

РЕШЕНИЕ

№ 6015

гр. София, 12.11.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, V КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в
публично заседание на 12.10.2012 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Горелски

ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева

Юлия Тодорова

при участието на секретаря Камелия Миладинова и при участието на
прокурора Вергов, като разгледа дело номер **5981** по описа за **2012** 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 З. Д. Р., срещу Решение без дата, на Софийския
районен съд, НО, 97^{-ми} състав, по НАХД № 8998/2011 г., с което е потвърдено
издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция
Наказателно постановление № 11011743 ²⁰¹⁰/22.02.2011 г. С него, на касатора Р., в
качеството ѝ на главен директор на Главна дирекция „Европейски фондове и
международни програми и проекти” (ГД „ЕФМПП”) при Министерството на труда и
социалната политика и ръководител на Програма „ФАР” е наложено административно
наказание „глоба”, в размер на 3 000 лева, на основание чл. 129, ал. 1, предл. второ, вр.
чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

В съдебното заседание касаторът се явява лични и поддържа жалбата си, с която
обосновава наличие на касационно основание, по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1, вр. ал.
2 НПК, като счита, че: не е извършил нарушение; районният съд не е обсъдил
аргументите му; АУАН и НП не отговарят на изискванията за форма и съдържание,
установени в ЗАНН.

Ответникът не е представляван и не е изразил становище.

Прокурорът при Софийска градска прокуратура дава заключение за правилност и

законосъобразност на решението.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ – ГРАД в настоящия касационен състав, като прецени приложените по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, съобразно чл. 218 АПК, намира 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 е процесуално допустима. По същество е основателна.

Предвид разпоредбата на чл. 218, ал. 1 АПК касационната инстанция е обвързана с посочените в жалбата пороци на решението. За валидността, допустимостта и съответствието му с материалния закон касационният съд следи служебно. Доводи за нищожност и недопустимост на обжалваното решение не са наведени и Съдът, след извършената служебна проверка не открива наличието на такива основания.

Районният съд, като е описал изключително подробно съдържанието на наказателното постановление е обосновал изводи за неговата законосъобразност, както от формална страна, така и по отношение приложението на материалния закон.

К. съд намира решението за неправилно. Заключение изводи на въззивния съд са необосновани и не съответстват на обективно установените факти и обстоятелства.

Административнонаказателната отговорност на касатора З. Р. е ангажирана за това, че като главен директор на Главна дирекция „Европейски фондове и международни програми и проекти“, при Министерството на труда и социалната политика, и ръководител на програма „ФАР“ е приела Предложение за промяна, № 1/01.09.2009 г., по Договор № РД04/170, от 28.11.2008 г., сключен между МТСП като възложител на обществена поръчка и [фирма] – изпълнител. Предметът на договора е свързан с извършване на „ремонтно-възстановителни работи по проект BG 2006/018-343.10.01 “Развитие на човешките ресурси и насърчаване на заетостта” (трета фаза” и касае ремонт на девет професионални гимназии, посочени в договора. Общата стойност на ремонтно-възстановителните работи (РВР) е определена в чл. 3, ал. 1 на сумата от 445 348 лева, а за така наречените „непредвидени разходи” са определени 35 627 лева, представляващи 8 % от стойността. С ал. 3 на чл. 3 е уговорено, „всички видове непредвидени РВР, наложили се по време на изпълнението на договора да се разплащат на база предварително одобрение от страна на Възложителя и след представяне на анализи, съставени на база ценообразуващите показатели от офертата...”. В хода на изпълнението на поръчката, с писмо вх. № BG 2006/018-343.10.04/2, от 09.09.2009 г. старши програмният ръководител Ц. Г. представила пред ръководителя на програмата – касатора Р. Предложение за промяна, № 1.01.09.2009 г., за обект: „Професионална гимназия по транспорт „Г. Д.”, [населено място]. В това предложение е уточнено, че: „разходите ще се обезпечат от сумата за непредвидените работи по договора – СМР, които са по договор, но с променени количества”. В предложението, под формата на таблица с общо единадесет колони са посочени видовете дейности, стойностите, вкл. стойността на дейностите, които да отпаднат, за сметка на други. Накрая е изчислено, че предвидените по договора разходи ще се увеличат със 116 109 лева, но пък ще отпаднат дейности за 81 748 лева, т.е. разликата от 34 360 лева да бъде изплатена от сумата за непредвидени разходи. Предложението за промяна е прието от З. Р. и е подписано от нея на 10.09.2009 г. Това предложение е възприето от контролен орган на АДФИ като изменение на договора за изпълнение на обществената поръчка, № РД04/170, от 28.11.2008 г., в нарушение на забраната, установена с чл. 43, ал. 1 ЗОП и срещу Р. е съставен АУАН, въз основа на

който е издадено оспореното НП.

Съставът на въззивния съд, след като е описал фактическата обстановка, така както е отразената в НП, от своя страна е приел, че като е подписала предложението за промяна, № 1/01.09.2009 г. жалбоподателя е допуснала промяна на договора за обществена поръчка, без да са налице условията на чл. 43, ал. 2 ЗОП.

Решението е постановено в резултат на неправилно прилагане на относимите материалноправни разпоредби на специалния закон – ЗОП.

Нормата на чл. 43, ал. 1 ЗОП не позволява на страните по договор за обществена поръчка да го изменят, но ал. 2 предвижда хипотези, при които това все пак е възможно. Така въведеното ограничаване на свободата на договаряне, като основен принцип в облигационните правоотношения е продиктувано от дефинираната в чл. 1 от ЗОП цел. Изменение на договора следва да се разбира в смисъл на променяне на негови клаузи – предмет, цена, срок на изпълнение, начин на плащане и пр., като по този начин съществено се изменят първоначално обявените условия към всички участници в процедурата за избор на изпълнител, в по – благоприятна посока. В процесния случай, според касационния съд, предвид съдържанието на Предложение за промяна, № 1.01.09.2009 г. е налице хипотезата на чл. 43, ал. 2, т. 1, б. „б” ЗОП - частична замяна на дейности от предмета на поръчка за строителство, която (промяната) е в интерес на възложителя и не води до увеличаване стойността на договора. Това е така, защото, видно, както от обясненията на касатора, така и от съдържащите се в преписката писмени доказателства (нареждане за промяна) промените са били наложени от непредвидени обстоятелства – разрушена при монтажа мазилка в степен, по-голяма от обичайната, поради „много лошо състояние”; „лошо и нехигиенично състояние на старата мазилка в тоалетните помещения; ел. инсталация в лошо техническо състояние; прогнила покривна ламарина и др. Възникването на такива, непредвидени предварително „усложнения” е обичайно, когато се касае за стари сгради. Освен това, очевидно е, че разходите за извършване на допълнителните дейности съответстват като стойност на непредвидените разходи, уговорени с чл. 3 от договора, при положение, че от друга страна са били намалени с 81 748 лева предварително предвидените разходи за ремонта, са сметка на „отпаднали количества СМР”. В административнонаказателната преписка не се съдържат данни и ответникът не твърди неизпълнение на договора или лошо изпълнение, от страна на фирмата, извършила ремонта. Следва да се приеме, че с одобряването и подписването на предложението за промяна е било постигнато рационално изпълнение на уговорените ремонтно-възстановителни работи. На практика това предложение за промяна не е довело до нарушаване условията на договора за обществена поръчка и не може да бъде прието да е бил „заобиколен” ЗОП и като резултат да са нарушени изискванията за ефективно изразходване на средства за дейност с обществено значение. Подписването от касатора Р. на Предложение за промяна, № 1.01.09.2009 г. е оправдано и от гледна точка на Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, от 31 март 2004 г., относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, предвид текста на чл. 61. Според нормата е допустимо, в отклонение от формалните правила: „допълнително строителство, което не е включено в първоначално разглеждания концесионен проект или в първоначалния договор, но което, поради непредвидени обстоятелства е станало необходимо за изпълнение на строителството и когато не може технически или икономически да бъде отделено от първоначалния договор, без това да предизвика

големи неудобства на възлагащите органи, или когато това строителство, макар и отделимо от първоначалния договор, е абсолютно необходимо за неговото завършване”. Неотменимо обаче е изискването, „сумарната стойност на договорите, възложени за допълнително строителство” да не надвишава 50 % от сумата на първоначалния строеж (разбирай – договора за изпълнение на обществена поръчка).

Като е потвърдил с формални мотиви наказателното постановление въззивният съд е постановил неправилно решение, което подлежи на отмяна, заедно с постановлението.

Мотивиран от изложените съображения и на основание чл. 222, ал. 1, чл. 221, ал. 2, предл. 2 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изречение второ ЗАНН, Административен съд София - град, V^{ти} касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение без дата, по НАХД № 8998/2011 г. по описа на Софийския районен съд, НО, 97^{-ми} състав и ВМЕСТО НЕГО ПОСТАНОВЯВА:

ОТМЕНЯ издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция Наказателно постановление № 11011743²⁰¹⁰/22.02.2011 г.

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

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.:

2.: