

# РЕШЕНИЕ

№ 1255

гр. София, 26.02.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ**, в публично заседание на 29.01.2021 г. в следния състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова**

**ЧЛЕНОВЕ: Камелия Стоянова**

**Калин Куманов**

при участието на секретаря Евелина Пеева и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **11928** по описа за **2020** година докладвано от съдия Калин Куманов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-228 от АПК във вр.чл.63 ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на И. Р. И. от [населено място],[жк], [жилищен адрес] ЕГН: [ЕГН], срещу Решение от 29.09.2020 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 17684/2019 г., потвърждаващо Наказателно постановление /НП/ № 11-01-97/18.09.2019 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на касационния жалбоподател в качеството му на Изпълнителен директор на ДП "Фонд затворно дело", за нарушение по чл.18, ал.1, т.8 във вр.с чл.20, ал.1, т.1, б."б" във вр.с чл.79, ал.1, т.4 от Закона за обществените поръчки /ред. ДВ, бр.34 от 03.05.2016 г./, е наложено административно наказание – глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.250 във вр.с чл.361, ал.2 от ЗОП /ред. ДВ, бр.34 от 03.05.2016 г./.

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, като постановен в нарушение на материалния закон. Касаторът твърди, че е било необходимо да извърши неотложни действия по възлагане на обществената поръчка при условията на "договаряне без предварително обявление", като не е било възможно да бъдат спазени сроковете за провеждане на редовна обществена поръчка, защото в противен случай би се затруднило упражняването на нормативно установената му дейност по чл.37 и чл.38 от Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража. Настоява, че спирането на

снабдяването на обектите в местата за лишаване от свобода би пречило дейността на ДП "Фонд затворно дело", регламентирана в ЗИНЗС, а от друга би застрашило живота и здравето на лицата, поради ограничената възможност за осигуряване на стоките по друг начин. Изтъква, че прекъсването на доставките в лавките в местата за лишаване от свобода би довело до изключително напрежение сред обитаваните ги лица, които могат да прераснат в бунтове, стачки, неподчинение, което представлява изключително обстоятелство по смисъла на § 2, т.17 от ДР на ЗОП, като лишаването на затворниците от конкретните видове стоки би довело до нарушаване на техните права. Подчертава, че предвид обжалването на проведените процедури единственото законосъобразно действие от негова страна е било да осигури доставки в лавките в затворите чрез провеждане на процедурата по реда на чл.79, ал.1, т.4 ЗОП. В с.з. касаторът се явява лично и с адв.К., моли за отмяна на касираното решение и за отмяна на НП № 11-01-97/18.09.2019 г. Представя писмени бележки с подробни съображения.

Ответникът - АДФИ, чрез процесуалния си представител юк.Г. оспорва касационната жалба, моли за отхвърляне на касационната жалба и за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП дава заключение за основателност на касационната жалба и моли тя да бъде уважена.

Административен съд-София град, след като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, приема следното:

Касационната инстанция на основание чл.220 АПК приема за доказани и установени фактите, изложени от Софийския районен съд.

Със заповед № ФК-10-1188/30.11.2018 г. Директорът на АДФИ възложил на финансов инспектор при АДФИ и негови колеги извършването на финансова инспекция на ДП "Фонд затворно дело" по законосъобразност относно избора на вида процедури за възлагане на обществени поръчки за доставка на храни от ДП "ФЗД".

ДП "ФЗД" е създадено за управление на дейностите, свързани с подобряване на условията за изпълнение на наказанието лишаване от свобода, чийто органи на управление са: министърът на правосъдието, управителен съвет и изпълнителен директор. Съгласно чл.37 ЗИНЗС ДП "ФЗД" осъществява управление на дейностите, свързани с подобряване на условията за изпълнение на наказанията, има статут на държавно предприятие по смисъла на чл.62, ал.3 от Търговския закон, като извършва други стопански дейности, които подпомагат, съпътстват или допълват основния му предмет на дейност. Предприятието е юридическо лице със седалище в [населено място] и териториални поделения в затворите и се ръководи и представлява от изпълнителния директор – жалбоподателят и настоящ касатор И., от 19.05.2015 г.

С Решение № 3-1-538/23.08.2016 г. касационният жалбоподател е открил процедура за възлагане на ОП, чрез "договаряне без предварително обявление" по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП, с предмет: "Доставка на хранителни и нехранителни стоки за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода", по обособени позиции, както следва: Позиция № 1 – "Доставка на храни и напитки"; Позиция №2 – "Доставка на тютюневи изделия"; Позиция №3 – "Доставка на нехранителни продукти"; Позиция №4 – "Доставка на перилни, почистващи и дезинфекционни препарати и домакински пособия"; Позиция №5 – "Доставка на месо месни продукти и риба за нуждите на териториалното поделение" /за ТП Б., ТП Б. и ТП С./, с прогнозна стойност 9 179 711 лв. без ДДС.

В мотивите към ОП е посочено, че доставките от хранителни и нехранителни стоки за

търговските обекти (лавки) в местата за лишаване се извършват от [фирма] за затворите [населено място], [населено място] дол, [населено място], [населено място], [населено място], [населено място], [населено място], [населено място], [населено място] и [населено място], а от [фирма] - за затворите [населено място], [населено място] и [населено място]. Договорите са били сключени без провеждане на процедура за възлагане на ОП, като ориентировъчната им стойност надвишава 10 млн. лв. без ДДС. Договорите са били сключени в периода от 01.10.2014 г. до 31.08.2016 г., като в тях са констатирани нарушения, относно това, че цените на доставките не са променени от изпълнителите по същите, пропорционално на увеличението или намалението на цената на съответния хранителен продукт, определена въз основа на официално удостоверение от статистически представителна и променяща се във времето цена на продукта, определена от "САПИ" или друг независим наблюдател. Доставките са извършвани по цени, определяни едностранно от доставчиците, без да се прилагат условията на договора и спазване на принципа на определяемите цени, който гарантира пазарния им измерител. Прекомерно високите цени и нарушението на законовите разпоредби са довели до генериране на незаконосъобразни разходи и нарушаване на обществения интерес и интереса на лишените от свобода. По договорите е констатирано многократно неспазване срока на доставка. С оглед на това ДП"ФЗД" е стартирало две процедури на договаряне без обявление по реда на чл.90, ал.1, т.4 ЗОП /отм./, открити с Решение № 3-670/03.12.2015 г. и Решение № 3-671/03.12.2015 г. за избор на изпълнител за доставки на хранителни и нехранителни стоки за лавките и бюфетите в местата за лишаване от свобода, по обособени позиции, за затворите в [населено място] и [населено място], при наличието на "изключителни обстоятелства" по смисъла на § 1, т.8 ЗОП /отм./, потвърдени с решение № 39/27.01.2016 г. по преписка № К.-719/2015 г. на Комисията за защита на конкуренцията и Решение № 6982 от 10.06.2016 г. на Върховния административен съд. Понастоящем и по двете процедури няма избран изпълнител, тъй като са в процес на обжалване. Успоредно с тези договаряния, през м.февруари и началото на м.март 2016 г. ДП"ФЗД" е открило общо 13 процедури за доставка на хранителни и нехранителни стоки за лавките и бюфетите в местата за лишаване от свобода, по обособени позиции за всички ТП и ЗО към ДП"ФЗД". След откриването им по всички процедури са постъпили жалби с искане за налагане на временна мяра "спиране" на процедурата, подадени от фирми, които не са подали документи, а единствено са обжалвали. С тези действия е възпрепятстван изборът на изпълнител за доставка на продуктите в местата за лишаване от свобода, което е предпоставка да не може да се прекратят договорите с [фирма] и "С. 1 Е.. При прекъсване процеса по доставка на определено регламентирани потребности на лицата, лишени от свобода, има реална опасност от създаване на размирици в затворите (бунтове, неподчинение, неизпълнение на трудови задължения, жалби до омбудсмана, президента и премиера, както и жалби до министъра на правосъдието, омбудсман в търсене на законово регламентирани им права). Дейността по осигуряване на съответните хранителни и нехранителни продукти за търговски обекти в местата за лишаване от свобода е част от основните задължения на ДП"ФЗД". Съгласно чл.38, ал.1 ЗИНЗС предприятието осъществява дейността си чрез приходи от стопанска дейност и други дейности, насочени към планиране и управление на процесите, свързани с подобряване на условията на труд, чрез оптимизиране на стопанската дейност, която е източник за финансиране на средства за подобряване на условията. Стопанската дейност,

извършена от лишените от свобода в условията на пазарна конкуренция, дава възможност за увеличаване на заетостта и нивото на ресоциализация, включваща професионално-техническата подготовка на лишените от свобода. Посочените обстоятелства обективно нарушават нормалното изпълнение на нормативно установени дейности на възложителя, а именно управление на дейностите, свързани с подобряване на условията за изпълнение на наказанията съгласно чл.37, ал.1 ЗИНЗС, попадащи в хипотезата на § 1, т.8 ЗОП. С оглед непрекъсваемостта на доставките на хранителни и нехранителни стоки за лавки и бюфети в затворите и поправителни домове към ДП"ФЗД" и за задоволяване на определени нормативно регламентирани потребности на лицата лишени от свобода, следва да се предприемат действия по неотложно възлагане на поръчката, поради изключителни обстоятелства, увреждащи обществения ред, водещи до нарушение на нормалното изпълнение на нормативно установени дейности на възложителя, за което се прилага редът на чл.79, ал.1, т.4 ЗОП.

В резултат на проведена процедура "договаряне без предварително обявление" с Решение № 3-1-546/29.08.2016 г. са били определени за изпълнители: По обособена позиция №1 "Доставка на храни и напитки" – [фирма], с който е сключен договор № 1-1426-38/14.09.2016 г. на стойност 3 719 063,27 лв. без ДДС, и по обособена позиция №2 "Доставка на тютюневи изделия" – [фирма], с който е сключен договор № 1-1426-34/13.09.2016 г. на стойност 4 782 404 лв. без ДДС.

С Решение № 3-1-547/29.08.2016 г. ДП"ФЗД" е прекратило процедурата по обособена позиция №3 – "Доставка на нехранителни продукти" и Позиция №4 – "Доставка на перилни, почистващи и дезинфекционни препарати и домакински пособия" на основание чл.110, ал.1, т.1 ЗОП, и по Позиция №5 – "Доставка на месо месни продукти и риба за нуждите на териториалното поделение" /за ТП Б., ТП Б. и ТП С./ на основание чл.110, ал.1, т.2 ЗОП.

С Решение № 3-670/03.12.2015 г. и Решение № 3-671/03.12.2015 г. е била обявена процедура за обществена поръчка за избор на изпълнител за доставки на хранителни и нехранителни стоки за лавките и бюфетите в местата за лишаване от свобода по обособени позиции за затворите в [населено място] и [населено място], потвърдени с решения на К. и ВАС.

През м.февруари и м.март 2016 г. ДП"ФЗД" е открило процедури за доставка на хранителни и нехранителни стоки за лавките и бюфетите в местата за лишаване от свобода, по обособени позиции за всички 13 ТП към ДП"ФЗД", по които са постъпили жалби за налагане на временна мярка „спиране " на процедурата.

Със Заповед № ЛС-04-602/04.04.2014 г. на Зам.министъра на правосъдието е утвърден списък на разрешените вещи и предмети, които лишените от свобода могат да държат и ползват, ведно със списък "Разрешени лични вещи, предмети и хранителни продукти, които могат да получават, ползват и държат при себе си или на определените за целта места лишените от свобода, изтърпяващи наказание в затворите, поправителните домове и затворническите общежития", в това число - лични вещи, предмети и хранителни продукти, общо 67 групи артикули. В утвърдения списък са указани 15 групи артикули, които следва да бъдат закупувани от лавките в местата за лишаване от свобода.

При проверка в профила на купувача в публикуваната в интернет документация за участие в процесната обществена поръчка, вкл. техническа спецификация и образци на оферти за обособените позиции, контролните органи на АДФИ са установили, че

възложителят е ключил в нея стоки, доставката на които не обосновава спешност - баклава, топинг шоколад, гел за коса, запалка, тиксо, полиращ препарат за мебели, микрофибърни кърпи, пилешки дробчета, ролца от раци и др. Направен е извод, че видът и характерът на възлаганите доставки не се характеризират със спешност или неотложност поради изключителни обстоятелства, тъй като те не са свързани с упражняване правото на безплатна храна на лишените от свобода по чл.84, ал.2, т.1 ЗИНЗС. Не е обосновавана спешна необходимост от доставката на хранителни и нехранителни продукти, извън определените 15 групи артикули, съгласно заповедта на зам.министъра и утвърдения списък, които следва да бъдат закупувани от лавките и бюфетите, намиращи се в местата за лишаване от свобода. Проверяващите са приели, че не е налице хипотеза на необходимост от предприемане на неотложни действия, породени от настъпване на събитие от извънреден характер, което съществено да затруднява нормалното изпълнение на нормативно установените дейности на ДП"ФЗД".

За така установеното на 21.03.2019 г. срещу касационния жалбоподател е съставен АУАН, в който нарушението е квалифицирано по чл.18, ал.1 т.8 във вр.с чл.20, ал.1, т.1, б."б" във вр.с чл.79, ал.1, т.4 ЗОП. В срока по чл.44 ал.1 ЗАНН е било депозирано писмено възражение.

След обсъждане на твърденията в подаденото възражение на 18.09.2019 г. Директорът на АДФИ е издал оспореното пред СРС Наказателно постановление № 11-01-97/18.09.2019 г. за това, че на 23.08.2016 г., в [населено място], в качеството си на изпълнителен директор на ДП"ФЗД" - възложител по чл.5, ал.2, т.14 от Закона за обществените поръчки, с Решение № 3-1-538/23.08.2016 г. е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 от ЗОП „договаряне без предварително обявление" с посочено в решението правно основание чл.79, ал.1, т.4 от ЗОП за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Доставка на хранителни и нехранителни стоки за лавки и бюфети в местата за лишаване от свобода", по обособени позиции, както следва: Позиция № 1 – "Доставка на храни и напитки"; Позиция №2 – "Доставка на тютюневи изделия"; Позиция №3 – "Доставка на нехранителни продукти"; Позиция №4 – "Доставка на перилни, почистващи и дезинфекционни препарати и домакински пособия"; Позиция №5 – "Доставка на месо месни продукти и риба за нуждите на териториалното поделение" /за ТП Б., ТП Б. и ТП С./, без да са били налице условията, посочени в чл.79, ал.1, т.4 от ЗОП.

За да потвърди обжалваното постановление, Софийският районен съд е приел, че нарушението е безспорно доказано, като от субективна страна същото е извършено при форма на вината непредпазливост по смисъла на чл.11, ал.3 от НК, в нейната разновидност небрежност.

Касационната инстанция споделя изводите на СРС за доказаност на виновно извършеното нарушение.

В постановения за разглеждане случай е изтекла абсолютната давност за административно-наказателно преследване на деянието. Абсолютната погасителна давност е регламентирана в чл.81, ал.3 НК, като съответно тя е четири години и половина за административни нарушения от момента на извършването им съобразно изменението на чл.80, ал.1, т.5 НК (ред., ДВ., бр.26 от 06.04.2010 г.). Нарушението е извършено на 23.08.2016 г. и абсолютната давност за него е изтекла на 23.02.2021 г.

По силата на препращането в чл.11 ЗАНН по въпросите на вината, вменяемостта, обстоятелствата, изключващи отговорността, формите на съучастие, приготвянето

и опита, доколкото в ЗАНН не е предвидено друго, се прилагат разпоредбите на НК. В ЗАНН няма изрична уредба за съдебната фаза на административнонаказателното производство и в този случай се прилагат разпоредбите за давността и абсолютната давност в НК.

Давността представлява определен в закона период от време, с изтичането на който държавата губи правото си да осъществи наказателно преследване или да изпълни наложено наказание. За давността съдът е длъжен да следи служебно. С изтичането на давностния срок титулярът на правото губи предоставената му от закона възможност да го осъществи чрез използване на държавна принуда. В наказателното, респ. в административнонаказателното правоотношение, правомощията на държавата се осъществяват само по принудителен ред, който при това е точно регламентиран от гледна точка на държавни органи, които ги осъществяват и от гледна точка на възможните техни действия. Принудителният характер на тези правомощия изключва възможността за доброволно изпълнение на каквото и да било от страна на дееца. Както наказателната, така и административнонаказателната отговорност, е немислима без принудата. Ето защо погасяването на възможността да се упражнява принудително дадено право е равнозначно на погасяване на самото право.

В зависимост от това кое право на държавата се погасява, са налице два вида наказателноправна давност - изключваща правото да се осъществи наказателно преследване, и давност, която погасява правото на държавата да изпълни наложено наказание.

Давността, погасяваща наказателното преследване, е уредена в чл.80 и чл.81 НК и погасява правото на държавата да възбуди наказателно преследване. Според разпоредбата на чл.80, ал.1 НК наказателното преследване се изключва по давност, когато то не е възбудено в продължение на посочените в т. 1-5 срокове. Правната същност на погасяването се изразява в изключване на възможността държавата да осъществи наказателно преследване или да изпълни наложено наказание поради предвидени в закона фактически положения или поради последвала амнистия. Иначе казано, тя губи тези свои права. Юридическият факт, който влече изключване на наказателното преследване, е бездействието на държавата в лицето на нейните компетентни органи през посочените периоди от време.

Разпоредбата на чл.79 НК предвижда, че наказателното преследване се изключва, когато е изтекла предвидената в закона давност. Съобразно чл.80, ал.1, т.5 от същия кодекс наказателното преследване се изключва по давност, когато то не е възбудено в продължение на три години за всички други наказания, с изключение на тези по предходните точки на същата алинея. В нормата на чл.81, ал.3 НК е предвидена абсолютна давност, с изтичането на която, макар да е било образувано производство, отговорността се погасява, ако е изтекъл срок, който надвишава с една втора срока по предходния член. Съгласно правилото на чл.80, ал.3 НК давността за наложената глоба е 3 години, а абсолютната давност, изключваща отговорността на нарушителя, е четири години и половина, която е изтекла.

Ето защо съдебното решение, с което е потвърдено Наказателно постановление № 11-01-97/18.09.2019 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция следва да бъде отменено и заедно с него да бъде отменено и посоченото наказателно постановление.

С оглед изхода на спора на ответника не се дължат претендираните от него разноски. Касационният жалбоподател не е предявил претенция за разноски и Съдът не дължи произнасяне по този въпрос.

Така мотивиран, и на основание чл.222, ал.1 от АПК във вр.с чл.63, ал.1, изр.2 от ЗАНН, Съдът

**Р Е Ш И :**

**ОТМЕНЯ** Решение от 29.09.2020 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 17684/2019 г., и вместо него **ПОСТАНОВЯВА**:

**ОТМЕНЯ** Наказателно постановление № 11-01-97/18.09.2019 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на И. Р. И. от [населено място],[жк],[жилищен адрес] ЕГН: [ЕГН], е наложено административно наказание – глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.250 във вр.с чл.361, ал.2 от ЗОП /ред. ДВ, бр.34 от 03.05.2016 г./.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:1.

2.