

РЕШЕНИЕ

№ 4515

гр. София, 05.07.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 38 състав,
в публично заседание на 05.06.2013 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Татяна Жилова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова, като разгледа дело номер **10281** по описа за **2012** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от АПК във връзка с чл. 27 ал. 5 от Закона за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси /ЗПУКИ/.

Производството е образувано по жалба на Е. О. Д.-М. и А. Д. А., двамата от [населено място], срещу Решение №135 от 09.10.2012г. на Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси (КПУКИ). С оспорения административен акт е установен конфликт на интереси по отношение на жалбоподателите в качеството им на членове на Комисията за защита на конкуренцията (К.) за това, че: 1 / при участието си в семинари и други мероприятия, свързани с дейността на К. и обществените поръчки, са консултирали лица – участници в процедури по възлагане на обществени поръчки и заинтересовани от актовете на К., с което са нарушили разпоредбата на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ; и 2/са дали съгласие за използване на служебното им качество в обяви и покани, отправени в публичното пространство до широк кръг лица с цел да ги информират и насърчат да заплатят таксата и да участват в такива мероприятия.

Жалбоподателите молят за отмяна на решението като незаконосъобразно, тъй като е постановено при неправилното приложение на материалния закон. Считат, че участието им като лектори в семинари и други мероприятия представлява преподавателска, а не консултантска дейност, поради което не попада в приложното поле на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ. Твърдят, че не са давали съгласие за използване на служебното им качество за реклама. Твърдят, че не са участвали в производства на К., страни по които са организаторите на семинарите и мероприятията, нито други

заинтересовани лица, каквито дори не са конкретно посочени от КПУКИ. Считат, че не е необходимо за бъдат оправомощавани за участие в семинар със специален акт на председателя на К., тъй като те са членове на комисията, а не служители, и като такива имат равни права. Сочат, че е обичайна практика лица, заемащи публична длъжност по смисъла на ЗПУКИ в различни органи и институции, включително магистрати, също да участват в обучителни мероприятия като се посочва длъжността им. Навеждат доводи за съществено нарушение на административно-производствените правила, изразяващо се в ограничаване на правото им на защита чрез несвоевременно връчване на книгата по преписката. В съдебно заседание се представляват от адвокат К. и адвокат Ц.. Претендират разноси по делото.

Ответникът по жалбата - Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси, чрез процесуалния си представители юрисконсулт Б., изразява становище за неоснователност на жалбата и законосъобразност на оспореното решение, като издадено от компетентен орган, без допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила, при правилно установена фактическа обстановка и при законосъобразно прилагане на материалния закон. Моли жалбата да бъде отхвърлена. Претендира заплащане на юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след преценка на събраните по делото доказателства, прие за установено следното:

Жалбата е процесуално допустима. Разгледана по същество, жалбата е частично основателна.

От приложената към делото административна преписка и събраните доказателства от фактическа страна се установява следното:

Жалбоподателите са членове на К..

Производството пред КПУКИ е образувано на основание чл.23 ал.1 предложение второ, от ЗКПУКИ, с решение по Протокол №110 от 11.09.2012г., вписано в регистъра по чл.22и ал.1 като сигнал с рег.№325/2012г. Комисията се е самосезирала във връзка с множество обяви и рекламни съобщения за провеждане на семинари и обучителни мероприятия в периода 2011-2012г., свързани с измененията и практическите проблеми при прилагането на Закона за обществените поръчки/ЗОП/, в които са участвали жалбоподателите в качеството си на членове на К..

В мотивите на оспореното решение са посочени множество семинари и мероприятия, в които като лектори са участвали жалбоподателите като е посочено и тяхното служебно качество. КПУКИ е приела за установено, че е налице конфликт на интереси в хипотезата на чл.10 ал.2 от ЗКУПИ само по отношение на следните три семинара: 1/семинар на тема "Изменения и допълнения на ЗОП, приети от народното събрание на 12.04.2012г.Практически аспекти по прилагане на ЗОП след измененията от 2012г.", организиран от [фирма] на от 19 и 20 юни 2012г. в [населено място]; 2/семинар, организиран от НКЦ [фирма] на 2, 3 и 4 ноември в [населено място]; и 3/семинар, организиран от НКЦ [фирма] на 1,2 и 3 февруари 2012г.- в [населено място]. Изложеният довод от КПУКИ е, че в поканите за семинарите изрично е посочено, че цената за участие включва консултации с лекторите. По отношение на цитираните три семинара, както и на другите мероприятия, сочени във фактологическата част на решението, КПУКИ е установила и нарушение на чл.11 от

ЗПУКИ – даване на съгласие или използване на служебното качество за търговска реклама.

Цитираните в решението обяви и покани не се съдържат в административната преписка, за която процесуалният представител на КПУКИ изрично заяви в съдебно заседание, че е представена в цялост. Доколкото тези обстоятелства и участието в семинарите не се оспорват от жалбоподателите, а напротив те се потвърждават от изложеното пред КПУКИ по време на изслушването им и от изложеното в настоящото производство, съдът ги приема за установени.

От събраните по делото гласни доказателства – свидетелските показания на П. Г. Н., председател на К., се установява, че в К. е утвърдена практика за реда, по който членове на комисията и нейни служители могат да участват в различни мероприятия в своето служебно качество и от името на К.. При получаване на заявка за подобно мероприятие от организаторите му, председателят на К. определя кой от членовете или от служителите ще участва като представлява К. и предварително се уточняват съдържанието на лекцията и решенията, които ще се презентират. Жалбоподателите не са били определени по този ред за участие в семинарите и мероприятията, обсъждани от КПУКИ. По време на семинарите те са ползвали отпуск, включително и за временна неработоспособност. Председателят на К. не е уведомяван за мероприятията, още по-малко е искано неговото предварително разрешение или оправомощаване.

За участието си в семинара, организиран от [фирма], жалбоподателите са сключили договори за провеждане на обучение в рамките на два учебни часа по 45 минути – видно от представената справка от [фирма].

За участието си в семинарите, организирани от НКЦ [фирма], жалбоподателите са получили възнаграждения за изнесените от тях лекции въз основа на хонорарен лист, съгласно установената в консултантския център тарифа съобразно хорариума на лекцията и броя на участниците – видно от писмо от И. комплекс „Труд и право”, вх.рег №С-325//29 от 28.09.2012г..

Получените възнаграждения жалбоподателите са декларирали в годишните данъчни декларации като доходи от извънтрудови правоотношения – видно от представената от НАП справка.

В производството пред КПУКИ не е установено кои са били участниците в семинарите. Няма данни жалбоподателите да са разглеждали производства пред К., в които страни да са организаторите на семинарите или лице, участвало в такъв семинар.

Няма данни жалбоподателите да са изразили изрично съгласие при обявяването и в поканите за семинарите да бъде посочена публичната длъжност, която заемат, както няма данни и да са се противопоставили. Като косвено доказателство в хода на съдебното производство ответникът представи покана за семинар с участието на жалбоподателите, организиран след образуване на производството по ЗКУПИ, в която тяхното служебно качество не е посочено, а същите са обявени само като експерти по обществени поръчки.

КПУКИ е приела за установено, че жалбоподателите не притежават преподавателска правоспособност и не са вписани в регистъра на учените в Република Б. по чл.7б от Закона за насърчаване на научните изследвания, поради което не могат да извършват преподавателска дейност.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните изводи:

Оспореното решение е издадено от компетентен орган в рамките на предоставените му правомощия съобразно чл. 27 ал. 2 от ЗПУКИ. Жалбоподателите са лица, заемащи публична длъжност по чл.3 т.17 от ЗПУКИ, които попадат под санкцията на закона.

В производството пред нея КПУКИ събира доказателства по реда на АПК, изслушва лицето, заемащо публична длъжност, и му дава възможност да направи възражение – чл.26 от ЗКПУКИ. В разглеждания случай жалбоподателите са били уведомени за производството, дадена им е възможност да представят писмени становища и доказателства в съответствие с чл.34 от АПК, както и са изслушани в открито заседание на КПУКИ. Наведените доводи за несвоевременно връчване на съобщенията не могат да бъдат ценени като съществено нарушение на административно-производствените правила, доколкото в закона не е определен такъв срок. Правото на защита на жалбоподателите не е ограничено. Ответникът не е нарушил административно - производствените правила.

Решението на КПУКИ противоречи отчасти на материално-правните разпоредби на закона по изложените по-долу съображения.

Съгласно чл. 2 ал. 1 от ЗПУКИ конфликт на интереси възниква, когато лице, заемащо публична длъжност, има частен интерес, който може да повлияе върху безпристрастното и обективното изпълнение на правомощията или задълженията му по служба. Чл. 2, ал. 2 от закона дефинира частния интерес като облага от материален или нематериален характер, както за лицето, заемащо публична длъжност, така и за свързани с него лица. Облагата трябва да е реална, а не само възможна, докато влиянието върху изпълнението на правомощията е достатъчно да бъде евентуално (предполагаемо). В случая жалбоподателите са получили облага от материален характер /възнаграждение/ от организаторите на семинарите. Не се установява обаче по какъв начин тази облага може да повлияе на обективното и безпристрастно изпълнение на служебните им задължения, след като в процесния период няма производства пред К., в които да участват организаторите на семинарите. В случая не съществува дори и евентуална (хипотетична) възможност частният интерес да повлияе на служебните задължения на жалбоподателите. Конфликт на интереси по смисъла на чл.2 от ЗПУКИ между жалбоподателите и организаторите на семинарите и мероприятията не е възникнал.

Забраните по Глава втора от ЗПУКИ уреждат специални хипотези на конфликт на интереси, съдържащи елементите на общата категория, посочени в ал. 1, 2 и 3 на чл. 2 от ЗПУКИ, по презумция, т.е. в конкретния случай не следва да бъдат установявани и доказвани кумулативните предпоставки по чл. 2 относно наличието на частен интерес. Разпоредбата на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ забранява на лицата, заемащи публична длъжност, да извършват консултантска дейност по отношение на лица, които са заинтересовани от актовете им, издавани при осъществяване на правомощията или задълженията им по служба. За правилното приложение на разпоредбата е необходимо да се обсъди правната природа на използвания от законодателя термин „консултантска дейност”. Тази дейност не е легално дефинирана, но по съществото си тя представлява вид договор за поръчка - възмездна доставка на услуги, изразяващи се в предоставяне на интелектуален продукт, съвети, становища, анализ на документи, проучвания, други правни и фактически действия, срещу насрещна престация. Така за целите на данъчното облагане консултантските услуги се третираат като доставка, а лицето, което ги предоставя – като доставчик, заплатената цена на

услугата представлява облагаемата цена на доставката. За да е налице конфликт на интереси по смисъла на забраната на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ, се изисква кумулативното наличие на две предпоставки: консултантската дейност да е реална, а не предполагаема, и тя да е осъществена по отношение на заинтересовани лица. В случая не са установени реално осъществена консултантска дейност. Въобще не са установени кои са лицата – участници в семинарите, които да са получили консултантски услуги от жалбоподателите срещу заплащане, още по-малко – те да са заинтересовани от актове на жалбоподателите при осъществяване на служебните им правомощия. Дискусиите след лекциите и отговарянето на въпроси, поставени от участниците, каквато е обичайната практика на семинарите и каквато е целта на обучението, не може да се възприеме като консултантска дейност. Организаторите на семинарите също не са получатели на консултантски услуги. Установи се, че платеното от тях възнаграждение е уговорено за изнесени отделни лекции въз основа на определен хорариум, а не за доставка на услуга. Участието в семинар или друго учебително мероприятие като лектор е осъществяване на преподавателска дейност, която не попада в приложното поле на забраната по чл.10 ал.2 от ЗПУКИ. Изложените от КПУКИ мотиви, че жалбоподателите не могат да осъществяват преподавателска дейност, тъй като нямат преподавателска правоспособност, не намират опора в закона. Преподавателска правоспособност се изисква за заемане на длъжността „учител” или „възпитател” в детска градина или училище съгласно Правилника за прилагане на Закона за народната просвета, или за нехабилитиран преподавател в научно-преподавателския състав на висше училище съгласно Закона за висшето образование. Не съществува законова разпоредба, която да изисква преподавателска правоспособност за изнасяне на лекции като нещатен (хонорован) лектор извън рамките на редовен учебен процес и извън законоустановените учебни заведения, каквито са разглежданите случаи. Позоваването на липса на вписване в регистъра по чл.7б от Закона за насърчаване на научните изследвания като пречка за извършване на преподавателска дейност е абсолютно неоснователно. Аргумент в тази насока е и разпоредбата на чл.4 ал.3 от З., съгласно която членовете на К. могат да извършват преподавателска дейност. Не са налице предпоставките на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ. Решението в тази му част е незаконосъобразно и следва да бъде отменено.

Разпоредбата на чл.11 от ЗКПУКИ забранява на лицата, заемащи публична длъжност, да дават съгласие или да използват служебното си положение за търговска реклама. Дефинирани са две обективни проявни форми на недопустимо поведение - даване на съгласие или използване на служебно положение, като и за двете трябва да е налице определена цел – за търговска реклама. Понятието „търговска реклама” няма легална дефиниция, но съдържанието му според настоящия състав е аналогично по разум и цел с легалната дефиниция на понятието „реклама” съгласно § 1 т. 11 от З. - всяко съобщение във връзка с търговия, занаят или професия, което има за цел да насърчи реализацията на стоки или услуги, включително на недвижими имоти, права и задължения. Безспорно е, че лекции, изнесени от членове на контролния орган по ЗОП, повишава интереса на трети лица и ги мотивира да заявят участие в семинара и да заплатят таксата. Безспорно е, че жалбоподателите не са използвали сами своето служебно качество – това е направено от организаторите на семинарите. Безспорно е, че обозначаване на квалификацията на лекторите просто като експерти в областта на обществените поръчки, както е сторено по-късно, няма същия търговски ефект. Ето защо съдът приема, че служебното качество на жалбоподателите е използвано от

организаторите на семинарите именно за търговска реклама.

В случая няма данни организаторите на семинарите изобщо да са искали съгласието на жалбоподателите за обявяване на служебното им качество, още по-малко – такова съгласие да е изрично и предварително дадено, и то с определената цел – да се насърчат трети лица да платят цената за участие в семинара.

Въпросът, на който следва да се отговори, е допустимо ли е съгласието да не е изрично дадено, а да е изразено с конклюдентни действия. Настоящият съдебен състав, съобразявайки се с целта на разпоредбата – да попречи на възможностите за незаконно обогатяване чрез служебното положение на публичните личности, счита, че съгласието за използване на служебно положение може да бъде изразено и конклюдентно - чрез фактически действия и/или бездействия, ако лицето, заемащо публична длъжност, е знаело и е можело да се противопостави. Още с участието си в първите семинари жалбоподателите са разбрали, че са обявени като лектори в качеството си на членове на К.. Непротивопоставянето им и продължаването на участията им и в следващите семинари означава, че те са приели да бъде посочвана публичната длъжност, която заемат, въпреки че са действали единствено от свое име извън служебните си задължения. В последствие жалбоподателите са коригирали поведението си и са преустановили използването на служебното си качество. Целта на забраната на чл.11 от ЗПУКИ и именно да предотврати такова поведение, а не да попречи изобщо на органите по чл.3 от ЗПУКИ да участват в мероприятия, които са в обществен интерес, какъвто несъмнено е налице при обсъждането и разясняването на измененията в законите и практическото им приложение. Когато К. като колективен орган, или който и да е друг орган по чл.3 от ЗПУКИ, провежда или участва в обучителни мероприятия, решението и съгласието за това не е на конкретните лица, които извършват обучението, а на самия орган. В този случай не може да възникне конфликт на интереси, защото лицето, заемащо публична длъжност, действа в изпълнение на възложените му задачи и от името на органа, а не по своя преценка и от свое име, възползвайки се от служебното си качество. Такава е и установената практика в К., която в случая е нарушена. Като колективен орган К. се представлява от председателя или от упълномощени от него лица – чл.9 ал.1 т.1 от З.. Допускайки използване на служебното им качество за търговска реклама, като са знаели и са могли да се противопоставят, извън задълженията им по служба и единствено по тяхна преценка, жалбоподателите ангажират колективния орган без да са оправомощени да действат от негово име – поведение недопустимо и укоримо, което води до конфликт на интереси. С това си поведение жалбоподателите са нарушили забраната на чл.11 от ЗКУПИ. Решението в тази му част е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора жалбоподателите имат право на разноски в съответствие с уважената част от жалбата - чл.143 ал.1 от АПК във връзка с чл.78 ал.1 от Гражданския процесуален кодекс /ГПК/. Ответникът е направил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение по чл.78 ал.5 от ГПК, което съдът счита за неоснователно. Платените възнаграждения за

двамата процесуални представител, всяко в размер на 850 лева, е съобразено с действителната фактическа и правна сложност на делото. Ответникът следва да заплати на всеки от жалбоподателите сумата 430 лева, представляваща половината от платената държавна такса и възнаграждение за процесуален представител. Жалбоподателите претендират и разноски в размер на 406,80 лева за нотариална заверка на доказателствата. Тъй като доказателствата в съдебното производство са допустими и само със заверка за вярност, извършена от процесуалния представител или от страната, съдът счита тези разходи за нецелесъобразни, поради което те не могат да бъдат поставени в тежест на ответника и следва да останат така, както са извършени. Ответникът също има право на разноски съобразно отхвърлената част от жалбата – чл.143 ал.4 от АПК. Жалбоподателите следва да заплатят на ответника половината от възнаграждението за процесуален представител, определено по реда на чл.36 ал.2 от Закона за адвокатурата – съответно 75 лева (по 37,50 лева от всеки жалбоподател). След компенсация на насрещните задължения ответникът следва да заплати на всеки от жалбоподателите сумата 392,50 лева.

Така мотивиран и на основание чл.172 ал.2 и чл.143 ал.1 и ал.4 от АПК Административен съд София-град

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение №135 от 09.10.2012г.на Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси, **в частта** му, с която е установен конфликт на интереси по отношение на Е. О. Д.-М. и А. Д. А. в качеството им на членове на Комисията за защита на конкуренцията /К./, за това, че при участието си в семинари и други мероприятия, свързани с дейността на К. и обществените поръчки, са консултирали лица – участници в процедури по възлагане на обществени поръчки и заинтересовани от актовете на К., с което са нарушили разпоредбата на чл.10 ал.2 от ЗПУКИ.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Е. О. Д.-М. и А. Д. А. срещу Решение Решение №135 от 09.10.2012г.на Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси в останалата му част.

ОСЪЖДА Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси да заплати на Е. О. Д.-М. сумата 392,50лв /триста деветдесет и два лева и петдесет стотинки/разноски по делото.

ОСЪЖДА Комисията за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси да заплати на А. Д. А. сумата 392,50лв /триста деветдесет и два лева и петдесет стотинки/разноски по делото.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд с касационна жалба, подадена чрез Административен съд София-град в 14-дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ:

