

РЕШЕНИЕ

№ 2891

гр. София, 29.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 17.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева и при участието на прокурора Тони Петрова, като разгледа дело номер **8694** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Министерството на образованието и науката, против Решение № РД-02-36-777/29.08.2022г. на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР). Релевира се, че са погрешни изводите на УО на ОПРР, че в договора липсват „ясни, точни и недвусмислени клаузи“, които да предвиждат изменението на срока на договора и съответно не е изпълнена разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, както и че изменението е довело до ползи за изпълнителя по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата, тъй като изменението довело до изпълнение на поръчката при по- благоприятни условия от условията за изпълнение на обществената поръчка, предвидени в договора. Изтъква се, че спецификата на обектите на интервенция практически не позволява цялостната модернизация на образователната инфраструктура да се осъществява през учебната година. Предвидените мащабни ремонти и цялостна модернизация на сградите могат да се изпълняват основно през времето на лятната ваканция, като през учебната година би било допустимо единствено извършването на някои съпътстващи и/или довършителни, дейности. Според жалбоподателя текстовете на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал.

4 от договора отговарят на изискванията на чл. 116, ал. 1 ЗОП. В посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглеждания договор фактори /изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или указания на УО на ОПРР/, няма как самият възложител да предвиди дали и кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли- до какви промени биха довели. Твърди се, че в документацията, срокът за изпълнение на поръчката е до 31.03.2019 г., като предвид спецификата на обектите те са свободни за извършване на СМР в периодите на летните ваканции на учениците- от 01 юли до 15 септември. Дейностите, извършвани през останалото време от периода на изпълнение на договорите, не трябва да пречат на нормалното провеждане на учебния процес. В случая Възложителят предвидил изпълнителите да разполагат с 2 летни периода за работа- летните ваканции на 2017 и 2018 г., но заради обжалване на решението за откриване на поръчката срокът за подаване на оферти бил удължен до 02.10.2017 г., т.е. още към момента на подаване на оферти първият летен период е бил изтекъл. След продължило 2 години разглеждане на общо 258-те оферти, постъпили по процедурата, приключила през месец октомври 2019 г., като разглежданият в решението договор за инженеринг бил сключен през месец януари 2020 г. При прилагане на първоначално предвидения срок за изпълнение, заложен в документацията за обществената поръчка, договорите, сключени през януари 2020 г. трябвало да се изпълнят до есента на 2022 г., за да включват в себе си периодите на две летни ваканции. Изпълнителят на конкретния договор се справил в по- кратък срок, като приключил обектите, включени в обхвата на поръчката, още преди началото на втория летен период след сключване на договора, поради което нямало как да се приеме, че отлагането на изпълнението е донесло ползи за него по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата. Според жалбоподателя, изводът би бил верен, в случай че заради отлагането изпълнителят е получил възможност да работи в три летни периода, вместо в двата, предвидени съгласно условията от документацията, но в случая той приключил обектите за един летен период, т.е. напълно необоснован е извода за по- голямата продължителност на срока за изпълнение, развит в решението за налагане на финансова корекция. Отделно се поддържа, че решението е немотивирано и че не са обсъдени възраженията на жалбоподателя. Изложено е становище, че не са доказани трите елемента на обективната страна на понятието „нередност“ и липсва анализ на евентуалните последици, изразяващи се във вреда на общия бюджет на ЕС. По тези съображения се иска отмяна на оспореното решение.

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

Ответникът– заместник-министърът на благоустройството и ръководител на УО по ОПРР, не се явява и не се представлява в съдебното заседание. В писмен отговор изразява становище за неоснователност на жалбата, като моли тя да бъде оставена без уважение. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност при претендирано адвокатско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура- прокурор П. изразява становище за основателност на жалбата и моли съда да я уважи, като отмени обжалваното

решение като незаконосъобразно.

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

Министерството на образованието и науката е бенефициер по проект за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България”, по който е сключен Административен договор №BG16RFOP001-3.002-0005-C01 № РД-02-37-114/21.06.2017г. и последващи анекси във връзка с проектно предложение ИСУН №BG16RFOP001-3.002-0005 „Обновяване и модернизация на регионалната образователна инфраструктура чрез подобряване на материално-техническата база на 11 държавни професионални гимназии в системата на МОН в областите П., С. и К.“, одобрено от Р. на ОПРР 2014-2020.

В качеството си на Възложител министерството е провело процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции.

Обществената поръчка е открита с Решение за откриване на обществена поръчка № РО1 -56 от 06.06.2017 год..

След проведена процедура и Решение за избор на изпълнител по обособена позиция 35 № РО1-93/18.10.2019 год. е сключен договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител "Н.- Т.– Б.“ Д. на стойност 2 895 000 лв. без ДДС, с предмет на договора: „И.- проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на Професионална гимназия по механотехника "Проф. Ц. Л.", [населено място] и на ПГ "Ц. И. А. П, [населено място]”.

Съгласно чл. 2, ал.1 от подписания договор: „Срокът за изпълнение на поръчката е до 31.08.2020 год. Договорът започва да се изпълнява от датата на подписването му и приключва с въвеждане на обектите в експлоатация въз основа на Разрешение за ползване на всеки обект, издадено от органите на ДНСК/Удостоверение за въвеждане в експлоатация на строежа (когато е приложимо). Договорът е подписан на 06.01.2020 год., тоест срока на договора е 238 дни.

Към договора са сключени три анекса:

- Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-6 от 03.07.2020г., според което, за да се изпълни успешно договорът е необходимо изменение в неговия обхват, като изменението попада в хипотезата на чл.116, ал.1, т.3 от ЗОП. Изложени са конкретни съображения за това, а именно необходимост от изменение на обхвата на допълнително проектиране и СМР-та, с посочена стойност и начин на плащане на допълнително извършените услуги и СМР;

- Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-8 от 28.08.2020 год., сключено във връзка с изменението на Административен договор №BG16RFOP001-3.002-0005-C01, с което срока за изпълнение на проект „Обновяване и модернизация на регионалната образователна инфраструктура чрез подобряване на материално-техническата база на 11 държавни професионални гимназии в системата на МОН в областите П., С. и К.“ се удължава до 21.12.2021 г., на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, чл.1, ал.3 и чл.47, ал.4 от Договор BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3

от 06.01.2020 г., срокът на договора е удължен до 31.10.2021 год. /тоест с 427 дни/;
- Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-16 от 01.11.2021 год., сключено във връзка с иницирано удължаване на Административен договор №BG16RFOP001-3.002-0005-C01, както и с цел осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обектите в експлоатация след подписването на протоколи обр. 15, на основание чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, чл.1, ал.3 и чл.47, ал.4 от Договор BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г., срокът на договора е удължен до 17.02.2022 год. /тоест е удължен с още 108 дни/.

Във връзка със сигнал № 1940, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие”, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения при процедура за обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР за модернизация на образователната инфраструктура на 101 професионални гимназии в системата на МОН, одобрени за финансиране по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура BG16RFOP001-3.002 „Подкрепа за професионалните училища в Република България” по 46 обособени позиции, е осъществен последващ контрол върху процедурата за възлагане и изпълнение на обществена поръчка.

С писмо №99-00-6-152/22.02.2022 г. Ръководителят на УО на ОПРР е уведомил МОН за регистрирането на сигнала, за твърденията в него и становището си по тях, както и че стартира процедура за налагане на финансови корекции. С писмото е указал на бенефициера за възможността в двуседмичен срок да представи възражения и писмени доказателства.

Жалбоподателят се е възползвал от предоставената възможност и е депозирал чрез ИСУН становище с възражения от 08.03.2022 г., приети за неоснователни.

Административното производство приключило с издаването на оспорваното в настоящото производство Решение № РД-02-36-777/29.08.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), с което на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕФСУ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 във връзка със заповед № РД-02-14-790/17.08.2022 г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството и като разгледах сигнал за нередност с регистрационен номер № 1940, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности и възражението на бенефициента Министерство на образованието и науката, е определена финансова корекция на бенефициента, представляваща 25 % финансова корекция върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител "Н.- Т.- Б." Д. на стойност 2 895 000 лв. без ДДС.

В същото е посочено, че с Решение на Ръководителя на управляващия орган за определяне на финансовата корекция по основание и размер № РД-02-36-119/02.02.2022 г. във връзка с приключването на сигнал за нередност № 1767 по посочения договор, е определен размер на финансовата корекция от 20% от допустимите разходи по разглеждания договор по договор № BG16RFOP001-3.002-0005- C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител Н. - Т. - Б." Д..

Предвид това, 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 (каквто е настоящият случай), в обжалваното решение изрично е прието, че в случай, че Решение № РД-02-36-119/02.02.2022 г. по сигнал за нередност № 1767 влезе в сила, по сигнал № 1940 не следва да се налага финансова корекция. В случай на отмяна на решение № РД-02-36-119/02.02.2022 г. по сигнал за нередност № 1767, УО на ОПРР следва да наложи финансова корекция до размер от 25 % от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител "Н.- Т.- Б." Д..

В обжалваното решение е цитирано и друго Решение № РД-02-36-1302/21.09.2020г. по сигнал за нередност № 1412 /влязло в сила/, с което е определена финансовата корекция от 5% върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител "Н.- Т.- Б." Д..

С оспорвания акт Ръководителят на УО на ОПРР констатирал незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка.

В мотивите на оспорвания акт е прието, че действително срокът за изпълнение на поръчката не е бил показател за оценка на техническото предложение на участниците, но той е съществен елемент от договора за изпълнение. Посочено е, че в чл. 2, ал. 1 от договора е определен първоначален срок от 238 (двеста тридесет и осем) календарни дни- с начална дата от датата на подписването му- 06.01.2020 г.- до 31.08.2020г. С удължаването с допълнителните споразумения същият е изпълнен за 773 дни.

Управляващият орган се позовава на чл. 2, ал. 3 от разглеждания договор за обществена поръчка BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3/06.01.2020 г., съгласно който „Възложителят си запазва правото, при изменения в сключения Административен договор и възникването на нови правила и условия в нормативен документ, договора за безвъзмездна помощ, както и всякакви други документи и указания на УО на ОПРР, свързани с промяна в сроковете в настоящия договор, да измени сключения договор по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП, като обхватът и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на договора.“ А според чл. 47, ал. 4 от Договора „Измененията в сключения Административен договор и възникването на нови правила и условия в нормативен документ, договора за безвъзмездна финансова помощ, както и всякакви други документи и указания на УО на ОПРР, свързани с размера на цената по проекта на договора, начина на плащане, начина отчитане, както и всякакви други условия от настоящата поръчка, продиктувани от новите правила, се считат за основание за промяна на сключения договор по смисъл на чл.116, ал.1, т.1 от ЗОП, като обхватът и естеството на възможните изменения, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на договора“.

Прието е, че в текстовете на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от разглеждания договор за възлагане на обществена поръчка липсват „ясни, точни и недвусмислени клаузи“, които да определят условията за изменение им. Формалното позоваване за удължаването на срока на договора, поради удължаване на Административния

договор не доказва надлежно наличието на конкретни обстоятелства или необходимост от удължаване на договора по обществената поръчка. В този смисъл УО на ОПРР счита, че не може да се приеме, че в договора са предвидени направените изменения и съответно, че е изпълнена разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Според УО на ОПРР, в първото допълнително споразумение за удължаване на срока е посочено, че същото се сключва, поради удължаване на Административния договор и на основание горепосочените членове от договора за обществена поръчка. В следващо споразумение за удължаване на срока е посочено, че същото се инициира, поради удължаване на Административния договор и осигуряване на необходимото технологично време за въвеждане на обекта в експлоатация. Същото обаче било подписано, след като вече е изтекъл срока на предходното допълнително споразумение. Допълнително споразумение № BG16RFOP001- 3.002-0005-C02-S-8 от дата 28.08.2020 год. удължава срока на договора до 31.10.2021 год., а Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-16 е от дата 01.11.2021 год., тоест един ден след като първото допълнително споразумение вече е било изтекло и е следвало строително-монтажните работи да са приключили и обектът да бъде приет от възложителя с Констативен акт за установяване на годността за приемане на строежа Образец 15. Освен това, видно от текстовете на двете допълнителни споразумения, в същите е посочено чисто формално, че сроковете на договора за обществена поръчка се удължават поради удължаване на срока на АДПБФП. Възложителят не е мотивирал по никакъв начин, защо удължаването на срока на Административния договор влече непременно след себе си и необходимостта от удължаване на срока на договорите. Не би могло да се приеме и че удължаването на срока на договора за обществена поръчка е резултат от възникването на допълнителни дейности по проектите. В този смисъл УО на ОПРР счита, че възложителят е удължил срока на договора на основание на изцяло формално позоваване на изменението на Административния договор.

Наред с горното УО на ОПРР счита, че изменението е довело до ползи за изпълнителя по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, които не са били известни на останалите участници в процедурата, тъй като на практика изменението е довело до изпълнение на поръчката при по-благоприятни условия, от условията за изпълнение на обществената поръчка, предвидени в договора. Първоначалният срок за изпълнение е бил 238 дни. В този смисъл по-голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на изпълнителя, защото му е позволила напр. да използва по-малък човешки и технически ресурс, да поема успоредно и

ангажименти при други възложители и др. С извършеното изменение на договора се въвеждат условия по процедурата, които биха привлекли допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферти, различни от първоначално приетите.

Изведен е извод, че е налице незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка в нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, като нарушението е съществено. Изложено е, че не са налице обстоятелства, обосноваващи и изискващи удължаването на общия срок за изпълнение, и е налице забавено изпълнение на дейностите по поръчката. Строителството не е изпълнено в заложените в договора срок от 238 (двеста тридесет и осем) календарни дни, а за 773 (седемстотин седемдесет и три) календарни дни, което представлява съществена забава. С оглед на факта, че строителството е изпълнено за много по-дълъг срок от заложените 238 (двеста тридесет и осем) календарни дни, с което е нарушен чл. 2, ал. 1 от договора, е констатирано описаното нарушение за незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, което е с финансово влияние.

Посочена е като нарушена разпоредба на ЕС: чл. 160 на Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 година за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012. Нарушена национална разпоредба: чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП във връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП-незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка. Класификация на нередността: Установеното нарушение представлява нередност по т. 23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“, б. „а“: „има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП“, от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

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

Приобщено към доказателствения материал е и Решение № 3360 от 22.05.2023 г. по адм.д. № 10932/2022 г. по описа на Административен съд София- град, което е отменено Решение РД 02-36-119/02.02.2022 год. на Заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, ръководител на УО на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 год., с което по сигнал за нередност с регистрационен номер 1767 на Министерство на образованието и науката е наложена финансова корекция в размер на 639552,74 лв. с ДДС, представляваща 20% от допустимите разходи безвъзмездната финансова помощ по договор № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-3 от 06.01.2020 г. с изпълнител "Н.- Т.- Б." Д., оставено в сила с Решение №930/25.01.2024 г. по д.№ 7719/2023 г. на Върховния административен съд, Седмо отделение.

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

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

Разгледана по същество, тя е основателна.

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

предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

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

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

Видно от приложената по делото заповед № РД-02-14-790/17.08.2022г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издалата оспореното решение Д. Г.– заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за ръководител на УО на ОПРР 201 – 2020г. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

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

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

Административният орган е направил констатации за извършено нарушение на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 1

от ЗОП във връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, квалифицирана като нередност по т.23, б. „а“ от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности - незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка.

В т.23 от Приложение № към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности са визирани случаите на нередности, свързани с изпълнението на сключените договори. По-конкретно т.23, б. „а“ обхваща изменения на договора за обществена поръчка, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Посочено е, че съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

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

Според разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато промените са предвидени в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително клаузи за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение. Съгласно ал. 5, т. 2 и т.1 /в приложимата редакция/, 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.

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

С оглед на това правна квалификация на едно нарушение, която е определена като чл. 116, ал. 1, т. 1 във вр. с ал. 5, т. 1 и 2 ЗОП е невъзможно да бъде осъществена, тъй като алинея 5 не е относима към алинея 1, т. 1, а само към т. 7. В хипотеза като настоящата, когато бенефициерът е сключил допълнително споразумение на основание чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП органът може да установи, че тази хипотеза не е налице – поради липса на правните предпоставки за осъществяване или поради недоказаност, или да установи, че осъщественото изменение фактически е съществено, без да са налице предпоставките на т. 1, поради което е в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с ал. 5 ЗОП /Решение №5912/ 06.06.2023 г. по административно дело № 202/2023 г. по описа на Върховния административен съд, Седмо отделение/.

Дори и да се приеме, тезата на УО на ОПРР, че удължаването на срока е в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП, то същото не съставлява нередност по т. 23, б. “а” от Наредбата, тъй като не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл.116, ал.5 случаи. Удължаването на срока за изпълнение на договорите не представлява съществена промяна на договора, тъй като промяната не прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Т. твърдение Ръководителят на УО не прави, а и съдът не намира основание за подобен извод. За да бъде едно изменение на договор за обществена поръчка съществено е необходимо да е осъществена поне една от хипотезите, регламентирани в алинея 5.

Настоящият съдебен състав намира, че в случая т. 3 и 4 на ал.5 на чл.116 от ЗОП са очевидно неприложими. Твърдяното от органа нарушение не попада и в хипотезата на т. 1 и 2, тъй като в случая, видно от доказателствата по делото и с оглед на гореизложеното, е налице яснота, точност и липса на двусмисленост в поставеното от бенефициера условие за удължаване на срока на изпълнение на договора при условията на чл. 2, ал. 3 и чл. 47, ал. 4 от договора. Съдът не споделя тезата на Ръководителя на УО, че текстовете на чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от договора не отговарят на изискванията на чл.116, ал.1 ЗОП. В чл.2, ал.3 от разглежданите договори е посочено, че при изменения в административния договор,

нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или по указания на УО на ОПРР, свързани с промяна на сроковете, това ще бъде основание за изменение в съответните договори. Според съда, формулировката дава достатъчна яснота относно възможността да се бъдат извършени промени в сроковете, както и хипотезите, в които това би могло да се осъществи. Доколкото в посочените случаи измененията в сроковете за изпълнение произтичат от външни за съответната процедура и за разглежданите договори фактори /изменения в административния договор, нови правила или условия, произтичащи от нормативната уредба или указания на УО на ОПРР/, няма как самият възложител да предвиди дали и кога те биха могли да настъпят и как конкретно биха повлияли – до какви промени биха довели. В този смисъл съдът приема, че чл.2, ал.3 и чл.47, ал.4 от процесните договори представляват клаузи, които са в достатъчна степен ясни, точни и недвусмислени що се касае до възможността за изменение на договорите, когато са налице съответните обстоятелства, които са обективни от гледна точка на възложителя и изпълнителя.

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

Както бе посочено, договора е сключен през м. 01.2020г. и в него е определен срок за изпълнение 31.08.2020г. В документацията за участие е предвидено, че с оглед спецификите на обектите, те са свободни за извършване на СМР в периодите на летните ваканции на учениците – от 01 юли до 15 септември. Изрично е посочено, че през останалото време на годината се извършва учебен процес и че изпълнителите по договорите трябва да планират извършването на дейностите, предвидени в техническите задания и одобрените проекти основно в периодите 01.07.2017г.– 15.09.2017г. и 01.07.2018г. – 15.09.2018г., т.е. изначално е предвидено, че възможните периоди на изпълнение на дейностите са два летни периода от 01.07 до 31.08. на съответните години. При това положение, съобразно документацията за участие изпълнението на сключения през месец януари 2020г. договор е следвало да се осъществи в периодите от 01.07.2020г. до 31.08.2020г. и от 01.07.2021г. до 31.08.2021г. Удължаването на срока за изпълнение на договорите не води практически до удължаване или до нови на възможни периоди за изпълнение, тъй като новият краен срок всъщност обхваща изначално заложения втори летен период /от 01.07.2021г. до 31.08.2021г./, какъвто е предвиден в документацията за участие. В този смисъл реално не се променя заложеният в документацията за участие период за изпълнение на поръчката, а само се удължава крайният срок за приключването ѝ, който обхваща и издаването на разрешение за ползване на обектите. Следователно, няма никакво основание да се приеме, че изменението въвежда нови условия, още по- малко такива, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли за участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните.

Несъстоятелна е тезата на Ръководителя на УО, че по- голямата продължителност на срока за изпълнение е била в полза на изпълнителя, защото му е позволила да използва по- малък човешки и технически ресурс, да поеме успоредно и ангажменти при други изпълнители и т.н. Изложените доводи касаят хипотетични възможности, без каквато и да е конкретна обосновааност, поради което остават в сферата на вероятностите. По същество не се прави твърдение и липсват данни, че удължаването на срока е довело до използване на по- малък технически и човешки ресурс от изпълнителя, както и че същия е поел или изпълнявал и други ангажменти/ при друг/и възложител/и. При това положение няма основание да се счете, че удължаването на срока води до ползи за изпълнителите, които не са били известни на останалите участници в

процедурата, както и че то въвежда условия, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата – хипотезите по чл.116, ал.5, т.1 и т.2 ЗОП.

Съдът намира за нужно да отбележи, че действително Допълнително споразумение № BG16RFOP001- 3.002-0005-C02-S-8 от дата 28.08.2020 год. удължава срока на договора до 31.10.2021 год., а Допълнително споразумение № BG16RFOP001-3.002-0005-C02-S-16 е от дата 01.11.2021 год., това обаче не рефлектира на крайния извод на съда липса на елемент от фактическия състав на нередността.

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

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

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Министерството на образованието и науката Решение № РД-02-36-777/29.08.2022г. на заместник- министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020.

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

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

СЪДИЯ:

