

РЕШЕНИЕ

№ 6195

гр. София, 29.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 01.10.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Катя Аспарухова

ЧЛЕНОВЕ: Мария Ситнилска

Елка Атанасова

при участието на секретаря Спасина Иванова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разглежда дело номер **5658** по описа за **2021** година докладвано от съдия Елка Атанасова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – чл. 228 от Административно процесуалния кодекс /АПК/ вр. чл. 63, ал.1, изр.2-ро от ЗАНН.

С решение № 20051511 от 24.02.2021г. по НАХД № 6114/2020 г. на Софийски районен съд, НО, 135 състав, е потвърдено Наказателно постановление № ЗОП-47 от 24.03.2020г., издадено от председател на Сметна палата на Република България, с което на Ф. Г. М., заемаща длъжността директор на Национален център по трансфузионна хематология към момента на извършване на нарушението, е наложено административно наказание „глоба” в размер на 3770, 73 лева, на основание чл.255, ал.3 вр. чл.260, ал.2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ за нарушение на разпоредбата на чл. 116, ал.1, т.5 от ЗОП .

Срещу постановеното решение, чрез пълномощник, е подадена касационна жалба от Ф. Г. М.. Наведени са доводи, че решението е неправилно, поради нарушение на материалния закон, съществено нарушение на съдопроизводствените правила и необоснованост. Твърди се, че неправилно и незаконосъобразно съставът на СРС е приел, че последващата промяна на срока на договора за обществена поръчка с допълнително споразумение, е съществено изменение на сключения договор, т.к. се въвежда по-дълъг срок за изпълнение, което от своя страна пък би довело до участие на допълнителни участници или би довело до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Твърди се, че районният съд не е извършил обективно, пълно

и всестранно изследване на всички обстоятелства по делото, в резултат на което е достигнал до погрешен фактически и правен извод, че с подписването на анекса за удължаване на срока на договора с два месеца, М. е нарушила разпоредбите на чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП, т.к. не е анализирал нито начина на определяне на срока за изпълнение на обществената поръчка, нито обявлението за същата, нито срока на обвързаност на офертата на спечелилия участник. Допълва се, че не са обсъдени и доказателствата за настъпилото непредвидимо обстоятелство - невъзможност на производителя да произведе и достави процесните медицински изделия до 29.12.2017г., за което е уведомен избрания за изпълнител по договора за обществена поръчка. По отношение на приетото за съществено изменение на договора за обществена поръчка със сключеното споразумение - в частта му по чл. (т).3.2., за уговорено 100 % авансово плащане на стойността на договора се излагат съображения, че авансовото плащане е извършено срещу представяне на безусловна и неотменима банкова гаранция, обезпечаваща 100 % от размера на авансовото плащане, която гаранция е в съответствие с нормата на чл.11 ал.3 от ЗОП. Моли решението да бъде отменено, като бъде постановено ново, с което наказателното постановление да бъде отменено, както и в условие на евентуалност - делото да бъде върнато за ново разглеждане от друг състав на Софийски районен съд

В съдебно заседание касаторът, редовно призован не се явява. Представява се от адв.Д., който поддържа жалбата. В позиция по същество моли за отмяне на решението на СРС, излагайки съображения за липса на нарушение, за съобразяване на хронограмата на провеждане на процедурата по ЗОП и сключване на договора за обществена поръчка, както и за обстоятелствата, свързани с необходимостта за усвояване на бюджетни средства до края на календарната година.

Ответникът – Сметна палата, се представлява от юрисконсулт Ю. Д., която оспорва жалбата и моли същата да бъде отхвърлена като неоснователна. Представя подробни писмени бележки в подкрепа на позицията си. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение в минимален размер.

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

По допустимостта на касационната жалба:

Административен съд София – град намира, че касационната жалба е допустима, като подадена от надлежна страна по смисъла на чл. 210, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, в преклузивния 14-дневен срок по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН и срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол.

По съществуването на касационната жалба:

Разгледана по същество - касационната жалба е основателна.

Между страните няма спор по фактите.

Така, в производството пред СРС е установено, че със Заповед № ОД-05-01-018/19.12.2018г. на Зам.председателя на Сметната палата е възложено извършването на одит за съответствие при управлението на публичните средства и дейности в Националния център по трансфузионна хематология, който да обхване периода от 01.01.2016 г. до 31.12.2017 г. В хода на одита е извършена проверка за изразходването на целеви средства за медицински изделия, при която е установено, че на 26.10.2017 г. е сключен договор за обществена поръчка № ОП -40-17 по обособена позиция № 3 на проведена открита процедура (УИН: 01016-2017-003) с предмет „Периодични доставки на медицински изделия за вземане, преработване и

съхраняване на кръв и кръвни съставки за нуждите на Центровете по трансфузионна хематология за 2017 година, групирани по 18 обособени позиции“. Процедурата по възлагане на обществената поръчка е открита с Решение № ОП- 111/07.04.2017 г. на директора на НЦТХ. Решението на възложителя е публикувано в Регистъра на обществените поръчки на Агенцията по обществени поръчки с уникален идентификационен номер 01016-2017-003.

С Решение № ОП -129/22.06.2017 г. за изпълнител на обособена позиция № 3 „Тройни пластмасови сакове за вземане на кръв CPD A1“е определено [фирма]-С.. Решението за избор на изпълнител е обжалвано през КЗК в частта му, относно обособени позиции № № 1, 3, 7 и 9. С Решение № 989/31.08.2017 г. на КЗК жалбата срещу Решение № ОП -129/22.06.2017 г. на директора на НЦТХ, в частта по обособени позиции № 1 и № 3 е оставена без уважение. Решението на КЗК е влязло в сила на 29.09.2017г., като след влизането му в сила, на 24.10.2017г., от заемащия към същата дата длъжността директор на НЦХТ – д-р Н. Н., е отправена покана до избрания за изпълнител изпълнител [фирма] за сключване на договор. С [фирма] е сключен договор № 40-17/26.10.2017 г. по обособена позиция № 3 от касационния жалбоподател - Ф. М., на стойност 314 227,62 лева без ДДС (377 073,14 лева с ДДС). Договорът е сключен за срок до 29.12.2017 г. или до изчерпване на стойността му, което от двете събития настъпи по –рано. В чл.3.2 от договора е уговорено заплащането да се извършва по банков път, след извършена доставка при условията на отложено плащане в срок до 60 дни, след представяне на оригиналната фактура, приемо – предавателни протоколи, опис, писмени заявки, сертификат за качество от производителя, декларации за съответствие и партиден сертификат.

С писмо от 06.11.2017г. производителят на пластмасови сакове за вземане на кръв CPD A1 – „JMS S. PTE L.“ уведомил изпълнителя [фирма], че срока за производство на продуктите по поръчката е 8-10 седмици, като поставил изискване за 100% авансово плащане. С писмо от 10.11.2017г. [фирма], прилагайки писмото на производителя на продукта, уведомил възложителя, че следва да бъде изменен договора за обществена поръчка и посочил предполагаем срок на доставка 31.01.2018г.

На 22.11.2017 г. с [фирма] е сключено допълнително споразумение към договор № 40-17/26.10.2017 г., с което крайният срок за изпълнение е изменен от 29.12.2017 г. на 28.02.2018 г., като договора е изменен и в частта по чл.3.2 относно договорените условия на плащане. Със споразумението, за изпълнителя се предвижда авансово плащане в размер на 100 % за срок до 30 дни след представяне на данъчна фактура и безусловна и неотменяема банкова гаранция, обезпечаваша 100% размера на авансовото плащане.

Сключеното допълнително споразумение е с посочено правно основание чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП (ДВ бр.13/2016 г.) – когато се налагат изменения, които не са съществени. Измененията, както вече бе посочено, са по инициатива на изпълнителя [фирма], въз основа на писма № 2811/13.10.2017 г. и № 2811/10.11.2017 г. до директора на НЦТХ.

При изложената фактическа обстановка контролният орган приел, че изменението на срока за изпълнение на обществената поръчка и изплащането на 100 % аванс на изпълнителя са съществени изменения на договора за обществена поръчка, поради наличието на условията по чл.116, ал.5, т.1 и т.2 от ЗОП. Приел, че удължения с два месеца срок за изпълнение на поръчката би привлякъл допълнителни участници, в случай, че това условие е било част от условията на процедурата, а изплащането на

100 % аванс по изпълнението на договора водело до ползи за изпълнителя, които не са известни на останалите участници в процедурата. Посочил, че извършените промени не са предвидени в документацията и договора за обществената поръчка чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи.

Според контролния орган в случая не са налице и непредвидени обстоятелства по смисъла на §2, т.27 от ДР на ЗОП, налагащи измененията в договора. Обжалването на решението за избор на изпълнител е обстоятелство, настъпило преди сключването на договора за обществена поръчка и не е непредвидено, нито непредвидимо по смисъла на чл.116, ал.1, т.3 от ЗОП.

При така направените констатации, проверяващият екип обосновал извод, че директорът на НЦТХ в качеството си на публичен възложител на обществени поръчки по чл.5, ал.2, т.14 от ЗОП, е извършил нарушение по чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП.

За резултатите от извършения одит на 17.05.2019 г. е съставен констативен протокол, препис от който е връчен срещу подпис на представители на одитирания обект.

За установеното и описано по –горе нарушение, св.М. А. М. – главен одитор съставил Акт за установяване на административно нарушение (АУАН) № ЗОП – 47/07.10.2019 г. Акта е съставен срещу Ф. Г. М. –директор на Националния център по трансфузионна хематология и публичен възложител по смисъла на чл.5, ал.2, т.14 от ЗОП, за извършено на 22.11.2017 г. в [населено място] нарушение по чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП.

Препис от акта е връчен лично на М. срещу подпис, в който същата отбелязала, че ще представи възражение. В срока по чл. 44, ал. 1 ЗАНН е постъпило писмено възражение с вх. № ЗОП-47/10.10.2019 г.

Въз основа на горепосочения акт, след като подаденото възражение е преценено като неоснователно, председателят на Сметна палата на Република България издал атакуваното НП № ЗОП - 47/24.03.2020 г. Със същото за извършеното нарушение по чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП на Ф. М. е наложено административно наказание „глоба” в размер на 3770,73 (три хиляди триста и седемдесет лв. и 0,73 ст.) лева, на основание чл.255, ал.3 от Закона за обществените поръчки /обн. ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г./.

Препис от наказателното постановление е връчен лично срещу подпис на Ф. Г. М. на 26.03.2020 г.

При така установената фактическа обстановка, СРС е приел, че при съставяне на АУАН и издаване на атакуваното НП е спазена изискуемата писмена форма и реквизити по смисъла на чл.42 и чл.57, ал.1 от ЗАНН. Посочил е, че АУАН и НП съдържат описание на нарушението, а обстоятелствата при извършването му са достатъчно конкретизирани, за да може санкционираното лице да разбере кое негово поведение е квалифицирано като административно нарушение. Налице било единство между изложените факти и дадената им правна квалификация, както и редовна процедура по връчването на АУАН и НП на М.. Според СРС не е допуснато нарушение на специалните срокове по чл.260, ал.1 от ЗОП, която норма предвижда по-продължителни срокове от тази на чл.34, ал.1 от ЗАНН, а именно 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършването на нарушението.

Районният съд е намерил, че атакуваното НП е законосъобразно и от материалноправна гледна точка, с оглед извода в решението, че М., в качеството ѝ на директор на НЦТХ и публичен възложител по смисъла на чл.5, ал.2, т.14 от ЗОП е

изменила договор за обществена поръчка № ОП-40-17/26.10.2017 г., като на 22.11.2017 г. е подписала допълнително споразумение към посочения договор, на основание чл.116, ал.1, т.5 от ЗОП, съгласно което първоначалният срок на договора за обществена поръчка е удължен с два месеца, при наличие на основанията по чл.116, ал.5, т.1 от ЗОП. Въззивният съд посочил, че крайният срок на изпълнение на договора за обществена поръчка е бил предварително обявен в обявлението и документацията на поръчката, като офертите на участниците са били изготвени съобразно това изискване на възложителя. Последващата промяна на срока с допълнителното споразумение е съществено изменение на сключения договор, тъй като се въвежда по –дълъг срок за изпълнение, което от своя страна пък би могло да доведе до участие на допълнителни участници или би довело до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. С посоченото допълнително споразумение е бил изменен и чл.3.2 от сключения договор относно договорените условия на плащане, при наличие на основанията по чл.116, ал.5, т.2 от ЗОП, като за изпълнителя се предвиждало авансово плащане в размер на 100 % за срок до 30 дни след представяне на данъчна фактура и безусловна и неотменяема банкова гаранция, обезпечаваща 100% размера на авансовото плащане, вместо първоначално уговореното заплащане, което следвало да се извършва по банков път, след извършена доставка при условията на отложено плащане в срок до 60 дни, след представяне на съответните документи –фактура, приемо –предавателни протоколи и др. Така уговореното 100% авансово плащане на стойността на договора въззивният съд приел, че е съществено изменение на сключения договор, същото е изцяло в интерес на изпълнителя и води до ползи за него, които първоначално не са били известни на останалите участници в процедурата.

С тези мотиви съставът на СРС е потвърдил издаденото наказателно постановление.

Касационната инстанция приема, че съдебният акт е постановен в несъответствие с материалния закон –касационно отменително основание по чл. 348, ал., т.1 от НПК.

Съгласно разпоредбата на чл. 116, ал.5 от ЗОП в приложимата редакция (обн. в ДВ бр.13/2016г.), изменението на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 5, когато са изпълнени едно или повече от следните условия по смисъла на ал. 1, т. 5:

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.

В случая, безспорно с подписаното допълнително споразумение е бил продължен срока на договора, както и е бил променен начинът на плащане-100% авансово, което не е било предвидено в първоначалния договор за поръчка.

Прието от административнонаказващия орган основание за съществено изменение на договора е по чл.116 ал.5 т.1 и т.2 от ЗОП. Приетото от органа първо основание, не попада в обхвата на точка 1 на алинея 5. С Допълнителното споразумение

определения срок за изпълнение на договора се удължава с два месеца. При преценката дали удължения срок на договора би могъл да има потенциал за привличане на допълнителни участници, съдът намира, че следва факта на удължаване на срока на договора да се цени в контекста на всички доказателства по делото.

Видно от документацията на процесната обществена поръчка при обявяването ѝ възложителят е поставил срок на изпълнение 29.12.2017 г. Съобразно документацията за участие в процедурата, срока на валидност на офертата е 4 месеца, считано от крайния срок за подаване на оферти – 15.05.2017г. т.е. до 15.09.2017г., при което самият възложител е приел, че процедурата следва да завърши в този срок и договор с избрания за изпълнител следва да се сключи не по-късно от 15.09.2017г. Поради това срока за изпълнение на договора, определен като фиксирана дата – 29.12.2017г. предвижда максимално 3 месеца и 14 дни. От този срок, към датата на сключване на договора с избрания изпълнител – 26.10.2017г., обективно са оставали 2 месеца и 3 дни, т.е. срока вече е бил с 1 месец и 11 дни по-кратък от първоначално предвидения от възложителя. При това положение единственият, който е бил поставен в условие за изпълнение на договора в съкратен срок е избраният за изпълнител, докато за останалите още 3 –ма участници в обществената поръчка за същата обособена позиция (които са отстранени и не са допуснати за участие, тъй като предлаганите изделия не отговарят на техническите изисквания – вж Решение № ОП-129/22.06.2017г. в част III) срокът на изпълнение на договора е бил 3 месеца и 14 дни. Поради това първата и втората хипотеза на чл.116 ал.5 т.1 от ЗОП „биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните“, вкл. оглед спецификата на предмета на обществената поръчка и отстраняването на останалите трима участници в процедурата, не е налице. Това е така и защото удължаването на срока на договора с процесното споразумение, в конкретния случай, не би могло да доведе до привличане на допълнителни участници, защото за всички потенциални участници срокът на договора – така, както е обявен в документацията (3 месеца и 14 дни) не се различава съществено от срока на договора, удължен с допълнителното споразумение (3 месеца и 28 дни). Това прави в конкретния случай необоснован извода на органа че допуснатото изменение на договора може да привлече допълнителни участници.

Последната хипотеза на чл.116 ал.5 т.1 от ЗОП свързана с „ приемане на оферта, различна от първоначално приетата“ също не е налице, доколкото срока за изпълнение на поръчката е бил заложен в документацията за участие и приложен еднакво спрямо всички участници на етап подаване

на оферти, следователно към момента на провеждане на процедурата и възлагането на обществената поръчка условията са били еднакви за всички кандидати.

В хода на изпълнението на поръчката съдът приема, че е възникнало обстоятелство, което първоинстанционният съд неправилно не е определил като "непредвидено" такова по смисъла на § 2, т. 27 от ДР на ЗОП. За бъдат квалифицирани като "непредвидени обстоятелства" по смисъла на посочената норма, същите следва да са възникнали след сключването на договора, да не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, да не са резултат от действие или бездействие на страните, но да правят невъзможно изпълнението при договорените условия. Необходимостта от време на производителя на изделията от 8-10 седмици, безспорно е обстоятелство, което не може да бъде предвидено, както от възложителя, така и от изпълнителя, вкл. и обстоятелството, че след сключване на договора за обществена поръчка на 26.10.2017г. производителя няма да разполага на склад с изделията, предмет на поръчката, за да може да ги достави на изпълнителя.

Именно възникването на последното непредвидено обстоятелство е направило невъзможно извършването на доставката по договора в срок и е наложило изменението му. Това удължаване на срока за изпълнение би било приложимо спрямо всеки един от останалите участници в процедурата. След като необходимостта от изменението е обусловена от непредвидено обстоятелство, доводите на административнонаказващия орган, че изменението засяга елементи на договора, които ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, или биха позволили допускането на други участници или кандидати или довели до приемане на оферта, различна от приетата, са неоснователни и в противоречие с фактите по делото и материалния закон.

В допълнение - видно от документацията за участие в процесната обществена поръчка, срокът не е посочен като критерий за възлагане, нито като критерий за подбор. Поради тази причина, по-дългият срок не би оказал влияние върху резултатите от процедурата, респ. не би могло да се говори за привличане на допълнителни участници към участие, допускане на по-широк кръг участници, които евентуално не са били допуснати поради предложението от тях по-дълъг срок, или за приемане на по-различна оферта. Всички тези правни последици биха били релевантни единствено, ако срока за изпълнение беше въведен от възложителя като критерий за възлагане, респ. критерий за подбор, какъвто не е настоящият случай.

Идентични съображения за наличието на „непредвидено обстоятелство“, довело до изменението на договора за обществена поръчка, са приложими и по отношение на изменението на чл.3.2 от договора и предвиденото 100% авансово плащане. Същото, както е безспорно установено, е изискано след сключване на договора от производителя на изделието и както възложителя, така и изпълнителя, обективно не е имало начин да го предвидят.

Предвид изложеното, като не е установил тази незаконосъобразност на изводите на административнонаказващия орган, въззивния съд е направил необоснован и в противоречие със закона извод.

Поради това и на основание чл. 221, ал. 2, изр.1 пр.2 АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1 ЗАНН, Административен съд София – град, XIX касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение № 20051511 от 24.02.2021г. по НАХД № 6114/2020г. на Софийски районен съд, НО, 135-ти състав, и вместо него постановява:

ОТМЕНЯ наказателно постановление № ЗОП-47/24.03.2020г., издадено председател на Сметна палата на Република България.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.