

РЕШЕНИЕ

№ 6548

гр. София, 02.11.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 06.10.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Елица Райковска

**ЧЛЕНОВЕ: Димитрина Петрова
Мария Владимирова**

при участието на секретаря Станислава Данаилова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **6311** по описа за **2023** година докладвано от съдия Елица Райковска, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Административен съд – София-град /АССГ/ е сезиран с касационна жалба /КЖ/ от директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, чрез процесуален представител гл. юрк. В. Х., срещу Решение № 1616 от 06.04.2023 г. на Софийски районен съд /СРС/, постановено по а.н.д. № 1398 от 2023 г. по описа на 12-ти състав, с което е отменено наказателно постановление /НП/ № 11-01-497 от 06.12.2022 г., издадено от С. А. Б. – директор на АДФИ, с което на А. Г. Б., в качеството му на изпълнителен директор към дата 08.05.2020 г. на Университетска многопрофилна болница за активно лечение и спешна медицина /УМБАЛСМ/ „Н. И. Пирогов“ ЕАД /Пирогов/, ЕИК[ЕИК], е наложена имуществена санкция в размер на 10 000 лв. на основание чл. 241, ал. 1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ във връзка с чл. 261, ал. 2 от ЗОП и Заповед № ЗМФ-674/05.08.2022 г. на министъра на финансите, за извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 на ЗОП за това, че с поставените в обществената поръчка изисквания са създадени неясноти, които необосновано ограничават участието на стопански субекти и не са съобразени с предмета на обществената поръчка. В КЖ се твърдят касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК за отмяна на решението на въззивната инстанция като неправилно. Касаторът моли

решението да бъде отменено и да бъде потвърдено НП. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Отвeтникът по КЖ счита решението на СРС за законосъобразно.

Представителят на СГП моли КЖ да бъде уважена и НП – потвърдено.

Съдът, след преценка на представените по делото доказателства, доводите и възраженията на страните в производството, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63в от ЗАНН и от надлежна страна, поради което е допустима. Изложените доводи в КЖ представляват касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК, приложим по препращане от чл. 63в от ЗАНН. От формална страна са изпълнени всички нормативни предпоставки.

Разгледана по същество КЖ е основателна.

НП следва да отговаря на изискванията на чл. 42 и чл. 57 от ЗАНН. В АУАН, а впоследствие и в НП, е посочено, че изпълнителният директор на УМБАЛСМ Пирогов, А. Б., е публичен възложител на обществената поръчка по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП, като СРС е приел, че съгл. тази разпоредба изпълнителният директор на УМБАЛСМ се явява субект на нарушението. Чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП гласи, че публични възложители са представляващите публичноправните организации. Публичноправна организация е легално дефинирано понятие в § 2, т. 43 от ДР на ЗОП. Според тази дефиниция, видно от справка в Търговския регистър, УМБАЛСМ като еднолично акционерно дружество, търговско дружество, с едноличен собственик на капитала Министерство на здравеопазването, не е публичноправна организация. Съответно изпълнителният директор не може да е публичен възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП. Той е възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 16 от ЗОП, както това е правилно установено в подобни случаи в актове на изпълнителната власт и в съдебни решения, напр. Решение № 7616 от 12.12.2022 г. по адм. д. № 8842/2022 г. на Административен съд - София-град; Решение № 1958 от 25.03.2021 г. по адм. д. № 522/2021 г. на Административен съд - София-град и др. Това нарушение обаче не е съществено процесуално нарушение, което да налага отмяна на акта, защото не засяга формирането на еднозначен извод относно съдържанието на волеизявлението на актосъставителя и не води до ограничаване на възможността на санкционираното лице да упражни процесуалните си права, нито е пречка административнонаказващият орган /АНО/ да формира правилно изводите си на база фактите и приложимия закон. С оглед на това, от правна страна съдът счита, че НП е формално законосъобразно.

Изложените от СРС мотиви по отношение приложението на чл. 2, ал. 1 от ЗОП са неотнoсими към процесния случай, защото имуществената санкция е наложена за нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и не е обвързана с правото на Съюза или свързаното с него национално право, или с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Чл. 2, ал. 2 от ЗОП е разпоредба, съдържаща изискване към възложителите на обществени поръчки, чието неспазване се санкционира, като не се налага да има привръзка с други текстове на ЗОП /в този смисъл са напр. Решение № 644 от 19.01.2023 г. по адм. д. № 7180/2022 г., VII отд. на ВАС; Решение № 3083 от 09.05.2022 г. по адм. д. № 2027/2022 г. на Административен съд - София-град; Решение № 615 от 04.02.2022 г. по адм. д. № 9554/2021 г. на Административен съд - София-град и др./ АНО правилно е посочил, че в случая неспазването на забраната по чл. 2, ал. 2 ЗОП съставлява нарушение само по себе си,

без да е необходимо да се обвързва с други специални норми от закона. Чл. 2, ал. 2 от ЗОП е разпоредба, която установява конкретно правило за поведение, поради това тя би могла да бъде нарушена и чрез нея да бъдат нарушени и принципите, т. е. и чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Правилно е възражението в КЖ, че настоящото производство е изцяло по ЗОП и ЗАНН, като следва да се има предвид, че в чл. 247, ал. 1 ЗОП за наказуемо е прогласено именно нарушението на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, а не нарушение на специалните разпоредби на закона. Освен това в част осма на ЗОП, озаглавена „Административнонаказателни разпоредби“ изобщо не се намира норма, която да санкционира нарушение примерно на чл. 59 до 64 ЗОП, които явно се явяват гаранция за спазването на чл. 2, ал. 2 ЗОП, чието нарушаване е обявено от закона за наказуемо. Неправилни са изводите на първоинстанционния съд, че в случая се твърдяло неяснота, а неяснотата сама по себе си не можела да обоснове предимство, защото се отнасяла за всички, както и че не е било обосновано и доказано нарушение на забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП в конкретния случай, тъй като "неясното" условие, определено като незаконосъобразно от АНО, било еднакво за всички участници в процедурата по обществената поръчка, те са били запознати с него предварително и очевидно се били съгласили с него, тъй като не са постъпили искания за изменение или разяснения, поради което не можело да се направи извод за необосновано предимство за конкретен участник или кръг от участници. Не неяснотата сама по себе си обуславя нарушението на чл. 2, ал. 2 ЗОП, а ограничаването на конкуренцията чрез поставените условия в обществената поръчка, като тези свои изводи АНО е мотивирал на стр. 3 и 4 от НП.

В Раздел „Технически и професионални способности“ от документацията по обществената поръчка възложителят е посочил в т. 5.3.3, че участникът, в случай, че не е производител, следва да притежава оторизация от производителя на предлаганата апаратура или от упълномощен негов представител за право на представителство и търговия, както и за сервизно обслужване и поддръжка на апаратурата или да е в търговски взаимоотношения със сервиз, оторизиран от производителя или от упълномощен негов представител, а в т. 5.3.5 посочва, че участникът следва да притежава и представи оторизационно писмо от производителя, когато участникът не е производител, издадено на името на участника за извършване на продажба, монтаж на оборудването, предмет на процедурата. Както и АНО е аргументирал, което не е взето под внимание от СРС, икономическият оператор, който е оторизиран от производителя да извършва гаранционна поддръжка на произведените от производителя стоки, безспорно е гаранция за качество и надеждност на извършваната дейност, тъй като е одобрен и сертифициран от производителя да извършва гаранционната поддръжка на неговата стока. Това обуславя легитимната цел на всеки възложител да иска максимално качество за услугата, която е предмет на поръчката. С оглед на това само по себе си изискването за оторизация не е ограничително. Но оторизацията в обичайната търговска практика става въз основа на договор, след одобрение и сертифициране. Този договор може да бъде както директно с производителя, така и с негов официален вносител или друг икономически субект, който е упълномощен да оторизира от името на производителя. С оглед на това посочването в процесното изискване да бъде представен оторизационен документ единствено от производителя е необосновано ограничително изискване, тъй като без да е налице основателна причина възложителят е ограничил кръга на допустимите участници само до тези, които притежават оторизация от самия производител.

Целената сигурност за качеството на гаранционното поддържане може да бъде постигната и без да се поставя ограничението издател на оторизационното писмо да е само производителят. Поставеното условие е необосновано и пречатва участието в процедурата. В допълнение поставеното условие за оторизационно писмо от производителя е условие по допустимостта на участниците в процедурата, което предвид сроковете ще затрудни съществено или ще направи невъзможно оторизирането им от производител в сроковете за участие в процедурата. В този смисъл е и практиката на ВАС: Решение № 8711 от 10.10.2022 г. по адм. д. № 3627/2022 г., VII отд. на ВАС; Решение № 6458 от 28.05.2021 г. по адм. д. № 167/2021 г., VII отд. на ВАС.

На следващо място, подобно ограничително условие следва да бъде аргументирано от обоснована нужда (Решение №260 от 03.11.2021 г. на Административен съд – Велико Търново). Предвид мотивите на АНО, които, противно на изложените в решението на въззивната инстанция твърдения, са видни на стр. 2 и 4 от НП, че поставените изисквания не са съобразени с предмета на поръчката, и приобщените към делото доказателства, такава обоснована нужда не е аргументирана от възложителя и не може да бъде приета за налична в случая. От списъците с оборудването, което следва да бъде доставено по обществената поръчка по всяка една от обособените позиции, става ясно, че е трябвало да бъдат доставени основно мебели/стандартно обзавеждане, което дори не е обособено в отделна позиция. Предмет на доставката не е и сложна медицинска апаратура. От подробните списъци не може да се установи и преимуществена доставка на електронна техника и други подобни, които да налагат поставените високи изисквания към икономическите субекти. Освен това в изискванията към всяка отделна обособена позиция е видно, че участниците трябва да предоставят оторизационно писмо само от производител. С оглед вида на оборудването изискване за такова писмо поставя твърде висок праг за участие в процедурата, което има възпиращо действие върху по-малките стопански субекти. Предвид това е изпълнен съставът на чл. 2, ал. 2 ЗОП, което СРС не е съобразил в решението си и неправилно е приел, че АНО не сочи аргументи, че неясното условие не е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка, което условие трябва да е кумулативно изпълнено заедно с ограничаването на конкуренцията, както и за недоказаност на този елемент от фактическия състав на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Освен това неяснотите в условията на обществената поръчка не се отразяват на всички еднакво, както се мотивира СРС, а те могат да бъдат игнорирани от производителите или тези субекти, които притежават оторизационно писмо от производител, т.е. предимство се създава за производители и оторизирани от производители субекти, което ограничава конкуренцията.

Мотивите на СРС, че неяснотата се отнасяла до всички участници, които щом не били подали искания за изменение или разяснение на условията се били съгласили с тях, са несъстоятелни. В случая се касае за условия по допустимостта на участниците. Според чл. 107 от ЗОП при непредставяне на изискваните документи или непокриване на зададените условия участниците биват отстранени. Според чл. 100 от ЗОП възложителят действително може по искане на заинтересовано лице да направи промени в условията на процедурата, но както искането, така и извършването на промените от страна на възложителя са обвързани с определени срокове. Предвид срока, който е бил предвиден на конкретната процедура, това също се явява

затруднение за засегнатите заинтересовани лица. Освен това, това е право на заинтересованите лица, които могат и да не го упражнят. Неправилно съдът е мотивирал решението си като възлага задължение на участниците в обществената поръчка да поправят нарушения на възложителя, което, ако не направят, се тълкува като съгласие с изискванията и приемане на неравностойните условия, поставени от възложителя изначално в нарушение на условията за конкуренция. С контролни функции разполагат и с тяхното изпълнение са задължени упълномощените контролни органи, а не участниците в процедурата. По отношение на разясненията СРС е стигнал до погрешни изводи. Според чл. 33 от ЗОП лицата могат да поискат писмено от възложителя разяснения по условия, които се съдържат в решението, обявлението, поканата за потвърждаване на интерес, документацията за обществената поръчка и описателния документ, но с разясненията не може да се въвеждат промени в условията на процедурата. С искане за разяснение на условията в конкретния случай не може да се постигне желания резултат, защото той може да бъде постигнат само чрез изменение на условията, а не чрез тълкуването им.

Настоящият състав не счита, че процесното нарушение може да бъде квалифицирано като маловажен случай според чл. 28 от ЗАНН. Според § 1, т. 4 от ДР на ЗАНН маловажен случай е този, при който извършеното нарушение от физическо лице или неизпълнение на задължение от едноличен търговец или юридическо лице към държавата или община, с оглед на липсата или незначителността на вредните последици или с оглед на други смекчаващи обстоятелства, представлява по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновените случаи на нарушение или на неизпълнение на задължение от съответния вид. С процесното нарушение се засягат обществените отношения по правилното и отговорно разходване на публични средства, Публичният финансов ресурс е обществена ценност от особено голямо значение. От материалите по преписката е видно, че обществената поръчка е на обща стойност по договор 2 385 941,00 лв. без ДДС, което представлява публичен паричен ресурс в особено голям размер. С нарушението е ограничена конкуренцията при участието на икономическите оператори в обществената поръчка. Конкуренцията е защитена от ЗОП с оглед на това, че с по-голяма конкуренция се постигат по-изгодни за възложителя оферти, съответно ще бъдат разходвани по-малко публични средства. Не са налице смекчаващи обстоятелства, нито за конкретния случай може да бъде прието, че е с по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с обикновени случаи на нарушение или неизпълнение на задължение от същия вид.

Пред настоящата касационна инстанция не са ангажирани нови писмени доказателства по смисъла на чл. 219, ал. 1 АПК, които да обуславят различна преценка на събраните по делото доказателства и доказателствени средства.

По изложените съображения настоящият състав приема, че с НП законосъобразно е ангажирана отговорността на А. Г. Б., а решението на СРС за неправилно, като то следва да бъде отменено.

Касаторът претендира разности, поради което и на основание чл. 63д, ал. 5 от ЗАНН вр. чл. 37 от ЗПП вр. чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ ответникът по касация следва да заплати на АДФИ сумата от 80 лева – юрисконсултско възнаграждение.

Така мотивиран и на основание чл. 221, ал. 2 от АПК, вр. с чл. 63в ЗАНН Административен съд - София град, X. касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 1616 от 06.04.2023 г. на Софийски районен съд, постановено по а.н.д. № 1398 от 2023 г. по описа на 12-ти състав и вместо него постановява:

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № 11-01-497 от 06.12.2022 г., издадено от С. А. Б. – директор на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на А. Г. Б. на основание чл. 247, ал. 1 от ЗОП е наложена глоба в размер на 10 000 лева.

ОСЪЖДА А. Г. Б., [населено място], [улица], ет. 4, ап. 8, да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция разноски за юрисконсултско възнаграждение пред настоящата инстанция в размер на 80 лева.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.