

РЕШЕНИЕ

№ 22042

гр. София, 01.11.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 02.10.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Елена Георгиева, като разгледа дело номер **10636** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).
Образувано е по жалба на СУ „Св. К. О.“ против Решение № 0401-105/13.10.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), с което е определена финансова корекция в размер на 25 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове /сумата по допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по индексирания Договор №80.09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кнстракшън“ ЕООД на стойност 8 249 779.45 лв. без ДДС /9 899 735.34 лв. с ДДС/. Релевира се, че Р. неправилно приема, че липсата на подадено възражение и доказателства от страна на СУ „Св. Кл. О.“ по основателността и размера на предложената финансова корекция означава, че не се оспорва установената нередност и по този начин е изразено съгласие с установеното нарушение доколкото липсва правна уредба в тази насока, още повече, че това е сторено с жалбата срещу акта. Поддържа се, че в оспореното решение на Р. на ОП „НОИР“ не са посочени фактическите и правните основания за издаването му. Фактическите и правни основания за определяне на финансовата корекция в оспореното решение се отнасят само за основанието за изменение на договора за обществена поръчка по чл.116, ал.1,

т.7 и ал.5, т.1 от ЗОП, което е неотнормимо към удължаването на срока за завършване на строителството с 97 дни, уговорено с допълнителното споразумение. Липсват мотиви относно съществуването или липсата на предпоставките за изменение на договора за обществена поръчка по чл. 116, ал. 1, т.3 от ЗОП, на което основание е сключено допълнително споразумение № 80.09- 135 от 18.7.2023 г., като само е цитирана посочената разпоредба от закона. Поддържа се, че са налице предпоставките по чл. 116, ал.1, т.3 от ЗОП за изменението на договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. чрез удължаване на срока за изпълнението му с 97 календарни дни- осъществили са се обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди и изменението не води до промяна на предмета на договора. Тези предпоставки са посочени в част „Констатации“ на допълнително споразумение № 80.09-135 от 18.7.2023 г. Твърди се, удължаването на срока за изпълнение на договора за обществена поръчка в хипотезата на чл. 116, ал.1, т.3 от ЗОП е извън приложното поле на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ, който определя основанието за финансови корекции като „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“. Удължаването на срока на вече сключен договора за обществена поръчка се извършва винаги след определянето на изпълнителя и дори това удължаване да е в нарушение на чл.116, ал.1, т.3 от ЗОП, то не може да повлияе на определянето на изпълнителя по този договор, тъй като то е извършено много преди удължаването на срока- в случая удължаването на срока е извършено повече от две години и седем месеца след законосъобразното определяне на изпълнителя по договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. Изложени са аргументи и относно неправилно определяне на максималния размер на финансовата корекция върху основа от 9 899 735,34 лева с ДДС. Моли съда да постанови решение, с което да отмени оспорения акт, като неправилен и незаконсъобразен. Претендира присъждане на разноски и юрисконсултско възнаграждение.

В открито съдебно заседание по делото жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата и моли съда да я уважи. Подробни аргументи развива в писмени бележки. Претендира разноски, съгласно списък.

Ответникът- Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), чрез процесуалния си представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я остави без уважение. В писмена молба са развити съображения за законосъобразност на оспорваното решение. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

Административен договор № BG05M2OP001-1.001-0004-C01 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.001 „Изграждане и развитие на центрове за върховни постижения“, по Проект BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е- обществото (УНИТе)“ е сключен между Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (Р. на ОП НОИР) и бенефициенти: Софийски

университет "Св. К. О.", Университет "Проф. д-р А. З.- Б., Шуменски университет "Епископ К. П.", Технически университет- С., Русенски университет "А. К."

На 11.12.2020 г. във връзка с проведена открита процедура за обществена поръчка от бенефициента Софийски университет, с предмет: „Строителство на нова сграда към СУ „Св. К. О.“ за изграждане и развитие на Център за върхови постижения в област информатика и информационни и комуникационни технологии по проект М ВG05M20P001-1.001-0004 „Университети за наука, информатика и технологии в е-обществото (УНИТе)“ е сключен Договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. между Софийски университет „Св. К. О.“ в качеството му на Възложител и „Никмар кнстракшън“ ЕООД, с ЕИК[ЕИК]- Изпълнител.

