

# РЕШЕНИЕ

№ 3590

гр. София, 27.06.2012 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД**, , в публично заседание на 08.06.2012 г. в следния състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:** Румяна Лилова

**ЧЛЕНОВЕ:** Деница Митрова

**Диляна Николова**

при участието на секретаря М. Велева и при участието на прокурора Близнакова, като разгледа дело номер **3959** по описа за **2012** година докладвано от съдия Румяна Лилова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - чл. 228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. второ от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба с вх. № 9161 от 12.04.2012 г. по описа на Административен съд София – град (АССГ), подадена от Държавно предприятие „Национална компания Железопътна инфраструктура”, срещу Съдебно решение от 15.03.2012 г., постановено от Софийския районен съд (СРС), Наказателно отделение, 11-ти състав по нахд № 320/2012 г. С последното е потвърдено изцяло Наказателно постановление № 11011030 от 14.12.2011 г. (НП), издадено от Т. П. П., на длъжност директор на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), с което наложена на Държавно предприятие „Национална Железопътна инфраструктура” имуществена санкция в размер на 15000,00 лв. за това, че на 11.01.2010 г. е одобрен протокол от същата дата, съдържащ решение на постоянно действащата работна група по координация и контрол за обект „Модернизация на ТП В. и изграждане на система за телеуправление S. I линия” за извършване на СМР за подобряване на състоянието на сградния фонд, разходите за които да бъдат като част от непредвидените разходи по договор № 2467/21:02.08 г с [фирма] за възлагане на обществена поръчка, без тези СМР да са част от този договор и без да са непредвидени СМР - нарушение по чл. 1 и чл. 15 от договора за възлагане на обществената поръчка, във вр. с чл. 43, ал. 1 от

Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Касаторът релюира касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 от Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК). Поддържа, че обжалваното съдебно решение е неправилно и незаконосъобразно поради нарушение на закона и по – конкретно на чл. 52, ал. 4 ЗАНН, чл. 52, ал. 1 ЗАНН, чл. 43, ал. 1 ЗОП и чл. 127, ал. 1 ЗОП. Нарушението на чл. 52, ал. 4 ЗАНН касаторът аргументира с това, че както актосъставителят, така и административнонаказващият орган (АНО) са направили своите изводи само въз основа на документи, без да са осъществили оглед на място с цел преценка характера или обема на работите. Оспорва също така възприетото становище от страна на районния съд, че срокът по чл. 52, ал. 1 ЗАНН е инструктивен. На следващо място, поддържа, че в решението си въззивният съд е направил неправилно тълкуване на условията на договор № 2467/21.02.2008 г. с [фирма] - чл. 15 от същия договор, във връзка с приложението на чл. 43 ЗОП. Излага, че техническото състояние на сградите, обект на непредвидените СМР, е констатирано в течение на изпълнението на договор № 2467/21.02.2008 г., в резултат на проведени СМР и на инсталиране на ново оборудване и инсталации. Именно в това се състои „непредвидеността” на тези СМР, чиято необходимост е установена едва с горепосочения протокол, а не в по-ранен момент. Сочи, че непредвидимостта следва да се преценява от гледна точка на изпълнението на конкретния договор, а не „по принцип”. Твърди, че причинно-следствената връзка между „Модернизация на ТП В.” и посочените с протокола от 11.01.2010 г. СМР не е взета под внимание от СРС, което го е довело до неправилни правни изводи, неправилно прилагане на чл. 43 ЗОП, както и до неправилно тълкуване на договор № 2467/21.02.2008 г. и документите към него. Наред с това, навежда и довод за нарушение на чл. 127, ал. 1 ЗОП, тъй като актът за установяване на административно нарушение (АУАН) № 11011030/30.06.2011 г. е издаден след установения преклузивен шестмесечен срок. По тези съображения касаторът моли отмяната на съдебното решение, предмет на касационна проверка, и отмяната на спорното НП.

В съдебното заседание касаторът се представлява от редовно упълномощен процесуален представител, който от негово име поддържа жалбата. По същество моли отмяната на обжалваното решение и потвърденото с него НП.

Ответникът по касационната жалба – АДФИ, се представлява от редовно упълномощен юрисконсулт, който от негово име оспорва жалбата. По същество моли обжалваното съдебно решение да бъде оставено в сила като правилно и законосъобразно.

Представителят на Софийската градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба. Моли обжалваното съдебно решение да бъде оставено в сила като правилно и законосъобразно.

След като се запозна с обжалваното съдебно решение, обсъди наведеното касационно основание и доводите на страните, Административен съд София – град, XII-ти касационен състав, след съвещание, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

По допустимостта на касационната жалба:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр.с чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН и от надлежна страна, която има право и интерес от обжалването, поради което е процесуално допустима и следва да бъде разгледана досежно нейната основателност.

По основателността на касационната жалба:

Разгледана по същество касационната жалба е основателна.

Касационният съд се произнася по наведените касационни оплаквания. Съгласно разпоредбата на чл. 218, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН, съдът следи и служебно за валидността, допустимостта и съответствието на съдебното решение, предмет на касационна проверка, с материалния закон.

Обжалваното съдебно решение е валидно и допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу НП № 11011030 от 14.12.2011 г., издадено от Т. П. П., на длъжност директор на АДФИ. Не са изтекли, както сроковете по чл. 34 ЗАНН, така и абсолютната погасителна давност за административнонаказателно преследване.

След обсъждане на събраните по делото писмени и гласни доказателства и доказателствени средства, въззивният съд е възприел за установена следната фактическа обстановка, въз основа на която е направил правния извод за законосъобразност на спорното НП и го е потвърдил, а именно: На 21.02.08 г е сключен договор за възлагане на обществена поръчка № 2467/21.02.08 г, по силата на който касаторът е възложил на [фирма] инженеринг-проектиране и строителство на обект „Модернизация на тягова подстанция В. и изграждане на система за телеуправление S. 1-ва линия”. Съгласно чл. 1 от договора, изпълнението ще бъде на седем етапа, първите четири от които, обследване на техническото състояние и изготвяне на работни проекти. Петият етап касае самото изпълнение, като първата фаза от него е „Извършване на СМР на гарови помещения, ТП В. и СП З., съгласно одобрените проекти по етапи II-IV”. В чл. 7, ал. 1 и т. 1.5.1 е предвидена цена за тези СМР в размер на 980000,00 лв., без ДДС. Съгласно чл. 15, ал. 1 от договора за непредвидени строителни и монтажни работи Възложителят допуска не повече от 10% от общата стойност по чл. 7, ал. 1, т. 1.5.1. С протокол от 11.01.2010 г са обективирани решенията, взети от Работната група по координация и контрол на обекта, предмет на горепосочения договор. Констатирано е, че работите по обекта са преустановени поради лоши атмосферни условия и неритмично финансиране. Изброени са дейностите, оставащи за изпълнение. Предложено е предвид лошото техническо състояние на сградния фонд (ПКМ и ТП В.) изпълнителят да предвиди и остойности видовете работи за подобряване на състоянието на сградите, като направените разходи да бъдат от непредвидените разходи по договора. Приложена е количествена сметка, касаеща основен ремонт на битовата сграда, топлата връзка и гараж дрезини (мазилки, шпакловки, боя, хидроизолации, ПВЦ прозорци, улуци и водосточни тръби, хидроизолации). Приложена е Обосновка относно необходимостта от извършване на непредвидените работи, в която е посочено, че те са необходими предвид лошото техническо състояние на сградния фонд, с оглед привеждане на обекта във вида, съответстващ на изцяло подмененото оборудване. Протоколът и количествената сметка са одобрени от представителя на касатора. С Акт образец 19 от 05.08.2010 г. са приети извършените СМР, като общата им стойност е 90210, 65 лв.

При така установеното от фактическа страна, въззивният съд е направил следните правни изводи: При съставянето на АУАН и издаването на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, ограничаващи правото на защита, които да обосновават отмяната на последното само на това основание. Изложил е съображения, че АУАН е съставен от оправомощено лице, а НП е издаден от компетентен орган. Районният съд е приел за неоснователни наведените от жалбоподателя - касатор доводи за допуснати процесуални нарушения поради нарушаването на чл. 52, ал. 1

ЗАНН, тъй като е счел, че този срок е инструктивен и неспазването му не може да доведе до извод за опорочаване на административна наказателното производство. На следващо място е посочил, че не е нарушен срокът по чл. 127, ал.1 ЗОП, тъй като е счел, че няма основание да се приеме, че нарушението е установено още в периода 10.11.2010 г. - 09.12 2010 г. Взел е становище, че правилно е приложен материалният закон. След като е съобразил чл. 43, ал. 1 ЗОП е изложил мотиви, че в процесната хипотеза е налице именно изменение по смисъла на чл. 43, ал. 1 ЗОП, доколкото страните са се съгласили да бъдат финансирани по реда на чл. 15 от договора СМР, които не отговарят на изискванията на този член - а именно не са „непредвидени”. Счел е, че необходимостта от тези СМР е съществувала или не още към момента на възлагане на обществената поръчка. Техническото състояние е било видимо и е можело още към този момент да се извърши преценката дали е необходим ремонтът им или не е необходим. Посочил е, че предвидените в чл. 1 т. V. 1 от договора са СМР на гарови помещения, не може да бъде финансиран по реда на чл. 15 от договора, който визира непредвидени разходи, възникнали в хода на извършване на вече договорените СМР. За неоснователни е счел развитите доводи в жалбата, че необходимостта от тези СМР е възникнала по време на изпълнение на договора, в резултат на проведени вече СМР, както и инсталирането на ново оборудване и инсталации. Мотивирал се е с това, че видно от естеството на извършените СМР се касае за цялостен ремонт на помещенията, което сочи, че необходимостта от този ремонт е били видима и очевидна още към момента на формулиране на предмета на обществената поръчка. Изложил е съображения, че чл. 15 от договора визира случаите, когато в хода на инсталирането на новите машини и съоръжения се установят такива скрити недостатъци в сградите, които биха попречили на нормалното им съхранение и функциониране и които не са могли да се установят по-рано, в който случай необходимите СМР ще имат качеството на „непредвидени”. Предвид това и като е отчел, че определената санкция е в минимален размер, въззивният съд е потвърдил спорното НП.

Административен съд София - град, XII-ти касационен състав, след съвещание, намира, че постановеното от районния съд съдебно решение е незаконосъобразно поради наличие на релевираното от касатора касационно основание – нарушение на закона. То тази причина то следва да бъде отменено. Отменено следва да бъде и спорното НП.

Настоящата касационна инстанция не е оправомощена да проверява фактическите констатации на съдебния акт, предмет на проверка от нея. Тя следва да се произнесе в пределите на възприетите за доказани от въззивния съд фактически положения и при спазване на забраната по чл. 220 АПК. Именно в тези рамки, в настоящия случай, съдът дължи произнасяне досежно съответствието на обжалваното решение с материалния закон, при проверката, която е длъжен да извърши съобразно наведения касационен довод и съгласно чл. 218, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН. Въз основа на фактите, установени от въззивния съд, касационната инстанция намира, че изводите му за законосъобразност на спорното НП са направени в противоречие със закона. Касационната жалба е основателна по следните съображения:

Настоящият касационен състав споделя изцяло направените в обжалвания съдебен акт правни изводи досежно наличието на материална компетентност на издателя на АУАН и спорното НП. Неправилна и незаконосъобразна е обаче, преценката на

райония съд, че от обективна страна касаторът е осъществил състава на административно нарушение, с което е нарушил чл. 43, ал. 1 ЗОП.

Съгласно чл. 43, ал. 1 ЗОП, в релевантната редакция към датата на сключването на договора от 2008 г. и протокола от 2010 г., страните по договор за обществена поръчка не могат да го изменят. Алинея втора на посочената разпоредба допуска изменение на сключен договор за обществена поръчка по изключение в две хипотези: 1. когато в резултат на непреодолима сила се налага промяна в сроковете на договора, или 2. при изменение на държавно регулирани цени или намаляване на договорените цени в интерес на възложителя. Редакцията на правната норма на чл. 43, ал. 2 ЗОП, към момента на подписването на протокола от 2010 г. предвижда, че изменение на сключен договор за обществена поръчка се допуска по изключение в три хипотези: 1. когато в резултат на непреодолима сила се налага промяна в сроковете на договора, или 2. при намаляване на договорените цени в интерес на възложителя, или 3. при изменение на държавно регулирани цени, когато основен предмет на договора за обществена поръчка е дейност, чиято цена е обект на държавно регулиране и срокът му на изпълнение е над 12 месеца.

Както се посочи по-горе, съобразно установеното от фактическа страна от въззивния съд, по което спор няма, с протокола от 11.01.2010 г. е предложено предвид лошото техническо състояние на сградния фонд (ПКМ и ТП В.), изпълнителят да предвиди и остойности видовете работи за подобряване на състоянието на сградите, като направените разходи да бъдат от непредвидените разходи по договора. В приложената обосновка относно необходимостта от извършване на непредвидените работи, респективно разходи, е посочено, че те са необходими предвид лошото техническо състояние на сградния фонд, с оглед привеждане на обекта във вида, съответстващ на изцяло подмененото оборудване. В редакцията на ЗОП към датата на сключване на договора през 2008 г., а и през 2010 г., няма легално определение на понятието „непредвидени разходи” и „непредвидени работи”. Несъмнено, това са такива, които не са били предвидими и не е могло да бъдат предвидени към момента на договарянето (2008 г.), но страните са предвидили, че могат да възникнат и евентуалната невъзможност да се покрият те, да попречи на изпълнението на договора докрай. Във всички случаи тези разходи следва да са свързани в преодоляване на възникнали в хода на работата препятствия по пътя към изпълнението на вече договорения предмет и постигане неговото изпълнение в цялост. Обстоятелствата, които ги налагат също така следва да носят характеристиката на непредвидимост и да стоят извън волята на страните по договора.

Предвид посочената по-горе правна регламентация и направените разсъждения, касационният съд приема, че възможните изменения на договора за възлагане на обществена поръчка по смисъла на чл. 43, ал. 2 ЗОП, в релевантната редакция, които могат да бъдат извършени законосъобразно, касаят следните негови елементи: 1. срок – когато се налага в резултат на непреодолима сила; 2. цена – когато е в интерес на възложителя и 3. цени – при изменение на държавно регулирани цени. Всяко друго изменение на елементите срок и цена ще обективира извършването на нарушение на чл. 43, ал. 1 ЗОП. Цитираната разпоредба, в относимата редакция не обсъжда изменение на предмета на договора за обществена поръчка чрез възлагане на нови дейности срещу допълнително заплащане. Няма и основание да се приеме, че възлагането на нова дейност срещу допълнително заплащане води на извод за настъпило изменение на вече договорени клаузи. По друг начин би стоял въпросът,

ако се касае за възлагане на нови дейности вместо вече договорени срещу допълнително възнаграждение или срещу вече договореното такова при сключването на договора по ЗОП.

От изложеното по-горе относно непредвидимите обстоятелства, които налагат непредвидими разходи, предварително заложи в договора като стойност, следва извод, че евентуалното им договаряне и извършване също не представлява изменение на договора. Това е предварително уговорена между страните възможност. При възникването на непредвидени обстоятелства, които се намират в причинна връзка с евентуалната невъзможност да продължи изпълнението на предмета на договора, без да се налага неговото изменение, се пристъпва към изпълнение на вече договорени клаузи с оглед елиминиране на нововъзникналите пречки. Такива нововъзникнали пречки с оглед цялостното изпълнение не се установява да са възникнали в спорната хипотеза. Непредвидимите разходи „са били необходими“ предвид лошото техническо състояние на сградния фонд, с оглед привеждане на обекта във вида, съответстващ на изцяло подмененото оборудване. В подписаните между страните протоколи не се съдържа констатация за друг вид нововъзникнало препятствие, което да е необходимо да се преодолее с оглед постигане цялостно изпълнение на договорените СМР. Следователно, не е налице основание тези разходи да се зачетат като непредвидими такива и да се заплатят по това перо.

Затова касационната инстанция приема, че възлагането на допълнителни дейности на изпълнителя по процесния договор за обществена поръчка от 2008 г. представлява сключване на нов договор през 2010 г. между същите страни. Това съглашение не представлява изменение на сключения по реда на ЗОП договор, като преценката досежно спазване на императивните законови изисквания при сключването на новия договор стои на различна плоскост и не е предмет на делото. Ето защо, предвид направения извод за липса на твърдяното изменение на клаузите относно предмет и цена на сключения през 2008 г. договор с протокола, подписан през 2010 г., настоящият състав на АССГ намира, че касаторът не е осъществил нарушение на чл. 43, ал.1 ЗОП. По тези съображения незаконосъобразно се явява ангажирането на безвиновната му отговорност за такова нарушение. Фактът, че този нов договор е обективиран във формата на протокол към договора от 2008 г., с който на изпълнителя се възлагат „непредвидени дейности“ не променя горните изводи по изложените вече съображения.

По гореизложените съображения и на осн. чл. 221, ал. 2, предл. второ АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН, Административен съд София - град, XII-ти касационен състав, след съвещание,

## **РЕШИ :**

**ОТМЕНЯ** Съдебно решение от 15.03.2012 г., постановено от Софийския районен съд, Наказателно отделение, 11-ти състав по нахд № 320/2012 г., с което е потвърдено изцяло Наказателно постановление № 11011030 от 14.12.2011 г., издадено от Т. П. П., на длъжност директор на Агенция за държавна финнасова инспекция, с което наложена на Държавно предприятие

„Национална Железопътна инфраструктура" имуществена санкция в размер на 15000,00 лв. за това, че на 11.01.2010 г. е одобрен протокол от същата дата, съдържащ решение на постоянно действащата работна група по координация и контрол за обект „Модернизация на ТП В. и изграждане на система за телеуправление S. I линия" за извършване на СМР за подобряване на състоянието на сградния фонд, разходите за които да бъдат като част от непредвидените разходи по договор № 2467/21:02.08 г с [фирма] за възлагане на обществена поръчка, без тези СМР да са част от този договор и без да са непредвидени СМР - нарушение по чл. 1 и чл. 15 от договора за възлагане на обществената поръчка, във вр. с чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

**ОТМЕНЯ** Наказателно постановление № 11011030 от 14.12.2011 г, издадено от Т. П. П., на длъжност директор на Агенция за държавна финнасова инспекция, с което наложена на Държавно предприятие „Национална Железопътна инфраструктура" имуществена санкция в размер на 15000,00 лв. за това, че на 11.01.2010 г. е одобрен протокол от същата дата, съдържащ решение на постоянно действащата работна група по координация и контрол за обект „Модернизация на ТП В. и изграждане на система за телеуправление S. I линия" за извършване на СМР за подобряване на състоянието на сградния фонд, разходите за които да бъдат като част от непредвидените разходи по договор № 2467/21:02.08 г с [фирма] за възлагане на обществена поръчка, без тези СМР да са част от този договор и без да са непредвидени СМР - нарушение по чл. 1 и чл. 15 от договора за възлагане на обществената поръчка, във вр. с чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:**

**ЧЛЕНОВЕ: 1.**

**2.**