

РЕШЕНИЕ

№ 2165

гр. София, 03.04.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 17.03.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

**ЧЛЕНОВЕ: Антони Йорданов
Мария Бойкинова**

при участието на секретаря Елеонора М Стоянова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **931** по описа за **2023** година докладвано от съдия Мария Бойкинова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – чл. 228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК) вр. чл. 63в от ЗАНН. Образувано е по касационна жалба на И. Р. И., чрез адвокат Л. К., срещу решение № 4142 от 03.11.2022 г., постановено по НАХД № 9135/2022 г., по описа на Софийския районен съд, НО, 99 -ти състав, с което е потвърдено издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) Предупреждение № 11-01-1047/2021/14.06.2022 г., с което за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7, вр. чл. 116, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), жалбоподателят е бил предупреден писмено на основание чл. 28, ал. 1 от ЗАНН, че при извършване на друго административно нарушение от същия вид, представляващо маловажен случай, в едногодишен срок от влизането в сила на предупреждението, за това друго нарушение ще му бъде наложено административно.

С касационната жалба се твърди, че обжалваното решение е неправилно поради нарушение на материалния закон и необоснованост. Твърди се, че не е налице анекс към договора за обществена поръчка, сключен в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с ал. 5 от ЗОП, а проект на анекс, чрез който се е коригирала грешка и който не е породил правно действие. Сочи, че районният съд не е изследвал предпоставките по чл. 116, ал. 5 от ЗОП, тъй като нито от мотивите на обжалваното предупреждение, нито от мотивите на решението става ясно, как добавянето на посочените адреси за

доставки на храни и напитки ще доведе до евентуални ползи за изпълнителя, нито пък как ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли повече допълнителни участници. Изтъква се, че добавянето на адреси за доставка не води до промяна в обема на поръчката, тъй като с процесния анекс не са променени количествата на храните и напитките, нито цената по на договора. Счита, че изменението не е съществено, тъй като с анекса се предвиждат допълнителни задължения за изпълнителя по договора за обществена поръчка, и не възникват ползи, както се твърди от наказващия орган. Изтъква се, че доставките в териториалните подразделения на П., С., П. и С. З., които са добавени с процесния анекс към договор № 1-4209-36/16.05.2019 г. са обект на обособена позиция в самата процедура по обявената обществена поръчка, поради което заинтересованите лица са могли да подадат оферти за участие за доставки и за тези места. Сочи, че по двете обособени позиции, включващи тези места за доставки са подали четирима участника, но поради непълноти в документацията двама от участниците са били отстранени, в резултат на което за изпълнител е класирано дружеството „Панда И.П“ ЕООД. По горните съображения моли съда да отмени решението на районния съд, като постанови друго, с което да отмени предупреждението издадено от директора на АДФИ.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно уведомен, се явява лично и с адвокат К., като поддържа касационната жалба и моли решението да бъде отменено.

Ответникът – Директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), в съдебно заседание се представлява от юрк. М., която оспорва жалбата по съображения изложени в представени по делото писмени бележки. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура в съдебно заседание се представлява от прокурор К., която изразява становище за неоснователност на жалбата.

Административен съд София – град, Х. касационен състав, като се запозна с обжалваното съдебно решение, съобрази доводите и възраженията на страните и обсъди наведените касационни основания и тези по чл. 218, ал. 2 от АПК, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК, във вр. с чл. 63в от ЗАНН и от надлежна страна, която има право и интерес от обжалването, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Предмет на съдебен контрол в производството пред районния съд е Предупреждение, издадено от директора на АДФИ за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7, вр. чл. 116, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), с което жалбоподателят е бил предупреден писмено на основание чл. 28, ал. 1 от ЗАНН, че при извършване на друго административно нарушение от същия вид, представляващо маловажен случай, в едногодишен срок от влизането в сила на предупреждението, за това друго нарушение ще му бъде наложено административно.

Пред настоящата касационна инстанция не са представени нови писмени доказателства. Съобразно чл. 218 АПК касационната инстанция дължи произнасяне само относно наведените в жалбата касационни оплаквания, като следи служебно за валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон.

По делото безспорно е установено, че с решение № 3-1-2187/06.12.2018 г. касаторът – изпълнителен директор на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“, в качеството си на публичен възложител на обществени поръчки, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от

ЗОП е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на храни и напитки за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода, по обособени позиции, както следва: Обособена позиция № 1 „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториалните поделения Б. дол и С. на ДПФЗД“; Обособена позиция № 2 „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториалните поделения П., С., П. и С. 3. на ДПФЗД“; Обособена позиция № 3 „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториалните поделения Б., В. и С. на ДПФЗД“; Обособена позиция № 4 „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториалните В., П., Л. и Б. на ДПФЗД“, с прогнозната стойност на обществената поръчка - 12 913 223 лв. без ДДС. С Решение № 3-1-2450/05.04.2019 г. на възложителя е обявено класирането на участниците и определените за изпълнители по съответните обособени позиции: По обособена позиция № 1 за изпълнител е обявено Обединение „Доставка на храни ДПФЗД 2019“; - По обособена позиция № 2 за изпълнител е обявено „Панда И.П“ ЕООД; - По обособена позиция № 3 за изпълнител е обявено Обединение „Доставка на храни ДПФЗД 2019“; - По обособена позиция № 4 за изпълнител е обявено „Панда И.П“ ЕООД. С писмо № 1-4209-32 от 07.05.2019 г. определеният за изпълнител по обособени позиции № 1 и № 3 Обединение „Доставка на храни ДПФЗД 2019“, е уведомил възложителя, че е в невъзможност да изпълни условията на чл. 112, ал. 1, т. 3 от ЗОП, като представи определената гаранция за изпълнение на договора. С Решение № 3-1-2500/07.05.2019 г., на основание чл. 112, ал. 3 от ЗОП, във връзка с полученото уведомление от Обединение „Доставка на храни ДПФЗД 2019“, възложителят изменил т. 2 от Решение № 3-1-2450/05.04.2019 г. за избор на изпълнител в частта засягаща обособена позиция № 1 и обособена позиция № 3, като определил за изпълнител по посочените две обособени позиции участника класиран на второ място „Панда И.П“ ЕООД. В резултат на повредената процедура на 16.05.2019 г. бил сключен Договор № 1-4209-36/16.05.2019 г. между възложителя Държавно предприятие „Фонд затворно дело“, представлявано от касатора - изпълнителен директор и главения счетоводител и „Панда И.П“ ЕООД, [населено място] - изпълнител, с предмет „периодични доставки на храни и хранителни продукти за нуждите на ДПФЗД по Обособена позиция № 3 „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода, за нуждите на териториалните поделения В., Б. и С. на ДПФЗД, описани съгласно техническото предложение на изпълнителя /Приложения № 1/ и Ценово предложение на изпълнителя /Приложение № 2/, неразделна част от договора. Съгласно чл. 5 от договора мястото за доставка е: [населено място], [улица]; Затворническо общежитие Ж. към ТП Б.; Затворническо общежитие Д. към ТП Б.; [населено място], [улица]; Затворническо общежитие - Разделна, към ТП В. и [населено място],[жк]. Съгласно чл. 14 от договора, същият може да бъде изменян или допълван от страните при условията на чл. 116 от ЗОП. На 27.05.2019 г. бил сключен Анекс № 1 с рег. № 1-4209-36/17.06.2019 г., с който страните са се споразумели относно „Приложената справка за осреднените цени на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода, за нуждите на териториалните поделения Б. дол и С. при ДПФЗД, посочени в справка на САПИ към 15.05.2019 г., като в останалата си част договорът и приложенията към него остават непроменени. Уговорена била датата на

влизане в сила на Анекса - 16.05.2019 г. Неразделна част от анекс е приложение: 1. Приложение № 1 - Справка към САПИ ЕООД рег. № 1210/16.05.2019 г., с актуализирани цени по договор № 1-4209-36/16.05.2019 г., с предмет: „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода, за нуждите на териториални поделения В., Б. и С. при ДПФЗД“

На 30.08.2019 г. между страните бил сключен Анекс № 2 с рег. № 1-4209-84/30.08.2019 г., към договора за обществена поръчка, с който страните са уговорили в чл. 1, т. 1.1 от договора към териториалните поделения В., Б. и С. да се добавят териториалните поделения П., П. и С. 3. и в чл. 5, т. 5.1 от договора да се добавят места за доставка, затвори и затворнически общежития както следва: [населено място], затворническо общежитие С., П., С. 3. и затворническо общежитие КЦ Стомана. На 30.08.2019 г. между страните бил сключен втори Анекс № 2 със същия рег. № 1-4209-84/30.08.2019 г., със същото съдържание, като единственото допълнение в него е, че анексът влиза в сила от 01.09.2019 г. На 30.08.2019 г. между страните бил сключен и трети Анекс № 2 със същия рег. № 1-4209-84/30.08.2019 г., като страните са се уговорили, че в чл. 1, т. 1.1 от договора към териториалните поделения В., Б. и С. да се добавят териториалните поделения В., П., Б. и Л. и в чл. 5, т. 5.1 от договора да се добавят места за доставка, затвори и затворнически общежития както следва: [населено място], [населено място], [населено място], [населено място] и [населено място].

При тези данни проверяващите инспектори от АДФИ са констатирани, че касаторът И. Р. И. в качеството си на изпълнителен директор на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“ е подписал Анекс № 2 с рег. № 1-4209-84/30.08.2019 г. към договора за обществена поръчка, с който са добавени още пет места за доставка на храни и напитки в затвори и затворнически общежития както следва: [населено място], затворническо общежитие С., [населено място], П., С. 3. и затворническо общежитие КЦ Стомана, което квалифицирали като нарушение на разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с чл. 116 от ЗОП. Във връзка с горните констатации е съставен акт за установяване на административно нарушение (АУАН) № 11-01-1047/21.12.2021 г. на И. Р. И., като в законоустановения срок е постъпило възражение срещу него. Във възражението касаторът е посочил, че обособени позиции № 2 и № 4 са били обжалвани по отношение на класирането в процедурата, което е наложило с оглед недопускане на прекъсването на доставките в местата за лишаване от свобода да се сключат анекси към договорите за обществената поръчка. Посочил е, че съществуващите договори за доставки в териториалните поделения на В., П., Л., П., П. и С. 3. са били пред изчерпан финансов ресурс. Обяснил е, че подписаният от него първоначален Анекс № 2 с рег. № 1-4209-84/30.08.2019 г. е недействителен поради допуснати в него технически грешки, което е наложило изготвянето на втори със същия регистрационен номер, който е подписан г-н Д. „за изпълнителен директор“, съгласно негова заповед № 3-1-2755/30.08.2019 г., поради излизането му в отпуск. Посочва, че именно по този Анекс има доставки и заплащане от страна на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“, както и че правилно в АУАН е констатирано, че по първите два анекса № 2 няма доставки и плащане. Въз основа на АУАН е било издадено Предупреждение на основание чл. 28, ал. 1 от ЗАНН.

Районният съд е приел, че при съставянето на АУАН и издаването на Предупреждението не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да водят до отмяната на Предупреждението.

За да потвърди Предупреждението от фактическа страна съдът е приел за установено, че с добавените с анекс № 2 пет нови места за доставки на храна и напитки в областите П., С., П. и С. З., се въвеждат нови условия, които ако са били част от процедурата по възлагане на обществената поръчка, биха позволили допускането на нови участници. Мотивирал се е, че това изменение на договора е довело до полза за изпълнителя, който е получил допълнителни по обем поръчки и съответно по-голямо възнаграждение. От правна страна е приел, че със сключения анекс № 2, с рег. индекс № 1-4209-84/30.08.2019 г. към Договор № 1-4209-36/16.05.2019 г. между И. Р. И. в качеството му на изпълнителен директор на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“ и изпълнителя по договора „Панда И.П“ ЕООД е извършено съществено изменение на договора за обществена поръчка по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП.

От субективна страна районният съд е приел, че деянието е било извършено виновно, тъй като И. Р. И. съзнателно и знаейки клаузите на договора е подписал Анекс № 2 с рег. индекс № 1-4209-84/30.08.2019 г. в качеството му на изпълнителен директор на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“

При съвкупната преценка на всички факти и доказателства по делото настоящият съдебен състав намира, че обжалваното решение е постановено при правилно приложение на материалния закон.

Съгласно чл. 112, ал. 1 от ЗОП възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, като според ал. 6 на същата разпоредба възложителят сключва договора в едномесечен срок след влизането в сила на решението за определяне на изпълнител или на определението, с което е допуснато предварително изпълнение на това решение, но не преди изтичане на 14-дневен срок от уведомяването на заинтересованите кандидати и/или заинтересованите участници за решението за определяне на изпълнител. В ал. 4 на чл. 112 от ЗОП е предвидено, че договорът трябва да съответства на проекта на договор, приложен в документацията, допълнен с всички предложения от офертата на участника, въз основа на които последният е определен за изпълнител на поръчката, като промени в проекта на договор се допускат по изключение, когато е изпълнено условието по чл. 116, ал. 1, т. 7 и са наложени от обстоятелства, настъпили по време или след провеждане на процедурата. Съгласно разпоредбата на ал. 8 на чл. 112 от ЗОП възложителят няма право да сключи договор с определения изпълнител преди влизането в сила на всички решения по процедурата, освен когато е допуснато предварително изпълнение или когато процедурата е открита на основание чл. 79, ал. 1, т. 4, чл. 138, ал. 1, чл. 164, ал. 1, т. 3 или 4, или чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

В случая от представените по делото писмени доказателства Решение № 3-1-2450/05.04.2019 г. и Решение № 3-1-2500/07.05.2019 г. на възложителя на обществената поръчка и касатор в настоящето производство се установява, че и по четирите обособени позиции предмет на обществената поръчка за изпълнител е определено дружеството „Панда И.П“ ЕООД. Видно от решението за откриване на процедурата е, че предметът ѝ включва доставка на храни и напитки в местата за лишаване от свобода в четири обособени позиции, които включват следните поделения на местата за лишаване от свобода: Б. дол и С., П., С., П., С. З., Б., В. и С., В., П., Л. и Б.. Договорът за доставка на хранителни продукти от 16.05.2019 г. е сключен по обособена позиция № 3

“Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода, за нуждите на териториалните поделения В., Б. и С. при ДПФЗ с обща прогнозна стойност на доставките в размер на 1 515 674 лева без ДДС. Същевременно по делото има доказателства, че по жалба на „Нове Инженеринг“ ЕООД е обжалвано Решение № 3-1-2450/05.04.2019 г. на изпълнителния директор на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“ за класиране и определяне на изпълнител по обществената поръчката, в частта по обособени позиции № 2 и № 4, които включват териториалните поделения П., С., П. и С. 3., В., П., Л. и Б. на ДПФЗД и предвид забраната на чл. 112, ал. 8 от ЗОП, възложителят няма право да сключи договор за обществена поръчка за тези позиции. Със сключването анексите към Договор № 1-4209-36/16.05.2019 г., с които са добавени местата на доставките от позиции № 2 и № 4 от обществената поръчка се заобикаля изискването на чл. 112, ал. 8 от ЗОП възложителят да не сключи съответните договори за обособени позиции № 2 и № 4 с определения изпълнител до приключване на съдебното производство по обжалването им. Следователно в случая касаторът е нарушил разпоредбата на чл. 112 ал. 8 от ЗОП, която му забранява да сключи договор с определения изпълнител преди влизането в сила на всички решения по процедурата. Ето защо е правилен извода на районния съд, че със сключените анекси към договора за обществена поръчка, който е сключен единствено по обособена позиция № 3 от поръчката, са направени съществени изменения касаещи предмета му, изразяващи се в увеличение на доставките на храните и напитките, чрез добавяне нови места, и които изменения не са били част от обособена позиция № 3 на обществената поръчка. Ирелевантно се явява обстоятелството, че по процесния Анекс № 2 не се договарят цени, както и че няма изпълнение по него, тъй като същият е породил действие от момента на постигане на съгласието между страните, изразено в писмена форма.

По изложените съображения Административен съд София – град, X. касационен състав приема, че не са налице касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК за отмяната на решението на районния съд.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 63в от ЗАНН, Административен съд - София град, X. касационен състав,

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ в сила решение № 4142 от 03.11.2022 г., постановено по НАХД № 9135/2022 г., по описа на Софийския районен съд, НО, 99 -ти състав.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.

