионален опит над 5 години като проектант по част „П.“.

8. По отношение на М. М.- проектант „ПУСО“ също липсват доказателства за наличие на професионален опит като инженер-проектант по част „ПУСО“ над 5 години. В трудовата ѝ книжка е записано, че е изпълнявала строителен надзор.

Извършената промяна на екипа на експерти на изпълнителя представлява изменение на сключения договор за възлагане на обществената поръчка. В документацията на обществената поръчка не е предвиден ред за изменение на договора, такъв е заложен в самия договор, който макар и част от документацията не изпълва хипотезата на чл. 116 ал.1 т.1 от ЗОП, съгласно който договорите за обществените поръчки могат да бъдат когато промените са предвидени **в документацията за обществената поръчка и в договора** чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително клаузи за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение.

В посочената клауза на договора липсват и ясни, точни и недвусмислени условия за изменение на договора, изменението не е сключено в писмена форма, липсва допълнително споразумение/анекс, респективно не е извършено и предвиденото в чл. 27 от ЗОП публикуване на промяната. С това е нарушен принципа на прозрачност и публичност, залегнал в чл. 2 ал.1 т.4 от ЗОП.

Отделно от изложеното не са представени и доказателства за нуждата от замяна на първоначалните експерти, т.е доказателства да са настъпили обстоятелства, които да се приемат за изключение, така както е предвидил самият възложител в договора. Следователно изначално е компрометирана замяната на експертите, доколкото не е спазено поставеното от самия възложител условие да е налице „изключение“, а с това и чл. 116 ал.1 т.1 от ЗОП

От нарушенията на конкретни разпоредби от националното право, както и на принципа на пропорционалност, който обективно се явява нарушен с включването на условия, ограничаващи конкуренцията и ограничаващи участието на потенциални икономически оператори в процедурата, винаги е налице потенциална възможност за настъпване на финансови вреди за бюджета на Европейския съюз. В обществената поръчка биха могли да участват по-широк кръг от кандидати, като това би довело до по-ефикасно разходване на предоставените от Европейския съюз финансови средства.

Предвид изложеното решението е постановено в съответствие с приложимото материално право. То е мотивирано, тъй като фактическите основания за

постановяването му обосноват сочената нередност.

По тези съображения съдът намира жалбата за неоснователна и същата следва да се отхвърли. Наложенията финансова корекция е законосъобразна, поради което на ответника се дължи присъждане на разноски за юрисконсулт. Процесуалният представител на ответника е представил списък с разноски на хонорара в размер на 360 лв. съобразно чл.24, пр.2 от Наредбата за заплащането на правната помощ .

Така мотивиран, Административен съд София - град, III - то отделение - 62 състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерството на образованието и науката, представлявано от министъра на образованието и науката, представлявано от Й. Й., против Решение № РД -02-36-47/18.01.2023г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“.

ОСЪЖДА Министерството на образованието и науката, представлявано от министъра на образованието и науката, представлявано от Й. Й. да заплати на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“, разноски по делото в размер на 360 лв. / триста и шестдесет лева/.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на РБългария.

СЪДИЯ: