

РЕШЕНИЕ

№ 1530

гр. София, 11.03.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, II КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 14.02.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

ЧЛЕНОВЕ: Владимир Николов

Мирослава Керимова

при участието на секретаря Ванюша Стоилова и при участието на прокурора Никова, като разгледа дело номер **11674** по описа за **2013** година докладвано от съдия Мирослава Керимова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и следв. от АПК във вр. с чл. 63 ал.1 изр. последно от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на Р. С. С. чрез адв. С. – САК срещу решение от 15.10.2013г на СРС по нахд № 54/2013г. Претендира се незаконосъобразност на оспорения акт поради допуснати съществени нарушения на съдопроизводствените правила, неправилно приложение на материалния закон и несъответствие с целта на закона. Касаторът твърди, че пред СРС е бил разпитан свидетеля Т. Б. Д., който лично е участвал в работата на комисията и е заявил, че при провеждане на процедурата, всички документи са били налични. Същите показания не били обсъдени в решението на СРС. На следващо място се твърди, че неправилно са изписани и тълкувани показанията на св. Д. З. и А. В.. Според касатора, съдът не е обсъдил двете групи показания на свидетелите, като не е обосновал защо дава вяра на едните и не дава вяра на другите. В тази насока се твърди, че в съдебното решение липсват мотиви. На следващо място, адв. С. твърди, че деянието не е доказано към 08.07.2010г, като твърденията на органите са към 12.06.2012г – датата на извършване на проверката. Сочи се, че към 08.07.2010г е бил наличен превод на български език на офертата и документите към нея на „А. Т. И.” Б.В. и за установяване на този факт се прави позоваване на свидетелските показания на св. Т. Д.. И на последно място адв. С. твърди, че задълженията по чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП са на комисията в

процедурата по възлагане на обществена поръчка, като колективен орган. Посочва се, че дори и в нормата на чл. 128г от ЗОП да е предвидено наказание за член на комисията, то не случайно ЗОП не е визирал като субекти „членовете на комисията”, а „член на комисията”, тъй като съгласно чл. 24 от ЗАНН административнонаказателната отговорност е лична и органът следва да докаже наличие на вина у извършителя. Твърди се, че в тази насока в преписката не са ангажирани каквито и да било доказателства за вината на С. като член на комисията. Прави се искане за отмяна на решението на СРС и постановяване на друго, с което да се отмени обжалваното наказателно постановление /НП/ .

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от адв. С., която поддържа жалбата по аргументи изложени в касационната жалба.

Ответникът по касационната жалба, АДФИ не изпраща представител.

СГП чрез прокурор Никова претендира неоснователност на касационната жалба.

АССГ в настоящия касационен състав, след извършена служебна проверка за допустимост на касационната жалба, приема същата за допустима като подадена в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу съдебен акт, който подлежи на контрол за законосъобразност пред настоящия съд и съдебен състав.

Съгласно разпоредбата на чл. 63 ал.1 изр. последно от ЗАНН, решението на РС подлежи на касационно обжалване пред административния съд на основанията, предвидени в Наказателно-процесуалния кодекс, и по реда на глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс.

Съгласно разпоредбата на чл. 348. (1) от НПК: Присъдата и решението подлежат на отмяна или изменение по касационен ред: 1. когато е нарушен законът; 2. когато е допуснато съществено нарушение на процесуални правила; 3. когато наложеното наказание е явно несправедливо.

Съгласно разпоредбата на чл. 218 ал.2 от АПК: За валидността, допустимостта и съответствието на решението с материалния закон съдът следи и служебно.

При извършена служебна проверка за валидността и допустимостта на решение от 15.10.2013г на СРС касационната инстанция приема, че решението е валидно и допустимо.

В касационната жалба се правят възражения за допуснати от СРС съществени процесуални нарушения, които не се споделят от касационната инстанция. СРС е провел допустимо производство; при допускане събиране на поисканите доказателствени средства за установяване на релевантните факти. Доколкото СРС е направил изводи за правилното приложение на закона от страна на наказващия орган, то същите касаят приложението на материалното право.

При извършена служебна проверка за приложението на материалния закон от РС и по наведените в касационната жалба възражения за неправилност на решението на РС, касационната инстанция приема следното:

РС е събрал относими, допустими и необходими за установяване на фактическата обстановка по делото доказателства, въз основа на които е приел за установени факти, които частично от споделят от касационната инстанция.

В действителност, конструкцията на едно решение предполага на първо място да се установи фактическата обстановка по спора, като след това да се направят правни изводи, въз основа на установените факти.

Касационната инстанция обаче приема, че за да се установят релевантните за спора факти, следва да се изпишат елементите от фактическия състав на вмененото

нарушение.

По делото не се спори, че Р. С. е бил член на комисията по чл. 34 ал.1 от ЗОП за провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка чрез договаряне без обявление по реда на чл. 90 ал.1 т.1 във вр. с чл. 3 ал.1 т.2 от ЗОП с предмет по съставените актове. Не се спори също, че същият като член на тази комисия е участвал в изготвянето и е подписал протокол за разглеждане, оценяване и класиране на офертите. В тази насока СРС е изложил мотиви и е изписал фактите, които не се спорят от страните и които съответстват на съставените АУАН и НП по делото.

Следва да се обърне внимание, че с обжалваното НП № 11010989/03.12.2012г на директор на АДФИ Р. С. С. като член на тази комисия е наказан за вменено му нарушение по чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП, а наказанието на същия е наложено на основание чл. 128г във вр. с чл. 127 ал.2 от ЗОП.

Съгласно разпоредбата на чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП, комисията предлага за отстраняване от процедурата участник, който не е представил някой от необходимите документи по чл. 56 от ЗОП. Категорично, текстът на тази норма предвижда задължения на комисията, назначена със заповед на възложителя на поръчката. ЗОП обаче с разпоредбата на чл. 128г предвижда административно-наказателна отговорност на член на комисията за провеждане на обществена поръчка, който наруши чл. 69, ал. 1, чл. 70, ал. 1 или чл. 72, ал. 1 и 2, като същият се наказва с глоба в размер 500 лв. Прави впечатление, че за задължения на комисията по чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП отговорност носи член на комисията. В действителност, съгласно чл. 24 от ЗАНН административно-наказателната отговорност е лична, като ЗАНН не предвижда възможност така отговорност да носят съвместно всички членове на определената комисия като сбор от физически лица. Такава възможност не е предвидена и в специалния ЗОП, където е предвидена лична отговорност на отделен член на комисията. Според АССГ в настоящия касационен състав, след като чл. 128г от ЗОП предвижда наказание на „член на комисията”, следва по несъмнен начин да се установи, че точно това лице е извършило нарушението по чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП и то в лично качество, едва ли не при някаква форма на съучастие с останалите членове на комисията, тъй като нарушението се вменява на цялата комисия като състав с оглед задължението на комисията като цяло, а не на отделни нейни членове. В тази насока съдът на първо място констатира разминаване между субекта на нарушението и субекта на нормата, на основание на която се налага административно-наказателна отговорност. Вярно е, че това разминаване е още на етап законови разпоредби, но според касационната инстанция, следва да се държи сметка за вида на отговорността, която се налага с обжалваното наказателно постановление. Става дума за наказателна отговорност, била тя и административно-наказателна, като вината е елемент от субективната страна на деянието. Според съда, не е достатъчно едно физическо лице да е член на комисия по провеждане на обществена поръчка, за да се приеме, че то е субективно самостоятелно отговорно за задълженията на комисията като колективен орган и може да носи наказателна отговорност за неизпълнение на задълженията на комисията. По отношение на това физическо лице следва да се преценяват всички елементи на фактическия състав на нарушението с оглед неговата вина като член на състава на комисията. На следващо място, неясната и неточна формулировка на ЗОП не дава възможност на съда да отнесе релевантните за спора факти към състава на нарушението. След като комисията има право/задължение да предложи за отстраняване участник с нередовни документи /в случая без превод на български език/

, то същата действа като колективен орган, който прави предложението въз основа на взето решение с определено мнозинство. За това решение на комисията, ЗОП предвижда персонална отговорност на член на комисията, без конкретно да посочва кой е отговорния член на комисията, дали това се всички членове на комисията като физически лица, от които се състои комисията или конкретно физическо лице, виновно за това решение на комисията. Тъй като ЗОП борава с термина „член на комисията” като субект на нарушението, то съдът приема, че това е конкретно физическо лице, което носи персонална отговорност за това решение на комисията, като следва да се доказва вина на същото физическо лице, каквато безспорно в случая не се констатира и не се сочи дори в съставените при проверката актове, включително и НП.

Според съда, горното е достатъчно основание за отмяна на обжалваното НП на директор на АДФИ. При приложението на материалния закон, СРС е изходил единствено от качеството на лицето – член на комисията, без да изследва въпроса за ангажиране на доказателства по отношение на вината на конкретния член на комисията за задължения на цялата комисия, поради което е постановил един незаконосъобразен съдебен акт, който следва да бъде отменен.

И на последно място, съдът споделя възражението на касационния жалбоподател в насока, че по делото са разпитани две групи свидетели. Според показанията на св. Т. Д., същият е участвал като вътрешен експерт в отварянето и преглеждането на документацията и изготвяне на протоколи в процедурата за обществена поръчка с възложител Б.. Същият категорично заявява, че при отваряне на документите на процесния участник, същите са били с превод на български език, поради което и няма как комисията да констатира липса на такъв превод, тъй като същият е бил налице към 2010г. Вярно е, че вмененото нарушение в процеса касае отрицателен факт, липса на оферта и документи на участник в процедурата по поръчка в превод на български език, поради което и в тежест на задълженото лице е да докаже, че такъв е бил налице. В случая обаче стоят две хипотези на нарушаване – липса на тези документи към датата на отваряне на плика с офертата /когато не е констатирана такава липса от комисията/ или липса на тези документи към момента на проверката с оглед съхраняването им като преписка по поръчката. Адв. С. твърди наличието им към момента на отваряне на документите и дори и при липсата им към момента на проверката приема, че от това не се доказва липсата им към 2010г, който извод се споделя от АССГ като касационна инстанция. След като комисията към 2010г е констатирала наличие на набор документи към този момент от участник в процедурата, липсата на тези документи към преписката две години след провеждането на поръчката, не доказва категорично липсата им към минал момент – момента на отваряне на офертата и още повече не обосновава отговорност на член на комисията за решението на комисията този участник за бъде допуснат до участие в процедурата.

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия касационен състав приема, че решението на СРС, с което е потвърдено обжалваното НП № 11010989/03.12.2012г на директор на АДФИ следва да бъде отменено и вместо него да се постанови друго, с което да се отмени обжалваното НП като постановено при неправилно приложение на материалния закон /недоказана съставомерност на деянието/.

Воден от горното и на основание чл. 221 ал.2 от КТ АССГ в настоящия касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение от 15.10.2013г на СРС по нахд № 54 по описа за 2013г. , вместо което постанови:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 11010989/03.12.2012г на директор на АДФИ , с което на Р. С. С. за вменено нарушение по чл. 69 ал.1 т.1 от ЗОП е наложено наказание на основание чл. 128г във вр. с чл. 127 ал.2 от ЗОП.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....

/М.С./

ЧЛЕНОВЕ:

/Вл. Н./

.....

/М.К./