

РЕШЕНИЕ

№ 3714

гр. София, 06.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 63 състав,
в публично заседание на 25.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Димитрина Петрова

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **995** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр.чл.27 и сл. Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба Вх. № 3998/03.02.2022г. по описа на АССГ, на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, с адрес, [населено място], п.к. 1000, район О., [улица], с ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от Й. А. Ф. - кмет, чрез процесуален представител Адвокатско дружество „П. и Й.“, Булстат[ЕИК] и адв. А. Е. П., САК, срещу Решение № РД-02-36-8/ 11.02.2022 г., издадено от Д. И. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“.

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е незаконосъобразен, като постановен при противоречие с материалния закон, необоснованост и немотивираност на изводите на управляващия орган. Счита, че не са налице всички елементи от състава на нарушението, за което е наложена финансова корекция, като не е налице нарушение, както на националното, така и на общностното право, което да бъде квалифицирано като такова, обосноваващо налагането на ФК. Излагат се подробни съображение за нарушение на административно производствените правила, обосноваващи нарушение на принципа на предвидимост и правна сигурност. Иска се от съда да отмени обжалвания акт изцяло. Претендира съдебно-деловодни разnosки, по списък. В съдебно заседание жалбата се поддържа изцяло от процесуален представител адв. И., надлежно преупълномощен.

Ответникът, в придружително писмо, с депозиране на административната преписка, оспорва жалбата като неоснователна и недоказана и изразява искане същата да бъде отхвърлена. В съдебно заседание, не се представлява, представя подробно писмено становище чрез процесуален представител З. И. и поддържа доводите на административния орган, обективирани в оспорения акт. Претендира съдебно-деловодни разноски в размер на юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно призована-не депозира становище, не изпраща представител.

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

Предмет на оспорване в съдебното производство е Решение № РД-02-36-8/11.02.2022г., издадено от Д. И.–заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“, с който е прието и решено, че: се приключва сигнал № 1795, 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 възлагане на обществена поръчка с предмет „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции, за Обособена позиция № 5: Пристройка на два и един етаж за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153)". Сигналят приключва с : 1/. Установяване на нередност на бенефициента – Столична община, представлявана от г-жа Й. Ф. - кмет, с адрес: [населено място], [улица], като установените нарушения представляват 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 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г., във връзка с нарушенията, описани в Раздел I „Фактическа обстановка“, т. 1 „Описание на нарушенията“ от настоящото Решение и 2/. Установяване на извършени нарушения, допуснати от бенефициента – Столична община, представлявана от г-жа Й. Ф. - кмет, с адрес: [населено място], [улица], във връзка с нарушенията, описани в Раздел I „Фактическа обстановка“, т. 1 „Описание на нарушенията“ от настоящото Решение, както следва: - За нарушението „незаконособразно изменение на основен елемент на договора за обществена поръчка – срок“ – установяване на нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и 116, ал. 1 т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП.

Въз основа на тези констатации по сигнала от страна на административния орган и прието, че: се определя финансова корекция на бенефициента–Столична

община, представлявана от г-жа Й. Ф. - кмет, с адрес: [населено място], [улица], изчислена по пропорционален подход, представляваща: - 25 % от стойността на допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 918 499,43 лв. без ДДС. С Решение на Ръководителя на управляващия орган за определяне на финансовата корекция по основание и размер РД-02-36-991/04.08.2021 г. по посочения договор с изпълнител е регистрирана нередност с Н. ОПРР20/21/ЕФРР/1472 с определен размер на финансовата корекция от 10% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за обществена поръчка. Прието е от УО, че при спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности, посочени в Приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (каквото е настоящия случай), процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което следва да се определи обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на 25 % от допустимите разходи по сключения договор с изпълнител. Прието е, с оспорения акт, че : При влизане в сила на Решение № РД-02-36-991/04.08.2021 г. настоящата финансова корекция следва да се счита определена на 15 %. Изчислената финансова корекция, която се доналага до достигане на посочения процент от 25% от безвъзмездната финансова помощ по посочения договор е в размер на: - 345 329,90 лв. (триста четиридесет и пет хиляди триста двадесет и девет лева и деветдесет стотинки) с ДДС и следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане. Неправомерният разход е изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договора с изпълнител, в размер на 2 302 199,32 лв. с ДДС и следва да бъде преизчислен върху реално отчетените и допустими за верифициране разходи по договора с изпълнител, финансиран със средства от ЕСИФ.

В оспореното решение, в диспозитивната част е посочено изрично, че: „Размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28 март 2017 г., тъй като с оглед естеството на нарушението не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушенията върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора“.

По делото е приета изцяло на хартиен и електронен носител административната преписка, представена от административния орган, в т.ч. условия за кандидатстване по процедурата, Общи условия към Договор за предоставяне на БФП по ОП „Региони в растеж“ 2014-2020г.; административен договор, доказателства и заповеди, удостоверяващи компетентността на органа издал Решението в качеството му УО по ОПРР, а именно Заповед № РД-02-14-1116/31.12.2021г. и Заповед № РД-02-14-909/21.10.2021г. на Министъра на МРРБ, удостоверяващи компетентността на издателя на акта Д. И.-зам. министър на МРРБ, като Ръководител и УО на ОПРР.

Други доказателства, в хода на съдебното производство, не са представени. Въз

основа на изложеното, съдът прави извод, че не е налице спор по фактите, установени в хода на административното производство. Спорът е правен и се свежда до тълкуването и прилагането на закона, във връзка с материалната законосъобразност на акта, по отношение наличието на материалноправните предпоставки за налагането на процесната ФК, както и наведените от жалбоподателя възражения за нарушение на административнопроизводствените правила, при постановяването на акта, с оглед наличието на неприключили висящи съдебни производства, по оспорването на Решения на УО на ОПРР, касаещи същия административен договор и изпълнител по него, които предопределят размера на определената финансова корекция, който в случая, е поставен и определен в условията на евентуалност.

За да постанови оспорения в съдебното производство акт, УО на ОПРР, е приел в мотивите на Решението за установено от фактическа и правна страна следното, което не е спорно по отношение на фактите, в съдебното производство, както следва:

В резултат на проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции, за Обособена позиция № 5: Пристройка на два и един етаж за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153)“, е сключен договор с изпълнител: - за обособена позиция № 5 - договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 918 499,43 лв. без ДДС. В Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ (СППРР) към Министерството на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ) е получен сигнал за нередност, съгласно който при проверка на подадено искане за окончателно плащане по договор за ПБФП е установена забава в срока за изпълнение на дейността СМР по сключения договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019г. с изпълнител [фирма]. При преглед на документите по плащането е установено, че срокът за изпълнение на строително – монтажните работи, съгласно сключения договор за обект: Пристройка на два и един етаж за четири групи, кухненски блок и административно – учебен корпус към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153) „Света трица“, I – етап – административно – учебен корпус и изместване на съществуващ топлопровод и абонатна станция, II етап – двуетажен корпус за четири градински групи, [улица], район „И.“ е 430 календарни дни от датата на съставяне на Протокол образец № 2 за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Предвид, че Акт образец № 2 за обекта е съставен на 26.07.2019 г., срокът за изпълнение на СМР е следвало да приключи на 27.09.2020 г. Към отчетната документация е представен Констативен акт за установяване годността за приемане на строежа Образец № 15 от 11.12.2020г., предвид което от УО, е констатирано закъснение в изпълнението на договора от 75 календарни дни. Установено е в хода на административното производство и съгласно представената административна преписка, че съгласно Протокол за установяване на фактическото състояние на обекта и изпълнените СМР по договора, съставен от представители на възложителя, проектанта, строителния надзор и строителя от дата 20.05.2020г., на основание представена от строителя метеорологична информация от дата 18.05.2020г. на Н., за вид и количество на валежите, минимална температура на въздуха и максимална скорост на вятъра равна на и по-голяма от 10м/с за района на [населено

място] за периода 20.09.2019 г. – 13.05.2020 г., са отчетени 67/шестдесет и седем/ дни с неблагоприятни условия за изпълнение на СМР на открито и е определен краен срок за завършване на обекта – 04.12.2020 г. Представен е Констативен протокол за установяване на срочно изпълнение по сключения договор от дата 23.12.2020г. съставен от представите на възложителя и строителния надзор, с който е прието за установено, че са налице 7/седем/ дни просрочие считано от 04.12.2020 г. до 11.12.2020г., съгласно договорения в чл. 3, ал. 3 от договор № СОА19-ДГ55-361/03.06.2019 г. срок за изпълнение и съставен протокол за установяване на фактическото състояние на обекта от 20.05.2020г. В допълнение на основание чл. 21, ал. 1, т. 1 от договора е определена неустойка за неспазване на договорения срок за изпълнение на строителните работи в размер на 3,5% от стойността на договора – 1 918 499,43 лв. без ДДС (0,5% за всеки просрочен ден) или на стойност от 67 147,48 лв., както и е решено сумата да бъде удържана от депозираното от изпълнителя [фирма] искане за окончателно плащане. Представено е и удостоверение за неустойка за забава на изпълнение на строително ремонтни работи, в размер на 67 147,48 лв. без ДДС, представляващи 3,5% от договорената между страните, съгласно чл. 4, ал. 1 от договора сума за изпълнение на дейностите, утвърдено от заместник – кмет на Столична община и неразделна част от констативен протокол за установяване на срочното изпълнение. С уведомително писмо с изх. № СОА16-ПП00-152-[2311]/23.12.2020 г. изпълнителят е информиран за налагането на неустойка съгласно чл. 21 от договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20, рег. № СОА19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019 г., включително и за размера на дължимата неустойка за неспазване на срока на договора.

Не е спорно между страните, а се установява и от представените по делото доказателства, с административната преписка, че: С Решение № СОА18-РД93-46 от 26.03.2018 г. е открита „открита“ процедура по ЗОП с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“. В Раздел I, т. 4. „Срок за изпълнение“ от документацията, възложителят е вписал следното условие: „Максималният срок за изпълнение, предложен от участниците за всяка една обособена позиция не може да надвишава:.. -Обособена позиция № 5: Пристройка на два и един етажа за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153) „Света троица“, I етап – административно учебен корпус и изместване на съществуващ топлопровод и абонатна станция, II етап – двуетажен корпус за четири градински групи, [улица], район „И.“ – до 430 календарни дни;. ... Важно: Ако участник предложи срок за изпълнение, по-дълъг от посочения за съответната обособена позиция, то той ще бъде отстранен от участие в процедурата.... “ и в Раздел IV. „Критерии за възлагане на поръчката“, Подпоказател „Управление на риска“ е посочено следното: „Минимални изисквания към съдържанието на под-показател „Управление на риска“: В предложението относно „Управление на риска“ всеки участник следва да отчете всички възможни аспекти на проявление и области и сфери на влияние на описаните рискове, оцени и предвиди степента на въздействието им върху изпълнението на договора, предложи конкретни дейности/мерки за недопускане/предотвратяване настъпването на риска и съответно конкретни

дейности по отстраняване и управление на последиците от настъпилния риск. За обособена позиция № 5 е сключен договор на 03.06.2019 г. с определения за изпълнител участник [фирма]. В чл. 3, ал. 3 и ал. 4 от договора е посочено: "(3) Срокът за изпълнение на строително-монтажните работи е 430 (четиристотин и тридесет) календарни дни, съгласно предложението на ИЗПЪЛНИТЕЛЯ и започва да тече от датата на съставяне на Протокол обр. 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 год. за съставяне на актове и протоколи по време на строителство.; (4) Сроковете за изпълнение на отделните строително-монтажни работи не могат да бъдат по-дълги общо от срока по ал. 3. В чл. 13, ал. 3 и 4 от договора е предвидено следното: (3).

При спиране на строителството по нареждане на Възложителя или на инвеститорския контрол, или на строителния надзор или от страна на др. общински или държавен орган, имащ отношение към строителните дейности свързани с предмета на настоящия договор, по обективни причини, за които изпълнителят няма вина, срока за изпълнение се удължава съответно с периода на спиране. Спирането на строителството се удостоверява с подписване на Акт образец 10 за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Продължаването на строителството се удостоверява с подписването на Акт образец № 11 за установяване състоянието на строежа и СМР при продължаване на строителството, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Във всички случаи сроковете на изпълнение на отделните дейности при спиране и продължаване на строителството трябва да са съобразени със сроковете, на предложения от изпълнителя линеен график за изпълнение на дейностите и да не надвишават рамките на срока по чл. 3, ал. 3.; (4). При неблагоприятни метеорологични условия, което настъпване е удостоверено с официална справка, издадена от Националния институт по метеорология и хидрология към Б., срокът за изпълнение се удължава с посочения в справката период от време." В раздел X. Неизпълнение, отговорност и санкции от договора, в чл. 21 е предвидено следното: „(1) При забавено, лошо изпълнение или пълно неизпълнение ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ дължи на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ следните неустойки, независимо от възможността последният да търси обезщетение за вреди по общия исков ред: 1. При забавено изпълнение ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ дължи на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ неустойка в размер на 0,5 %(нула цяло и пет на сто) от стойността на договора, без ДДС, за всеки просрочен ден, но не повече от 20%, от общата стойност на договора без ДДС. (2) ВЪЗЛОЖИТЕЛЯТ може да удържа уговорените в предходната алинея неустойки от дължимите по договора суми.“ Протокол образец № 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 год. за съставяне на актове и протоколи по време на строителство е съставен на 26.07.2019 г. Протокол образец № 15 за установяване годността за приемане на строежа е съставен на 11.12.2020 г. Срокът от 430 календарни дни, определени за изпълнение на строителството, изтича на 27.09.2020 г. В периода не са налични протоколи, които удостоверяват спиране на строителството, съгласно чл. 13, ал. 3 от договора.

От представеното удостоверение за неустойка за забава на

изпълнение на строително ремонтни работи е видно, че размера на неустойката е определен на 67 147,48 лв. без ДДС, представляващи 3,5% от договорената между страните стойност на договора без ДДС и следва да бъде прихваната при окончателното плащане за извършените СМР, подадено с искане вх. № СОА16-ПП00-152/2308/23.12.2020 г. С уведомително писмо с изх. № СОА16-ПП00-152-[2311]/23.12.2020 г. изпълнителят е информиран за налагането на неустойка съгласно чл. 21, ал. 1, т. 1 от договора, включително и за размера на дължимата неустойка. Към пакета отчетни документи възложителят е представил фактура №[ЕГН]/23.12.2020 г. за окончателно плащане по сключения договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20, рег. № СОА19-ДГ55-361/03.06.2019 г. в размер на 825 742,96 лв. без ДДС или 990 891,55 лв. с ДДС. С платежно нареждане от дата 29.12.2020 г. за извършено плащане по горепосочената фактура на изпълнителя [фирма] е изплатена сума в размер на 923 744,07 лв., като е прихваната неустойка за неспазване на срока за изпълнение на договора за 7 дни.

Установено е по делото и не е спорно между страните, че на 26.03.2018 г. с Решение № СОА 18-РД93-46, е открита обществената поръчка тип „открита процедура“ по ЗОП с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции, за Обособена позиция № 5: Пристройка на два и един етаж за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153)“. Подадени са 6 на брой оферти по обособена позиция № 5. За изпълнител е избран участникът [фирма]. Регистрационен № в Р. – 00087-2018-0034.

Бенефициентът е уведомен с Писмо изх. № 99-00-6-773/09.11.2021 г., изпратено чрез ИСУН, относно сигнала за нередност № 1795, 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.

В законоустановения срок е постъпило възражение на бенефициента, което е разгледано от УО, обективизирано като изложение в съдържанието на същия, като е прието, че същото е неоснователно.

Въз основа на събраните в хода на административното производство доказателства, становището на подателя на сигнала и възражението на бенефициента, УО е извършил анализ на фактите и е достигнал до следните правни изводи, въз основа на които е постановил оспореното Решение, както следва:

-По отношение на твърдяното нарушение – незаконосъобразно изменение на основен елемент на договора за обществена поръчка – срок, УО на ОПРР потвърждава становището си за наличие на съществено нарушение с финансово влияние и представя следната обосновка:

На 26.03.2018 г. с Решение № СОА 18-РД93-46, е открита обществената поръчка тип „открита процедура“ по ЗОП с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции, за Обособена позиция № 5: Пристройка на

два и един етаж за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153)". За изпълнител е избран участникът [фирма]. Съгласно разпоредбата на чл. 176, ал. 1 от Закона за устройство на територията: „След завършване на строежа възложителят, проектантът, строителят и лицето, упражняващо строителен надзор, съставят констативен акт, с който удостоверяват, че строежът е изпълнен съобразно одобрените инвестиционни проекти, заверената екзекутивна документация, изискванията към строежите по чл. 169, ал. 1 и 3 и условията на сключения договор. Към този акт се прилагат и протоколите за успешно проведени единични изпитвания на машините и съоръженията. С този акт се извършва и предаването на строежа от строителя на възложителя“. Съгласно чл. 7, ал. 3, от Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството: „Актовете и протоколите се съставят от участниците в строителството, както следва: [...] 2. (изм. - ДВ, бр. 37 от 2004 г., в сила от 06.11.2004 г., изм. - ДВ, бр. 29 от 2006 г., в сила от 07.04.2006 г.) протокол за откриване на строителна площадка и за определяне на строителна линия и ниво (приложения № 2 и 2а): [...]; 10. акт за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството (приложение № 10) - съставя се от възложителя, строителя, проектантите по съответните части на изпълненото строителство, технически правоспособните физически лица по съответните части за изпълненото строителство към лицето, упражняващо строителен надзор, лицето, упражняващо строителен надзор, и лицето, упражняващо технически контрол за част "Конструктивна" при спиране на строителството поради: искания за изменения в проектите; неизпълнение на задълженията на някоя от страните по договора; забавяне доставката на машини и съоръжения; неблагоприятни геоложки условия; смяна на някои от следните участници в строителството: възложител, строител и лице, упражняващо строителен надзор; спиране на строителството по предвидения в ЗУТ ред или по друга причина; [...] 15. констативен акт за установяване годността за приемане на строежа (част, етап от него) (приложение № 15) - съставя се на основание чл. 176, ал. 1 ЗУТ от възложителя, проектантите по всички части на проекта, строителя, лицето, упражняващо строителен надзор, и от технически правоспособните физически лица към него, упражнили строителен надзор по съответните части, или от техническия ръководител за строежите от пета категория; този акт е основание за съставяне на окончателен доклад от лицето, упражняващо строителен надзор; с този акт се извършва предаването на строежа и строителната документация от строителя на възложителя; актът съдържа: [...]“ . В конкретния случай, Акт образец № 2 за обекта е съставен на 26.07.2019 г. Предвидения в сключения договор срок за изпълнение е 430 календарни дни от датата на съставяне на протокол образец № 2. Следователно, изпълнение на СМР е следвало да приключи на 27.09.2020 г. В действителност, констативен акт за установяване годността за приемане на строежа образец № 15 е съставен на от 11.12.2020 г. Констатираното закъснение в изпълнението е в размер на 75 календарни дни. В периода не са налични

протоколи, които удостоверяват спиране на строителството, съгласно чл. 13, ал. 3 от договора.

УО е приел, че при така обособения период за изпълнение на обществената поръчка, следва да се разгледа дали са налице обективни причини, обосноваващи удължаването на договорения срок за изпълнение.

Като относими документи УО, е приел следните условия от документацията към процесната обществена поръчка:

Съгласно Раздел I, т. 4. „Срок за изпълнение“ сключения договор с изпълнител: *„Максималният срок за изпълнение, предложен от участниците за всяка една обособена позиция не може да надвишава:.. • Обособена позиция № 5: Пристройка на два и един етажа за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ № 153) „Света троица“, I етап – административно учебен корпус и изместване на съществуващ топлопровод и абонатна станция, II етап – двуетажен корпус за четири градински групи, [улица], район „И.“ – до 430 календарни дни;. ... Важно: Ако участник предложи срок за изпълнение, по-дълъг от посочения за съответната обособена позиция, то той ще бъде отстранен от участие в процедурата....“.* Съгласно Раздел IV. „Критерии за възлагане на поръчката“, Подпоказател „Управление на риска“: *„Минимални изисквания към съдържанието на под-показател „Управление на риска“: В предложението относно „Управление на риска“ всеки участник следва да отчете всички възможни аспекти на проявление и области и сфери на влияние на описаните рискове, оцени и предвиди степента на въздействието им върху изпълнението на договора, предложи конкретни дейности/мерки за недопускане/предотвратяване настъпването на риска и съответно конкретни дейности по отстраняване и управление на последиците от настъпил риск. Идентифицираните от Възложителя рискове с висока степен на възможност за поява са: • Поява на неблагоприятни метеорологични условия; ...“.* УО е приел, че следва да се отбележи също, че в обявлението за процесната обществена поръчка е посочено в т. II.2.5, че Критериите за възлагане са: *„1. Т.. предложение в това число: Управление на риска - максимално 10 точки; Организация и начин на изпълнение на строителството - максимално 25 точки. Тежест: 35; 2. Ц. Тежест: 65.“.* Прието е, че при относимите разпоредби от сключения договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019 г. , както следва: Съгласно чл. 3, ал. 3 и ал. 4 от договора е посочено: *“(3) Срокът за изпълнение на строително-монтажните работи е 430(четиристотин и тридесет) календарни дни, съгласно предложението на ИЗПЪЛНИТЕЛЯ и започва да тече от датата на съставяне на Протокол обр. 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 год. за съставяне на актове и протоколи по време на строителство.; (4) Сроковете за изпълнение на отделните строително-монтажни работи не могат да бъдат по-дълги общо от срока по ал. 3.“;* Съгласно чл. 13, ал. 3 и 4 от договора: *„(3). При спиране на строителството по нареждане на Възложителя или на инвеститорския контрол, или на строителния надзор или от страна на др. общински или държавен орган, имащ отношение към строителните*

дейности свързани с предмета на настоящия договор, по обективни причини, за които изпълнителят няма вина, срока за изпълнение се удължава съответно с периода на спиране. Спирането на строителството се удостоверява с подписване на Акт образец 10 за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Продължаването на строителството се удостоверява с подписването на Акт образец № 11 за установяване състоянието на строежа и СМР при продължаване на строителството, съгласно Наредба № 3/31.07.2003 г. Във всички случаи сроковете на изпълнение на отделните дейности при спиране и продължаване на строителството трябва да са съобразени със сроковете, на предложения от изпълнителя линеен график за изпълнение на дейностите и да не надвишават рамките на срока по чл. 3, ал. 3.; (4). При неблагоприятни метеорологични условия, което настъпване е удостоверено с официална справка, издадена от Националния институт по метеорология и хидрология към Б., срокът за изпълнение се удължава с посочения в справката период от време.“; В раздел X. Неизпълнение, отговорност и санкции от договора, в чл. 21 е предвидено следното: „(1) При забавено, лошо изпълнение или пълно неизпълнение ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ дължи на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ следните неустойки, независимо от възможността последният да търси обезщетение за вреди по общия искиков ред: 1. При забавено изпълнение ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ дължи на ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ неустойка в размер на 0,5 % (нула цяло и пет на сто) от стойността на договора, без ДДС, за всеки просрочен ден, но не повече от 20%, от общата стойност на договора без ДДС...; (2) ВЪЗЛОЖИТЕЛЯТ може да удържа уговорените в предходната алинея неустойки от дължимите по договора суми.“. Във връзка с представения протокол за установяване на фактическото състояние на обекта и изпълнените СМР от дата 20.05.2020г. строителят е представил метеорологични справки от Н. за вид и количество на валежите, минимална температура на въздуха и максимална скорост на вятъра равна на и по-голяма от 10м/с за района на [населено място] за периода от 20.09.2019 г. до 13.05.2020 г., от които са отчетени 67 дни с неблагоприятни условия за изпълнение на СМР на открито. На основание констатираното забавяне и предоставените метеорологични справки е удължен срокът за завършване на обекта до 04.12.2020 г. С Констативен протокол за установяване на срочното изпълнение по договора от дата 23.12.2020 г. Възложителят е приел за установено, че са налице 7 дни просрочие от 04.12.2020 г. до 11.12.2020г. на договорения в чл. 3, ал. 3 от договора срок за изпълнение и съставен протокол за установяване на фактическото състояние на обекта от 20.05.2020 г. Определил неустойка в размер на 3,5% от стойността на договора – 1 918 499,43 лв. без ДДС (0,5% за всеки просрочен ден) или в размер на 67 147,48 лв. От представеното удостоверение за неустойка за забава на изпълнение на строително ремонтни работи е видно, че размера на неустойката е определен на 67 147,48 лв. без ДДС, представляващи 3,5% от договорената между страните стойност на договора без ДДС и следва да бъде прихваната при окончателното плащане за извършените СМР, подадено с искане вх. № СОА16-ПП00-152/2308/23.12.2020 г. С уведомително писмо с изх. №

СОА16-ПП00-152-[2311]/23.12.2020 г. изпълнителят е информиран за налагането на неустойка съгласно чл. 21, ал. 1, т. 1 от договора, включително и за размера на дължимата неустойка. Към пакета отчетни документи възложителят е представил фактура №[ЕГН]/23.12.2020 г. за окончателно плащане по сключения договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20, рег. № СОА19-ДГ55-361/03.06.2019 г. в размер на 825 742,96 лв. без ДДС или 990 891,55 лв. с ДДС. С платежно нареждане от дата 29.12.2020 г. за извършено плащане по горепосочената фактура на изпълнителя [фирма] е изплатена сума в размер на 923 744,07 лв., като е прихваната неустойка за неспазване на срока за изпълнение на договора за 7 дни.

С оглед гореизложеното УО е приел, че не са налице обективни причини за удължаване на договорения срок, при следните обективирани в оспореното Решение Мотиви, както следва: „Действително в сключения договор с изпълнител, в чл. 13, ал. 4 е предвидена възможност за удължаване на срока за изпълнение поради неблагоприятни метеорологични условия. Въпреки това, не е конкретизирано какви условия следва да се категоризират като неблагоприятни. Разпоредба е оформена твърде общо, без да се конкретизират стойности на валежи, снеговалежи, високи и ниски температури, вятър и др., които да обуславят наличието на такива неблагоприятни метеорологични условия, които да изискват спирането на СМР. Това на практика дава възможност на страните за неправомерно и нееднократно удължаване срока за изпълнение на СМР, позовавайки се единствено на официални справки от Н.. Още повече, в настоящия случай не са съставени Акт образец № 10/Акт образец № 11 и е използвана възможността за удължаване на срока за изпълнение, визирана в чл. 13, ал. 4 от договора, което предполага и удължаване срока по чл. 3, ал. 4 на договора, въпреки изричната забраната за това. Прието е, че не е безспорно, че за извършения период не е било възможно извършването на каквито и да е СМР. Представения протокол за установяване на фактическото състояние на обекта и изпълнените СМР по договора и приложени справки от Н. не дават информация за това дали така посочените метеорологични условия позволяват извършването на строителство и/или налагат неговото преустановяване и за какъв период от време. Посочването е твърде общо. Недопустимо е само на база на метеорологична информация, без извършването на допълнителна проверка, съответно изготвянето на техническо заключение от лице с инженерни познания и квалификация, да бъде формулиран извод, че в 67 дни е било невъзможно извършване на строително-монтажни работи на обекта на открито. В допълнение отчетените 67 дни с неблагоприятни условия за изпълнение на дейностите по договора на открито в представените справки и протокол не са конкретизирани като дата или период, както и кои са дните приети за неблагоприятни относно количество и вид на валежа и/или температура на въздуха и/или максимална скорост на вятъра равна и по-голяма от 10м/с. В този смисъл и без тези пояснения, УО е приел за несъстоятелен доводът на бенефициента, че тъй като неблагоприятните метеорологични условия са били в края на обществената поръчка е нямало как да бъдат разместени различните СМР работи или това време да бъде наваксано с допълнителен работен ресурс.

Периодът за който са констатирани неблагоприятни условия съгласно справките от Н. Б., според възражението 53 дни. Този период обаче обхваща от 20.09.2019 г. до 13.05.2020 г – един значително по-дълъг период. Следователно, било е възможно реорганизиране на работата на изпълнителя, за да бъде постигнато изпълнение в срок. Прието е, че неблагоприятните климатични условия през зимния, и дори пролетния, сезон не са необичайно явление. Затова при полагане на „дължимата грижа“ по смисъла на § 2, т. 27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, изпълнителят е могъл и е бил длъжен да предвиди подходящ технически и времеви ресурс за изпълнение в рамките на предложения срок за изпълнение, а възложителят е следвало да упражни надлежен контрол за това. В тази връзка избраният изпълнител е бил наясно с риска от възникване на неблагоприятни климатични условия и е следвало да предвиди съответното затруднено извършване на строително-ремонтните работи. Доводът на възложителя, че тъй като няма яснота кога ще започнат СМР по същество не могат да бъдат съобразени дейностите, извършвани през зимния сезон е несъстоятелен, тъй като това означава за всяка една обществена поръчка спазването на заложеният срок да зависи от започване на обществената поръчка в определен момент. Това означава и че при подаването от избрания за изпълнител участник в обществената поръчка на оферта, той ясно осъзнава, че няма да спази посочения за изпълнение срок при по-късно подписване на договора. Още повече, че в настоящия случай срокът за изпълнение е 430 дни и със сигурност се очаква да се извършват СМР през зимния сезон. Прието е в допълнение, че съгласно Раздел IV. „Критерии за възлагане на поръчката“, Подпоказател „Управление на риска“ конкретно е посочена с висока вероятност появата на неблагоприятни метеорологични условия. Изпълнителят в своето техническо предложение, част от офертата му също е идентифицирал риска и предложил мерки за недопускане /предотвратяване на последиците от настъпил риск, където е посочил – проследяване на дългосрочните метеорологични прогнози и оценка на съответните видове строително-монтажни работи съобразно очакваните климатични условия в планирания период; при очаквани неблагоприятни климатични условия за изпълнение на даден вид строително-монтажна работа в планирания период преглед и корекция на предвидената последователност на работа съгласно метеорологичните прогнози, доколкото това е възможно. Предложени са и конкретни дейности по отстраняване и управление на последиците от настъпването на риска, които включват, но не се изчерпват с преглед и ревизия на междинните срокове за изпълнение на дейностите, включени в линеен календарен график за изпълнение на поръчката и определяне на възможностите за неговата оптимизация с цел съкращаване на междинните срокове при изпълнение на дейностите и наваксване, доколкото това е възможно, на реализираната забава; удължаване на работното време на обекта, включително организиране на двусменен режим на работа при необходимост. Въз основа на изложените по горе факти и правни изводи, УО на ОПРР, е приел, че избраният изпълнител не само е бил наясно с риска от възникване на неблагоприятни метеорологични условия по време на изпълнение на поръчката, но и е бил избран за изпълнител взимайки предвид предложените конкретни дейности по справяне с този риск. Следователно,

при полагане „дължимата грижа“ по смисъла на § 2, т. 27 от Допълнителните разпоредби на ЗОП изпълнителят е могъл и е бил длъжен да направи необходимото за изпълнение на дейностите в рамките на предложението от него срок. В допълнение, съгласно чл. 7, т. 10 от Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, с акт № 10 се спира строителството „[...] спиране на строителството по предвидения в ЗУТ ред или по друга причина“. Следователно, дори заложената в договора процедура за спиране на СМР да беше приложима и да можеше да освободи от отговорност изпълнителя за забавеното изпълнение, респективно възложителя за неналагането на предвидените неустойки, процедурата за това не е спазена. УО е приел, че е налице забава в изпълнението на срока на договора от 75 календарни дни. Възложителят е наложил неустойка на основание чл. 21, ал. 1 от договора за част от забавеното изпълнение единствено за 7 календарни дни. Възложителят незаконосъобразно е приел изпълнението с горепосочените 67 дни забава поради влошени метеорологични условия без да наложи дължимите по договора неустойки за тях.

УО е приел, че възложителите на обществените поръчки трябва да третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, както и да действат по прозрачен и пропорционален начин - чл. 2, ал. 1 от ЗОП. За да гарантира спазване на тези принципи, законодателят е въвел забрана за изменение на вече сключен договор за обществена поръчка. Тази забрана е обоснована с оглед на факта, че под формата на изменение на договора могат да бъдат заобиколени принципите за провеждане на обществените поръчки и с оглед на това да не бъдат осъществени техните цели. Забраната за изменение на действащ договор за обществена поръчка е относно изменение, което променя съществено характера на сключения договор. Забраната за съществено изменение на действащ договор за обществена поръчка се извежда от разпоредбата на член 72, параграф 1, б. д) във вр. с 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 (Директивата за обществени поръчки), респективно чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП. Забранявайки същественото изменение на договора за обществена поръчка законодателят е регламентирал и критерии, въз основа на които да се извършва преценката за същественост на изменението – чл. 116 от ЗОП. Посочено е в правната обосновка на оспорения акт, че: Възможностите за изменение на договорите за обществени поръчки са изчерпателно изброени в чл. 116, ал. 1 от ЗОП: „Чл. 116. (1) 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; ... 5. се налагат изменения, които не са съществени;...“. Чл. 116, ал. 5 от ЗОП гласи следното: (5) 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; ...“

Въз основа на изложеното, УО на ОПРР, е приел, че е налице съществено изменение на сключения договор с изпълнител, което попада в хипотезата на чл. 116, ал. 5 т. 1 и 2 от ЗОП. Неправомерно е удължен срока за завършване на строително-монтажните работи с 67 дни, респективно, допуснато е изменение на техническото предложение на изпълнителя, като за установения срок на забава възложителят не е начислил предвидените в договора неустойки.

Това изменение е въвело условия по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха могли да привлекат към участие допълнителни участници или кандидати

УО е приел, че изменението на договора, в частта за продължаване на срока, е въвело условия по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата, тъй като на практика забавата е довела до изпълнение на СМР от изпълнителя при по-благоприятни условия от условията за изпълнение на обществената поръчка, предвидени в Документацията и в сключения договор с изпълнител. По-голямата продължителност на срока за изпълнение на строителството е била в полза на изпълнителя, защото му е позволила напр. да използва по-малък човешки и технически ресурс, да поеме успоредно и ангажименти при други възложители и др.

Изложеното е обосновало извода на УО по ОПРР, че е налице незаконосъобразно съществено изменение на договора за обществена поръчка по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. ал. 5 т. 1 и 2 от ЗОП, което води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата. Прието е, че описаното нарушение е с финансово влияние, налице е съставомерност и нарушението се квалифицира като „нередност“: нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство: чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП – незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка; нарушението произтича от действието на бенефициента – Възложител; нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕСИФ – при неспазване принципите на чл. 2 от ЗОП възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но е настъпила вреда: неправомерното изменение въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници, както и е донесло полза на изпълнителя,

която не е била известна на останалите участници в процедурата, с което е увредена конкуренцията и е нанесена вреда на общия бюджет на ЕС или националния. Нередността е квалифицирана като нередност по т. 23 „Незаконсъобразни 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), като е прието, че промяната в срока, 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. Посочено е, че за този вид нередност е определен размер на ФК от 25 % върху допустимите разходите по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата 03.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 918 499,43 лв. без ДДС.

Административната преписка е предоставена в цялост на хартиен и електронен носител и приета по делото.

Въз основа на установените по делото факти, съдът прави следните правни изводи:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността. Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент, "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход. Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./ Съгласно чл. 98 от Регламент 1083/2006 г. държавите-членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията

за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции. Държавата-членка извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Съгласно определението, дадено в чл. 2, т. 3 от Регламент 1083/2006 г., под "операция" следва да се разбира проект или група проекти, избрани от органа за управление на съответната оперативна програма или под негова отговорност съгласно критериите, установени от мониторинговия комитет и осъществени от един или повече бенефициери, с оглед осъществяването на целите на приоритетната ос, към която се отнася. Съгласно чл. 2, т. 7 от същия Регламент под "нередност" се разбира всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения. Чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. изцяло преповтаря текста на цитирания по-горе чл. 98 от Регламент 1083/2006 г.

В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност, в националното законодателство за регулиране на тези правоотношения са приети Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор /ЗФУКПС/, Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета

с ПМС № 57/28.03.2017г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното решение е издадено от Ръководителя на УО на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 в Министерство на регионалното развитие и благоустройството, по силата на валидно учредена делегация, за която са надлежно приложени заповеди в хода на съдебното производство, от което съдът прави извод, че оспореният акт е издаден от компетентен орган и не страда от пороци, обосноваващи отмяната му на това основание.

Оспореният акт съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, издаден е в предвидената от закона форма, при спазване на административно производствените правила, в т.ч. правото на възражение на бенефициента и упражняване на същото в предоставения срок и обективизиране на възраженията му в мотивите на издаденото решение.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ като бенефициентът е уведомен за вида на констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на проведената обществена поръчка, като му е предоставена възможност да се запознае с констатациите на УО и в случай на несъгласие с тях да изложи възражения си, което право жалбоподателят надлежно е упражнил и възраженията му са анализирани, при постановяване на оспорения акт, като доводите му са обсъдени при издаване и формиране на волята на УО, обективизирана в процесното решение. Ето защо съдът прави извод, че не се констатират пороци за незаконосъобразност на акта на основание наличието на нарушение на установените от ЗУСЕСИФ административнопроизводствени правила.

Спорът по делото, се свежда до материалната законосъобразност на акта, във връзка с наличието на предпоставките за нередност, по смисъла на приложимия материален закон, във връзка с констатираните от УО нарушения на националното законодателство, съответни на общностните норми.

Въз основа на фактите, установени по делото, становищата на страните и приложимия закон, съдът намира, че оспореното решение е постановено при нарушение на материалния закон, във връзка с правилата за установяване размер на финансовата корекция и при неправилно приложение на материалния закон, като изцяло намира за основателни аргументите на жалбоподателя, депозиран с възражението му в хода на административното оспорване, за незаконосъобразност на акта и намира за неоснователни и банкетни аргументите за нищожност на акта, като издаден от некомпетентен орган, с оглед установените и посочените във фактическата част на това решение, актове за делегация.

Незаконосъобразността на постановения акт, като противоречащ на материалния закон, произтича от следното:

-УО е постановил акт, преди влизане в сила на якт, от преюдициално значение за размера на ФК по процесния:

По Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/COA19-ДГ55-361 от дата

03.06.2019г. с изпълнител [фирма] е регистрирана нередност с Н. ОПРР20/21/ЕФРР/1472 и Р. с Решение РД-02-36-991 / 04.08.2021 г. е определил размер на финансовата корекция от 10% от допустимите разходи. В последствие, във връзка със сигнал № 1795, 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, започва нова процедура за определяне на финансова корекция за твърдяно нарушение на т. 23, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – *„съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока)“*. Всяка финансова корекция следва да бъде определена по основание и размер от компетентния орган с решение, като няма пречка една и съща обществена поръчка да бъде предмет на повече от една проверка от Р. и/или одитен орган и това да обоснова необходимост от издаване на повече от един индивидуален административен акт за определяне на финансова корекция. При тази хипотеза следва да се следи строго дали са спазени правилата за обосноваване на размера на финансовата корекция, по основание и размер, и приложение на правилото, залегнало в чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ - *„При констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1.“* За да бъде преодоляна тази трудност в настоящия случай Р. е следвало да изчака резултата от съдебното производство относно законосъобразността на финансовата корекция, определена с решение от 04.08.2021 г. – адм. дело № 8643/2021 г. по описа на АССГ, за да може законосъобразно да определи размера на финансова корекция за установеното впоследствие нарушение по същия договор за обществена поръчка, тъй като размерът на новата корекция е пряко зависим от изхода на спора за законосъобразността на първоначално определената такава. Размерът на финансовата корекция е от изключително значение за законосъобразността на акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Нейната цел е да възстанови вредата в бюджета на Съюза, като отнеме незаконно придобитата облага и в частност като задължи бенефициера да възстанови сумата, която е придобита в резултат на допуснатата нередност. В случая, с Решение № РД-02-36-991/ 04.08.2021г. е определена финансова корекция в размер от 10 % от допустимите разходи от договора за изпълнение. Срещу него е подадена жалба и е образувано адм. дело № 8643/2021 г. по описа на Административен съд – София-град. С Решение № РД-02-36-8/ 11.01.2022 г. е определена корекция от 25 % от допустимите разходи по същия договор, като към момента на издаване на второто решение, първото не е стабилен административен акт и Р. не е знаел дали тези 10% следва да се приспадат от размера на новата корекция или не. При неотчитане на този факт би се стигнало да нарушение на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ и определяне на две финансови корекции за нередности, засягащи един и същ допустим разход. (В този смисъл *Решение № 10110 от 23.07.2020 г. на ВАС по адм. дело № 9806/2019 г., VII отделение, докладчик съдията П. Б.*). Нарушението е от категорията нарушение на материалния закон, което обосновава

незаконосъобразност на оспорения акт и само на това основание е достатъчно, за да бъде отменен акта, като незаконосъобразен.

-Неспазване на общите правила по АПК:

Предвид факта, че процесното решение притежава всички белези на индивидуален административен акт, а и специалният ЗУЕСЕСИФ го определя като такъв, въз основа на изричното препращане, приложими за правилата на чл. 21 и следващите от АПК относно производството по издаване на индивидуални административни актове. В производството по издаване на Решение № РД-02-36-8/ 11.02.2022г. са нарушени регламентирания императивни правила, както следва: Едно от задълженията, което е предвидено за компетентния орган съгласно чл. 35 АПК, е индивидуалният административен акт да бъде издаден след като са изяснени фактите и обстоятелствата от значение за случая, а също така да се обсъдят предложенията и възраженията на заинтересованите лица и техните организации. Макар финансовите корекции de jure да нямат характер на административни санкции, предвид безспорния факт, че те водят до неблагоприятни финансови последици за бенефициентите, следва да отбележи, че основен постулат в административното право е, че тежестта на доказване е за налагащия административната санкция орган.

Управляващият орган е постановил своето решение, с което е определил финансова корекция, без да е изяснил фактите и обстоятелствата от значение за случая, в нарушение на служебното начало, водещи принципи в административния процес и в нарушение на принципа на истинност. Доказателствената тежест се носи от административния орган, като той е длъжен да издири и събере всички доказателства, нужни за пълното изясняване на фактите и обстоятелствата от значение за случая. Допуснатото е нарушение и на основния принцип по чл. 9, ал. 2 АПК. Административният орган не е упражнил правомощията си по разумен начин, добросъвестно и справедливо с допустимите от закона средства. С оглед на обстоятелствата посочени по-горе, може да се направи обоснованото заключение, че Управляващият орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ е допуснал съществено нарушение на процесуалния закон, поради това, че не е изпълнил императивно задължение, установено в интерес на заинтересованите лица, правото на защита на които бива преградено.

Доказателства в проведеното административно производство, че Столична община е извършила твърдяното нарушение на 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) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, не са събрани и в този смисъл фактическата обстановка е останала неизяснена. Управляващият орган по оперативната програма е следвало преди да се произнесе да установи по безспорен начин дали е съществено изменение на договора за обществена поръчка по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП. Настоящият случай безспорно не касае такава хипотеза като подробни доводи в тази насока са развити в депозираните в срок писмени възражения от бенефициента, които обаче не са взети предвид. В тази връзка законодателят в АПК е разширил кръгът на

доказателствените средства с помощта, на които се установяват фактите и обстоятелствата от значение за конкретния случай - обяснения, декларации, писмени и веществени доказателствени средства, заключения на вещи лица. Съобразно служебното начало в административния процес, административният орган, е следвало да събере всички необходими доказателства, за да изясни релевантните факти и обстоятелства, да извърши надлежна проверка и преценка, едва след което да издаде административен акт. Необсъждането от страна на административния орган на дадените писмени възражения по случая е довело до неизясняване на факти от значение за характера на твърдяното в сигнала нарушение.

Поради гореизложеното актът не е издаден на основата на действителните факти от значение за случая, каквито са изискванията на чл. 7 от АПК, а се обосновава със субективни предположения, лични мнения, подозрения и предположения, които не са се реализирали обективно в правната действителност и не са породили, нито биха могли да породят увреждания на бюджета на ЕС.

В случая констатираните нарушения на материалния закон, обективират извод за съществени нарушения на административно-производствените правила, доколкото въпросът за вида и фактите на които се основана нарушението е съществен елемент за съставомерността на нарушението, съответно нередността, по смисъла на националния и общностния закон. Допуснатото процесуално нарушение, в конкретния случай, е довело и до неправилно приложение на материалния закон, тъй като фактите, какво точно е извършил оспорващия (*приемане на изпълнение след изтичане на уговорения в договора срок*) обективно не могат да бъдат съобразени с материалното изискване за определяне на финансова корекция, т.е. да бъдат подведени под съответните материалноправни разпоредби.

-Материална незаконосъобразност (незаконосъобразност по същество) – отменително основание по чл. 146, т .4 от АПК:

-ОУ е наложил финансова корекция, без да е налице изменение на договора за обществена поръчка, по следните съображения:

В тежест на административния орган е да докаже, че е налице нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, което е свързано с неговото прилагане. В случая органът твърди, че е налице нарушение на разпоредбите на ЗОП, отнасящи се до съществено изменение на сключения въз основа на проведената обществена поръчка договор с възложител Столична Община.

Ръководителят на Управляващият орган е приел, че договорът е изпълнен след изтичане на уговорените срокове, като не е възприел възражението на бенефициера, че са налице непредвидени обстоятелства, които да обосноват забавеното изпълнение. С административния акт се обосновава извод, че изменението е съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2, както следва: 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.

Административният орган е достигнал до погрешен извод за наличие на посоченото нарушение на ЗОП. В настоящия случай НЕ Е налице съществено изменение на договора за обществена поръчка.

В случая, няма спор относно факта, че Столична община е приела изпълнението след уговорения срок, спорът е относно това дали забавата при изпълнението на договора представлява съществено изменение по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП. Съгласно закона, изменението е съществено, когато: 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.

Преди обаче да се даде отговор на въпроса дали изменението на договора е съществено, следва да се даде отговор на въпроса дали въобще такова изменение е извършено, т. е. може ли забавата при изпълнение на договора да се приравни на изменение на договора в частта му на договорения срок за изпълнение. Отговорът на този въпрос е отрицателен, съгласно константната съдебна практика на ВАС-забавата при изпълнение на договора не се приравнява на изменение на договора в частта му на срока за изпълнение (*в този смисъл е и константната съдебна практика обективизирана в Решение № 15471 от 14.12.2020 г. на ВАС по адм. д. № 7912/2020 г., VII о. и Решение № 5323 от 27.04.2021 г. на ВАС по адм. д. № 1085/2021 г., VII о. Решение № 9046 от 4.08.2021 г. на ВАС по адм. д. № 5006/2021 г., VII о., докладчик съдията Д. М.*).

Възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка – чл. 112, ал. 1 ЗОП. Съгласно нормата на чл. 120 ЗОП за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на Търговския закон и на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД).

Съгласно чл. 20а от Закона за задълженията и договорите, договорите между страните могат да бъдат изменяни по съгласие на страните или на основанията, предвидени в закона, в случая ЗОП. Доколкото Нормата на чл. 112, ал. 1 ЗОП предвижда писмена форма на сключените договори, съответно и изменението им може да бъде само в писмена форма.

От документацията по проведената обществена поръчка не се установява изменение на клаузите на сключените договори в резултат на проведената процедура, не са налице и сключени допълнителни споразумения. С оглед изложеното, обосновава се извод, че страните не са се договорили за изменение на договорите по отношение крайния им срок за изпълнение, напротив същите са за неточно изпълнение, извън рамките на първоначално предвиденото. Съществена е разликата между изменение на договор и неточно му изпълнение. В случаите когато договорът се изменя, страните

следва да договорят промяната му по отношение на конкретни въпроси, да постигнат съгласие за изменението му и същото да бъде обективизирано в съответната законова форма. При неточното изпълнение дължимото действие е осъществено, но с отклонения спрямо предварително договорени характеристики. Съответно, неправилен е изводът на УО, че твърдяното от органа действие на бенефициера съставлява нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 и ал. 5, т. 1 и т. 2 ЗОП, поради което неправилно е и подвеждането му като нередност по т. 23 "Незаконнообразни изменения на договора за обществена поръчка", буква "а" - има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 ЗОП от Раздел III "Изпълнение на сключения договор" на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата (В този смисъл са и постановените Решение № 11236 от 5.11.2021 г. на ВАС по адм. д. № 5449/2021 г., VII о., докладчик председателят Л. Г.; Решение № 844 от 20.01.2020 г. на ВАС по адм. д. № 3089 /2019 г., VII о., Решение № 5709 от 18.05.2020 г. на ВАС по адм. д. № 7124/2019 г., VII о.). В настоящия случай не е налице сключено споразумение и/или допълнително споразумение между бенефициера и изпълнителя по договора за обществената поръчка. С Договора за обществена поръчка е определен срок за изпълнение на СМР, както и са определени началният и крайният му момент. Дори и да е налице забавено изпълнение, то не е породено от действие на бенефициента – Столична община, като са налице данни и доказателства, обосноваващи и представени забавата от подизпълнителя, които не могат да бъдат вменени във вина на бенефициента, още повече при умисъл или недоброръководност, а въз основа на обективни факти, удостоверени по отношение на подизпълнителя с надлежни писмени доказателства, касаещи и обосноваващи продължаване на срока на договора, по отношение на което подизпълнителят дължи неустойки съгласно Одоговорните условия, по правилата на З., съответно като подизпълнител по ЗУСЕСИФ и съобразно Общите условия на поръчката и сключения административен договор .

Ръководителят на ОУ твърди, че изпълнението на договорените СМР е просрочени с 75 календарни дни, но дори и действително изпълнението по договора за обществена поръчка да е прието след уговорения срок, това не означава, че е налице изменение на договора в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7. Нито една клауза на договора за обществената поръчка не е изменена с приемането от бенефициера на изпълнението след договорения срок, защото страните още към датата на сключване на договора, който е със съдържание, което е надлежно част от документацията на обществената поръчка, са се договорили, че при допуснато от изпълнителя закъснение се дължи определената в договора неустойка. Това значи, че те са договорили поведението си при осъществяване на установения от органа факт на забава на изпълнението и за никакво изменение на вече договореното не става въпрос.

Няма правна норма, при действително сериозната регламентация на договора за обществената поръчка, която да създава фикцията, че забавеното изпълнение при договорена мораторна неустойка е „изменение на договора“ по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП. За да е налице изменение на

договора е необходимо между страните да е постигнато обективизирано в писмено споразумение съгласие за изменение на клауза от сключения договор. Такова съгласие в случая не е постигнато.

С оглед документацията по обществената поръчка, бенефициерът действително не е упражнил правото си на неустойката за забава за част от периода на забавата поради доказаното наличие на неблагоприятни климатични условия. Но неупражняването на правото на неустойка за забава не е равносилно на изменение на договора, отделно от факта, че това право бенефициерът може да упражни във всеки един момент в рамките на давностния срок по чл. 110 ЗЗД, доколкото за този договор не е предвиден в закон друг давностен срок. Ако органът счита, че неупражняването на правото на неустойка е нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право е следвало да посочи нарушената правна норма. Органът нито твърди, че фактическото действие, чрез което е осъществено нарушение на приложимото право за целите на нередността е неупражняването на правото на неустойка (отделно от факта, че органът не сочи доказателства, че забавата е по вина единствено на изпълнителя, т. е. че за бенефициера е възникнало право на неустойка за забава), нито сочи нарушена разпоредба на приложимото право. *(В този смисъл е Решение № 1273 от 1.02.2021 г. на ВАС по адм. д. № 7911/2020 г.).*

В случая е налице неточно изпълнение на договора от страна на изпълнителя досежно срока, ако се приеме, че причината на забавата е негова, но това не значи изменение на договора. Между изменение на договор и неточно изпълнение на договор с пораждање на договорено право на мораторна неустойка има съществена разлика. В първия случай страните по договора, след подписването му, постигат съгласие за неговото изменение, а във втория случай изпълняват предвиденото в договора. Двата института на правото – изменението на договора и неустойката, имат различни цели и поради това се осъществяват при наличието на различни предпоставки. Изменението на договора е средство за промяна на вече съгласуваните воли на страните по договора (при отчитане на чл. 20, ал. 1 и 2 ЗЗД, съгласно който договорите имат силата на закон, за тези, които са ги сключили и изменението им е допустимо по взаимно съгласие или на основанията, предвидени в закон), а неустойката, както бе посочено по-горе, е средство за обезпечаване на изпълнението и за обезщетяване на вредите от неизпълнението, в частност от неизпълнението в срок, което е договорено между страните по договора.

Що се отнася до доводите на органа, че чрез фактически приетото неточно изпълнение на договора се е стигнало до нарушение на правилата за определяне на изпълнител, тъй като ако възложителят беше посочил друг срок за изпълнение би могло да бъде избран друг изпълнител, следва да се посочи, че е налице ясна разлика между действията на бенефициера при определяне на изпълнител и действията на изпълнителя при изпълнение на поръчката, което предопределя различен фактически състав, съгласно националното и общностното право за нарушение и нередност, които в случая, не се констатират по смисъла на нередност по ЗУСЕСИФ, обосноваващи налагането на ФК.

В процесния случай, ако бенефициерът е допуснал някакво нарушение то

евентуално би било във връзка с определяне на срока за изпълнение на предмета на поръчката, не и във връзка с изменение на договора за обществената поръчка по смисъла на чл. 166 ЗОП.

-Справката от Н. към Б. е законно основание за удължаване на срок за изпълнение:

Освен извода, че е налице съществено изменение на сключения договор за обществена поръчка в разрез с правилата на чл. 116, ал. 5, ал. 1 от ЗОП, неправилно е и заключението на Р., че метеорологична информация от дата 18.05.2020 г. на Н. към Б. за вид и количество на валежите, минимална температура на въздуха и максимална скорост на вятъра равна на и по-голяма от 10м/с. за района на [населено място] за периода 20.09.2019 г. – 13.05.2020 г., съгласно която са отчетени 67 дни с неблагоприятни условия за изпълнение на СМР на открито не е основание за удължаване срока на договора.

Принципно правилно е възражението на Р., че всеки строител, който по занятие се занимава със строителна дейност знае, че при зимни условия извършването на строителството е затруднено. Неговото възражението за възможност през този период да се осъществяват друг вид дейности обаче остава недоказано. Осъществяването на друг вид дейности за сочения период е въпрос не само на метеорологична прогноза, но и на технологична последователност, кадрови ресурс и механизация. Справката от Н. към Б. обективира констатации за *"неблагоприятни климатични условия"*, които от една страна са външен фактор спрямо страните по договора, а от друга същите се преценяват като неблагоприятни не с оглед вида на сезона, през който са констатирани, а с оглед вида на дейностите, които е следвало да бъдат извършени за периода на констатацията им. Съществените технически изисквания към строително-монтажните работи, включително температура и изисквания на околната среда за осъществяването им, са нормативно определени. В тази насока, настъпването на неблагоприятни за осъществяване на тези дейности външни (извън волята на страните по договора) условия, представляващи *"неблагоприятни климатични условия"*, е основание за спиране на срока на изпълнение на дейностите по строителство. При прилагане на правилото на чл. 13, ал. 4 от Договор № СОА19-ДГ55-361 от 03.06.2019г., страните по сключения договор за обществена поръчка законосъобразно са променили крайната дата, до която е следвало да бъдат завършени всички СМР-та. Възможността за постигане на такова споразумение е била известна на всички участници в процедурата, тъй като е предвидена като разпоредба на договора. Същата е осъществена в хода на строителството. Ръководителят на управляващият орган неправилно е заключил, че липсва основание за спиране на строителството, въз основа на представените справки от НИХМ към Б., включващи като основание *"неблагоприятни климатични условия"*. Ето защо, дори реално да се достига до изпълнение на строежа при повишена продължителност на строителството, липсва хипотеза на съществено изменение на договора, твърдяна от органа. Възможността за спиране на строителството е била публично обявена като разпоредба от проектодоговора. Удължаването на срока нито има влияние върху резултата от процедурата (хипотеза на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП), нито

променя икономическия баланс на договора в полза на изпълнителя (хипотеза на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП). (В този смисъл *Решение № 11245 от 5.11.2021 г. на ВАС по адм. д. № 8285/2021 г., VII о., докладчик съдията М. Г.*).

-Не е налице нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП:

На следващо място, трябва да бъде посочено, че Р. неправилно посочва, че бенефициентът Столична община е осъществил две нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП. В българския език съюзът "и" е съчинителен, свързва еднородни части в изречението, когато се посочва, че означените от тях факти, свойства, положения и др. се проявяват равностойно (*Речник на българския език - <https://ibl.bas.bg/rbe/lang/bg/%D0%B8/>, издание на Института за български език*). В правото съюзът "и" значи кумулативност на сочените факти, обстоятелства, правни норми.

Приетият от управляващият орган начин на квалифициране на осъществените от бенефициера нарушения – чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП, значи, че органът твърди осъществени от бенефициера кумулативно две самостоятелни нарушения - на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП и на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП. Но член 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП са разпоредби, които установяват принципите при извършване на обществените поръчки (за разлика от чл. 2, ал. 2 ЗОП, който установява и конкретно правило за поведение), поради което сами по себе си принципите не могат да бъдат нарушени. Нормите, които съдържат принципи, не съдържат хипотеза, диспозиция, санкция, а стандарт, който трябва да бъде спазван, защото законодателят е приел, че чрез него гарантира спазването на справедливостта, на морала или на друга обществена ценност. Те са решаващ аргумент при формулирането и действието на правните норми, което значи и при преценката за тяхното нарушаване, но те не могат самостоятелно да бъдат нарушени.

С оглед на това, в случая, чрез нарушението на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП бенефициерът може да е нарушил и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП, но това би следвало да бъде квалифицирано като нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП, а не като две самостоятелни, осъществени кумулативно, нарушения. (В този смисъл *Решение № 10958 от 1.11.2021 г. на ВАС по адм. д. № 6738/2021 г., VII о., докладчик председателят С. Я.*).

Въз основа на изложеното, следва отново да се подчертае, че в тежест на органа е да докаже не само, че възложителят е допуснал нарушение на правилата по ЗОП, но и че същите имат характер на „нередности“ по смисъла на посочените Регламент и Наредба, при доказване на всеки елемент от фактическия състав, включващ и доказано „*финансово отражение*“.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „*за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ*“. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват

основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание противоречи с целта на закона и е предпоставка за незаконосъобразност на административния акт.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

В конкретния случай няма спор, че Столична община е бенефициент по Договор за предоставяне на БФП № BG16RFOP001-1.001-0001-C05, проект "Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община", финансиран от Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020 г.“, съфинансиране от Европейския съюз, чрез Европейския фонд за регионално развитие и несъмнено се явява субект, който може да е извършител на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 2013/1303 г. Необходимо е да е налице и конкретно действие, респ. причинна връзка между извършеното нарушение, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и в случай, че е извършено такова, то да има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Фактическият състав на "нередността" следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на "нередност" по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

Както изяснихме в изложението по-горе, приемането на изпълнените СМР, след установения в Договора за обществена поръчка срок, не представлява визираното от ОУ нарушение, а именно съществено изменение на Договора за обществена поръчка. Следователно не е налице нарушение, липсва основния елемент от фактическия състав на „нередността“. Липсата на елементите от фактическия състав на „нередността“ в посочения по-горе смисъл, обективира извод за липса на основание за налагане на финансова корекция.

Гореизложеното от правна и фактическа страна, обосновава извод за незаконосъобразност на обжалвания акт поради неправилно приложение на материалния закон и противоречие с целта на закона. Въпреки формално изпълнената процедура по налагане на корекцията /установяване на нарушението, възможност за възражение и съставяне на акт/, органът не е събрал доказателства за всеки от елементите на фактическия състав, като е наложена финансова корекция за нарушение на ЗОП, без последното само по себе си да позволява налагане на корекция предвид липсата на доказано

съществено изменение на Договора за обществена поръчка, както и при липса на доказано финансово отражение *(в този смисъл е и Решение № 11341 от 26.10.2016г. по адм. д. № 11622/2015г. по описа на ВАС)*.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, е постановено при наличието на пороци, обосноваващи неговата незаконосъобразност, а именно нарушение на административно производствените правила, обосноваващи нарушение на принципа на правна сигурност и предвидимост и материална незаконосъобразност, въз основа на което същия следва да бъде отменен, а преписката върната на административния орган, за ново произнасяне, при съблюдаване мотивите на настоящото съдебно решение.

При този изход на делото, въз основа на надлежно депозирано искане и доказателства приложени към него, жалбоподателят има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които възлизат в общ размер на 8 890.60 лв., в т.ч. ДТ и възнаграждение за адвокат, които следва да бъдат заплатени от ответната страна.

Водим от горното Административен съд- София – град, III отделение, 63-ти състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по Жалба на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, с адрес, [населено място], п.к. 1000, район О., [улица], с ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от Й. А. Ф. - кмет, Решение № РД-02-36-8/ 11.02.2022 г., издадено от Д. И. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020,, *като незаконосъобразно.*

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството /МРРБ/, чрез УО на ОПРР, *да заплати на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, с адрес, [населено място], п.к. 1000, район О., [улица], с ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от Й. А. Ф. – кмет, сумата от 8 890.60 лв. / осем хиляди осемстотин и деветдесет лева и шестдесет стотинки/, представляваща съдебно-деловодни разноски в производството.*

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

СЪДИЯ: