

РЕШЕНИЕ

№ 4002

гр. София, 15.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 16.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **1026** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.
Образувано е по жалба на Столична община (СО), представлявана от кмета Й. Ф., подадена чрез адв. П., против Решение № РД-02-36-6 от 11.01.2022 г., издадено от Д. И. - заместник - министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г., във връзка със сигнал, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности под № 1775.
В жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност на оспорения административен акт, по съображения за постановяването му от некомпетентен орган, при неспазване на установената от закона форма. Твърди се, че в изложението си за налагане на финансова корекция Р. е копирал сигнала, въз основа на който е инициирана проверката и възражението направено от Столична община по повод твърдените нарушения, но никъде не е извършил собствено фактическо установяване по проверката и не е анализирал доказателствата поотделно и в тяхната съвкупност. Поддържа се, че Решението е издадено извън срока по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. В жалбата се излагат и подробни съображения свързани с неправилната правна квалификация на твърдяното нарушение от страна на УО, както и неправилност на изводите за наличие на изменение на договора за обществена поръчка. Според жалбоподателя забавата при изпълнение на договора не се приравнява на изменение на договора в частта му на срока за изпълнение (в този смисъл се позовава на съдебна

практика на ВАС/. В заключение са изложени и доводи, че оспореният акт е издаден и в противоречие с целта на закона.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. П., заявява, че поддържа жалбата. По подробно изложени съображения е направено искане за отмяна на оспореното решение. Претендира се и присъждане на разноски.

Ответникът - заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството, в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г., чрез процесуалния си представител по делото, оспорва жалбата като неоснователна и моли да бъде отхвърлена. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на поисканото от жалбоподателя адвокатско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не се явява, не се представлява, не изразява становище по жалбата.

Административен съд София-град, Трето отделение, 74 – ти състав, като взе предвид разпоредбата на чл. 168 от АПК и прецени събраните по делото доказателства, ведно с доводите и изразените становища, прие за установено от фактическа страна следното: Столична община е бенефициер по сключен Договор за предоставяне на БФП № В.-1.001-0001-С05, 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.

Във връзка с изпълнението на проекта Столична община е провела обществена поръчка по Обособена позиция № 13 с предмет "Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на обект 3 СОУ (ново 3 СУ) „М. Д.“, [улица], район „И.“, за която са подадени девет оферти.

С Решение № СОА18-РД92-93 от 11.04.2018 г. е определен изпълнител - [фирма].

На 19.06.2018 г. е сключен договор № В.-1.001-0001-С01-S-03 (СОА18-ДГ55-328) с изпълнителя [фирма], като в чл. 3, ал. 3 от същия е уговорен срок за изпълнение на СМР - „340 (триста и четиридесет) календарни дни, съгласно предложението на изпълнителя. Този срок 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 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. СМР е следвало да приключат на 13.06.2019 година.

Не са съставяни Акт за установяване състоянието на строежа при спиране на строителството - образец №10 към чл.7, ал.3, т.10 от наредба №3 /наричан по-долу Акт обр.10/ съответно възобновено с Акт за установяване състоянието на строежа и СМР при продължаване на строителството за всички спрени строежи по общия ред - образец №11 към чл.7, ал.3, т.11 от наредба № 3 /наричан по-долу Акт обр.11/, за обстоятелства свързани с неблагоприятни метеорологични условия. За обекта обаче е съставен Акт обр. № 10 от 30.07.2019 г. за спиране на строителството, поради необходимост от извършване на СМР извън обхвата на договора за строителство /л. 153 – 158/, съответно е съставен Акт № 11 от 01.10.2019 г. за продължаване на строителството /л. 159-163/, като същото е било преустановено за 63 календарни дни. Констативен акт обр.15 за установяване годността за приемане на строежа в процесната процедура е подписан на 04.10.2019 година /л. 164 – 177/.

Бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 99-00-6-590/08.09.2021 г. г. за сигнала за

нередност, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция.

В срока е постъпило възражение през ИСУН № В.-1.001-0001-С05-М291/23.09.2021 г. Възраженията са приети за неоснователни и е постановено оспореното в настоящото производство Решение. Управляващият орган е констатирал съставомерност, нарушението е квалифицирал като "нередност", защото според него са нарушени 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, както и на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Нередността е квалифицирана като такава по т. 23 –Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка, буква а от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.- съществена промяна на елементите на договора.

По делото е представен сертификат за форсмажор № 015 от 02.07.2019 г., издаден от Българска търговско –промишлена палата на основание чл. 28 , ал. 1 от договор № СОА18-ДГ55-328)/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], видно от който се установява, че периодът от 01.12.2018 г. до 31.05.2019 г. се характеризира с влошени метеорологични условия в [населено място] – ниски минимални температури на въздуха, валежи от сняг и дъжд, които са възпрепятствали изпълнението на СМР на обекта на [фирма]. От приложената по делото таблица 1 /л. 84/ е видно, че пред месеците 12.2018 г., 01, 02, 03.2019 г. валежите са били предимно от дъжд, сняг, дъжд и сняг, а през м. 04. и 05.2019 г. – са били от дъжд. От приложената таблица 2 се констатира, че измерените минимални температури през м. 12.2018 г., 01 и 02.2019 г. са били предимно отрицателни, като в някои дни са отчетени температури до +/- 11,2 градуса; +/-12,6 градуса. През месеците март, април, май 2019 г. измерените температури са положителни, като в края на м. 05. 2019 г. достигат стойности до 15 градуса.

Съгласно справка от Н. в периода от 01.12.2018 г. до 20.01.2019 г. са отчетени 50 дни с неблагоприятни атмосферни условия, в който период в съответствие с графика на СМР дейностите, изпълнителят е предвидил да се извършва полагане на външна оцветена минерална мазилка по фасади, полагане на топлоизолация по фасади, полагане на стъклофибърна мрежа, подмяна на обшивка на комини и полагане на външни канализационни тръби.

УО на ОПРР е счел, че представената справка от Н. не доказва по надлежен начин, наличието на неблагоприятни метеорологични условия за въпросния период от 01.12.2018 г. до 20.01.2019 год. В оспорения акт е посочено, че срокът за изпълнение на договора е за период от почти една година, в която е очевидно, че ще има наличие на неблагоприятна метеорологични условия. Следователно, още при подаване на офертата, участникът е следвало да отчете този фактор и да предвиди необходимия технически и времеви ресурс за изпълнение на дейностите в рамките на предвиденото. УО на ОПРР не е възприел твърдението, че в случая неблагоприятните метеорологични условия представляват непредвидени обстоятелства по смисъла на

ЗОП.

Според АО при положение, че строителните дейности са извършват в рамките на 340 дни, за лице, което по занятие се занимава със строителна дейност или за възложител, който често възлага обществени поръчки с предмет строителство и използва експерти с нужния опит и квалификация е очевидно, че ще има наличие на дни с неблагоприятни метеорологични условия, следователно при положение, че е заложен конкретен срок за изпълнение е наясно, че следва да ги предвиди и да положи дължимата грижа, в тази връзка.

В решението си органът сочи, че при полагане на дължимата грижа 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 е можел да се извърши реорганизация на строителния процес и актуализация на линейния график, за да се компенсира забавата в срока на изпълнение.

С оглед на изложеното УО е заключил, че не са налице непредвидени обстоятелства, обосноваващи удължаването на общия срок за изпълнение, и е налице забавено изпълнение на дейностите по поръчката. Строителството не е изпълнено в заложения в договора срок от 340 (триста и четиридесет) календарни дни и на изпълнителя не е наложена санкция за забавата. Поради тези причини, УО е обосновал извод, че е налице незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, в нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, като нарушението е съществено.

С удължаване срока на изпълнение на договора според Р., резултативно страните са допуснали изменение на техническото предложение на изпълнителя, респективно на договора за изпълнение в тази част, което е съществено по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 и 2 от ЗОП, а именно:

(по т. 1) изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка: биха привлекли към участие допълнителни участници – законовата предпоставка е изпълнена, тъй като с допуснатата промяна чувствително е увеличен срокът за изпълнение. Срокът за изпълнение е съществен елемент от договора и предвид неговия характер - дейности по СМР, по-голямата продължителност е полза на изпълнителя. При по-продължителен срок, например може да се използва по-малко човешки и технически ресурс, могат да бъдат успоредно поети и ангажименти при други възложители и др.;

(по т. 2) изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата - законовата предпоставка е изпълнена, тъй като с допуснатата промяна са нарушени и разпоредбите на договора, третиращи събирането на неустойка. С направеното изменение възложителят е допуснал обогатяване за изпълнителя, изразяващо се в спестен ресурс, който той не е употребил, за да изпълни качествено договора и съобразно определения срок, според собственото му техническо предложение.

По отношение на размера на ФК административният орган е посочил, че налага финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по Договор № В.-1.001-0001-С01-S-03 (СОА18-ДГ55-328) от дата 19.06.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 904 911,34 лева без ДДС или 2 283 493,61 лева с ДДС.

По горепосочения договор е била регистрирана нередност с Н. ОПРР20/19/ЕФРР/657 – по сигнал 658 и с Решение № РД-02-36-309/08.13.2019 г. е определен размер на финансовата корекция от 5% възлизаща на сумата от 114174,68 лв. с ДДС. С решение

№ 8938/06.07.2020 г. ВАС е оставил в сила Решение № РД-02-36-309/08.13.2019 г.

В настоящия случай Р. е доналожил финансова корекция в размер на 456698,72 лв. с ДДС, представляваща 20% върху допустимите разходи по договор № В.-1.001-0001-C01-S-03 от 19.06.2018 г. с изпълнител [фирма].

В рамките на производството са приети като неоспорени писмените доказателства, касаещи административната преписка.

Съдът, като обсъди събраните по делото доказателства във връзка с направените в жалбата оплаквания, доводите и становищата на страните и като извърши цялостна проверка на законосъобразността на оспорения административен акт на основание чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146 от АПК, намира от правна страна следното:

Оспорването, като направено от легитимирано лице с правен интерес - адресат на Решение РД-02-36-6 от 11.01.2022 г. на Ръководителя на УО на ОПРР, в законово регламентирания срок по чл. 149, ал. 1 от АПК и против административен акт, подлежащ на съдебно обжалване и контрол за законосъобразност съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, е процесуално допустимо.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

В чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Функциите на Управляващ орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове, са предоставени на Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие" в МРРБ, съгласно чл. 28, ал. 1 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството. От представената и приета като доказателство по делото Заповед № РД-02-36-1116/ 31.12.2021 г. /л. 31,32/ на министъра на регионалното развитие и благоустройството се установява, че Ръководителят на администрацията, в чиято структура е управляващият ОПРР орган, на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е определил за ръководител на управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството Д. И., като ѝ е възложил да изпълнява посочените в заповедта функции в качеството на Ръководител на УО. С оглед изложеното съдът приема, че оспореното решение е постановено от материално компетентен административен орган – подписано и издадено е от оправомощения да изпълнява функциите на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 заместник-министър, в съответствие и в рамките на надлежно възложените му правомощия, в т. ч тези по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ – за постановяване на актове за определяне на финансови корекции.

Обжалваният акт е постановен в предвидената от закона форма и при спазване на нормативно установените изисквания за неговото съдържание. Посочени са както

правните основания за издаване на оспореното решение и за упражненото административно правомощие по чл. 73, ал. 1 във вр. с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, така и възприетите от решаващия орган като релевантни факти и обстоятелства за наличието на допуснати от СО като бенефициент на подпомагане по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г. нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП посредством изменение на договора с [фирма], касаещ обособена позиция 13 от Договора за предоставяне на БФП № В.-1.001-0001-С05 .

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция Р. е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Такъв срок е бил осигурен на бенефициента.

Неоснователно е наведено в жалбата възражение за извършено от органа нарушение на процедурата, свързано с постановяването на Решението извън срока по чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ. Настоящият състав счита, че макар в случая да не е спазен регламентирания в тази норма едномесечен срок за издаване на решението от УО, то това не съставлява съществено нарушение. В случая не е спорно, че на жалбоподателя е осигурена възможност да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства, като това е сторено с писмо изх. № 99-00-6-590/08.09.2021 г. Столична община е подала възражение чрез ИСУН № В.-1.001-0001-С05-М291/23.09.2021 г. Въпреки закъснението /повече от 3 месеца/, следва да се вземе предвид обстоятелството, че посоченият в чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ срок не е преклузивен, а инструктивен, т.е. не е налице нарушение, което да съставлява основание за отмяна на оспорения акт само на това основание.

По отношение на материалната законосъобразност на оспореното решение съдът намира следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция 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. Според чл. 49, ал. 1 от ЗУСЕСИФ бенефициентите на БФП може да възлагат на изпълнители – външни за тях лица, дейности по изпълнението и/или по управлението на проект, когато това е предвидено в него за съответната дейност. Според ал. 2, т. 1 от същия член за определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставки на стоки – обект на обществена поръчка по смисъла на Закона за

обществените поръчки, се прилагат правилата, предвидени в ЗОП– когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон. В случая е налице именно тази хипотеза.

В Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности са посочени нередности, които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Определението за нередност се съдържа в чл. 2, § 36 на Регламент /ЕС/ № 1303/2013 - нередност 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.

Столична община има качеството на икономически оператор по смисъла на чл. 2, §37 от Регламент /ЕО/ № 1303/2013 г. Тя е юридическо лице, което участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Именно в това свое качество, като страна по договор за БФП по ОПРР, е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от ЕСИФ.

В случая ръководителят на УО е приел, че Столична община е осъществила нарушение състоящо се в незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, като го е квалифицирал като нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Между страните по делото няма спор по фактите относно сключения договор № В.-1.001-0001-С01-S-03 от 19.06.2018 г. с изпълнител [фирма]. Няма спор, че съгласно чл. 3, ал. 3 от договора срокът за изпълнение на СМР е 340 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 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителство. Не е спорно, че изпълнението на СМР се е забавило с 50 дни поради влошени метеорологични условия през периода 01.12.2018 г. – 31.05.2019 г. /в този смисъл е и издаденият сертификат за форсмажор № 015/02.07.2019 г. л. 82-83, ведно с приложени таблици л. 84-86/, като е взето предвид периода на спиране съгласно представени актове обр. 10 и обр. 11.

Спорът е правен и се отнася до това има ли изменение на договора за възлагане на обществената поръчка, дали то е в нарушение на ЗОП и съставлява ли нередност по т. 23 от Раздел III на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Тезата на Р., че в конкретния случай е налице удължаване срока за изпълнение на поръчката, с което незаконосъобразно е изменен договора за обществена поръчка не може да бъде споделена, тъй като не съответства нито на установените факти, нито на относимите към тези факти правни норми.

Разпоредбата на чл. 116, ал. 1 от ЗОП /ред. ДВ бр. 86/2019 г. / предвижда в седем точки условията, при които договорите за обществени поръчки могат да бъдат изменяни.

Съдът констатира, че посочената от Ръководителя на УО като нарушена т. 5 на чл. 116, ал. 1 от ЗОП е неприложима в случая, тъй като според нея договорът за обществена поръчка може да бъде изменен, когато се налага замяна на изпълнителя с нов изпълнител, когато за първоначалния изпълнител е налице универсално или частично правоприемство, включително при преобразуване на първоначалния изпълнител чрез вливане, сливане, разделяне или отделяне, или чрез промяна на правната му форма, както и в случаите, когато той е в ликвидация или в открито производство по несъстоятелност и са изпълнени едновременно следните условия. В настоящия случай в оспорения акт не са изложени фактически основания, които могат да бъдат подведени под тази разпоредба.

От фактите по делото би могло да се приеме, че органът вероятно е имал предвид разпоредбата на точка 7, която допуска изменение на договора, когато се налагат изменения, които не са съществени, но правното основание на един акт не може да се предполага, а трябва да е посочено точно и ясно. Фактът, че почти три години след влизане в сила на изменението на закона, когато предишната точка 5 става точка 7, органът не е съобразил изменението и продължава да се позовава на разпоредба на закона, която вече няма това съдържание, по никакъв начин не е основание съдът вместо органа да извежда и преценява приложимостта на релевантната правна норма. Следва да се посочи, че в случая не става въпрос за фактическа грешка, тъй като и в акта по чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФи в оспорения акт органът се е позовавал само и единствено на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с ал. 5 ЗОП. Аналогично е положението и по отношение на нормата на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, на която се е позовавал Р., която също е с различно съдържание от действащата към момента на постановяване на решението.

Горното, само по себе си, е достатъчно основание за незаконосъобразност на оспорения акт.

Дори и Р. да беше обосновал нарушението като такова по чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП., то настоящият състав намира, че отново не е доказана визираната в акта нередност по т. 23 „Незаконосъобразни 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, предвид следното:

Кои изменения в договора следва да бъдат квалифицирани като съществени и кои не, е регламентирано в нормата на чл. 116, ал. 5 от ЗОП /в редакцията ДВ бр. 107 от 2020 г. в сила от 1.01.2021 г / - Изменение на договор за обществена поръчка или на рамково споразумение се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато то променя съществено характера на първоначално сключения договор или рамково споразумение, включително когато са изпълнени едно или повече от следните условия: 1. изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; 2. (изм. – ДВ, бр.

107 от 2020 г. Сравнение с предишната редакция, в сила от 1.01.2021 г.) изменението променя икономическия баланс на договора за поръчка или рамковото споразумение в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка или рамково споразумение. От друга страна разпоредбата на чл. 112, ал. 1 ЗОП предвижда писмена форма на сключените договори, съответно и изменението им може да бъде само в писмена форма. 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).

По делото безспорно е установено, че е налице забава при изпълнението на договорите за СМР, спорен е въпросът дали същата се дължи на непредвидени обстоятелства. 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. Следва да се посочи изрично, че за срока на спиране на строителството се спира изпълнението на договора за обществена поръчка, т. е. нито изпълнителят, нито възложителят изпълняват задължения по него. В този смисъл спирането на строителството не може да се приеме като удължаване на срока на договора, т. е. като негово изменение, тъй като той остава 340 календарни дни за извършване на предвидените СМР. На изпълнителя не е предоставено повече време за изпълнение предмета на договора. Макар в чл. 13, ал. 3 от договора за обществена поръчка да е използван термина "се удължава" видно от съдържанието на цялата норма е, че се касае за спиране, с което се прекъсва теченето на срока, който продължава да тече едва след възобновяване на строителството с Акт обр. 11, т. е. времето на спиране на строителството с подписване на надлежните актове е изключено от продължителността на договорения срок.

От доказателствата представени по делото не се установява изменение на клаузите на сключения договор в резултат на проведената процедура, не са налице и сключени допълнителни споразумения. Това налага извод, че страните не са се договорили за изменение на договора по отношение крайния му срок за изпълнение, а се касае за неточно изпълнение на договора, извън рамките на първоначално предвидения срок. Съдът намира, че е налице съществена разлика 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 е нарушена разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 5 и ал. 5, т. 1 и т. 2 ЗОП, поради което неправилно е и подвеждането му като нередност по т. 23 „Незаконосъобразни 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 е и практиката на ВАС - решение № 844/20.01.2020 г. по адм. д. № 3089/2019 г., ВАС, VII о., решение № 5709/18.05.2020 г. по адм. д. № 7124/2019 г., ВАС, VII о., решение № 15471/14.12.2020 г. по адм. д. № 7912/2020 г., ВАС, VII о. и решение № 5323/27.04.2021 г. по адм. д. № 1085/2021 г. ВАС, VII о.

Неоснователни са и аргументите в акта, че СО не е претендирала неустойка във връзка със забавата на СМР. В тази насока следва да се посочи, че 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, 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. Спирането на изпълнението на договора, независимо от това дали са били налице предпоставките за това, не е равносилно на изменение на договора по смисъла на чл. 116 ЗОП. Без значение за настоящия спор е въпросът дали и защо общината не търси обезвреда за неточното изпълнение /в този смисъл са Решение № 5430 от 28.04.2021 г. по адм. д. № 2997/2021 г., Решение № 15471 от 14.12.2020 г. по адм. д. № 7912/2020 г., Решение № 5709 от 18.05.2020 г. по адм. д. № 7124/2019 г., и Решение № 844 от 20.01.2020 г. по адм. д. № 3089/2019 г. – всичките на ВАС – Седмо отделение/.

След като в случая не се касае за изменение на срока на договора, то неотнормирани се явяват доводите на ответника, че неблагоприятните метеорологични условия през зимния сезон нямат характер на непредвидени обстоятелства по смисъла на § 2, т. 27 от ДР на ЗОП. Това, че изпълнителят е наясно, че предстои да извърши част от строителството и през зимния сезон на първо място не означава, че същият е способен да предвиди до такава степен климатичните условия, че да ги включи при изработването на линейния си график, който следва изчерпателно да посочи последователността и времетраенето на извършваните СМР.

В обобщение съдът счита, че в конкретния случай не е налице визираното в оспореното решение нарушение на чл. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП, респективно не е налице нередност по т. 23, б. "а" от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности.

При липса на който и да е от елементите на фактическия състав на нередността липсва основание и за определяне на финансова корекция, поради което постановеното от ответния административен орган решение се явява незаконосъобразно, поради противоречие с материалния закон и следва да бъде отменено изцяло.

На основание чл. 143, ал. 1 от АПК искането на жалбоподателя за присъждане на разноски следва да бъде уважено. Ответникът следва да бъде осъден да заплати сумата от 10216,40 лева, включваща 1 700 лв. внесена държавна такса и 8516,40 лв. адвокатски хонорар, като възражението му за

прекомерност на платеното адвокатско възнаграждение е неоснователно, тъй като последното съответства на фактическата и правна сложност на делото. Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд – София-град, Трето отделение, 74 – ти състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-6 от 11.01.2022 г., издадено от Д. И. - заместник - министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 г., постановено във връзка със сигнал, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности под № 1775.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройство, [населено място] да заплати на Столична община, със седалище: [населено място], [улица], сумата от 10216,40 лева /десет хиляди двеста и шестнадесет лева и 40 стотинки/ разноси по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14 - дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: