

# РЕШЕНИЕ

№ 1787

гр. София, 19.03.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, V КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,**  
в публично заседание на 19.02.2021 г. в следния състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Горелски**

**ЧЛЕНОВЕ: Антони Йорданов**

**Димитрина Петрова**

при участието на секретаря Илияна Янева и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **11642** по описа за **2020** година докладвано от съдия Пламен Горелски, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е касационно, проведено по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс, вр. чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания.

Образувано е по касационна жалба от адвокат – пълномощник на председателя на Българската академия на науките - Ю. П. Р., против Решение от 23.10.2020 г., постановено по НАХД № 87/20 г., по описа на Софийския районен съд, НО, 111<sup>-ти</sup> състав, с което е потвърдено издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция **НАКАЗАТЕЛНО ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 11-01-304/21.11.2019 г.** С постановлението, на касатора, в качеството му на възложител на обществена поръчка, на основание чл. 255, ал. 3 от Закона за обществените поръчки е наложено административно наказание „глоба“, в размер на 1 925,48 лв., за нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 с.з. – сключил Допълнително споразумение № ДД-1-А-2/ 28.11.2017 г., към Договор № ДД-1/12.01.2017 г. с [фирма], като стойността на 1 мегават/час активна електрическа енергия е увеличена от 67,12 лв. (без ДДС), на 73,83 лв. (без ДДС).

С касационната жалба се твърди неправилност и необоснованост на съдебното решение, както и допуснати съществени процесуални нарушения. Тези квалификации са обосновани с доводи, за: необсъждане на всички документи и възражения; промяната на цената бил в полза на възложителя – БАН, в съответствие с т. 5 от ценовата оферта от документацията на обществената поръчка; отказ на въззивния съд

да назначи съдебнотехническа експертиза; на лице са основания, случаят да бъде определен като маловажен, по смисъла на чл. 28 ЗАНН.

В съдебно заседание адвокатът на касатора поддържа жалбата и искането за отмяна на въззивното решение.

Ответникът, посредством юрисконсулт оспорва жалбата и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Прокурорът от Софийска градска прокуратура дава заключение за правилност и законосъобразност на въззивното решение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. – ГРАД, след като прецени приложените по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, съобразно чл. 218 от АПК, приема за установено следното.

Касационната жалба е подадена в срока, определен в чл. 211, ал. 1 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН от надлежна страна и е процесуално допустима. Според разпоредбата на чл. 218 АПК касационният съд е обвързан с посочените в жалбата пороци на решението, а за валидността, допустимостта и съответствието му с материалния закон следи служебно. Доводи за нищожност и недопустимост на обжалваното решение не са наведени от касационния жалбоподател и Съдът не открива при извършената служебна проверка наличието на такива основания.

След проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка, касаторът Р. - председател на БАН сключил като възложител Договор № ДД-1/12.01.2017 г. с [фирма], с предмет: доставка на определени количества активна електрическа енергия“, със срок на действие – до 30.06.2019 г., прогнозна цена на договора – 160 457, 41 лева (без ДДС) и предложена от изпълнителя цена от 67, 12 лева за мегават/час. Именно предвид тази цена, явяваща се най-ниска, според заложения за обществената поръчка критерии, е избран изпълнителят. С вече цитираното Допълнително споразумение № ДД-1-А-2/28.11.2017 г. към договора, възложителят се съгласил, стойността на 1 мегават/час активна електрическа енергия да бъде увеличена от 67,12 лв. (без ДДС), на 73,83 лв. (без ДДС), след като изпълнителят предложил тази промяна, позовавайки се на „промени на пазара на електрическа енергия и регулаторна среда, значително увеличаване на цената на производители...“. Въззивният съд е възприел доводите на наказващия административен орган, като е приел, че отговорността на касатора е ангажирана законосъобразно и правилно.

Въззивното съдебно решение е неправилно.

Разпоредбите на чл. 116 ЗОП регламентират хипотезите, при осъществяването на които е допустимо договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат бъдат изменяни. Съответно, санкционната норма на чл. 255, ал. 3 с.з. предвижда глоба за възложител, който измени договор за обществена поръчка или рамково споразумение, без да са налице основанията по чл. 116, ал. 1. За процесния случай директорът на АДФИ, предвид мотивите на НП № 11-01-304/21.11.2019 г. е приел, че като е сключил Допълнително споразумение № ДД-1-А-2/ 28.11.2017 г., към Договор № ДД-1/12.01.2017 г. с [фирма] касаторът – председател на БАН „е нарушил разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП“, т.е., причините да бъде увеличена стойността на 1 мегават/час активна електрическа енергия не представлява, по смисъла на разпоредбата „обстоятелство, което при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди“. С други думи спорът е, дали обстоятелствата (промяна на пазарната конюнктура на цените на ел. енергия), предложени от изпълнителя и приети от възложителя като основателни, са такива, които възложителят не е могъл да

предвиди.

Несъмнено председателят на БАН, като представляващ публично-правна организация (както е прието и с НП) е публичен възложител на обществени поръчки (чл. 5, ал. 1, т. 14 ЗОП), но не секторен, по смисъла на ал. 4 на чл. 5. Алинея втора на чл. 116 допуска, „ако се налага увеличение на цената, то да не надхвърля с повече от 50 на сто стойността на основния договор или рамковото споразумение“.

Според легалното определение (§ 2, т. 27 ДР ЗОП) „непредвидени обстоятелства“ са обстоятелства, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия“. Цената на активната електрическа енергия, като стока подлежи на промяна и регулиране от КЕВР (Наредба № 1/14.03.2017 г.). Макар да са въведени обективни критерии и да са определени методи за регулиране, цената е динамична категория и според настоящия състав на касационния съд величината ѝ не може да бъде предвидена (прогнозирана) за бъдещ период от време, от страна на възложител на обществена поръчка. Именно поради това изборът на изпълнител по критерии „най-ниска цена“ се явява правилен, с оглед евентуална необходимост от актуализиране на цената за мегават/час. Като твърди с наказателното постановление обратното, наказващият административен орган е длъжал да обоснове (установи): каква е била цената към момента на избиране изпълнителя на поръчката, която възложителят е бил длъжен да предвиди; как възложителят е следвало да определи цената, така че да предвиди за периода на договора (две години) изменението ѝ.

С оглед изложеното и предвид легалната дефиниция за „непредвидени обстоятелства“ следва да бъде прието, че по отношение Договор № ДД-1/12.01.2017 г. с [фирма], с предмет: доставка на определени количества активна електрическа енергия“ са съществували нови обстоятелства, които председателят на БАН - Ю. Р., като възложител не е могъл да предвиди, въпреки че е положил дължимата грижа.

При тълкуване на понятието „дължима грижа“ (чл. 116, ал. 1, т. 3 ЗОП) следва да бъде взето предвид и съображение (109) от Директива 2014/24/ЕС на ЕП и на Съвета, от 26.02.2014 г., за обществените поръчки, според което: „Възможно е възлагащите органи да бъдат изправени пред външни обстоятелства, които не са могли да предвидят, когато са възлагали поръчката, по-специално когато изпълнението ѝ обхваща дълъг период от време. В тези случаи е необходима известна степен на гъвкавост за адаптиране на поръчката към тези обстоятелства без провеждането на нова процедура за възлагане на обществена поръчка. Понятието за непредвидени обстоятелства се отнася за обстоятелства, които не биха могли да бъдат предвидени въпреки достатъчно надлежната подготовка на първоначалното възлагане на поръчка от възлагащия орган при отчитане на наличните средства, естеството и характеристиките на конкретния проект, добрите практики в съответната област и необходимостта да се осигури подходящо съотношение между ресурсите, изразходвани за подготовката на възлагането на поръчката, и нейната предвидена стойност“. Несключването на процесното допълнително споразумение би означавало възложителят да проведе нова процедура, което би довело до съответните затруднения, свързани с доставките на активна електрическа енергия.

Като е достигнал до различни правни изводи съставът на въззивния съд е постановил неправилно решение, което подлежи на отмяна.

Искането за присъждане на адвокатско възнаграждение, направено с жалбата, следва

да бъде оставено без уважение, тъй като пред настоящата инстанция и пред въззивния съд не са представени доказателства за платено от касатора вознаграждение на адвокат М. П., за която е представено по делото на СРС (л. 15) само пълномощно. Предвид изложеното и на основание чл. 222, ал. 1 и чл. 221, ал. 2 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изречение второ ЗАНН, Административен съд София - град, V<sup>-ти</sup> касационен състав

**Р Е Ш И:**

**ОТМЕНЯ** Решение от 23.10.2020 г., по НАХД № 87/20 г. на Софийски районен съд, НО, 111<sup>-ти</sup> състав **И ВМЕСТО НЕГО ПОСТАНОВЯВА:**

**ОТМЕНЯ** издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция **НАКАЗАТЕЛНО ПОСТАНОВЛЕНИЕ** № 11-01-304/21.11.2019 г.

Касационното решение е окончателно, и не подлежи на обжалване и на протест.