

РЕШЕНИЕ

№ 4455

гр. София, 05.07.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.05.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Антоанета Аргирова

ЧЛЕНОВЕ: Петя Стоилова

Анастасия Хитова

при участието на секретаря Ива Лещарова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **3097** по описа за **2023** година докладвано от съдия Анастасия Хитова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - чл. 228 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, вр. с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба от И. И. Д. срещу Решение № 510/31.01.2023 г., постановено по НАХД № 9049/2022 г. по описа на Софийски районен съд. В касационната жалба са изложени доводи за нарушение на материалния закон - касационно основание по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 3 от Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК) във вр. с чл. 63в ЗАНН. Иска се отмяна на обжалваното решение и постановяване на друго по съществуващото на спора, с което да бъде отменено наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът се явява лично и поддържа жалбата.

Ответникът –директорът на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, се представлява от юк. Г., която оспорва жалбата. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение, че касационната жалба е неоснователна.

Административен съд София град, X. касационен състав, намира, че жалбата е подадена в срока по чл. 211 АПК от надлежна страна с правен интерес от оспорването, поради което е допустима. Разгледана по същество, същата е частично

основателна.

С обжалваното решение СРС е потвърдил Наказателно постановление /НП/ № 11-01-1013/13.06.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на И. И. Д. за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с чл. 116, ал. 5 от Закона за обществените поръчки /ЗОП, ред. ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г./ на основание чл. 255, ал. 3 във връзка с чл. 261, ал. 2 ЗОП е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лева.

За да постанови този резултат, от фактическа страна СРС установява следното:

С Решение № 3-1-2187/06.12.2018 г. И. Р. И. - изпълнителен директор на ДП „Фонд Затворно дело“ /ДПФЗД/, в качеството си на публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 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“. Прогнозната стойност на обществената поръчка била 12 913 223 лв. без ДДС.

С Решение № 3-1-2450/05.04.2019 г. са определени изпълнителите на обществената поръчка по обособени позиции № 1-4.

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“, уведомил възложителя, че е в невъзможност да изпълни условията на чл. 112, ал. 1, т. 3 ЗОП- да представи определената гаранция за изпълнение на договора.

С Решение № 3-1-2500/07.05.2019 г. на основание чл. 112, ал. 3 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 участникът, класиран на второ място - „Панда И.П“ ЕООД.

На 20.05.2019 г. бил сключен Договор № 1 - 4209-39/20.05.2019 г. между предприятие „Фонд Затворно дело“, представлявано от И. И. - изпълнителен директор и Бона И. - главен счетоводител, и „П. И.П“ ЕООД, представлявано от И. Н. П. в качеството му на управител - изпълнител. В чл. 14 от договора е посочено, че същият може да бъде изменян или допълван от страните при условията на чл.116 ЗОП.

Съгласно чл. 5 от договора местата на доставка били: [населено място], [улица]; Затворническо общежитие К. към ТП С.; Затворническо общежитие К. към ТП С.; [населено място] дол, ул. В. К.“ № 1; Затворническо общежитие - Самораново към ТП Б. дол.

Между страните е сключен Анекс № 1 с регистрационен № 1 - 4209 - 54/17.06.2019 г. В него не била вписана датата, на която е подписан, но до подписите на изпълнителния директор И. И. и на главния счетоводител Бона И. е вписана датата 27.05.2019 г.

Между страните е сключен Анекс № 2 с рег. индекс № 1 - 4209 – 52/14.06.2019 г. към договор № 1 - 4209 - 39/20.05.2019 г. за 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. В самия анекс не е вписана дата, на която е подписан, но под подписите на изпълнителния директор И. И. и на главния счетоводител Бона И. е вписана датата 28.05.2019 г.

Като основание за сключения анекс бил посочен чл.116, ал.1 т.7 ЗОП и чл.14 от Договора. С анекса страните се споразумели в Раздел IV, чл. 5, т.5.1 от договора да се добавят още два адреса за доставка, както следва: - Областна служба за изпълнение на наказанията, Арест бул. „Г.М.Д.“ № 42; Областна служба за изпълнение на наказанията, Арест бул. „Майор Г. В.“ № 2. В останалата си част договорът и приложенията към него остават непроменени.

До изпълнителния директор на ДПФЗД е изготвена докладна записка № 1-4209-85/30.08.2019 г. от главен експерт „обществени поръчки и търгове“, в която е посочено, че поради подадените жалби по процедурата на етап откриване на обществената поръчка и на етап избор на изпълнител, сроковете на действащите договори за доставка на храни и напитки са изтекли и са подписани анекси за удължаването им.

По договор № 1-2965- 30/07.03.2018 г. „Доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториални поделения В., П., Б. и Л. при ДПФЗД“, сключен с „Нове Инженеринг“ ЕООД, е посочено, че с анекс срокът му е удължен с шест месеца и е увеличена сумата по договора с 50 %, като срокът на анексирания договор изтича на 07.09.2019 г., разходваната сума е в размер на 1 880 065 лева, а по договор - 1 904 625 лева.

Посочено е, че конкретно по договор № 2966-69/27.03.2019 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 П., П. и С. 3. при ДПФЗД“, сключен с „Панда И.П“ ЕООД, е сключен анекс за удължаването му с шест месеца и увеличаване на сумата на доставки по договора с 50 %, като срокът на договора изтича на 27.09.2019 г., разходваната сума възлизала на 1 027 332 лева, по договор – 1 085 550 лева.

Предвид изложеното, е предложено да се сключи анекс към подписания договор за доставка на храни и напитки № 1 - 4209- 39/20.05.2019 г. за териториалните поделения в [населено място] дол и [населено място], в който да се добавят териториалните поделения в [населено място], [населено място], [населено място] и [населено място] като анексите се сключат със срок на действие до избор на изпълнител на обжалваната процедура.

Съгласно резолюция на изпълнителния директор на ДПФЗД от 30.08.2019 г. докладната записка е разпределена на И. И. Д. за изготвяне на анекса.

Поради това от И. И. Д. е изготвен Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-39/20.05.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г., с който на основание чл. 116, ал. 1, т. 7 ЗОП в раздел I, член 1, т. 1.1. от договора, към териториалните поделения С. и Б. дол се добавят териториални поделения В., П., Б. и Л., а в раздел IV, член 5, т. 5.1 се добавят конкретно изброени места за доставка, затвори и

затворнически общежития на териториите на [населено място], [населено място], [населено място], [населено място] и [населено място]. Анексът е подписан на 30.08.2019 г. от изпълнителния директор на ДПФЗД - И. Р. И. и управителя на „Панда - И.П.“ ЕООД.

Със заповед № 3-1-2755/30.08.2019 г. на изпълнителния директор на ДПФЗД е определено И. И. Д. да го замества за времето от 02.09.2019 г. до 16.09.2019 г., включително да изпълнява правомощията на възложител, като организира и възлага обществени поръчки, както и да замества изпълнителния директор с правата по чл. 26 ал. 1 т. 1, 2, 5 и 8 от Правилника за устройството и дейността на Държавно предприятие „Фонд затворно дело“.

На 02.09.2019 г. е установено, че в Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. е допусната техническа грешка при посочване териториалните поделения и местата за доставка. Изготвен е коригиран Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. за доставка на храни и напитки на едро за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода за нуждите на териториални поделения Б. дол и С. на ДПФЗД. В анекса е посочено, че в раздел I, член 1, т. 1.1. от договора към териториалните поделения С. и Б. дол се добавят териториални поделения П., П. и С. 3., а в раздел IV, член 5, т. 5.1 - че се добавят места за доставка, затвори и затворнически общежития, както следва:

- [населено място], ул. А. С.“ № 54;
- Затворническо общежитие С., местност Герзовица към ТП П.;
- [населено място], [улица];
- [населено място],[жк];
- Затворническо общежитие КЦ Стомана, [населено място] гора, [община].

Посочено е, че анексът влиза в сила от 02.09.2019 г. Анексът е подписан от И. И. Д. и от управителя на „Панда - И.П.“ ЕООД.

Финансовата инспекция е установила, че въз основа на сключения Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. на изпълнителя „Панда - И.П.“ ЕООД са изплатени 196 996,86 лв. с ДДС.

Контролните органи приемат, че с добавянето на още пет места за доставка, затвори и затворнически общежития, И. И. Д. е нарушил разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 7 вр. чл. 116, ал. 5 ЗОП, тъй като изменението на основния договор е съществено и не попада в хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 7 ЗОП. Поради това е съставен Акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № 11-01-1013/15.12.2021 г. Срещу АУАН на 17.12.2021 г. е постъпило възражение от Д., в което твърди, че изготвянето на анекса е изрично разпоредено от неговия работодател. Въз основа на АУАН е издадено процесното НП.

При така установената фактическа обстановка, съдът е приел, че в хода на административнонаказателното производство не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, нарушението е извършено виновно и правилно е приложен материалният закон.

Решението на СРС е неправилно.

Касационната инстанция възприема изцяло, съобразно чл. 220 АПК, вр. с чл. 63в ЗАНН, установената от СРС фактическа обстановка. Въззивният съд подробно е обсъдил представените с административнонаказателната преписка доказателства, изслушаните свидетелски показания и обстойно е анализирал приложимите

материалноправни норми.

Възраженията на касатора относно извършване на нарушението от обективна и субективна страна са подробно обсъдени от районния съд, като изводите му за тяхната неоснователност се споделят от касационната инстанция и не следва да бъдат преповтаряни. Възприемат се изводите на съда, че като е подписал на 02.09.2029 г. Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г., с който към основния договор са добавени още пет места за доставка, И. И. Д. е изменил съществено основния договор и виновно е нарушил чл. 116, ал. 1, т. 7, вр. чл. 116, ал. 5 ЗОП.

Съгласно чл. 116, ал. 5 ЗОП в относимата редакция, изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато са изпълнени едно или повече от следните условия: 1. изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; 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; 4. изпълнителят е заменен с нов извън случаите на ал. 1, т. 4.

Касационната инстанция счита, че осъщественото с Анекс № 3/ 30.08.2019 г., рег. № 1- 4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. изменение води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата и се засяга предмета на договора за обществена поръчка- налице са хипотезите на чл. 116, ал. 5, т. 2 и т. 3 ЗОП . Изменението на договора е довело до ползи за изпълнителя „Панда - И.П.“ ЕООД, който е получил допълнителен по обем поръчки и съответно по – голямо възнаграждение. По делото не е спорно, че въз основа на сключения Анекс № 3/30.08.2019г. на изпълнителя „Панда - И.П.“ ЕООД е изплатено възнаграждение в размер на 164 164, 05 лева без ДДС или 196 996, 86 лева с ДДС. Освен това именно с подписания от Д. Анекс № 3 от 30.08.2019г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. се изменя предмета на последния. Към него се добавят още 5 места за доставка при това извън териториалните поделения на ДП „Фонд затворно дело“ С. и Б. дол, за които първоначално се отнася договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. И. Д. може да бъде субект на нарушението предвид разпоредбата на чл. 7, ал. ал. 2 ЗОП и Заповед за заместване № 3-1-2755/30.08.2019 г. на изпълнителния директор на ДПФЗД. Настоящият касатор е заемал длъжността „главен юрисконсулт“ в ДПФЗД и като такъв е запознат с разпоредбите на ЗОП и с допустимите случаи на изменения на сключен договор за обществена поръчка, поради което е неоснователно твърдението, че е действал в изпълнение на неправомерна служебна заповед. Следва да се посочи, че дадената с резолюция от изпълнителния директор на ДПФЗД от 30.08.2019 г. служебна заповед е за изработване на анекс, а не за подписването му. Поради това правилно е ангажирана административнонаказателната И. Д. отговорност.

Касационната инстанция намира, че размерът на наложеното на нарушителя наказание е определен неправилно. Налице е отменително основание по чл. 348, ал. 1, т. 3 НПК. Съображенията за това са следните:

В НП като основание за налагане на наказанието е посочена разпоредбата на

чл. 255, ал. 3 ЗОП. Съгласно съдържанието ѝ, възложител, който измени договор за обществена поръчка, без да са налице основанията по чл. 116, ал. 1, се наказва с глоба в размер 1 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв. В НП не е посочено как е индивидуализиран размера на наложената на Д. глоба. В обстоятелствената част на НП е посочено, че прогнозната стойност на цялата обществената поръчка е 12 913 233 лева без ДДС, както и че въз основа на сключения Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. на изпълнителя „Панда - И.П.“ ЕООД са изплатени 196 996,86 лв. с ДДС. Само тези суми са отбелязани и в съдържанието на АУАН. За първи път в обжалваното решение районният съд посочва, че за основа при определяне на наказанието следва да се вземе стойността на договор рег. № 1-4209-39/20.05.2019 г., изменен с Анекс № 3 с рег. № 1-4209- 83/30.08.2019 г., в размер на 3 211 363 лева без ДДС или 3 853 635, 50 лева с ДДС.

Касационната инстанция не възприема този извод. В случая стойността на сключения от Д. анекс към договор възлиза на 196 996,86 лв. с ДДС. В санкционния акт административнонаказващият орган е посочил тази сума и на основание чл. 255, ал. 3 ЗОП, в съответствие с принципа *reformatio in pejus*, за определяне размера на наказанието следва да се вземе стойността на сключения Анекс № 3/30.08.2019 г., рег. № 1-4209-83/30.08.2019 г. към договор № 1-4209-39/20.05.2019 г. от 196 996,86 лв. с ДДС. Допуснато е нарушение на чл.57, ал.1, т.7 ЗАНН относно определянето на размера на наказанието, което не е основание за отмяна на НП, а за изменението му. Глобата следва да бъде определена в размер от 1970 лева.

По посочените съображения и на основание чл.221, ал.2 АПК е решението на СРС следва да бъде отменено и на основание чл. 222, ал.1 АПК – да се бъде постановено друго по същество на спора за изменение на НП.

Воден от гореизложеното, Административен съд София град, X. касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 510/31.01.2023 г., постановено по НАХД № 9049/2022 г. по описа на Софийски районен съд, в потвърдителната спрямо размера на наложеното административно наказание „глоба“ част, вместо което **ПОСТАНОВЯВА**:

ИЗМЕНЯ Наказателно постановление № 11-01-1013/13.06.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на И. И. Д. за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 във връзка с чл. 116, ал. 5 ЗОП на основание чл. 255, ал. 3 във връзка с чл. 261, ал. 2 ЗОП е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лева, като намалява глобата на 1970 /хиляда деветстотин и седемдесет/ лева.

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 510/31.01.2023 г., постановено по НАХД № 9049/2022 г. по описа на Софийски районен съд, в останалата част.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.