На 20.12.2022 г. между Софийски университет „Св. К. О.“ в качеството му на Възложител и „Никмар кнстракшън“ ЕООД- Изпълнител е сключено Допълнително споразумение № 80.09-342/20.12.2022 г. към договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., с което на основание чл.116, ал.1, т.3, вр. чл.2, чл.117а, ал.1 ЗОП, Методиката за изменение на цената на договор за обществена поръчка в резултат на инфлация и чл.60 от Договора са направени промени в Раздел III от Договора „Ц., начин на плащане. Финансиране“.

На 18.07.2023 г. между Софийски университет „Св. К. О.“ в качеството му на Възложител и „Никмар кнстракшън“ ЕООД- Изпълнител е сключено Допълнително споразумение № 80.09-135/18.07.2023 г. към посочения договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., въз основа на доклад на координатор на проекта и писмена обосновка на „Никмар кнстракшън“ ЕООД, с което на основание чл.116, ал.1, т.3 ЗОП удължават срок на действие на сключения между тях договор с 97 дни /от 700 на 797 дни/. В същото са описани обстоятелствата, представляващи непредвидими такива по смисъла на чл.116, ал.1, т.3 ЗОП. Посочено е и че удължаването на срока на договора се явява допустимо на основание чл.116, ал.1, т.7 ЗОП, тъй като същото не засяга обема и предмета на договора и не довежда до ползи на изпълнителя, които не са били известни на другите участници, нито въвежда условия, които ако са били част от обществената поръчка, биха довели до участие на допълнителни или различни стопански субекти.

При извършена от Р. на ОП НОИР проверка на направеното с Допълнително споразумение № 80.09-135 от 18 юли 2023 г. изменение на Договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., е установено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 и 7 и ал. 5, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 от ЗОП е констатирано съмнение за нередност, която е основание за определяне на финансова корекция по чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕФСУ.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от Управляващия орган е изпратено писмо № 0401-105 от 14.09.2023г. за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, предвид констатирано съмнение за нередност, която е основание за определяне на финансова корекция по чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕФСУ, а именно нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта ЗУСЕФСУ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Описано е, че при извършената проверка на направеното с Допълнително споразумение № 80.09-135 от 18 юли 2023 г. изменение на Договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., е установено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 и 7 и ал. 5, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 от ЗОП, а именно бенефициентът Софийски университет „Св. К. О.“ (СУ) е извършил незаконосъобразно изменение на договора за изпълнение на основание на чл. 116, ал.

1, т. 3 и т. 7 от ЗОП, без да са налице обстоятелствата за това, като е променил срока за изпълнение на строителството от 700 календарни дни, на 797 календарни дни. Посочено е, че промяната на срока за изпълнение по естеството си е условие, което ако бе част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, щеше да привлече към участие допълнителни участници, в резултат на което биха били допуснати и други участници в процедурата, различни от първоначално избраните; условие, което би могло да доведе до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, включително би могло да доведе до избор на друг изпълнител, вместо вече избрания, тъй като за потенциалните участници срокът за изпълнение по договора, респ. на строителството е от съществено значение при вземането на решение дали да участват в дадена процедура или не и какъв срок да оферират. В този смисъл независимо от обстоятелството, че в разглежданата процедура за избор на изпълнител, срокът за изпълнение не е показател за оценка, същият представлява съществено условие за изпълнение на поръчката за строителство, съобразно което следва да се изготвят офертите. В случая не са налице обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди и които са довели до необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора, по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, нито е налице някоя друга от описаните в чл. 116, ал. 1 от ЗОП хипотези. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 23, буква "а" „Незаконно съобразно изменение на договор за обществена поръчка“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, която обосновава определянето на финансова корекция в размер на 25 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кнстракшън“ ЕООД. На основание чл. 5 от Наредбата, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, за допуснатото нарушение е предложено да бъде определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия от нарушението договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кнстракшън“ ЕООД. С писмото е дадена възможност на бенефициента Софийски университет „Св. К. О.“, на основание чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ, в срок от две седмици от получаването, да представи възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. С оспорваното в настоящото производство Решение № 0401-105/13.10.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (Загл. тм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) (ЗУСЕФСУ), в редакцията им преди 01.07.2022 г. и в редакцията на посочените по-долу в текста на настоящото решение разпоредби на ЗУСЕФСУ преди 01.07.2022 г., във връзка с § 70 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (обн., ДВ, бр. 51 от 01.07.2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на

средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. доп. ДВ, бр. 102 от 23.12.2022 г.), чл. 143, параграф 2 във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г., в качеството на Ръководител на Управляващия орган (Р.) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР), е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по индексирания Договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кънстракшън“ ЕООД, на стойност 8 249 779,45 лева без ДДС или 9 899 735,34 лева с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Строителство на нова сграда към СУ „Св. К. О.“ за изграждане и развитие на Център за върхови постижения в област информатика и информационни и комуникационни технологии по проект № BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за наука, информатика и технологии в е- обществото (УНИТе)“.

