

РЕШЕНИЕ

№ 2422

гр. София, 12.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 01.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **9303** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Столична община, представлявана от кмета г-жа Ф., чрез адв.Ц.-Б. срещу Решение № РД-02-36-852 от 20.09.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган/УО/ на Оперативна програма/ОП/ „Региони в растеж“ с което е наложена финансова корекция в размер на 71 446,52лв. с ДДС, представляваща 15% от безвъзмездната финансова помощ до достигане пълният, максимално допустим размер на корекцията от 25% във връзка с договор № СОА18-ДГ55-731/07.12.2018г. с изпълнител „Е.“ Д..

С процесно оспорваният акт, Р. е установил нарушение на чл.116 ал.1 т.7 вр. чл.116 ал.5 т.1 и 2 от ЗОП, във връзка с процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет:“Основен ремонт/реконструкция на Кризисен център „В., надежда любов“ и сключен договор между Столична община и „Е.“ Д. № С.-18-ДГ55-731/07.12.2018г.

Производството е образувано във връзка с регистриран сигнал за съмнение за нередност във връзка с изпълнение на договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1.001-0004-C01, „Обновяване и изграждане на социални заведения на територията на Столична община“ – етап I, за обект

Кризисен център „В., надежда любов“.

С писмо изх. № 99-00-6-278/26.04.2022г-. бенефициентът е уведомен за наличието на нередност, първоначалното становище на УО на оперативната програма и му е предоставена възможност да вземе становище, да представи бележки и коментари, каквото възражение е депозирано от СО, с изх. № ССД22-ДИ04-3/03.05.2022г.

Процесното възражение е анализирано и отчетено при постановяване на решението, предмет на настоящето производство.

Така, в резултат от допълнителното представяне и анализ на документацията по поръчката, Р. е установил нарушение на чл.116 ал.1 т.7 вр. чл.116 ал.5 т.1 и 2 от ЗОП. От фактическа страна е установено, че съгласно документацията на обществената поръчка, Раздел I т.1.4 възложителят е поставил условието срокът за изпълнение на поръчката да е по предложение на участника, но не повече от 150 календарни дни, като срокът за изпълнение започва да тече от датата на подписване на Протокол за отриване на строителна площадка и определяне на строителна линия. Установено е че въпросният протокол № 2 е подписан на 28.08.2019г., следователно срокът от 96 дни, определен за изпълнение на строителството по договора изтича на 01.12.2019г. За крайна дата на изпълнение на този срок следва да се счита датата на подписване а последния по ред акт за установяване годността за приемане на строежа, приложение № 15, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003, който е съставен на 01.06.2020г. В този смисъл е прието, че общата продължителност на изпълнението на обекта е 279 календарни дни, респ. е налице закъснение със 183 дни от предвидения първоначално срок от 96 дни. Установено е също така, че липсват съставени Акт образец 10 за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството и Акт образец 11 за установяване състоянието на строежа при продължаване на строителството, както следва да се процедира съобразно чл.13 ал.3 от Договора, ако е налице спиране на строителството в периода на изпълнение, поради което и не може да се приеме, че е налице спиране на строителството даващо отражение и върху крайният срок в който следва същото да бъде приключено. Изрично е посочено още, че за цялостното закъснение за изпълнението, бенефициентът не е наложил неустойка, съгласно договореното в чл.21 ал.1 от договора за строителство.

Посоченото обстоятелство, чрез референция към съдебната практика на ВАС е квалифицирано като съществено изменение на договора за обществената поръчка, каквото може да настъпи и без писмено съгласие на страните под формата на споразумение или анекс. Паралено с изложеното е посочено още, че въпросното изменение е съществено по своя характер, тъй като същото въвежда условия, които ако бяха част от процедурата по ЗОП биха привлекли допълнителни участници, като поставеният срок е действал разубеждаващо спрямо тях, но облагодетелстващо спрямо избраният изпълнител. Прието е, че не са били налице обективни причини, обосноваващи удължаване на срока за изпълнение с 183 дни.

В тази връзка е прието наличието на нарушение на чл. 116 ал.1 т.7 вр.чл.116 ал.5 т.1 и 2 от ЗОП – незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, имащо финансово отражение изразяващо се във вреда на средствата от ЕСИФ посредством допуснатото ограничаване на участието в поръчката на заинтересовани икономически оператори, с което е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта.

Определена е финансова корекция в размер на 25% от стойността на договора с изпълнителя. Изрично е посочено, че с Решение № РД-02-36-153/04.02.2022г. по отношение на въпросният договор, вече е определен размер на корекция за други

констатирани нарушения в размер на 10%, като в случай, че това решение влезне в сила, то за настоящото нарушение и с процесният акт се доналага корекция в размер на 15% върху допустимите разходи по договора, както и 15% от собствения принос на бенефициента.

С процесно подадената жалба, се претендират няколко отделни основания за незаконосъобразност на така постановеният акт.

На първо място се претендира нищожност на акта, като постановен от некомпетентен орган - такъв следва да е Министъра, респ. овластено от него лице, но процесният акт е постановен от заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, като в него е цитирана и заповед № РД-02-14-790/17.08.2022г. Факта, че заповедта просто е цитирана бланкетно, но не и приложена към решението, освен другото него ограничава правото на защита на Столична община, поради липса на възможност да изложи аргументи досежно пороците на самата заповед.

На следващо място се твърди, че процесният акт е постановен в нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като от една страна в диспозитива на оспорваният акт не е посочен конкретният размер и основата от която се изчислява финансовата корекция, вече наложена върху стойността на допустимите разходи по същия договор, с предходно Решение № РД-02-36-153/04.02.2022г. Успоредно с това се твърди, че въпросното предходно решение за налагане на финансова корекция е предмет на съдебно оспорване и е образувано адм.дело № 1844/2022г., т.е. производството пред административния орган по постановяване на процесният акт е протекло при неприключило съдебно производство по оспорване на решението за налагане на корекция от 04.02.2022г.

На следващо място се твърди, че разходите, описани като собствен принос на бенефициента не могат да бъдат предмет на вземане към УО за целите на отчитането и напредъка на проекта и неговото изпълнение, респ. следва от размера на корекцията да бъде изваден собствения принос, както и се твърди, че липсва обосновка дали посочената сума от 18 544,42лв. равняваща се на 15% от собственият принос на бенефициента е приспадната от наложените корекции общо в размер на 25%.

На трето място, се твърди, че оспорваният акт е материално незаконосъобразен, като постановен в нарушение на чл.122 пар.2 вр. чл.2 т.36 от Регламент № 1303/2013, тъй като не е налице нарушение на приложимият ЗОП, извършено от бенефициента по сключеният договор за обществена поръчка, т.е., че не е налице установеното съществено изменение на Договор № СОА15-ДГ55-731/07.12.2018г., следващо от изпълнение на строителството в заложеният срок на договора – т.е. липсва нарушение на чл.116 ал.1 от ЗОП, поради което липсва и вторият елемент от понятието „нередност“ по смисъла на регламента, като основание за определяне на финансова корекция. Твърди се, че договора е изпълнен в срок, като не оспорва, че констативен акт Образец № 15 за установяване годността за приемане на строежа е подписан на 01.06.2020г., но това е само административно-техническо приемане на изпълнението, т.е. датата на физическото подписване на обр.15, а правно-фактическото приемане е осъществено на 01.12.2019г., видно от Протокол за фактическо приключване на СМР от 01.12.2019г. Успоредно с това акцентира върху разликата между изменение и неточно изпълнение на договор, като неизпълнението не може да се приравнява на изменение, като за да е налице изменение следва да е налице писмен акт, какъвто между страните не е подписан. Позовава се факта, че закъснялото изпълнение поражда право на неустойка за забава

От една страна жалбоподателя сочи, че не е налице забавено изпълнение, т.е. извън законовият срок, като се позовава на факта на приемане на строежа с Протокол от 01.12.2019г. за приемане на строежа, като от друга страна твърди, че е налице неточно изпълнение от страна на изпълнителя на договора, но неизпълнението в срок не може да се приеме за изменение на договора, т.е. заявява, че изпълнението е извън срок, но това е несъставомерно в контекста на претендираното нарушение.

На следващо място се претендира и липса на причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вреда върху общия бюджет на съюза.

В заключение, жалбоподателят акцентира върху факта, че следва да се разграничат действията на бенефициента при определяне на изпълнител от действията на изпълнителя при изпълнение на поръчката, което предопределя и различен фактически състав за нарушение и нередност.

Иска се отмяната на акта.

Съдът, намира, че жалбата отговаря на изискванията за форма, съдържание и приложения, същата е подадена в срок, от активно легитимирано лице и срещу подлежащ на обжалване акт, поради което същата е допустима и следва да се разгледа по същество.

По съществуващото на спора, с оглед твърденията на страните, данните по преписката и принципа на служебно начало, налагащ проверка на акта на всички основания по чл.146 АПК/арг. чл.168 ал.1 АПК/, съдът съобрази:

Със Заповед № РД-02-14-790/17.08.2022г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството е определила Д. Г., в качеството и на заместник-министър да ръководите и организира дейността на УО по ОПРР 2007-2013 и ОП „региони в растеж“ 2014-2020, ведно с още 7 посочени отделни компетенции.

Посочената Заповед е постановена в съответствие с разпоредбата на чл.9 ал.5 изр.второ от ЗУСЕФСУ, поради което следва да се приеме, че оспорваният акт е постановен от компетентен орган, респ. възражението за нищожност на същия е неоснователно.

Що се касае до факта, че жалбоподателят не е бил запознат с процесната заповед към датата на постановяване на оспорваното решение и във фазата на административното производство, то посоченото обстоятелство, дори да се приеме за абсолютно вярно като факт, не налага извода за допуснато съществено процесуално нарушение. Наличието, респ. липсата на приложена към преписката заповед не е обстоятелство, влияещо върху съдържанието на акта, т.е. не е налице нарушение при чието недопускане би могло да се стигне до постановяване на акт с различно съдържание. Паралелно с това, жалбоподателят може и има пълният набор от средства както да се запознае с процесната заповед, така и да възрази срещу същата в рамките на настоящето съдебно производство. В този смисъл и правото му на защита е обезпечено.

Оспореният акт е постановен при спазване изискванията на чл.73 ал.2 и сл. от ЗУСЕФСУ/ЗУСЕСИФ в предходната редакция/ като на жалбоподателя е изпратено писмо от 26.04.2022г. за сигнала за нередност, първоначалното становище на Р. и за правото му да представи възражение и доказателства относно липсата на основание за налагане на финансова корекция, каквото възражение е и било депозирано. Същото е обсъдено при постановяване на оспореният акт, като видно от съдържанието му –

прието за неоснователно.

Оспореното решение е в съответствие с изискванията за форма и съдържание, съобразно чл.73 ал.1 ЗУСЕФСУ и излагане на мотивите обосновали правната квалификация на установените факти.

На следващо място и във връзка с установеното нарушение, квалифицирано като нередност, настоящият състав съобрази:

По силата на чл.116 ал.1 т.7 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни когато се налагат изменения, които не са съществени. Съгласно чл.116 ал.5 т.1 и 2 от с.з., изменение на договор за обществена поръчка или на рамково споразумение се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително когато са изпълнени едно или повече от следните условия: 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; Текста на т.2 в приложимата към спора редакция предвижда, хипотезата в която поради непредвидени обстоятелства е възникнала необходимост от извършване на допълнителни доставки, услуги или строителство, които не са включени в първоначалната обществена поръчка, ако смяната на изпълнителя: а) е невъзможна поради икономически или технически причини, включително изисквания за взаимозаменяемост или оперативна съвместимост със съществуващо оборудване, услуги или съоръжения, възложени с първоначалната поръчка, и б) би предизвикала значителни затруднения, свързани с поддръжката,

експлоатацията и обслужването или дублиране на разходи на възложителя;

В Раздел II „влизане в сила и срок на договора“, чл.3 ал.2 от процесният Договор № СОА18-ДГ55-731/07.12.2018г. е уговорено, че изпълнението на дейностите започва след осигуряване на финансиране, за което възложителят уведомява писмено изпълнителя.

Така текста на чл.3 ал.3 от посоченият договор ясно и недвусмислено гласи, че срокът за изпълнение на СМР е 96 календарни дни, съгласно предложението на изпълнителя и започва да тече от датата на съставяне на Протокол обр.2 за откриване на строителна площадка и определяне строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3/31.07.2003г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството и приключва със съставяне на Констативен акт за установяване годността за приемане на строежа /Приложение № 15 към чл.7 ал.3 т.15 от Наредба № 3 от 31юли/.

От своя страна, Раздел VIII, „Приемане на извършените СМР“, предвижда, в своят чл.15 ал.1, че извършените СМР се приемат с подписването на протоколи за приемане на СМР, изготвени съгласно действащата нормативна уредба. Текста на ал.2 на цитираната норма от договора гласи, че за отделните видове работи се съставят актове по Наредба № 3/31.07.2003, а когато не е приложимо – с протоколи за извършената работа по обекта/те от Възложителя на изпълнителя. В текста на чл.16 е записано изрично, че за окончателно приемане на обекта от Възложителя се счита издаване на УВЕ съгласно ЗУТ.

В този смисъл безспорно волята на страните и условията на самата процедура/доколкото посочените условия на договора без конкретният му срок са

част от документацията за поръчката, респ. отразяват нейните условия/, налага извода, че за изпълнение на договора се счита съставяне на Констативен акт за установяване годността за приемане на строежа /Приложение № 15 към чл.7 ал.3 т.15 от Наредба № 3 от 31 юли/.

Позоваването от жалбоподателя на съставен Протокол от 01.12.2019г. за приемане на строежа, не може да опровергае посоченият извод, доколкото и по силата на чл.15 ал.2 от самият договор подписването на такъв протокол е приложимо само по отношение на отделни видови работи за които не следва да се съставят актове по Наредба № 3/31.07.2003г. С оглед факта, че цялостното изпълнение на строежа се установява с Констативен акт - Приложение № 15, наличието на посоченият протокол се явява ирелевантно и неотнормосимо. Както всъщност неотнормосимо е и въпроса кога възложителят е приел обекта.

Така, при безспорната установеност, че строителната площадка е открита с Протокол за отриване на строителна площадка и определяне на строителна линия – обр. № 2, подписан на 28.08.2019г., респ. срокът от 96 дни, определен за изпълнение на строителството по договора изтича на 01.12.2019г., а Констативен акт - приложение № 15, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003, е съставен на 01.06.2020г., то правилно е прието, че общата продължителност на изпълнението на обекта се явява 279 календарни дни, като изпълнението на договора е със закъснение от 183 дни.

При така установеното, решаващ за спора се явява въпроса – представлява ли въпросното изпълнение на договора в нарушение на договореният срок и при липса на данни и твърдения за спиране на строителството, изменение на договора или е налице неизпълнение пораждащо право на неустойка и оттам – съотнася ли се така посоченото нарушение към разпоредбите на чл.116 ал.7 вр. чл.116 ал.5 т.1 и т.2 от ЗОП.

В своето Решение от 7 декември 2023 година по съединени дела С-441/22 и С-443/22, ЕСЛ:EU:C:2023:970, Съдът на ЕС е имал възможност да постанови, че член 72, параграф 1, буква д) и параграф 4 от Директива 2014/24 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./виж т.65/.

Успоредно с това, член 72, параграф 1, буква в), точка i) от Директива 2014/24 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.

Нормата на чл.72 от Директива 2014/24 регламентира допустимите хипотези на изменение на договор за обществена поръчка през техният срок на изпълнение, като настоящият казус не разкрива обстоятелства възникнали по време на изпълнението, които да бъдат съотнесени към визираните в разпоредбата хипотези.

Следва да се вземе предвид, че срока за изпълнение на поръчката е един от ключовите елементи на самият договор за нейното възлагане. Всъщност той е и ключов компонент от условията за участие в процедурата по възлагане на ОП, като на стр.6 от Документацията изрично е записано, че ако участник предложи срок за изпълнение по-дълъг от посоченият, той ще бъде отстранен от участие в процедурата. Успоредно с това в документацията е въведено и изискването участниците да заявят съгласие с клаузите на проекта на договор, който се определя съобразно предложението на участника, но видно от документацията не може да надхвърля 150 календарни дни, което обстоятелство всеки участник следва да заяви и в Предложението си за изпълнение на поръчката по образец, в който изрично, с отбелязване под графата за предложен срок, е изписано отново „не повече от 150 календарни дни“. В този смисъл срока за изпълнение се явява съществено условие на самата процедура, заложено като следствие и в документацията - не под формата на критерий за оценка, а под формата на условие за допустимост на предложенията. Кое то му придава още по-голяма тежест. Извън това в самата методика в подпоказател „Управление на риска“ от показател „Техническо предложение за изпълнение на строителството“ са посочени възможни рискове, сред които - забава при стартиране на работите, изоставане от графика, риск от окончателното приключване и предаване на обекта. Тези индикатори за оценка, също подчертават недвусмислено значимостта, за възложителя, на срока за изпълнение на договора, така, че да не се допусне забавяне и изоставане от графика.

В конкретният случай приключване изпълнението на строителството е уговорено посредством акт обр.15 за установяване годността на строежа. Такъв е съставен на 01.06.2020г. Така, при отчитане датата на започване строителството/28.08.2019г./ и предложеният и договорен срок за изпълнение/96дни/ правилен се явява извода на Р., че е налице забавяне със 183 дни. В хипотеза като настоящата в която е безспорно установено, че възложителят не е приложил неустойка съгласно чл.21 ал.1 от договора, съдът приема, че възложителят се е съгласил мълчаливо с този срок. Видно от практиката на СЕС за да се приеме наличие на изменение не е необходимо нарочно писмено изявление или съглашение между страните, респ. обичайните конклюдентни действия по приемане на работата, съчетани с липсата на приложена неустойка следва да се квалифицират като приемане на изменението, без възражения в тази връзка. Поведението на възложителя-кредитор по сделката ясно показва и свидетелства за непротивопоставяне във връзка с изпълнението, осъществено от възложителя, което е правно равнозначно на съгласие. Всички възражения на жалбоподателя за неточно изпълнение/наместо изменение/, се явяват недоказани и в противоречие със собственото му поведение във връзка с договорното правоотношение.

Като следствие, наличието на нарушение на чл. 116 ал.1 т.7 вр. чл.116 ал.5 т.1 и т.2 от ЗОП следва да се приеме за установено.

В допълнение следва да се посочи – в процедурата по възлагане на ОП са участвали трима участника, като двама от тях са отстранени поради несъответствие с предварително обявените условия на процедурата. Отчитайки, че срока на изпълнение е сред предварително обявените условия на процедурата, съдът приема за правилен извода, че при липса на подобно нарушение, респ. ако първоначално бе дефиниран

друг срок, то това би привлекло към участие допълнителни участници или кандидати.

Посоченото основание правилно е квалифицирано като нередност по смисъла на чл.2 т.36 от Регламент № 1303/2013, като са установени всички елементи от фактическият състав на понятието нередност – нарушение на норма от националното право, произтичащо от действието на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Като следствие, правилно Р. е приел, че нарушението няма точно финансово отражение поради което е приложил метода по чл.5 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Нарушението правилно е съотнесено към т.23 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 Наредбата тъй като е налице незаконосъобразност изменение на договора за възлагане на ОП засягаща съществена промяна на негов елемент – срок за изпълнение за което е предвидена корекция в размер на 25 на сто.

Що се касае до възражението на жалбоподателя, че е налице неправилно определена основа за изчисление на процентния показател предвид неотчетеният собствен принос на бенефициера, то следва да се отбележи, че корекцията е наложена изрично върху безвъзмездната финансова помощ, респ. не засяга собственият принос на бенефициента. В заключение и с цел избягването на неяснота следва да се посочи, че от общия максимално допустим размер на корекцията от 25% следва да се приспаднат вече определената ФК в размер на 10%, респ. с настоящото решение се доналага в размер на 15% до достигане пълният размер от 25%, така, както е изписано изрично на стр.3 от оспореното решение.

С оглед дотук изложеното процесната жалба, следва да се отхвърли като неоснователна.

Липсата на отправена претенция за разноси освобождава съдът и от произнасяне съобразно чл.143 АПК.

Поради това и на основание чл.172 ал.2 предл.четвърто от АПК, Административен съд София-град, 74 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община срещу Решение № РД-02-36-852 от 20.09.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020.

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

СЪДИЯ: