

РЕШЕНИЕ

№ 26

гр. Раднево, 08.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – РАДНЕВО в публично заседание на единадесети март през две хиляди двадесет и четвърта година в следния състав:

Председател: Р.П.

при участието на секретаря И.Д.С.

като разгледа докладваното от Р.П. Административно наказателно дело № 20245520200037 по описа за 2024 година

Производството е на основание чл.59 и сл. от ЗАНН, във връзка са чл.255, ал.3 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/, вр. чл.116, ал.1, т.3 ЗОП.

Обжалвано е наказателно постановление №11-01-793/2022/03.04.2023 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, с което на жалбоподателя А. П. А. е наложена глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл. 255, ал.3 във вр. с чл. 257 във вр. с чл. 261, ал. 2 от ЗОП. За констатираното нарушение е съставен акт за установяване на административно нарушение №11-01-793/05.10.2022 г. от Н. Т. Д. на длъжност държавен финансов инспектор в присъствието на свидетелите Г. М. М., Г. Й. Й..

Жалбоподателят оспорва констатацията на АНО, че не била положена дължимата грижа, като се навеждат възражения, обосноваващи обективни, неизвестни към момента на сключване на договора причини, обусловили подписването на посоченото споразумение, както и се спори, че с увеличаване на срока не бил променен предмета на договора. Изложени са и твърдения, че административнонаказващият орган е нарушил разпоредбата на чл.57, ал.1, т.5 от ЗАНН, като не е описал пълно и непротиворечиво нарушението.

От съда се иска в случай, че приеме, че описаното в АУАН и НП нарушение е извършено, да приложи разпоредбата на чл.28 ЗАНН, като се твърди, че прогнозната стойност на първоначалния договор не била достигната, поради което нямало съществени последици от увеличението на срока на договора с един месец.

Моли наказателното постановление да бъде отменено изцяло като незаконосъобразно. Претендира разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят А. П. А., не се явява, не се представлява. Постъпило е писмено становище, с което заявява, че поддържа изцяло депозираната въззивна жалба и моли да бъдат разпитани като свидетели И. Н. Н. и Е. П. К., които да отговорят на конкретно поставени въпроси.

Въззивникът - Агенцията за държавна финансова инспекция София, чрез юрисконсулт С. твърдят, че наказателното постановление е законосъобразно и правилно и молят съда да го потвърди. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

С оглед събраните по делото доказателства и представените такива с административнонаказателната преписка, съдът прие за установено от фактическа страна следното:

В АУАН и НП се твърди, че на 07.05.2021г., А. А. - изпълнителен директор на „****“ ЕАД и секторен възложител по чл. 5, ал. 4, т. 1 от ЗОП е изменил договор за обществена поръчка № 890/30.10.2019 г. /рег.№ ТО-26/24.01.2020 г./ без да са налице обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят да не е можел да предвиди и въз основа на които да е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора, в нарушение на чл. 116, ал.1, т. 3 от ЗОП.

Административнонаказващият орган е приел, че с гореустановеното деяние е нарушен чл. 116, ал. 1, т. 3 от Закона за обществените поръчки, във връзка с чл.147 от ЗОП /обн. ДВ, бр. 13/2016 г., в сила от 15.04.2016г.изм. и доп. ДВ. бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г. /.

„Мини Марица-изток“ ЕАД попада в обхвата на държавната финансова инспекция, като търговско дружество с блокираща квота държавно участие в капитала по смисъла на чл. 4, т. 3 от Закона за държавната финансова инспекция /ЗДФИ/. Единоличен собственик на капитала на дружеството е „Български енергиен холдинг“ (БЕХ) ЕАД, което от своя страна е собственост на Българската държава, чрез министъра на енергетиката. „Мини Марица-изток“ ЕАД е еднолично акционерно дружество със 100% държавно имущество и е образувано със Заповед № 84/10.06.1993 г. на председателя на Комитета по енергетика.

Съгласно т. 42 на § 2 от ДР на ЗОП /обн. ДВ, бр. 13/2016 г., в сила от 15.04.2016 г., ... изм. ДВ. бр. 105/2018г./ „Мини Марица-изток“ ЕАД е „публично предприятие“ предвид упражняваното доминиращо влияние на БЕХ ЕАД, което от своя страна е собственост на Българската държава, чрез министъра на енергетиката - публичен възложител на основание чл. 5, ал. 2, т. 4 от ЗОП.

На основание чл. 5, ал. 4, т. 1 от ЗОП изпълнителният директор на дружеството е „секторен възложител“, в качеството си на представляващ публичното предприятие, извършващо секторна дейност, съгласно чл. 123, т.

5, във връзка с чл. 128, т. 3 от закона - експлоатация на географска област, дейност свързана с проучвания за или добив на въглища или други твърди горива.

„Мини Марица-изток” ЕАД се представлява от изпълнителните директори - А. П. А. - до 10.01.2022 г., Тодор Димчев Т. - до 30.01.2022 г. и И.М.Ч. - към настоящия момент.

По време на финансовата инспекция, възложена със заповед № ФК-10-457/30.05.2022 г., изменена със заповеди № ФК-10-524/21.06.2022 г. и № ФК-10-782/15.09.2022 г. на директора на АДФИ се установи, че с Решение № 143/10.10.2019 г. на А. П. А. - изпълнителен директор на дружеството е открил процедура за възлагане на обществена поръчка - договаряне без предварителна покана за участие с предмет: „Доставка на дизелово гориво 10 ppm“, възложена на основание чл. 138, ал. 1, във вр. с чл. 79, ал. 1, т. 7 от ЗОП. Посоченото от възложителя основание за откриване на процедурата изисква предметът на поръчката да е доставка на стока - дизелово гориво, включена в списъка на стоки по чл. 79, ал. 1, т. 7 от ЗОП, съгласно Постановление на Министерски съвет № 191/29.07.2016 г., изменено с ПМС 347/08.12.2016 г., обнародвано в ДВ. бр. 99/13.12.2016 година.

В резултат на процедурата, на 30.10.2019 г., на сесия на „Софийска стокова борса“ АД /ССБ/ е сключен договор за обществена поръчка - Борсов договор № 890, регистриран в „****“ ЕАД с № ТО-26/24.01.2020 г., с изпълнител „****“ ЕООД. Стоката, предмет на договора е описана в приложената спецификация, а именно: 5918618 л. дизелово гориво 10 ppm, с единична цена 1 623 лв. / хил. лева на обща стойност 9 605 917.01 лв. без ДДС. Срокът на изпълнение на договора е 12 месеца, или до достигане на общото количество, в зависимост от това кое от двете събития настъпи по-рано и започва да тече след изрично писмено уведомление от страна на купувача до продавача. В договора е посочено, че ако до 10.05.2020 г. купувачът не е изпратил уведомление, срокът започва да тече от 11.05.2020 година.

Предмета на Борсов договор № 890/30.10.2019 г. е доставка на 5 918 618 литра дизелово гориво 10 ppm за срок от 12 месеца.

За начало на изпълнение на договора се счита 11.05.2020 г., когато е издадена първата Поръчка за доставка с № 4500252561/11.05.2020 година.

В договореният 12 месечен срок или от 11.05.2020 г. до 10.05.2021 г. е доставено 5 783 239 л. гориво, на стойност 7 518 019.68 лв. без ДДС, или 9 021 623.81 лв. с ДДС, което е фактурирано с 260 бр. фактури /първата с № *****/11.05.2020 г. и последната с № 0000490072/07.05.2021 година./ В случая, към 10.05.2021 г. договореното количество от 5 918 618 л, дизелово гориво 10 ppm не е доставено, но срока на договора е изтекъл, т.к. са изтекли 12 месеца от началото му и в случая договора се прекратява с изтичане на договорения срок.

С доклад с вх. № 3365/29.04.2021 г., М.Д. - ръководител „ПТ“ в

дружеството уведомява възложителя, че с цел обезпечаване на текущите нужди на клоновете на „***“ ЕАД за нормално изпълнение на производствените процеси, предлага да се сключи допълнително споразумение към действащия договор, като срокът бъде увеличен с 1 (един) месец за финализиране на нова процедура за доставка на дизелово гориво, необходимо допълнително количество - 300 000 л. с обща стойност 500 000 лв. без ДДС.

Пред възложителя е представено и становище на И. Н. – и.д. ръководител „Правна служба“, в което е посочено, че „****“ ЕАД е предприело нужните правни и фактически действия за доставка на дизелово гориво, но поради независещи от възложителя непредвидени обстоятелства, а именно липса на насрещни котировки на борсата, заявката следва да се прекрати и да се изпрати нова.

В съдебно заседание бе допуснат до разпит И. Н., който пред съда заяви, че в дружеството било поставено в крайна необходимост, поради липсата на насрещни котировки и нямало как да останат без дизелово гориво, поради което се наложило да сключат допълнително споразумение, за да се достави гориво в кратък срок.

В съдебно заседание бе допуснат до разпит и Е. П. К., който към момента на констатиране на нарушението, както и преди това е изпълнявал качеството на ръководител отдел „Търговски“ в „***“ ЕАД. При разпита си той заяви, че от 2004 г. до настоящия момент всички доставки на дизелово гориво се извършват чрез борсата и до този случай не е имало друг с липса на насрещни котировки.

В хода на съдебното следствие бяха разпитани актосъставителя и свидетелите по акта, които потвърдиха изложената в АУАН и НП фактическа обстановка.

При така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е процесуално допустима, подадена е в срок от надлежна страна, в установения от закона 14-дневен срок от връчване на НП, срещу акт, подлежащ на съдебен контрол и пред надлежния съд – по местоизвършване на твърдяното нарушение. Поради това същата е допустима и следва да бъде разгледана по същество.

Наказателното постановление е издадено от компетентен орган – директора на АДФИ при спазване на неговата материална и териториална компетентност.

По делото страните не спорят, че жалбоподателя има качеството на възложител, така както е посочено и в акта и в наказателното постановление, не спорят и по факта, че със Споразумение № 1/07.05.2021 г. е направено изменение на Борсов договор № 890/30.10.2019 г. /рег.№ ТО-26/24.01.2020 г./, а именно: увеличаването на количеството на доставеното гориво с 300 000 литра.

Настоящата съдебна инстанция не споделя наведените възражения на жалбоподателя, поради следните обстоятелства:

Разпоредбата на чл. 116 от ЗОП /ред. ДВ бр. 86/2019 г./ съдържа изчерпателно изброяване на възможните хипотези, при които законът допуска сключените вече договори за обществени поръчки и рамкови споразумения да бъдат изменяни. Съгласно чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение. Приложимостта на хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП е обусловена от наличието на една положителна предпоставка - възникналите непредвидими за възложителя обстоятелства и липсата на отрицателна такава – иницирираното изменение да води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение, които предпоставки законодателят е поставил в условията на кумулативност. Легална дефиниция за термина непредвидими обстоятелства, се съдържа в разпоредбата на §2, т. 27 от ДР на ЗОП, според която това са тези 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. В случая и предвид така очертаната нормативна регламентация съдът приема, че нито прекратените с решение №D4216224 от 22.02.2021 г. и решение №D113305 от 16.04.2021 г. процедури за възлагане на обществени поръчки, още по-малко причините за това, нито безспорната необходимост от обезпечаване на предприятието с дизелово гориво, респективно реалната възможност за затрудняване на производствения процес в случая са обстоятелства с непредвидим характер, които да обусловят на законово основание извършеното изменение на основния договор. Това е така, доколкото тези обстоятелства от една страна са могли да бъдат предвидени от възложителя и неговия екип в хода на проведено своевременно и ефективно планиране на необходимостта от възлагане на обществени поръчки и определяне на прогнозната им стойност, а от друга те по никакъв начин не водят до невъзможност за изпълнение на действащия договор, т. е. не влияят върху договорените вече условия. Действащият в случая до 10.05.2021 г. договор има определени страни, предмет и срок, влияние върху които, твърдените за непредвидими от жалбоподателя обстоятелства не могат да окажат. В подкрепа на този аргумент е и фактът на издадената последна фактура №0000490072 от 07.05.2021 г. за доставка на гориво, от който факт се извлича и наличието на реално изпълнение на договореностите между страните – доставката на количества дизелово гориво по предварително договорена цена. Неправилното планиране на възлагателните процеси и неотчитането от страна на възложителите на реалната възможност за прекратяване на процедурите, поради липса на заинтересовани лица или поради други причини не оправдава

последващото изменение на вече сключени договори или рамкови споразумения, доколкото именно подобни действия отричат полагането на дължима грижа в хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП.

Дори и хипотетично да се приеме за доказани твърденията на жалбоподателя, че в случая при полагане на дължимата грижа той, в качеството му на възложител на обществена поръчка не е могъл да предвиди въпросните обстоятелства, то както вече бе споменато, за да е налице приложимост на хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП следва изменението на договора да не води до промяна в предмета на същия, която отрицателна предпоставка в случая е налице. Промяната на срока на договора, в посока неговото увеличаване, а още повече и договорените по обем количества гориво, които следва да бъдат доставени в удължения срок пряко изменят предмета на договора, като изложените противно на това твърдения са необосновани и неправилни. В случая същинският предмет на договора се определя не само от техническите характеристики на търсеното дизелово гориво, които безспорно са еднакви и по смисъла на сключеното допълнително споразумение, а и от изначално договореното количество гориво, което трябва да бъде доставено и което количество не следва да бъде превишавано за определения срок на договора – последното, въведено като основание за неговото предсрочно прекратяване. Договарянето на допълнителни количества от една и съща стока, различни от първоначално заложените винаги следва да се приема, като изменение на предмета на договора. В случая удължаването на срока и промяната на предмета на договора води и до закономерна промяна на кръга на заинтересованите от участие икономически оператори, тъй като ако тези условия първоначално бяха част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, евентуално би се стигнало до привличане към участие и на различни заинтересовани лица, или би се стигнало до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. В този смисъл, чрез неправомерното изменение на договора за обществена поръчка в нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП се достига и до нарушение на принципите, прокламирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, а именно: обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, на свободна конкуренция, на пропорционалност и на публичност и прозрачност.

По отношение на наведените от жалбоподателя доводи във връзка с наличието или липсата на „съществено изменение“ на договора по смисъла на чл. 116, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 1, т. 7 от закона и в тази връзка за наличието на допуснато нарушение на чл. 57, ал. 1, т. 5 и 6 от ЗАНН, поради извършена неправилна правна квалификация на нарушението от страна на наказващия орган, съдът отново счита същите за необосновани и неправилни. Използваните в случая от административнонаказващия орган в НП изрази, съвпадащи по съдържание и смисъл с разпоредбата на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП по никакъв начин не водят до обосновано предположение за формиран извод по повод вменияването за извършено от възложителя на

отделно нарушение по чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, а от там и до наличието на неправилна квалификация в НП, представляваща и самостоятелно основание за отмяна на последното. С оглед доказателствата, събрани и анализирани в хода на административнонаказателното производство в случая не се касае за установено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, доколкото в случая очевидно се визира промяна в предмета на договора, а както вече бе споменато, подобно изменение променя кръга на заинтересованите от участие в процедурата лица и е изключено от хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП. Още повече, че направеното предложение за изменение на договора и реално ангажираното основание, послужило в последствие за това изменение е именно възприетото възникване на непредвидими обстоятелства в хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, което не се отрича от жалбоподателя, а напротив – въз основа на това се гради и основната му защитна теза по делото. В този смисъл за съда не остава никакво съмнение, че използваните от органа изрази идват да онагледят единствено възможните реални последици от допуснатото нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП във връзка с прякото засягане на принципи, съдържащи се в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, а не сочат към отделна правна квалификация на нарушение по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП, за чиято съставомерност по делото не се излагат съображения и не се ангажират доказателства.

Налице е умисъл при изменение на договора за обществена поръчка, тъй като съзнаването на всички съставомерни елементи от състава на административното нарушение, а не осъзнаването на тяхната правна квалификация, определя дали деецът действа при тази форма на вина – аргумент от чл. 11, ал. 2 от НК вр. с чл. 11 от ЗАНН. В случая от обстоятелствата по извършване на нарушението се изяснява, че изменението на срока на договора има за цел доставяне на дизелово гориво и осигуряване на работата на цялото предприятие, като прогнозната стойност по първия договор за обществена поръчка не е достигната. Съдът не счита, че последното - недостигната прогнозна стойност е обстоятелство, което влияе върху степента на обществена опасност на извършеното или минимизира правните последици от нарушението. На следващо място целта на изменението е съставомерно обстоятелство на административното нарушение по чл. 255, ал. 3 вр. с чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, защото е посочена като условие, което поражда правото да се измени договора, при това в разпоредбата, за чието не спазване е предвидена административно наказателна отговорност – когато договорът се измени без да е налице необходимост, предизвикана от обстоятелства, които въпреки необходимата грижа не са предвидени. Удовлетворяването на такава необходимост, която е пряка и непосредствена последица на обстоятелства, които отговарят на посочените признаци, може да бъде цел на изменението на договора при ограничението да не се променя неговия предмет. Недостигането на прогнозната стойност на поръчката е предвидено и не е условие за изпълнение на договора, закрепено като задължение на възложителя, нито в

клаузата „Цена, ред и срокове за плащане”.

Деянието не представлява случай, при който да са налице сме кчаващи отговорността обстоятелства, а вредите макар и несъставомерни са настъпили – изплатени са суми на изпълнител, при условия, които не са били известни на останалите участници, те са изцяло в негова полза и накърняват защитените обществени отношения. Всяко разходване на средства извън правилата на ЗОП е вреда, която макар и несъставомерна има значение за тежестта и това се доказва от разпоредбата на чл.257 от ЗОП, който предвижда като основа разходите, които са извършени в резултат на административното нарушение.

От гореизложеното следва, че на 07.05.2021г., А. А. - изпълнителен директор на „****“ ЕАД и секторен възложител по чл. 5, ал. 4, т. 1 от ЗОП е изменил договор за обществена поръчка № 890/30.10.2019 г. /рег.№ ТО-26/24.01.2020 г./ без да са налице обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят да не е можел да предвиди и въз основа на които да е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора, в нарушение на чл. 116, ал.1, т. 3 от ЗОП. В този смисъл е и решение на Адм. съд **** Решение № 8 от 10.01.2022 г. по к. а. н. д. № 460/2021 г.

Исканите от процесуалния представител на административнонаказващия орган разноски за юрисконсултско възнаграждение се следват съгласно разпоредбата на чл. 63д, ал. 3 ЗАНН, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ. В конкретния случай, с оглед изхода на делото, за осъщественото процесуално представителство пред настоящата инстанция жалбоподателят А. П. А. от гр.****, ул. ***** с ЕГН *****, в качеството му на изпълнителен директор на „****” ЕАД, следва да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция гр. София разноски в размер на 100. 00 (сто) лева.

Предвид изложените правни съображения съдът намира, че следва да отхвърли жалбата и да потвърди обжалваното НП, като правилно и законосъобразно.

Водим от горното и на основание чл. 63, ал. 1 от ЗАНН, съдът

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА НАКАЗАТЕЛНО ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 11-01-793/2022 от 03.04.2023г. на С.А.Б., директор на Агенция за държавна финансова инспекция – София, с което на А. П. А. от гр.**, ул. „***** с ЕГН *****, в качеството му на изпълнителен директор на „****” ЕАД, е наложена на основание чл.255, ал.3, вр. чл.257, вр.чл.261, ал.2 от ЗОП глоба в**

размер на 10 000 /десет хиляди/ лева, КАТО ПРАВИЛНО И ЗАКОНОСЪОБРАЗНО.

ОСЪЖДА А. П. А. от гр.****, ул. „***** с ЕГН *****, в качеството му на изпълнителен директор на „***” ЕАД, да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция гр. София разноси в размер на 100. 00 (сто) лева за процесуално представителство

Решението подлежи на обжалване в 14- дневен срок пред Административен съд **** от съобщаването му на страните.

Съдия при Районен съд – Раднево: _____