

Р Е Ш Е Н И Е №270

гр. Перник, 28 септември 2012 год.

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Административен съд – Перник, касационен състав, в публично съдебно заседание на деветнадесети септември две хиляди и дванадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ :СТЕФАН СТАНЧЕВ

Членове: ВЕСЕЛА ГРОЗДИНСКА
СЛАВА Г.

при секретаря А.М.*** и в присъствието на прокурора Антова, като разгледа докладваното от съдията Станчев к.н.а.х.д.№ **258** по описа за **2012** година на Административен Съд – Перник, за да се произнесе, взе предвид следното :

Директорът на АДФИ обжалва решението на РС Перник, постановено по нах дело № 312/2012 г., с което е отменено НП № 11011762/13.І.2012 г., издадено от касационния жалбоподател. В касационната жалба са изложени пространни фактически и правни оплаквания, че решението на РС е неправилно и незаконосъобразно. Иска се отмяна на обжалваното решение на РС и постановяване на решение по същество, с което да се потвърди наказателното постановление.

Ответникът по касационната жалба, чрез процесуален представител намира същата за неоснователна и взема становище да се остави в сила решението на РС.

Представителят на ОкрПрокуратура предлага да се остави в сила решението на въззивния съд.

Административен съд Перник, касационен състав, като обсъди доводите на страните и доказателствата приложени по делото прие следното.

Касационната жалба е процесуално допустима и неоснователна.

Фактическата обстановка, при която е съставен АУАН и издадено НП е безспорна и е възпроизведена правилно от районния съд.

На основание тези факти, решаващият съдебен състав е приел, че спорния анекс от 2010 г., подписан от страните по сключен между тях договор от 2005 г. за възлагане на обществена поръчка е бил наложителен поради възникнали непредвидени обстоятелства, с които страните по договора са били съгласни; че в хода на изпълнението на СМР по възложената поръчка също са възникнали нови обстоятелства, определено имащи характер на непредвидени такива, видно от извършените технически експертизи и че в крайна сметка ако е имало формални нарушения на ЗОП в тогава действащите редакции, допуснатите отклонения, които страните по договора не спорят не водят до целено от въззивника нарушение, тъй като от негова страна не може да има индикация за виновно извършване на нарушението, за които касатора търси административно наказателна отговорност.

АУАН е съставен на 26.X.2011 год., за извършено нарушение на чл. 43 ал. 1 от ЗОП , по редакцията на същия от 16.X.2009.

Съгласно § 7 от ПЗР на Закона за обществените поръчки „Процедурите за възлагане на обществената поръчка, вземане на решение за откриване на такава ,

преди влизане в сила на този закон (на съответното изменение), се приключват по досегашния ред."

При всички изменения на ЗОП от действащия към периода през който са извършени процедурите по тази обществена поръчка (от 13.VI.2005 год. до 01.IX.2005 г.), до момента на съставяне на Акта за извършване на административно нарушение-26.X.2011 год., посочената разпоредба на § 7 от ПЗР фигурира в ПЗР на поредното изменение на ЗОП.

Същото фигурира и в ЗОП в редакцията му от 16.X.2009, която редакция е имал предвид финансовия ревизор при посочване на ЗОП, съответно текста, от същия, който е „нарушен". С позоваването на извършено нарушение по чл. 43 ал. 1 от ЗОП, в тази редакция, от страна на финансовата ревизия, както при съставянето на акта за административно нарушение, така и при изготвяне на НП, е нарушена разпоредбата на § 7 от ПЗР на ЗОП в осемте законови изменения до 16.X.2009 г.

Съгласно посочената норма, към момента на съставянето на Анекса (което очевидно е имал предвид ревизора, тъй като за сключения през 2005 г. договор за ОП към момента на съставяне на АУАН административно наказателна отговорност не може да се носи), по силата на § 7 от ЗОП е действал Закона за обществените поръчки в редакцията му към датата на процедурите за възлагане на обществената поръчка, вземане на решение за откриване на такава, а именно редакцията му действаща към периода от 13.VI.2005 год. до 01.IX.2005 г. (ДВ бр. 34 от 19.IV.2005 г.). Тук касационният състав не намира че е приложима общата разпоредба на чл. 43, ал. 1 от ЗОП. Необходимостта от предоговаряне на някои клаузи на договора и съставянето на анекс в тази връзка е законово допустимо. Възлагането на определени дейности след провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка има за цел гарантиране на прозрачност и равни условия при възлагането на обществените поръчки, ефективност при разходване на бюджетни и извънбюджетни средства, както и на средства свързани с извършване на определени от закона дейности с обществено значение.

Посоченото процесуално нарушение е допуснато и при посочване на правните норми (чл.127 ал. 2 и чл. 129 ал. 1 от ЗОП /ДВ бр. 94 от 2008 г., в сила от 01.I.2009 г.), на основание на които е определено и наложено наказанието.

В случая са допуснати три процедурни нарушения:

Актосъставителят се е позовал на редакция на ЗОП , в сила от 01.I.2009 год. която действа до 31.III.2009 г.

Независимо , че в санкциите посочени в чл. 129 ал. 1 от ЗОП /ДВ бр. 94 от 2008 г., в сила от 1.I.2009 г. и чл. 129 ал. 1 ЗОП, действащ към датата на изготвяне на Анекса - 2.II.2010 г. няма изменение , наказващият орган не може да се позовава на редакция на Закона , преди датата на съставяне на Анекса..

Най- същественото процесуално нарушение обаче е налагането на наказание по чл. 127 ал. 2 и чл. 129 ал. 1 от ЗОП /ДВ бр. 94 от 2008 г., в сила от 01.I.2009 г./, след като съгласно разпоредбата на § 7 от ПЗР на ЗОП , цялата процедура се приключва по реда, посочен в редакцията на ЗОП, действала през периода от 13.VI до 01.IX.2005 г.

Текстовете на ЗОП в редакцията му в сила от 01.I.2009 г. по които е наложено наказанието са различни от текстовете за налагане на наказания за подобен род нарушения в редакцията на ЗОП действащ през периода от 13.VI до 01.IX.2005 г. Тези процесуални нарушения биха могли да са основание за отмяна на наказателното постановление, но дори да се приеме, че не са от

характера на съществените, касационният състав изцяло споделя доводите на РС, развити по същество на спора.

При издаването на НП, административният орган е приел, че е извършено нарушение на чл. чл. 43 ал. 1 от ЗОП, по редакцията на същия от 16.X.2009 (ДВ бр. 82 от 2009 год.)

Като е изразил това свое становище, той не се е съобразил с правата на страните по Договора, посочени в т.2, т. 3 и 4 от същия.

Съгласно т. 3 от Договора е предвидена възможност за страните:

„В случай, че в процеса на изпълнението на основните договорени работи вследствие на технологична необходимост, възникне необходимост от извършване на други видове работи, те ще се считат като договорени.”

Същественото в случая е, че не се спори по факта, че е възникнала „необходимост от извършване на други видове работи”, а такива се оказва, че са били необходими. Следва да се отчете, възникналата в този случай необходимост от такива дейности, като се вземат предвид обяснителните записки от юни 2010 г., изготвена от ЦНИП при УАСГ, л. 169; 175 и 182 от делото.

Съгласно посочения текст от Договора тези бъдещи разходи се считат договорени. Посочената клауза, както и тази на т. 4, съгласно която, в случай, че обемът на работите по приложение 1 от Договора се окаже по-голям или по-малък от определения, за договорен ще се счита действителния.

Казаното означава, че в случая не е налице нито изменение, нито допълване на Договора по смисъла на чл. 43 ал. 1 в редакцията на ЗОП към датата на сключването на самия Договор.

Ако не се приеме, че е възникнала „необходимост от извършване на други видове работи” и от това се търси причина да се приеме, че същите работи не следва да се считат договорени, точно в този случай би имало нарушение.

От друга страна чл.45 от ЗОП, в редакцията му към момента на сключване на Договора дава посочената възможност.

Спорният анекс е подписан на 2.II.2010 г. По условията му не се дължи коментар, тъй като той е обвързващ страните. Като правно основание за подписването на анекса е посочена разпоредбата на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП, че поради непреодолима сила не могат да бъдат спазени сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура по възлагане на ОП. Нормално е, след като пет години, откритата процедура по възлагане на ОП да е била заплашена от цялостен крах, страните да приемат, че съществуват обективни пречки от довършването ѝ, т.е. да не се проведе процедурата. По това правно основание АНО не взема становище. За касационен състав това правно основание намира приложение и в контекста на решението на РС намира мотивите му за правилни по същество. На първо място е налице задължение за възложителя да финализира действията по провеждане процедурата по ОП в цялост. В този смисъл е налице спешна необходимост от провеждане на процедура за възлагане на процесните дейности, така както е заложено в анекса от 2010 г. Всеки един възложител при изготвянето на документацията, има се предвид анекса от 2010 г., за обществена поръчка се стреми същата да бъде съобразена с изискванията на закона, поради което презюмирането задължително на целено административно нарушение, както и нарушаване условията на ОП, не могат да му бъдат вменени като допуснато нарушение, в рамките на полагане на дължима грижа. Целта е законосъобразно развитие на всяка една процедура, като обстоятелствата, наложили подписването на анекса са от извънреден характер, което не може да бъде предвидено. В случая

обстоятелствата са именно от характера на тези по чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП отнесени към § 14. "Непреодолима сила" са обстоятелства от извънреден характер, които възложителят при полагане на дължимата грижа не е могъл или не е бил длъжен да предвиди или предотврати от ПЗР ЗОП, редакция 2009 г.

Във връзка с изложеното, за касационен състав е налице убеждението, че решението на районен съд следва да се остави в сила. Изложеното в касационната жалба не се подкрепя от нови правни изводи, и съдът я намира неоснователна.

По изложените съображения, Административен съд Перник

Р Е Ш И

ОСТАВЯ В СИЛА решението на Районен съд Перник, постановено по нах дело № 312/2012 г.

Решението е окончателно.

Председател: /п/

Членове: 1./п/

2./п/