На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредбата, максималната стойност на финансовата корекция е 2 474 933.84 лв.

II. На основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕФСУ определеният процентен показател по т. I ще се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по индексирания Договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кънстракшън“ ЕООД.

III. Финансовата корекция да се извърши по реда на чл. 75, ал. 1 от ЗУСЕФСУ: като за верифицираните с Решение № 0401-81 от 31.10.2022 г. и сертифицирани с Доклад по сертификация № 9/3 от 10.11.2022 г., верифицираните с Решение № 0401-58 от 10.05.2023 г. и сертифицирани с Доклад по сертификация № 9/7 от 13.06.2023 г. и верифицираните с Решение № 0401-77 от 13.07.2023 г. и сертифицирани с Доклад по сертификация № 10/1 от 10.08.2023 г. разходи, платени със средства от ЕСИФ по засегнатия Договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г., бенефициентът дължи възстановяване в съответствие с реда и начина на възстановяване на дължими средства, посочени в чл. 43, ал.1, т. 1 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018 г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество (изм. и доп. ДВ. бр.83 от 22 Октомври 2019 г.). В четиринадесетдневен срок, считано от датата, на която настоящото решение е изпратено чрез ИСУН 2020, бенефициентът по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M20P001-1.001-0004 следва доброволно да възстанови сумата в размер на 667 024,61 лв.

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

Видно от заключението на допуснатата и приета по делото Съдебно-икономическа експертиза, неоспорено от страните, към дата 13.10.2023г строителството на сграда по договор №80.09-240 от 11.12.2020г. между СУ „СВ. К. О.“ и „Никмар Кънстракшън“ ЕООД се финансира в общ размер по договор в частта за СУ в размер на 3 749 197

лева, като от Европейските структурни фондове финансираната част е 85% или 3 186 817,45 лева.

Според заключението на приетата по делото Съдебно-техническа експертиза и Допълнението, общо дните на забава на строителството на сградата по договор №80.09-240 от 11.12.2020г между СУ "Св.Кл.О." и "НИКМАР КЪНСТРАКШЪН" ЕООД над уговорените 700 календарни дни от неблагоприятните метеорологични условия, от премахването на разкритите по време на строителството стари стоманобетонни основи и стени и други подземни комуникации под терена на строителната площадка и от забавянето на доставките на материали и съоръжения, необходими за строителството са 310 дни.

При така изложените факти от правна страна съдът намира следното:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес– адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното: Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: "Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление". Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ 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. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал.2 с.з. 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., като съгласно §71, ал.3 - нормативните актове по ал.2 ще се прилагат до приемането на актовете по ал.1 и за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон. Видно от изложеното по отношение процесния спор са приложими разпоредбите на закона, действали преди влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ (ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Нормите приложими в настоящото съдебно производство са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт– ДВ бр. 52 от 9 юни

2020 г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице. В случая оспорваното решение е издадено от изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, съгласно Трудов договор №РД12-24/01.03.2022 г.. С оглед изложеното, оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

В случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства срещу уведомителното писмо. Безспорен факт е, че същият не се е възползвал от тази възможност, поради което резонно не са преповторени в обжалваното решение констатациите и изводите, описани в уведомителното писмо и доколкото ръководителят на Управляващия орган се е позовал на писмото, то тези мотиви следва да се считат като част от ИАА. Несъмнено, липсата на възражение не води до автоматичния извод за съгласие на бенефициента с констатациите в акта, с който е стартирана процедурата по налагане на ФК, респ. не преклудира правото на обжалване на крайния акт, което в случая е реализирано.

На следващо място, съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В акта изрично е посочено констатираното нарушение, квалифицирано като нередност и размера на определената финансова корекция, описано и в цитираното по-горе уведомително писмо, адресирано до жалбоподателя, с което последният се е запознал преди издаване на решението за определяне на финансова корекция. Доколко тези фактически и правни основания са правилни, респ. дали обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени

нарушения на административнопроизводствените правила. В този смисъл процесното решение е съответствие с изискванията на чл.146 т.2 и т.3 АПК.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година 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, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, 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 неправилен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

За да се наложи финансова корекция следва да е налице основание- нередност, съставляваща нарушение, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

В тежест на административният орган, с оглед на чл.170 ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на Закона за обществените поръчки, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение/с действие или бездействие от стопанския субект– т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да

настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, приложима по отношение на нея е 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. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

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.

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

В случая Р. е наложил финансова корекция на икономическия оператор-Софийски университет „Св. К. О.“, в качеството му на възложител, бенефициент по проект BG05M2OP001-1.001-0004, за нарушение по чл. 116, ал. 1, т. 3 и 7 и ал. 5, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 от ЗОП, изразяващо се незаконосъобразно изменение на Договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., направеното с Допълнително споразумение № 80.09-135 от 18 юли 2023 г., което действие има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респ. чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза, квалифицирано като нередност по т.23, б. „а“ от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Според основополагащите принципи заложили в нормата чл. 2, ал.1, т.1, т.2 и т.4 ЗОП Обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на

Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 4. публичност и прозрачност.

Забраната за изменение на действащ договор за обществена поръчка не е абсолютна. Законодателят е установил и изключения, при които е допустимо изменение на договора за обществена поръчка – чл. 116, ал. 1 от ЗОП. И доколкото се касае за изключение от правило, разпоредбата относно изключенията следва да се тълкува стриктно (в този смисъл е и практиката на ВАС –Решение № 5507 от 5.05.2021 г. на ВАС по адм. д. 691/2021 г., VII отд.). В тази връзка следва да се отбележи, че договорите за възлагане на обществени поръчки имат гражданскоправно битие, което предопределя и приложимостта на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) и Търговския закон (ТЗ) спрямо тях. Този извод следва от препращането, направено с разпоредбата на чл. 120 ЗОП, според чието предписание за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на ТЗ и ЗЗД, и е застъпен изрично в Определение № 37/16.09.2020 г. по адм. дело № 27/2020 г., постановено от смесен петчленен състав от съдии от Върховния административен съд и Върховния касационен съд. Според чл. 20а, ал. 2 ЗЗД договорите могат да бъдат изменени, прекратени, разваляни или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона. Следователно изменението на договора е средство за промяна на вече съгласувани между страните воли, чрез постигане на съгласие за това.

Забраната за изменение на договора за обществена поръчка, извеждана от визираното в чл. 116, ал. 1 ЗОП позитивно право на възложителя да измени договора за обществена поръчка, се обвързва с дефинирани седем хипотези, като някои от тях съдържат определен брой самостоятелни обстоятелства в условията на евентуалност, уреждащи изискванията, при които договори за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменени. Следователно, ако органът твърди, че бенефициентът е нарушил забраната за изменение на договора за обществена поръчка това значи, че той твърди именно нарушение на чл. 116, ал. 1 ЗОП в някоя от неговите хипотези. В случая органът твърди, че бенефициентът е нарушил нормите на ал. 1, т. 3 и 7 и ал. 5, т. 1 от ЗОП.

Съгласно сочените хипотези на чл. 116, ал.1 ЗОП Договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменени когато:

3. поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение;

7. се налагат изменения, които не са съществени.

Според ал.5 на чл.116 ЗОП 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.

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

Следва да се отбележи, че с Решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22 година, съдът приема, че член 72, параграф 1, буква д) и 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, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че за да се квалифицира изменение на договор за обществена поръчка като „съществено“ по смисъла на тази разпоредба, не е необходимо страните по договора да са подписали писмено споразумение с предмет посоченото изменение, тъй като съгласуване на волята в посока на въпросното изменение може да се установи по-специално и от други писмени доказателства, произхождащи от тези страни. В случая изменението облечено в писмена форма с посочени мотиви и воля на страните.

Съгласно клаузата на чл. 2, ал.7 от Договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г. „ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ няма право да иска удължаване на срока за изпълнение на договора поради наличие на форсмажорно обстоятелство и/или непреодолима сила, ако това обстоятелство засяга само определени етапи и ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ може да ускори работата си по други етапи в рамките на цената за изпълнение на договора, включително чрез прехвърляне на членове на своя екип и оборудване от етапите, засегнати от такова закъснение“. В чл.60 от Договора е заложено, че страните не могат да променят или допълват договора, освен в случаите, предвидени в чл.116 ЗОП.

С процесното Допълнително споразумение № 80.09-135/18.07.2023 г. към посочения договор № 80-09-240 от 11.12.2020 г., въз основа на доклад на координатор на проекта и писмена обосновка на „Никмар кънстракшън“ ЕООД, с което на основание чл.116, ал.1, т.3 ЗОП удължават срок на действие на сключения между тях договор с 97 дни /от 700 на 797 дни/. В същото са

описани обстоятелствата, представляващи непредвидими такива по смисъла на чл.116, ал.1, т.3 ЗОП: „Строително-монтажните работи са започнали с подписан Протокол обр. 2 на 23.08.2021 г., които обаче са забавени, тъй като по време на изкопните работи бяха открити стари стоманобетонни елементи, а именно сутеренни стени, единични колони и обща фундаментна плоча с дебелина 1 м. с общо количество 190,00 М2. За всички тях не се е знаело предварително и не са били включени в графика. За доказателство е приложен съставения констативен протокол към писмото на Изпълнителя /Приложение 3/. Тези действия са довели до промяна на графика за изпълнение и допълнително оскъпяване на изпълнението. Допълнителни последици са били затрудненията, свързани с невъзможността да се изпълняват част от следващите етапи и допълнително натоварване на по-късни етапи, свързано с увеличен брой работници и неефективност.

Съществено влияние върху срока за изпълнение на дейностите на обекта оказаха и независещата от волята на страните световна пандемия, предизвикана от COVID-19 и започнала в края на февруари 2022 г. война, в резултат на което бяха нарушени веригите на доставки на основни строителни продукти, което оказва своето неблагоприятно влияние върху целия строителен процес и доведе до ново, неочаквано превишение на бюджета за изпълнение на обекта.

Неблагоприятни метеорологични условия също оказаха своето отрицателно въздействие върху срока за изпълнение на обекта и възпрепятстваха изпълнението на строително-монтажните работи, заради наличието на отрицателни температури и обилни валежи, неподходящи за изпълнение на строително-монтажни работи, с оглед тяхното качествено изпълнение. За посочените обстоятелства има изпратени метеорологични справки от Изпълнителя /Приложение 4/.

Изпълнението на определени видове строително-монтажни работи бяха възпрепятствани, тъй като в границите на обекта се изпълняваха и строително-монтажни работи по други два проекта. Тези действия са довели до промяна на графика за изпълнение. Допълнителни последици са били затрудненията, свързани с невъзможността да се изпълняват част от следващите етапи и допълнително натоварване на по-късни етапи, свързано с увеличен брой работници и неефективност.

Очакваното потвърждение за осигурен финансов ресурс също оказва влияние в сроковете за изпълнение на обекта, тъй като без осигурено финансиране изпълнителят е поставен в невъзможност да изпълнява задълженията си.

За реалистичното изпълнение на различните видове дейности е изготвен и представен нов строителен план-график /Приложение 5/, който отразява възможностите за ускоряване на дейностите по строителство. План-графикът няма да възпрепятства разполагането на лабораторно оборудване и апаратите.

Като основна причина за необходимостта от промяна на договора №80-09-204/11.12.2020г. - за удължаване срока на строителните дейности, в доклада се съдържат обстоятелства в тази връзка, които са в подкрепа на фактите и

писмената обосновка.

За изпълнение на строителните дейности в доклада и писмената обосновка е предложено удължаване на срока на договора до 31.10.2023г.

Гореизложените обстоятелства, по своето същество, обективирани в посочените документи, представляват непредвидени обстоятелства по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, и е възникнала необходимостта от изменение, което не води до промяна на предмета на договора.

С оглед изложеното по-горе страните счетоха, че е целесъобразно, както и законосъобразно, на основание, чл. 116, ал.1, т.3 от ЗОП, да удължат срока на действие на сключения между тях Договор №80.09-240/11.12.2020г. с допълнителни 97 /деветдесет и седем/ дни. Удължаването срока на договора се явява допустимо и на основания чл. 116, ал.1, т.7 от ЗОП, тъй като не довежда до ползи на изпълнителя, които, ако са били част от обществената поръчка, биха довели до участието на допълнителни или различни стопански субекти. “. Изложени мотиви в Допълнително споразумение № 80.09-135 от 18 юли 2023 г. кореспондират със следните приложения, неразделна част от същото:

1. Доклад обосновка от координатор проект;
2. Писмо обосновка от фирма „Никмар Кънстръкшън“ ЕООД (Писмо с изх. № 2556 от 3 юли 2023 г.);
3. Констативен протокол (Констативен протокол № 1 от 20 септември 2021 г.);
4. Метеорологични справки;
5. Строителен план- график.

Видно от уведомителното писмо, Р. е приел, че към датата на подписване на допълнителното споразумение от 2023 г., това обстоятелство (откриване на скрити стари стоманобетонни елементи) не изпълнява хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, поради това, че не попада под обхвата на неговата дефиниция. Констатираното с Констативен протокол /КП/ от 20 септември 2021 г., е било налице още към 2021 г., като възложителят е положил грижата строително-монтажните дейности да се изпълнят в срок. Видно от кореспонденцията възложителят е констатирал забавяне и е предвидил възможно изоставане в срока на изпълнение, за което той е изискал пояснение, и за което е уверен, че дейностите ще бъдат изпълнени в срок- 700 календарни дни от датата на откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво, удостоверено с подписан Протокол № 2 съгласно чл. 7, ал. 3, т. 2 от Наредба № 3/2003 г. Позовава се и на чл. 2, ал. 7 от договора, като сочи, че изпълнителят няма право да иска удължаване на срока за изпълнение поради обстоятелствата установени с Констативен протокол от 20 септември 2021 г. По отношение на констатацията, че „Тези действия са довели до промяна на графика за изпълнение и допълнително оскъпяване на изпълнението“ Управляващият орган изтъква, че съгласно Договор № 80.09-240 от 11.12.2020 г., чл. 4, ал. 1 и чл. 4, ал. 1 и 2 от Допълнително споразумение № 80.09-342 от 20 декември 2022

г. към договора в стойността на изпълнение на договора са включени 7 % непредвидени разходи. Съобразно тези мотиви не може да се приеме посоченото като основание за изменение на договора (чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП). Прието е, че посочените обстоятелства (COVID-19 и започналата война) не обосновават възникването на необходимост от изменение на договора на основание чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП. По отношение на неблагоприятните метеорологични условия, е прието от Ръководителя на Управляващия орган, че в чл.5, ал.2 от договора са визирани случаите, в които срокът по ал. 2 на договора спира да тече, за което участниците в строителния процес съставят и подписват Акт образец 10 по Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството /ал.6/. В случаите по ал. 5, т. 4, неразделна част от протокола по предходното изречение е представена от ИЗПЪЛНИТЕЛЯ официална справка, издадена от Националния институт по метеорология и хидрология към Б., удостоверяваща наличието на посочените обстоятелства на неблагоприятни метеорологични условия.“.

В процесния казус Р. приема, че нарушени две отделни хипотези на чл.116 ЗОП. Фактическият състав на т. 3 на чл. 116, ал. 1 ЗОП предвижда възможност за изменение на договора за обществена поръчка, поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, което изменение не води до промяна на предмета на договора, а състава на точка 7 /свързана с ал.5, т.1/ визира възможността за изменение, когато се налагат изменения, които не са съществени. От анализа на фактическия състав на двете разпоредби е видно, че те са осъществими при наличието на коренно различни факти и наличието на предпоставките на която и да е от двете хипотези е достатъчна за да законосъобразното реализиране на възможността за изменение на договора.

Съгласно пар.1, т.27 от ДР на ЗОП, "непредвидени обстоятелства" са обстоятелства, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия. Директива 2014/24, въведена с националния ЗОП, т.109, определя понятието за непредвидени обстоятелства като отнасящо се за обстоятелства, които не биха могли да бъдат предвидени въпреки достатъчно надлежната подготовка на първоначалното възлагане на поръчка от възлагащия орган при отчитане на наличните средства, естеството и характеристиките на конкретния проект, добрите практики в съответната област и необходимостта да се осигури подходящо съотношение между ресурсите, изразходвани за подготовката на възлагането на поръчката, и нейната предвидена стойност. Според Директивата, това не може да се прилага в случаите, когато изменението води до промяна в естеството на цялата поръчка — например при замяна на поръчаното строителство, доставки или услуги с нещо друго или чрез коренна промяна на вида на поръчката, тъй като в такава ситуация може да се предположи хипотетично влияние върху резултата. В ЗОП няма дефиниция на

понятието "дължимата грижа". При тълкуване на съдържанието на понятието "дължимата грижа" следва да се съобрази съображение 109 от Директива 2014/24, съгласно което е възможно възлагащите органи да бъдат изправени пред външни обстоятелства, които не са могли да предвидят, когато са възлагали поръчката, по-специално когато изпълнението ѝ обхваща дълъг период от време. В тези случаи е необходима известна степен на гъвкавост за адаптиране на поръчката към тези обстоятелства без провеждането на нова процедура за възлагане на обществена поръчка. Разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП би следвало да е в съответствие с чл. 72, параграф 1, б. в) 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 (Директива 2014/24), която директива Законът за обществените поръчки претендира да транспонира.

Съгласно член 72, параграф 1, буква в) договорите за поръчки могат да бъдат изменяни без провеждане на нова процедура за възлагане на обществена поръчка, когато необходимостта от изменение е предизвикана от обстоятелства, които добросъвестен възлагач орган не би могъл да предвиди, изменението не променя цялостния характер на поръчката и увеличението на цената не превишава с повече от 50 % стойността на първоначалния договор за поръчка. Според Решение на Съда на Европейския съюз от 7 декември 2023 г. по съединени дела С-441/22 и С-443/22 година, т.2 Член 72, параграф 1, буква в), точка i) от Директива 2014/24, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365, трябва да се тълкува в смисъл, че дължимата грижа, която възлагащият орган трябва да положи, за да може да се позове на тази разпоредба, изисква по-специално при подготовката на съответната обществена поръчка той да е взел предвид рисковете от превишаване на срока за изпълнение на тази поръчка, породени от предвидими причини за спиране на изпълнението, като обичайните метеорологични условия, както и нормативните забрани за извършване на строителство, които са предварително публикувани и приложими за период, включен в срока за изпълнение на посочената поръчка, като такива метеорологични условия и нормативни забрани, когато не са предвидени в документацията, уреждаща процедурата за възлагане на обществена поръчка, не могат да бъдат основание за изпълнението на строителството извън срока, определен в посочената документация, както и в първоначалния договор за обществена поръчка.

В проекто-договора /част от документацията на обществената поръчка/, както и в сключения в следствие за конкретната обществена поръчка, в раздел XI „Изменения и допълнения. Прекратяване на договора“, чл. 60 е визирано, че страните не могат да променят или допълват договора, освен в случаите, предвидени в чл. 116 ЗОП. В раздел II. „Срокове на договора. Място на изпълнение“, чл.2, ал.5 са изброени хипотезите, в които срокът по ал.2 спира да тече, като в т.4 е визирано „...поради настъпване на неблагоприятни метеорологични условия, непозволяващи изпълнение на СМР...“, а в т.5

„...непредвидени обстоятелства/обективни причини, независещи от волята на изпълнителя“, като според ал.6 в тези случаи, участниците в строителния процес съставят и подписват Акт образец 10 по Наредба №3/31.07.2003 г., а в случаите по ал.5, т.4 и справка от Н. към Б.. В ал.7 е разписано, че изпълнителят няма право да иска удължаване на срока за изпълнение на договора поради наличие на форсмажорно обстоятелство и/или непреодолима сила, ако това обстоятелство засяга само определени етапи и Изпълнителят може да ускори работата си по други етапи в рамките на цената за изпълнение на договора, включително чрез прехвърляне на членове на своя екип и оборудване на етапите, засегнати от такова закъснение.

В процесния случай обаче, не се касае за спиране на строителството, а с допълнителното споразумение е изменен срока на договора в посока неговото удължаване, по посочени фактически конкретни основания, подробно описани по-горе.

Видно от заключението на СТЕ и Допълнителната СТЕ, която се кредитира от съда, общо дните на забава на строителството на сградата по договор №80.09-240 от 11.12.2020 г. между СУ "Св.Кл.О." и "НИКМАР КЪНСТРАКШЪН" ЕООД над уговорените 700 календарни дни, причинени от неблагоприятните метеорологични условия, от премахването на разкритите по време на строителството стари стоманобетонни основи и стени и други подземни комуникации под терена на строителната площадка и от забавянето на доставките на материали и съоръжения, необходими за строителството са 310 дни. Вещото лице на база на ангажираните писмени доказателства и нормативните изисквания дава отговор по отношение времето за забава съгласно Констативен протокол №1 от 20.09.2021г., Заповед от 21.09.2021год. за разкрити стари стоманобетонни основи и стени под терена на строителната площадка и съгласно Констативен протокол №1 от 20.09.2021г. и Заповед от 15.11.2021 год. за приемане на земната основа от инж. геолог от Заповедна книга №22, което е 56 календарни дни. Съдът счита, че в хода на изпълнение на предвидените СМР не може да се приеме, че при полагане на "дължимата грижа" възложителят е могъл да ги предвиди. В., органът не сочи какво точно е следвало да направи бенефициентът, за да предвиди преди започване на процесната обществена поръчка горните обстоятелства, при положение, че от доказателствата по делото не се установяват такива. Вещото лице сочи, че общо дните забава в строителството по договор №80.09-240 от 11.12.2020 г. между СУ "Св.Кл.О." и "НИКМАР КЪНСТРАКШЪН" ЕООД причинени от неблагоприятните метеорологични условия в периода от декември 2022год. до май 2023год. са 46 дни. Досежно сочената от жалбоподателя като обективна причина, налагаща удължаване на срока на договора- забавянето на доставките на материали и съоръжения, необходими за строителството вещото лице е определило най-голямата забава- 208 дни, но доколкото това забавяне не е посочено в мотивите на самото допълнително споразумение, то не следва да се взема предвид.

Съдът намира, че дори да не се вземат предвид всички дни на забава, в хипотезата на чл.116, ал.1, т.3 ЗОПП задължително условие е изменението да не води до промяна на предмета на договора, каквото в случая не се установи да е направено с процесното допълнително споразумение.

На следващо място, съдът намира, че в случая е налице основание за изменение на договора по чл.116, ал.1, т.7 ЗОП, вр. ал.5, т.1 ЗОП.

Съгласно разпоредбата на т. 23, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, същата квалифицира като нередност всяко незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, когато има промени в договора, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 ЗОП. Нормата предвижда, че промени в елементите на договора няма да се считат за нередности (следователно не се определя финансова корекция), когато: стойността на изменението е под праговете, определени в чл. 20, ал. 1 от ЗОП, и е до 10 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки за услуги и доставки, и до 15 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки на строителство, както и когато промяната не засяга цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. Според изричното предписание на описанието към визираната нередност, 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 ЗОП.

Според посочената като нарушена разпоредба на чл. 116, ал. 1, т. 7, във вр. с ал. 5, т. 1 ЗОП, 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.

Анализът на т. 1 на ал.5 на чл.116 ЗОП води до извод, че за да се приеме едно изменение на договора за съществено то същото следва да променя съществено характера на първоначално сключения договор, като 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. В случая, удължаването на срока на първоначално сключения договор, не е довело до промяна на условията, посочени в документацията за участие и следователно промяната на срока, посочен в договора, не би могла да привлече към участие в процедурата допълнителни участници или кандидати, различни от първоначално избраните и съответно не

би могло да се стигне до приемане на оферта, различна от първоначалната. От изложеното до тук следва извод, че не е налице съществено изменение на договора по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 ЗОП.

Съдът приема, че така направеното удължаване на срока на изпълнение на конкретната обществена поръчка 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. Всички потенциални участници са били в еднаква степен предварително информирани за възможността за изменение на договора на основание по чл.116 ЗОП. В случая, няма 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.

Поради липса на твърдяното нарушение, съставляващо нередност по т. 23, б. "а" от Наредбата, не следва да се разглежда въпроса с размера на финансовата корекция.

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 2 868 лева /платена държавна такса, възнаграждение за вещи лица/. По отношение на претендираното адвокатско възнаграждение в размер на 74 124 лева /с приложени доказателства за плащане/, съдът намира, че не следва да преценява служебно размера /т.3 на ТР № 6 от 6.11.2013 г. по тълк. д. № 6/2012 г., ОСГТК на ВКС/, а само по инициатива на страните и то- състезателно проявена с доказателствена обосновааност на претенцията, респ. на възражението за прекомерност, каквото в случая не е налице. Съдът констатира, че претендираният размер е изчислен съобразно чл.8, ал.1, вр. чл.7, ал.2, т.7 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, поради което следва да го присъди в полза на жалбоподателя.

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Софийски университет „Св. К. О.“ Решение № 0401-105/13.10.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна

програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), с което е определена финансова корекция в размер на 25 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове /сумата по допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по индексирания Договор №80.09-240 от 11.12.2020 г. с изпълнител „Никмар кънстракшън“ ЕООД на стойност 8 249 779.45 лв. без ДДС /9 899 735.34 лв. с ДДС/.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“, да заплати на Софийски университет „Св. К. О.“ разноски по делото в общ размер на 76 992 лева.

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

СЪДИЯ: