

РЕШЕНИЕ

№ 3355

гр. София, 29.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 01.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **1695** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния 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 на общината – Й. Ф., против Решение № РД-02-36-62/23.01.2020 г. на Заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, в качеството му на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 – 2020, с което, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ във вр. с чл. 143, пар. 2, във връзка с чл. 2, пар. 15 от Регламент (ЕС) № 1303/ 2013, е приключен сигнал за нередност с рег. № 1114, регистриран в Регистъра за сигнали и нередности в Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие", МРРБ, във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО, по 26 обособени позиции" по Договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1. 001- 0001 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“ с установяване на нередности на бенефициента – Столична община, т. 23 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции,и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ; установяване на допуснати от бенефициента нарушения на чл.

116, ал. 1, т. 2, т. 3 и т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП и за определяне на финансова корекция на СО в размер на 342 389,60 лв с ДДС, изчислена по пропорционалния подход, представляваща 25 % от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/ основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец”, [улица], район „И.” по обособена позиция 17 и Договор № BG16RFOP001-1.001 -0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“(филиал на нова ДГ № 115 „Осми март”), [улица], район „Надежда“ обособена позиция 21.

В жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност на оспорения административен акт, по съображения за постановяването му при допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, при неспазване на императивните формални изисквания за съдържанието на акта и за издаването му в противоречие и при неправилно приложение на материалния закон. Жалбоподателят оспорва като необоснован и незаконосъобразен извода на Ръководителя на Управляващия орган на ОПРР за установени нередности на бенефициента СО по по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, основани на допуснати нарушения на чл. 116, ал. 1, т.1, т. 2, т. 3 и т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП при направените изменения на Договорите за обществена поръчка. Твърди, че представените документи, удостоверяват и доказват, че след сключването и в хода на изпълнението на договора за обществена поръчка, са възникнали обстоятелства, които не е можело да бъдат предвидени и не са резултат от действие или бездействие на страните, като в резултат на нововъзникналите непредвидени обстоятелства е било невъзможно изпълнението да се извърши при договорените условия, което е обусловило необходимост от извършването на допълнителни дейности и удължаване на срока за завършване на строително-монтажните работи и предаването на обекта от изпълнителя, в каквото се изразяват и измененията на договора - предмет на сключените допълнителни споразумения. Оспорват се като необосновани и неправилни и констатациите на Ръководителя на УО на ОПРР, че ако новите условия относно срока за изпълнение са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, то същите биха привлекли и други участници или биха довели до приемане на ферта , различна от първоначално приетата. Така допуснатото мезаконосъобразно удължаване на срока за изпълнение на СМР, които не са били предварително известни на останалите участници в процедурата.

В съдебно заседание и в представеното писмено становище от процесуалния представител на жалбоподателя, поддържа жалбата. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. По подробно изложени съображения е направено искане за отмяна на оспореното решение, като неправилно и незаконосъобразно.

Ответникът по жалбата - Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството, в качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020, чрез процесуалния си представител по делото, оспорва жалбата като неоснователна и моли да бъде отхвърлена.

Въз основа на съвкупната преценка на представените по делото доказателства, съдът приема за установено следното от фактическа страна по административно-правния спор:

С Решение № СОА17-РД93-40 от 06.03.2017 е открита процедура по ЗОП с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община, по 26 обособени позиции“.

Видно от т. 2.4. СРОК ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ, възложителят е вписал следното условие: „Участниците следва да предложат общ срок за изпълнение на поръчката в календарни дни.

Посочен е максималният срок за изпълнение, предложен от участниците за всяка една обособена позиция не може да надвишава:..“

Максимален срок в кал. дни за обособена позиция № 17 е: 120, а по отношение на обособена позиция № 21 е: 155.“

В обявлението е посочено още, че критерии за възлагане са: Т.. предложение за изпълнение на СМР /ТПИС/, в това число: Управление на риска максимално 10 точки; Организация и начин на изпълнение на строителството максимално 25 точки. Тежест: 35 и Цена Тежест: 65.

По процедурата са подадени 7 оферти за ОП 21 и 4 оферти за ОП 17, като Оа оценени и са класирани на първо място съответните участници. Сключени са договори с определените за изпълнители участници, като в договорите са посочени срокове за изпълнение на СМР от 155 календарни дни за ОП № 21 и 115 календарни дни за ОП № 17. В чл. 3, ал. 3 от сключените договори е разписано, че срокът за изпълнение на дейността СМР 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. и съгласно ал. 4 сроковете не могат да бъдат по-дълги общо от срока по ал. 3. Следва да бъде отбелязано, че предмет на договорите е изпълнение на СМР на една сграда.

Установено е от Протокол Образец 2 от 09.07.2018 г. за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво на строежа, което считаме за датата на започване на строителството, респективно начална дата на срока на договор с изпълнител по ОП 21.

Срокът от 155 календарни дни, определени за изпълнение на строителството, изтича на 11.12.2018 г. В периода не са налични протоколи, които удостоверяват спиране на строителството, съгласно чл. 13, ал. 3 от договора.

Налична е заповед в Заповедната книга на строежа от 29.11.2018 г., с която консултантът, упражняващ строителен надзор, спира част от дейностите с цел да бъдат осигурени условия за качествено изпълнение. Със Заповед от 29.11.2018 г. е разрешено изпълнението на СМР и строителните дейности в тази част са възобновени. На 11.12.2018 г. е сключено споразумение към договора за строителство, като в чл. 1 е вписано, че се удължава срока за изпълнение на СМР дейности с 73 календарни дни. Договорът и строително-монтажните работи са в процес на изпълнение.

Включените в Заповедната книга на строежа Заповеди (цитирана по-горе) разпореждат частично спиране на дейностите по строителството, както и съгласно чл. 3, ал. 4 от договора с изпълнител възложителят е определил, че сроковете за изпълнение на отделните строително-монтажни работи не могат да бъдат по-дълги общо от срока по ал. 3 или 155 календарни дни. Поради което е прието, че срокът на

договора не следва да се счита за спрян от датата на заповедта на консултанта. Описано е, че няма пречка да бъдат изпълнявани други дейности по строителството, които не са взаимосвързани със допълнително възникналите дейности. Прието е, че изложените мотиви за удължаване на срока са формални, като причините се дължат на лошото планиране и предпроектно проучване. Още повече в техническото си предложение, изпълнителят е предвидил "риска от забава на дейностите, като е посочил конкретни мерки, които ще предприеме. Възложителят е обяснил, че обстоятелствата не са възникнали след сключването на договора за възлагане на строителството, а са установени тогава, поради което счита, че не се касае за нововъзникнали, а за новоустановени обстоятелства, като дори този извод не би могъл да се направи категорично.

Отчетено е обстоятелството, че процедурата са подадени седем оферти, като срокът за изпълнение на СМР не е бил обект на оценка.

УО на ОПРР е приел, че е нарушен чл. 116 от ЗОП. Счел е, че нарушението е съществено, тъй като са ограничени от участие икономически оператори, които биха могли да изпълнят поръчката за срок, по-голям от посочените в обявлението и документацията за участие 155 календарни дни.

По отношение на Протокол Образец 2 от 05.07.2018 г. за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво на строежа, е приел, че за датата на започване на строителството, респективно начална дата на срока на договор с изпълнител по ОП 17. Срокът от 115 календарни дни, определени за изпълнение на строителството, изтича на 28.10.2018 г. В периода не са налични протоколи, от които да се удостовери спиране на строителството, съгласно чл. 13, ал. 3 от договора.

В решението е посочено, че са прегледани и представените заповеди в Заповедната книга на строежа от 06.07.2018 г., с които проектантите и консултантът, упражняващ строителен надзор, дават предписания с цел да бъдат осигурени условия за качествено изпълнение. Със Заповед № 6 от 08.08.2018 г., проектантът по част „Конструкции“ предписва да се даде детайлна разработка, съобразно архитектурното решение за новоизграждащия се покрив. На 15.08.2018 г. при посещение на обекта проектантът по част „Конструкции“ е предоставил детайл. Със Заповед № 2 на строителния надзор е забранено изпълнението на СМР на шайба № 1 и Шайба № 2 до изместването на ОВ инсталация. Със Заповеди № 7/14.08.2018г. и № 8/15.08.2018г. са разрешени изпълнението на изкопни работи за фундаменти на шайби № 1 и № 2 и изпълнението на самите фундаменти. Със Заповед № 13/03.10.2018 г. е предписано конструктивно укрепване във връзка с констатирано на 26.09.2018 г. наличие на напречни пукнатини от ос 1 и ос „С“, които са първи стадий на разрушаване. Към момента на извършване на проверката във връзка с искане за междинно плащане по проекта, изпълнението на СМР по договора, както и допълнително възникналите СМР не е приключило.

На 26.10.2018г. е сключено споразумение към договора за строителство, като в чл. вписано, че се удължава срока за изпълнение на СМР дейности с 45 календарни дни. Договорът и строително монтажните работи са в процес на изпълнение.

Включените в Заповедната книга на строежа Заповеди (цитирана по-горе) разпореждат извършването на допълнителни дейности по строителството, както и съгласно чл. 3, ал. 4 от договора с изпълнител възложителят е определил, че сроковете за изпълнение на отделните строително-монтажни работи не могат да бъдат по-дълги общо от срока по ал. 3 или 115 календарни дни.

Във връзка с изложеното е прието, че срокът на договора не следва да се счита за

спрян от датата на заповедта на консултанта. Посочили са, че не е имало пречка да бъдат изпълнявани други дейности по строителството, които не са взаимосвързани със допълнително възникналите дейности. Изложените мотиви за удължаване на срока са формални, като причините се дължат на лошото планиране и предпроектно проучване. Още повече в техническото си предложение, изпълнителят е предвидил риска от забава на дейностите, като е посочил конкретни мерки, които ще предприеме. Видно от изтъкнатите аргументи от възложителя, обстоятелствата не са възникнали след сключването на договора за възлагане на строителството, а са установени тогава. Тоест не се касае за нововъзникнали, а за новоустановени обстоятелства, като дори този извод не би могъл да се направи категорично.

Видно от предствените доказателства е, че по процедурата са подадени четири оферти, като срокът за изпълнение на СМР не е бил обект на оценка. Във връзка с изложеното УО на ОПРР е приел, че е нарушен чл. 116 от ЗОП. Нарушението е съществено, тъй като са ограничени от участие икономически оператори, които биха могли да изпълнят поръчката за срок, по-голям от посочените в обявлението и документацията за участие 120 календарни дни.

Приели са, че нарушенията по посочените два договора за съществени, тъй като са ограничени от участие икономически оператори, които биха могли да изпълнят поръчката за срок, по-голям от посочените в обявлението и документацията за участие.

С Решение № СОА17-РД93-40 от 06.03.2017 г., с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община, по 26 обособени позиции“, по реда на открита процедура.

На 19.06.2018 г. е сключен договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец“, ул „К.“ № 34, район „И.“ по обособена позиция 17 както и Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“ (филиал на нова ДГ № 115 „Осми март“), [улица], район „Надежда“ по обособена позиция 21.

Видно от т. 2.4. „СРОК ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ“, от документацията за проведената обществена поръчка, в нея възложителят е задал условие, че максималният срок за изпълнение, предложен от участниците за всяка една обособена позиция не може да надвишава: за обособена позиция № 17 - 120 календарни дни, а за обособена позиция № 21 - 155 календарни дни.

Съгласно чл. 3, ал. 3 от проекта на договора с изпълнител, срокът за изпълнение на строително - монтажните работи е съгласно предложението на изпълнителя и започва да тече от датата на съставяне на Протокол обр.2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво, съгласно Наредба №3/ 31.07.2003 год. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. По силата на чл. 15, ал. 1 от проекта на договора с изпълнител, извършените СМР се приемат с подписването на протоколи за приемане на СМР, изготвени съгласно действащата нормативна уредба.

След сключване на горепосочените договори по обособени позиции 17 и 21,

към тях са сключени допълнителни споразумения със Столична община, а именно:

Допълнително Споразумение № СОА18-ДГ55-640/26.10.2018 г., съгласно което по договор № BG16RFOP001-1.001-000 СО 1-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], за обособена позиция 17, срокът на договора в чл. 3, ал. 3 от раздел II „Срок на договора“ се удължава с 45 календарни дни.

Допълнително Споразумение № СОА18-ДГ55-736/11.12.2018 г. Съгласно което по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-С01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], за обособена позиция 21, срокът на договора в чл. 3, ал. 3 от раздел II „Срок на договора“ се удължава със 73 календарни дни;

Относно обособена позиция № 17, в доклад № СОА16-ППОО-152 от 24.10.18 г. и в становището на бенефициента са изложени основни причини за промени в срока за изпълнение.

Посочено е, че след демонтажа на покрива (от ламарина) е установено несъответствие между действителното състояние на конструкцията и предвиденото проектно решение. Това обстоятелство не е позволило изпълнението на предвидената в проекта мярка за топлинно изолиране на покрив, защото като върху съществуващите стоманобетонени панели на покрива е монтирана допълнителна дървена конструкция, стъпваща върху напречни и надлъжни тухлени зидове, която е силно компрометирана, вследствие на течове. Изготвените проекти са направени по актуално заснемане по паспорта, което съответства и на наличните стари строителни книжа за обекта.

В представеното от бенефициента становище е подчертал, че съществуващото състояние на покрива не е отразено на нито едно от двете места, като същото не е можело да бъде видяно и при извършваните огледи по време на изготвяне на инвестиционните проекти. Обяснява, че от друга страна достъпът до подпокривното пространство не е бил възможен, тъй като всички излази до покривното покритие са били директни от последна плоча, което прави невъзможно установяването на допълнителната покривна конструкция.

Във връзката с установеното е посочена необходимост от допълнителни дейности, изпълнявани по заповеди на проектанта, като съгласно приложения график към договора за строителство, работата изцяло оградено от тухлени зидове, като след направата на отвор в тях са открити резервоари за нафта. Посочено е, че тяхното премахване е възложено на специализирана фирма, тъй като е установено наличие на нафта в тях и предвид малкия отвор за достъп, ограничен от масивни тухлени зидове и големината на резервоарите се е наложило, същите да бъдат нарязани на парчета, след източване на наличната нафта и предварително обезопасяване на района. Изтъкнато е, че технологичната последователност на изпълнението на конструктивното укрепване на сградата предвижда едновременно изграждане на шайби № 3, № 4, № 5 и № 6, които конструктивно са свързани с напречни греди и ригели.

Видно от заповед № 8/15.08.2018 г. на проектанта по част „Конструкции”, е

указано да се направи нова допълнителна гредка за допълнително укрепване. При изпълнението на подготвителните работи за изграждане на шайби № 1 и № 2 от конструктивното укрепване на сградата в сутерена е установено, че част от тях застъпват вентилационни тръби преминаващи до преградна стена от гипсокартон, изградена допълнително, непосредствено след изготвяне на инвестиционния проект с цел укрепване и изолиране на вентилацията в сутеренното помещение. Бенефициентът в становището си е подчертал, че със заповеди на проектанта и на строителния надзор са спрени дейностите и са разрешени изкопни работи.

Започване на изпълнението на дейностите по част "Конструкции" е отложено с 10 календарни дни, което е доводи до изместване във времето последващите дейности, технологично свързани с конструктивните работи.

Установява се, че на 26.09.2018 г. при изпълнение на СМР на вътрешното укрепване на сградата, са констатирани напречни пукнатини, засечено от ос 1 и ос „С“, които са в първи стадий на разрушаване поради липсата на напречни стремени или недостатъчни такива, което е установено след премахване на мазилката по стените в тази зона. Констатирано е и срязано стреме на трети етаж с цел пробиване на отвор в гредка.

Прието е, че изменението на договора може да се счита за съществено съгласно чл. 116, ал. 5 от ЗОП, тъй като посочените от възложителя факти не представляват "непредвидени обстоятелства" по смисъла на ЗОП, с оглед на което изменението е незаконосъобразно, при съществено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 2 от ЗОП, което има финансово отражение. Сочи се, че със сключените допълнителни споразумения, е удължен срокът за завършване на всички строително-монтажни работи съответно по обособена позиция 17с 45 календарни дни, а за обособена позиция 21 е удължен със 73 календарни дни. В докладната записка липсвали мотиви, от които да е видно, че изменението се дължи на обстоятелства, които възложителят да не е могъл да предвиди. Прието е, че не са налице обстоятелства, възникнали след сключване на договора за възлагане на строителството, а нуждата от допълнителни СМР е в резултат на техническо, конструктивно и функционално решение, възникнало в процеса на строителството. Направен е извод, че допълнително възложените дейности не се явяват непредвидени такива, които да не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа от възложителя и същите неправомерно са били посочени като мотив за удължаване на срока за завършване на строително-монтажните работи, а сключеният анекс води до неправомерно удължаване на срока за завършване на СМР. Прието е, че с удължаването на срока са направени съществени изменения, тъй като ако новите условия бяха известни в процедурата, биха привлекли към участие допълнителни участници или биха довели до приемане на различна оферта и води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на потенциално заинтересованите от участие в поръчката лица. Въз основа на тези констатации е направено заключение, че изменението на договора, което може да се

определи като съществено по см. на чл. 116, ал. 5 от ЗОП, е незаконосъобразно, тъй като не са безспорно доказани и обосновани предпоставките по чл. 116, ал. 1, т. 2 от ЗОП във вр. с чл. 116, ал. 5 от ЗОП, което нарушение има финансово отражение, води до съмнение за извършена нередност и до вероятност за налагане на финансови корекции.

Така описаното нарушение е възприето и от Ръководителя на УО на ОПРР като нарушение с финансово влияние и основание за образуване на производство по чл. 73 от ЗУСЕСИФ. С писмо изх. № 99-00-659(3) от 26.09.2019 г. на Заместник министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на УО на ОПРР, СО е уведомена за регистрирания сигнал със съмнение за нередност № 1114 относно съмнения за нарушения при изпълнение на Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по ОПРР № BG16RFOP001-1. 001-0001. От страна на Ръководителя на УО на ОПРР са счестени за основателни твърденията в сигнала и е приета аргументацията на подателя на сигнала за наличие на нарушения – сключените споразумения по двата договора, което е довело до неправомерно удължаване на срока за завършване на СМР при липса на непредвидени обстоятелства във връзка с допълнителните дейности. Прието е, че с това допълнително споразумение са направени съществени изменения в договора за обществена поръчка, в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 2, т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП. Обективизиран е извод, че с допуснатото удължаване на срока за изпълнение са променени първоначално обявените условия по процедурата и сключените допълнителни споразумения са довели до неправомерно удължаване на срока за завършване на СМР, като по този начин са направени съществени изменения в договора за обществена поръчка. Ако новите условия относно срока за изпълнение са били известни и са били част от процедурата за възлагане на обществената поръчка, същите биха могли да привлекат към участие допълнителни участници или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Прието е, че допуснатото незаконосъобразно удължаване на срока за изпълнение на поръчката води до ползи за изпълнителя, които не са били предварително известни на останалите участници в процедурата и на потенциално заинтересованите от участие в поръчката лица. Нарушението се сочи произтичащо от действие на бенефициента - възложител, като нарушени са норми на националното законодателство /чл. 116, ал. 1, т. 2, т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП/, с финансово отражение – нанесена е вреда на средствата от ЕС поради неспазване принципите по чл. 2, ал. 1 от ЗОП – възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферти, с което е понижил възможността за избор на по-конкурентна среда. Нередността е класифицирана по т. 23 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по

реда на ЗУСЕСИФ. В заключение е посочено че се следва финансова корекция в размер на 25 на сто от допустимите разходи по засегнатия договор.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ СО е подала възражение срещу констатациите за допуснато нарушение. Възражението се основава на съображения за необходимост от извършване на допълнителни дейности, която необходимост е установена след сключване на договора и в хода на строителния процес. Възражява се срещу приетото от Ръководителя на УО на ОПРР, че с допуснатото удължаване на срока за изпълнение съществено са изменени първоначално обявените условия по процедурата, които ако са били предварително известни, биха привлекли към участие допълнителни участници или биха довели до приемане на различна оферта, както и че удължаването на срока за завършване на СМР води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на потенциално заинтересованите от участие в поръчката лица.

С оспореното в настоящото съдебно производство Решение № РД-02-36-62 от 23.01.2020 г. на Заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, в качеството му на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 – 2020, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ във вр. с чл. 143, пар. 2, във вр. с чл. 2, пар. 15 от Регламент (ЕС) № 1303/ 2013, е приключен сигнал за нередност с рег. № 1114, регистриран в Регистъра за сигнали и нередности в Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие", МРРБ, във връзка проведена обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО, по 26 обособени позиции" по Договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1. 001- 0001 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“ с установяване на нередности на бенефициента – Столична община, т. 23 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ; установяване на допуснати от бенефициента нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 2, т. 3 и т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП и за определяне на финансова корекция на СО в размер на 342 389,60 лв с ДДС, изчислена по пропорционалния подход, представляваща 25 % от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/ основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец”, [улица], район „И.” по обособена позиция 17 и Договор № BG16RFOP001-1.001 -0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“(филиал на нова ДГ № 115 „Осми март”), [улица], район „Надежда“ обособена позиция 21.

Констатираните от УО на ОПРР като допуснати от бенефициента – СО нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП, е прието, че съставляват нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета, доколкото произтичат от действие на бенефициента, в качеството му на Възложител; нарушенията имат финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕСИФ, тъй като при неспазване на принципите на чл. 2, ал. 1 от ЗОП възложителят чрез допълнително направените незаконосъобразни изменения на договора не е допуснал неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферта, с което е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. Нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, а настъпилата вреда – ограничаване на конкуренцията, води до неподаване/ класиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС. Нередността е квалифицирана по т. 23 от Приложение № 2 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ - "Съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие, или в обявата по чл. 20, ал. 3 от ЗОП и информацията към нея". Определения размер на финансовата корекция е изчислен по пропорционалния подход, в размер на 25% от допустимите разходи по засегнатите № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/ основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец”, [улица], район „И.” по обособена позиция 17 и Договор № BG16RFOP001-1.001 -0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“(филиал на нова ДГ № 115 „Осми март”), [улица], район „Надежда“ обособена позиция 21, по съображения, че срокът за изпълнение не е бил критерий за оценка, така че въпреки удължаването му нарушението има ограничено влияние върху конкуренцията.

Като доказателства по делото са приети административната преписка и допълнително представените такива от страните.

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 за установено следното:

Оспорването, като направено от легитимирано лице с правен интерес - адресат на Решение № РД-02-36-62/23.01.2020 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 случая се касае за обществена поръчка, в изпълнение на проектното предложение ИСУН № BG16RFOP001-1. 001-0001 "Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО", одобрено с Решение № РД-02-36-62/23.01.2020 г. на Ръководителя на УО на ОПРР 2014 – 2020 г. 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-02-36-1179/ 26.09.2018 г. 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. Н., като ѝ е възложил да изпълнява посочените в заповедта функции в качеството на Ръководител на УО /л. 7/. С оглед на 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" 2014-2020г за изпълнение на № BG16RFOP001-1. 001-0001 "Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО", нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП посредством изменения на договорите по обособена позиция 17 и 21. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатиране на нередовности по проведена обществена поръчка с предмет „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО, по 26 обособени позиции“. Подробно в решението на ответника са изложени констатираните факти от процедурата по провеждане на поръчката, както и конкретните обстоятелства, които са приети като нередовности. Правилно са посочени правните основания за налагане на финансовата корекция. Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган 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. Решението за налагане на финансова корекция е издадено в срока по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ и съдържа от формална страна мотиви, в които са обсъдени възраженията на бенефициента.

Съдът обаче намира, че оспорваното решение е издадено в противоречие с приложимите материалноправни разпоредби.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприетото от Ръководителя на УО на ОПРР основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размера на финансовата корекция. В случая, тази преценка обхваща възприетата като основание за определената финансова корекция нередност, обоснована с твърдяното нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП от бенефициента във връзка с изменението на договорите по обособени позиции 17 и 21.

Съгласно чл. 71 от ЗУСЕСИФ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената 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. Основанията за определяне на финансова корекция нормативно са регламентирани в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ такова основание е и 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. Държавите-членки, съгласно чл. 143 (1) от Регламент № 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета, носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент № 1303/ 2013, държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за "нередност" се съдържа в чл. 2 (36) на Регламент № 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета, съгласно която норма "нередност" е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като "нередност", изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. Действие или бездействие на икономически оператор; 2. Това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. Да има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

В случая упражненото административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕСИФ, от фактическа страна се основава на констатирано нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от Закона за обществените поръчки във връзка с изменение на сключен договор за обществена поръчка с изпълнител, квалифицирано като "нередност" по смисъла на чл. 2 (36) на Регламент № 1303/2013 и чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Безспорно СО има качеството на икономически субект по см. на чл. 2 (37) от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 е съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и от националния бюджет, средствата от които източници са сред посочените в чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като средства от ЕСИФ. Като получател на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 СО е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. В случая изпълнението на обществената поръчка с предмет "Извършване на строителни и монтажни работи за обект: „Строителство/основен ремонт/

реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО, по 26 обособени позиции" по Договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1. 001- 0001 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“ с установяване на нередности на бенефициента – Столична община, договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/ основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец“, [улица], район „И.“ по обособена позиция 17 и Договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“(филиал на нова ДГ № 115 „Осми март“), [улица], район „Надежда“ обособена позиция 21 въз основа на проведена обществена поръчка по реда на ЗОП и допълнителните споразумения, които са сключени за удължаване на на срока по същите.

Следователно налице е първият елемент от фактическия състав на определението за "нередност" по см. на чл. 2 (36) на Регламент № 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета.

Спорът по делото се свързва с наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на посочената по-горе легална дефиниция за "нередност", като материалноправно основание за законосъобразното определяне на финансовата корекция.

Както беше посочено, съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някои от лимитативно посочените правни основания. В случая наложената на бенефициента СО финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по горепосочените договори, от фактическа страна се основава на хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, която регламентира като основание за определяне на финансова корекция всяка 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. Разпоредбата на чл. 49, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /структурирана в глава четвърта от закона/, предвижда, че за определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставка на стоки, обект на обществена поръчка по смисъла на ЗОП, се прилагат правилата, предвидени в ЗОП - когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон. Под правила за определяне на изпълнител законодателят е визирал относимите към възлагането на обществената поръчка правила от ЗОП, като към нарушенията на правилата за определяне на изпълнител следва да бъдат отнесени и нарушенията, свързани с незаконосъобразно изменение на съществени елементи по възлагането

посредством изменение на договор за обществена поръчка, респ. нарушенията, свързани с незаконосъобразно изменение на критерии за възлагане/подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане на кандидати или участници.

В чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е приетата с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. и на основание законовата инвеститура Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 1 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 средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, както и минималните и максимални стойности на процентите показатели на финансовите корекции, определяни за нередности на основание чл. 70, ал. 1, т. 1 – т. 9 от ЗУСЕСИФ. Нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях, са посочени в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

В случая твърдяното като допуснато от СО като бенефициент на подпомагане и възложител на обществена поръчка по ЗОП, нарушение на разпоредбите на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП, е квалифицирано по т. 23 , буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от посочената Наредба, като случаи на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право във връзка с изпълнението на сключения договор за обществена поръчка с изпълнител, са посочени хипотезите на съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие, или в обявата по чл. 20, ал. 3 ЗОП и информацията към нея. Посочено е че има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП; промени в елементите на договора няма да се считат за нередности (следователно не се налага финансова корекция), когато са изпълнени следните условия: - 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, промяната не засяга цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. 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. Изменението се счита за съществено по смисъла на чл. 116 ЗОП, ако са изпълнени едно или повече от следните условия: а) 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; б) изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата; в) изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение; г) изпълнителят е заменен с нов извън случаите на чл. 116, ал. 1, т. 4 ЗОП. От посочената регламентация е видно, че нередностите т от Наредбата т. 23 посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, се свързват с нарушения на правила по определяне на изпълнител по реда на ЗОП, които са в обхвата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Нормативно е прието /чл. 2, ал. 1 във вр. с чл. 1, т. 1 от Наредбата/, че посочените категории нарушения, извършени от получател на безвъзмездната помощ, биха съставлявали нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава IV от ЗОП с последица нанасяне на вреда или възможност от нанасяне на вреда на Европейските структурни и инвестиционни фондове и в този смисъл съставляващи нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Разпоредбата на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба, не формулира като основание за нередност всяко съществено изменение на договор за обществена поръчка по смисъла на чл. 116 от ЗОП, нито всяко изменение, което е направено при липса на непредвидени обстоятелства – нередност по см. на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, е онова изменение на договор за обществена поръчка, което е съществено по критериите, предвидени в тази норма, а именно изменение, което засяга /променя/ съществен елемент по възлагането и не може спрямо измененията на договора след възлагането да се приложи ограничена степен на гъвкавост. Че нарушението по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата не се идентифицира с нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП, следва изрично както от текста на т. 23, така и от обстоятелството, че са налице законово предвидени в чл. 116, ал. 1 от ЗОП хипотези за допустимо и правомерно изменение на договорите след възлагане,

ако и то да е съществено по критериите на ал. 5 на чл. 116 от ЗОП. В този смисъл констатацията на органа, че направените с процесните изменения на договора за обществена поръчка е съществено и в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП /в приложимата редакция/, не е достатъчно, за да се приеме, че посредством изменението е налице незаконосъобразно изменение на съществени елементи на възлагането по смисъла на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата - посочената разпоредба формулира като нарушение онова изменение на елемент на договора, който е и съществен елемент по възлагането, при въведено изискване за всеки конкретен случай да се прави анализ кои са съществените елементи.

В оспореното решение обаче липсва анализ дали направеното изменение на договора засяга съществен елемент по възлагането на обществената поръчка, какъвто анализ се изисква за определянето на изменението като нередност по см. т. 23 от Приложение № 1 към Наредбата. По аргумент от посочената разпоредба недопустимостта на "съществените" изменения на договорите за обществени поръчки се основава на недопустимостта на извършването на ново възлагане посредством изменението - такова изменение, за което не са били налице предпоставките в закона за извършването му и което отразява съгласие на страните да предоговорят отново съществени условия по възлагането на обществената поръчка. В този смисъл е и разбирането, изразено в т. 34, т. 35, т. 36, т. 37 по Преюдициалните въпроси в Решение на Съда (трети състав) от 19 юни 2008 годи по дело C-454/06 (pressetext achrichtenagentur G. срещу R. Ц. (В.) и др.), според които: С оглед на осигуряването на прозрачност на процедурите и равно третиране на оферентите, измененията в клаузите на обществена поръчка, направени през периода на действие на последната, представляват ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50, когато имат съществено различни характеристики от тези на първоначалната обществена поръчка и следователно могат да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на тази обществена поръчка /т. 34/; Изменението на обществена поръчка в рамките на периода ѝ на действие може да бъде прието за съществено, когато с него се въвеждат условия, които ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане, са щели да позволят допускането на оференти, различни от първоначално допуснатите, или да позволят приемане на оферта, различна от първоначално приетата /т. 35/; Аналогично, изменение на първоначалната обществена поръчка може да бъде прието за съществено, когато значително разширява обхвата на обществената поръчка до услуги, които първоначално не са предвидени /т. 36/; Изменението може също да бъде прието за съществено, ако променя икономическото равновесие на договора в полза на определения за изпълнител на обществената поръчка участник по начин, който не е предвиден в условията на първоначалната обществена поръчка /т. 37/.

Следователно анализът кои са съществените елементи по възлагането по см. на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на

нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, следва да се основава на преценка дали изменението е съществено от гл. т на отражението му върху възможностите за участие, респ. от гл. т на възможностите за представяне на оферти, различни от първоначално подадените от участниците или от гл. т значителността на променения обхват и условията на възложената обществена поръчка и начинът, по който се отразява на икономическото равновесие с оглед ползите за изпълнителя които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Срокът за завършване на всички СМР и предаване на обекта не е бил елемент от критериите за подбор или критериите за възлагане. Видно от документацията за обществената поръчка, срокът за изпълнение не е бил показател за оценка /обстоятелство, което не се оспорва от ответника и изрично е посочено в обжалваното решение/, като приложеният критерий за определяне на изпълнител се свързва с оценка по показателите "качество" и "цена". Следователно участниците в процедурата за възлагане на обществена поръчка не са били оценявани от гл. т на предлагания от тях срок за изпълнение. На следващо място изменените с Допълнителните споразумения срок за изпълнение, не се отразява негативно върху възможностите за участие от гл. т на възможността за подаване и на други оферти от потенциални участници. Първоначално обявеният срок е бил относим за изпълнение с предмет и обем, предвидени като предмет на възлагане. Потенциалните участници са преценявали възможностите си за изпълнение на дейностите, предмет на обществената поръчка, спрямо първоначално определения срок. На тази преценка не може да влияе възникналата в хода на изпълнението необходимост от извършване на допълнителни дейности, обуславящи невъзможност за приключване на дейностите – предмет на възлагане, в срок. Всеки потенциален изпълнител при настъпването на такива обстоятелства би бил изправен пред невъзможност да приключи дейностите в срок, поради което изменението на срока за завършване на СМР в тази хипотеза не би било основание да се приеме, че с изменението се засягат недопустимо елементи по възлагането на поръчката.

С настъпването на непредвидени обстоятелства се свързва и възможността за освобождаване на страните от отговорност за неизпълнение на задълженията им и възможността за удължаване срока на договора за времето в което страната е била в невъзможност да изпълнява договора поради непредвидени обстоятелства. Настъпването на непредвидени обстоятелства може да засегне както възможността за изпълнение задължението на Възложителя за оказване на необходимото съдействие за изпълнение, така и задължението на Изпълнителя за изпълнение на дейностите в срок. Необходимостта от посочените допълнителни дейности, извършването на които обуславя определянето на нов, по-дълъг срок, технологично необходим за изпълнението на СМР – предмет на възложената обществена поръчка, ако е резултат на

непредвидени обстоятелства, би изключило хипотезата на незаконосъобразно изменение на елемент по възлагането на поръчката.

Съгласно § 2, 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.

В случая необходимостта от извършването на дейностите По отношение на обект: ОДЗ № 179 (нова ДГ№179) „Синчец“, район „И.“:

Възложителят е описал подробно обстоятелствата довели до забавяне, спрямо приложения към договора календарен график.

Посочил е, че е установено е несъответствие след демонтажа на покривното покритие (от ламарина) между действителното състояние на конструкцията и предвиденото проектно решение, поради което не е било възможно изпълнението на предвидените в проекта мярка за топлинно изолиране на покрив, тъй като върху съществуващите стоманобетонни панели на покрива е монтирана допълнителна дървена конструкция, стъпваща върху напречни и надлъжни тухлени зидове. Дървената конструкция е силно компрометирана, вследствие на течове. Изготвените проекти са направени по актуално заснемане по паспорта, което съответства и на наличните стари строителни книжа за обекта. Съществуващото състояние на покрива не е било отразено на нито едно от двете места. Същото не е можело да бъде видяно и при извършваните огледи по време на изготвяне на инвестиционните проекти. Освен това достъпът до подпокривното пространство не е бил възможен, тъй като всички излази до покривното покритие са били директни от последна плоча, което прави невъзможно установяването на допълнителната покривна конструкция.

В процеса на работа се е наложило изграждането на нова дървена покривна конструкция, като на 06.08.2018 г. от проектанта по част „Архитектура“, по електронната поща, е предоставен нов детайл за изпълнение на покрива. Позовал се е на Заповед № 6/08.08.2018г., в която проектантът по част „Конструкции“ е изразил становище, че трябва да се даде детайлна разработка, съобразно архитектурното решение за новоизграждащия се покрив. На 15.08.2018 г., при посещението си на обекта проектантът по част „Конструкции“ е предоставил детайл на покривната конструкция — начин на захващане към съществуващите тухлени зидове с пояс. Съгласно приложения график към договора за строителство, работата по изпълнение на покрива следва да започне на 18-ия календарен ден от началото на строителните дейности, т.е. на 24.07.2018 г. Започването на изпълнението на покривни работи е забавено с 21 календарни дни. Технологични след изпълнение на покривните работи се изпълняват вътрешни довършителни работи, както и топлинно изолиране на външните стени.

По отношение на изпълнението на изкопни работи за направа на фундаменти за шайби №3 и №4 е било установено наличието на неизползваемо от години

парокотелно помещение, изцяло оградено от тухлени зидове, като след направата на отвор в тях са открити резервоари за нафта. Тяхното премахване е възложено на специализирана фирма, тъй като е установено наличие на нафта в тях и предвид малкия отвор за достъп, ограничен от масивни тухлени зидове и големината на резервоарите се наложи същите да бъдат нарязани на парчета, след източване на наличната нафта и предварително обезопасяване на района. Технологичната последователност на изпълнението на конструктивното укрепване на сградата предвижда едновременното изграждане на шайби №3, №4, №5 и №6, които конструктивно са свързани с напречни греди и ригели. Със заповед №8/15.08.2018 г. на проектанта по част „Конструкции”, е указано да се направи нова допълнителна греда за допълнително укрепване. При изпълнението на подготвителните работи за изграждане на шайби №1 и №2 от конструктивното укрепване на сградата в сутерена е установено, че част от тях застъпват вентилационни тръби преминаващи до преградна стена от гипсокартон, изградена допълнително, непосредствено след изготвяне на инвестиционния проект с цел укрепване и изолиране на вентилацията в сутеренното помещение. Със заповед №2 на инж. И. С. - строителен надзор по част „Конструкции” от 12.07.2018 г. е забранено изпълнението на СМР на шайба №1 и шайба №2, до временното изместване на „ОЕГ инсталациите. Със Заповед №7/14.08.2018 г. на инж. И. С. - строителен надзор по част „Конструкции” се разрешава изпълнението на изкопни работи за фундаменти на шайби №1 и №2 и със Заповед №8 /15.08.2018 г. на проектанта по част „Конструкции” изпълнението на фундаменти. Съгласно календарния линеен график, неразделна част от договора за строителство, конструктивното укрепване в тази зона е следвало да започне на 5-ия ден от началото на строителството, а именно: от 11.07.2018 г. с едновременното изпълнението на всички фундаменти на шайбите и да завърши на 53-ия ден от календарния график, а именно 28.08.2018 г. Така започване на изпълнението на дейностите по част "Конструкции" е отложено със 10., календарни дни, което води до изместване във времето последващите дейшоуяг, технологично свързани с конструктивните работи.

На 26.09.2018 г. при изпълнение на СМР на вътрешното укрепване на сградата, са констатирани напречни пукнатини, засечено от ос 1 и ос „С*”\ които са в първи стадий на разрушаване поради липсата на напречни стремени или недостатъчни такива, което е установено след премахване на мазилката по стените в тази зона. Констатирано е и срязано стреме на трети етаж с цел пробиване на отвор в греда (документирано със снимков материал). Допълнителните СМР по конструктивното укрепване не са предвидени в първоначалния проект поради невъзможност да бъдат установени, преди да бъдат премахнати повърхностните покрития /мазилки и др./. Със Заповед №13 от 03.10.2018 г. на проектанта по част „Конструкции" е предписано подпиране на греди по ос „С” с метално кофражно подпорно скеле до пълното изпълнение на подпирането на колоната на сградата по ос „1” и по ос „С”. На 10.10.2018 г. е

предоставен детайл за изпълнение на допълнително усилване на стоманобетоновите колони по ос „1” и по ос „С”. Започване на изпълнението на дейностите е отложено с 14 календарни дни, което води до изместване във времето последващите дейности, технологично свързани с конструктивното укрепване.

Посочва, че така Допълнително възникналите СМР на обекта се явяват допълнителни непредвидени дейности. Отчитайки технологичната последователност и технологията на изпълнение на конкретната дейности във времето е установено, че срокът за изпълнение на някои от основните дейности в обекта следва да бъде изместен във времето. Извършването на допълнителни нововъзникнали дейности и отложените във времето предвидени за изпълнение дейности са необходими общо 45 календарни дни.

Видно от изложеното на обекта са се изпълнявали два типа дейности - основни, предвидени в първоначалния линеен график и нововъзникнали допълнителни дейности, които, водят до времево изместване на част от основните дейности.

По отношение на обект: ЦДГ № 152 „В.” (Филиал на нова ДГ № 115 „Осми март”), [улица], район „Надежда”:

Обстоятелствата довели до забавяне, спрямо приложения към договора календарен график са следните:

При започване на изкопните работи за КОНСТРУКТИВНОТО укрепване на сградата е установено наличието на повече от два ел. кабели, разползрюени в мястото за изграждане на фундамента на конструктивен елемент шайба № 3 по ос „В” и ос 1. Район „Надежда“ е предоставил на изпълнителя извадка“от подземен кадастър, на която са нанесени само 2 от кабелите, след което е направена ръчна разкривка и е установено, че се касае за още 7 броя кабели, свободно положени в/ земята на дълбочина 1,20 м под терена. Единият кабел е захранващ сградата, а останалите 6 (шест) захранват съществуващия в сутерена трафопост. Технически изпълнението на шайба № 3 е невъзможно без изместване на старите кабели, както и изграждане на нова линия за външно ел. захранване на сградата, която да е извън зоната на предвиденото конструктивно укрепване и преустройство на входа. Кабелите, които са открити не съответстват на посочените отстояния от сградата. При изготвяне на инвестиционния проект и съгласно предоставените данни от подземния кадастър съществуват два кабела, захранващи сградата на детската градина, които е следвало да бъдат изместени до изпълнение на укрепителните дейности. При изпълнение на изкопни работи са открити общо девет кабела, които не са фигурирали в първоначално представените от кадастъра данни и същите не е могло да бъдат изместени без изготвяне на проект за изместване на електрическите съоръжения.

От подземния кадастър е установено, че захранващият сградата кабел (СВТ 3х35+16, АП е положен на разстояние 80 см от сградата, като трасето му до входа ѝ преминава последователно в зоните на фундиране на шайба № 3, на английски дворове - 2бр., на рампа за достъпна среда, на външен фасаден

подемник, на шайби №4-2 бр. и на новото централно стълбище, което е конструктивно свързано с рампата.

Със Заповед № 6/15.08.2018 г. на инж. И. С., осъществяващ строителен надзор по част „Строителни конструкции*”, е забранено изпълнението на СМР в цитираните зони, до изместване на кабелите НН. В тези зони проектът по част „Конструкции“ предвижда да бъдат изградени 3 бр. шайби на три конструктивни нива (К 0,00, К +3,30 и К + 6,60), самостоятелна колона (до асансьор) на три нива, 4 бр. греди на две конструктивни нива (К +3,30, К +6,60), фундамент за асансьорна платформа, рампа за достъпна среда, 2 бр. английски дворове и централно стълбище. В северозападната фасада на сградата, между оси 1 и 4, проектът по част „ Архитектура“ предвижда да се създаде нов централен вход, както и да се направят отвори за врати във фойето на 1-ви и 2-ри етажи за достъп от платформата.

Посочва, че технологичната последователност изисква, след изпълнението на СМЕ по грубия строеж (които е следвало да започнат на 6-тия календарен ден, съгласно актуализирания линеен график към Договора за строителство) да бъдат Дзпълненй основни и довършителни, външни и вътрешни СМР, вкл. монтажс дограма)/ видео- домофонна уредба; полагане на гранитогрес по фойета и входна ,площадка стълбище; топлоизолация по фасади на калкан, шайби, колона, фасада вход-фойета, цокъл; полагане финишни мазилки; монтао/с на мълниезащита; шлайфане бетонова повърхност на рампата; монтаж на предпазен парапет; монтаж на платформа; метална конструкция на шахта за подемник; покрив и остъкляване на шахта (които е трябвало да приключат на 115 ден от линейния график). Необходимият срок за изпълнението на всички тези дейности е 99 календарни дни.

За изместване на подземните кабели на 25.10.2018 г. Кметът на район „Н./сда“ е сключил Договор за изпълнение, съгласно дадените с писмо изх. № [ЕГН] от 05.09.2018 г. от [фирма] указания за изместване на електрическите съоръжения. На 31.10.2018 г. проектът е представен за одобрение и с вх. № [ЕГН]/02.11.2018 г. е внесен за съгласуване в [фирма]. На 12.11.2018 г. проектът е съгласуван и са предприети действия по неговото изпълнение. Изместването на подземните кабели е завършено на 26.11.2018 г., за което е съставен Протокол за приемане на изпълнението от 28.11.2018 г. Със Заповед №15 от 29.11.2018 г/ вписана в Заповедната книга на обекта, е разрешено изпълнението на СМР и строителните дейности в тази част са възобновени.

След прецизиране на всички неизпълнени (временно спрени) и допълнително възникнали (които не са в обхвата на Договора) видове и количества СМР, изпълнителят е изработил нов линеен график, който е съгласуван със строителния надзор. Отчитайки технологичната последователност и технологията на изпълнение на конкретните дейности във времето е установено, че срокът за изпълнение на някои от основните дейностите в обекта следва да бъде изместен във времето. Необходимият срок за извършването на всички допълнителни нововъзникнали дейности и отложените

във времето предвидени за изпълнение дейности до окончателното завършване на обекта е 85 календарни дни, считано от датата на Заповед №15/29.11.2018 г., с която се разрешава изпълнението на СМР по част „Конструкции” или 73 календарни дни, считано от 11.12.2018 г. - крайната дата на изпълнение по договорен

Във връзка с горепосоченото съдът намира, че описаните в двата доклада обстоятелства не е било възможно да бъдат предвидени. Безспорно е, че същите са установени след фактическото стартиране на СМР в обектите; като за преодоляването им се изисква допълнително време, получаване на указания от трети лица и осигуряване на съответния финансов ресурс. Така посочените обстоятелства оказват влияние пряко влияние върху изпълнението на ремонтните дейности по други части на одобрените инвестиционни проекти. Дори изпълнителите да работят по други части от инвестиционните проекти, които не са пряко засегнати от необходимите допълнителни, коригиращи, действия, поради технологичната последователност на отделните процеси и необходимостта от завършване и предаване на обектите, в цялост, а не на части, забавянето не може да бъде преодоляно и компенсирено, което води до изпълнение на нови дейности, което налага удължаване на общия срок. Подробно са посочени обстоятелствата, за които е установена необходимостта от удължаване на сроковете и невъзможността те да бъдат предвидени. Всияки те са установени в хода на строителните дейности („...при демонтажа на покривното покритие... „ ...при изпълнение на изкопни работи при завършване на вътрешното укрепване на сградата... “ - за ДП79; „ ...при започване на изкопните работи за конструктивното укрепване на сградата.... “ - за ДГ 152) или е настъпilo в периода след изготвяне на инвестиционните проекти (2015 г.), като резултат от естествените процеси по влошаване техническото състояние на сградите.

Във връзка с изложеното законосъобразно, Възложителят е квалифицирал изменението като „непредвидено обстоятелство“ по смисъла на ЗОП и сключените анекси са съответно с основание чл. 116, ал. 1 т. 3 от това друго проектно решение в случая се дължи на обстоятелства, установени в хода на СМР от гл. т на ново установените данни за полетата на плочата, които е било предвидено да се изрязват. Тези данни не са отразени в първоначалния проект, като установяването им в хода на СМР /като неподходящо (трудно и опасно) на заложеното в първоначалния проект техническото решение и възприемането на друго техническо решение – за възстановяване и усиляване на конструктивните елементи/, се явява ново обстоятелство, което е обусловило и преработка на проекта в част "Строителни конструкции". Предложеното друго техническо решение Възложителят не е можел да предвиди първоначално, при изготвяне и одобряване на проекта, поради липса на данни за армировката на полетата на плочата на к. +8, 60 на блок С+Е.

Необходимите дейности във връзка с ПИИ и ГОИ на цялото училище, наред с дейностите по преработка на проекта в част "Строителни конструкции" във

връзка с възприемането на друго техническо решение спрямо плочата на к. +8, 60 /изготвяне, съгласуване, одобряване на технически проект и допълване със Заповед № 19-24-46/ 25.06.2018 г. на Главния архитект на [община] на одобрения инвестиционен проект към разрешението за строеж/, съставляват непредвидени обстоятелства по см. на § 2, т. 27 от ДР на ЗОП, тъй като са обстоятелства, възникнали след сключването на договора за обществена поръчка, не са могли да бъдат предвидени от Възложителя при полагане на дължимата грижа, нито са резултат от действие или бездействие на страните, като настъпването на тези обстоятелства от гл. т на обосноващата необходимост от извършване на посочените по-горе дейности във връзка с изпълнението на предмета на обществената поръчка, е направило невъзможно завършването на СМР от страна на Изпълнителя при първоначално договорения за това срок в чл. 2, ал. 1 от Договор № 1890/BG16RFOP001-1. 006-0002-C01-S-02 от 01.11.2017 г., поради което и този срок е удължен със сключеното Допълнителното споразумение № 1838 от 13.09.2018 г. към договора, за завършване на СМР и предаването на обекта, в което именно се изразява изменението на договора за обществена поръчка, се основава на посочените по-горе непредвидени обстоятелства по см. на § 2, т. 27 от ДР на ЗОП, изискващи допълнително технологично време за извършване на констатираните в хода на строителството като необходими допълнителни дейности, като договореното изменение нито променя характера на поръчката, нито се отразява на нейната стойност /доколкото процесното изменение се свързва единствено с удължаване на срока за завършване на СМР и предаването на обекта от Изпълнителя с констативен акт Образец 15/. В този смисъл не е налице възприетото от Ръководителя на УО на ОПРР като допуснато от бенефициента нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 6 от ЗОП – сключеното Допълнителното споразумение № 1838 от 13.09.2018 г. към Договор № 1890/BG16RFOP001-1. 006-0002-C01-S-02 от 01.11.2017 г. е в условията на допустимо от закона изменение на договора за обществена поръчка след нейното възлагане.

Не е допуснато и нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП, според която норма /в приложимата й редакция, сега ал. 7, ДВ бр. 86/ 2018 г., в сила от 01.03.2019 г. /, договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни само когато се налагат изменения, които не са съществени. Наличието на това нарушение решаващият орган е обосновал със съществуването на хипотезите по чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3, с които хипотези законът свързва презумпция, че изменението на договор за обществена поръчка е съществено. Според чл. 116, ал. 5 от ЗОП изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 5 /сега ал. 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; 3. изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение.

Първоначално обявеният срок за изпълнение на поръчките е както следва:

По обособена позиция 17 е 120 календарни дни, а по обособена позиция № 21 е 155 дни. за завършване на всички СМР и предаването на обекта от Изпълнителя с констативен акт Образец 15, предвиден с Допълнителното споразумение към Договор № СОА18-ДГ55-329/19.06.2018 г. от 26.10.2018 г., е по-дълъг, както и Допълнителното споразумение към Договор № СОА18-ДГ55-342/21.06.2018 г. от 11.12.2018 г. Но единствено и само поради обстоятелството, че измененият срок за изпълнение е по-дълъг от първоначално обявения такъв, не се следва извод, че новият срок е условие, по - благоприятно за потенциалните участници, поради което би привлякло към участие допълнителни участници. Както вече беше посочено, удължаването на срока за завършване на СМР и предаването на обекта от Изпълнителя е обусловено от непредвидени обстоятелства, свързани с възникналата необходимост от допълнителни дейности /СМР и провеждането на административни процедури за изменението на проекта в част "Строителни конструкции"/. Следва да се отбележи и че в чл. 34 от Договорите за обществена поръчка от 19.06.2018 г. и 21.06.2018 г. изрично е предвидено, че в случай на непредвидени обстоятелства срокът за изпълнение на договора се удължава с толкова дни, с колкото страната не е била в състояние да изпълнява договора поради тези обстоятелства. Но само от сравнението на продължителността на новия срок с първоначално договорения такъв между възложителя и изпълнителя, без да е извършена преценка за обусловеността на удължения срок от гл. т на допълнителните дейности, необходимостта от каквито е възникнала поради непредвидени обстоятелства и съотв. от гл. т на дължимите от Изпълнителя престации, не може да обоснове направения от Ръководителя на УО на ОПРР извод, че ако този по-дълъг срок за изпълнение е бил част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, би привлякъл към участие допълнителни участници или кандидати. Очевидно е, че в случая изменението на договора не представлява удължаване на срока за извършване на предвидените съгласно техническата спецификация и договорени по обем и вид дейности, а удълженият срок се свързва с нуждата от технологично време за осъществяването на допълнителни дейности /СМР и административни/, необходимостта от които е възникнала в хода на изпълнението, и без които дейности завършването на СМР и предаването на обекта би било невъзможно. След като удължаването на срока е в резултат от непредвидени обстоятелства от гл. т на непредвидените като вид, обхват и времеви ресурс за тяхното извършване дейности, които се следват във връзка с проекта, за изпълнението на който е сключен договор за обществена поръчка с изпълнител, съотв. след като по-дългият срок е обусловен от тези

допълнителни дейности, няма как да се обоснове наличието на хипотезата на чл. 116, ал. 5, т. 1, предл. първо от ЗОП от гл. т на съществувала възможност да бъдат привлечени към участие допълнителни потенциални участници или кандидати или да бъдат подадени оферти, различни от първоначалните.

Не са налице и другите хипотези на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП – въведеното чрез изменението на договора за обществена поръчка с процесните споразумения по никакъв начин не може да доведе до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, тъй като както беше посочено, срокът за завършване на дейностите, предвидени за изпълнение, не е бил елемент от критерий /показател/ за оценка и съотв. офертите на участниците не са съпоставяни, оценявани и класирани от гл. т. на предлагания срок за изпълнение. В тази връзка абсолютно необосновано се твърди в обжалваното решение, че ако по-дългият срок за изпълнение е бил първоначално обявен и съответно известен на потенциалните участници в процедурата, "би могло да доведе до избор на по-оптимално отговаряща на възложителя оферта с по-ниско ценово предложение".

Не може да се приеме и съществуването на хипотезата на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП – изменението да води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници. Макар договорените с Допълнителните споразумения удължен срок да е предвиден като срок за завършване на СМР и предаване на обекта, очевидно удължаването на срока е обусловен основно от времето, необходимо за изготвяне, съгласуване и одобряване на технически проект за изменение на одобрения за обекта проект В този смисъл изменението на срока за изпълнение на договора чрез неговото удължаване е направено с оглед извършването на непредвидените допълнителни дейности, обуславящи завършването на СМР и предаването на обекта, без изпълнението на които допълнителни дейности /предвид разпоредбата на чл. 154 от ЗУТ/, нито могат да бъдат извършени, нито довършени част от договорените СМР, още по-малко предаден обекта с констативен акт Образец 15.

Изменението на процесните договори за обществена поръчка с Допълнителните споразумения не засяга нито предмета, нито обема на договора, поради което не е изпълнено и условието по чл. 116, ал. 5, т. 3 от ЗОП за определяне на процесното изменение като съществено по смисъла на тази законова хипотеза.

С оглед на изложеното съдът приема, не са нарушени разпоредбите на чл. 116, ал. 1, т. 5 във вр. с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП – изменението е обусловено от непредвидени обстоятелства и не се свързва с промяна на съществен елемент на възлагането на обществената поръчка. Липсата на възприетото от Ръководителя на УО на ОПРР неправомерно действие на бенефициента, в качеството му на възложител на обществена поръчка, което да съставлява нарушение на правилата на ЗОП за определяне на изпълнител и да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, обуславя извод, че не е налице нередност по см. на чл. 2 (36) на Регламент № 1303/ 2013 на Европейския парламент и на Съвета във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ,

квалифицирана по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, като основание за определяне на финансова корекция. Както беше посочено, т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба, не формулира като основание за нередност всяко изменение на договор за обществена поръчка, а онова изменение, което засяга /променя/ съществен елемент по възлагането и не може спрямо измененията на договора след възлагането да се приложи ограничена степен на гъвкавост, при въведено изискване за всеки конкретен случай да се прави анализ кои са съществените елементи – т. е недопустимостта на съществените изменения на договорите за обществени поръчки се основава на недопустимостта на извършването на ново възлагане посредством изменението - такова изменение, за което не са били налице предпоставките в закона за извършването му и което отразява съгласие на страните да предоговорят отново съществени условия по възлагането на обществената поръчка. В контекста на разбирането, изразено в т. 34, т. 35, т. 36, т. 37 по Преюдициалните въпроси в Решение на Съда (трети състав) от 19 юни 2008 годи по дело C-454/06 (presstext achrichtenagentur G. срещу R. Ц. (В.) и др.) и доколкото сключените Допълнителни споразумения към процесните договори не представлява нито ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50 със съществено различни характеристики от тези на първоначалната обществена поръчка; нито с него се въвеждат условия, които ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане, са щели да позволят допускането на участници, различни от първоначално допуснатите, или да доведат до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; нито значително се разширява обхвата на обществената поръчка; нито води до ползи на определения за изпълнител на обществената поръчка участник, които не са били известни на останалите участници, това изменение на договора за обществена поръчка в рамките на периода му на действие, макар и да се свързва с елемент на договора, не може да бъде определено като такова на съществени елемент по възлагането по см. на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

С оглед на гореизложеното жалбата се явява основателна, а оспореното Решение № РД-02-36-62/ 23.01.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020, като постановено в нарушение и при неправилно приложение на материалния закон и при допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила, следва да бъде отменено.

Предвид изхода на делото искането на жалбоподателя за присъждане на разноски следва да бъде уважено, като на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, в тежест на Министерство на регионалното развитие и благоустройството следва да бъде възложено заплащането на възнаграждение за осъществената от юрист правна защита на СО, определено в размер на 300 лв., съгласно чл. 25 от

Наредбата за заплащането на правната помощ във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК и чл. 37 от Закона за правната помощ.

Водим от горните мотиви и на основание чл. 172, ал. 2, предложение второ от АПК, *Административен съд София – град, III отделение, 7 – ми състав*

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Столична община, представлявана от Кмета на общината – Й. Ф., против Решение № РД-02-36-62/23.01.2020 г. на Заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството, в качеството му на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 – 2020, с което, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ във вр. с чл. 143, пар. 2, във връзка с чл. 2, пар. 15 от Регламент (ЕС) № 1303/ 2013, е приключен сигнал за нередност с рег. № 1114, регистриран в Регистъра за сигнали и нередности в Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие", МРРБ, във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийна ефективност на училища и детски градини на територията на СО, по 26 обособени позиции" по Договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1. 001- 0001 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на СО“ с установяване на нередности на бенефициента – Столична община, т. 23 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ; установяване на допуснати от бенефициента нарушения на чл. 116, ал. 1, т. 2, т. 3 и т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП и за определяне на финансова корекция на СО в размер на 342 389,60 лв с ДДС, изчислена по пропорционалния подход, представляваща 25 % от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-04/19.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 693 134,72 лв. без ДДС, предмет на договора „Строителство/ основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за ЕЕ на ОДЗ № 179 (нова ДГ № 179) „Синчец“, [улица], район „И.“ по обособена позиция 17 и Договор № BG16RFOP001-1.001 -0001-C01-S-11/21.06.2018 г. с изпълнител [фирма], на стойност 733 488,56 лв. без ДДС, предмет на договора „Основен ремонт/реконструкция на ЦДГ № 152 „В.“(филиал на нова ДГ № 115 „Осми март“), [улица], район „Надежда“ обособена позиция 21, като незаконосъобразно.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството, [населено място], да заплати на СО сумата от 300 /триста/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния

административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: