

РЕШЕНИЕ

№ 2887

гр. София, 29.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XXII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 01.03.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Светлана Димитрова

**ЧЛЕНОВЕ: Радина Карамфилова
Николай Димитров**

при участието на секретаря Кристина Петрова и при участието на прокурора Цветослав Вергов, като разгледа дело номер **526** по описа за **2024** година докладвано от съдия Радина Карамфилова, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по касационна жалба на директор на Агенция за държавна финансова инспекция, чрез М. М. - главен юрисконсулт в отдел втори на дирекция „Правна“ на АДФИ, срещу решение от 13.11.2023 г. на Софийски районен съд, 112-ти с-в, постановено по н.а.х.д. № 8863/2023 г., с което е отменено наказателно постановление № 11-01-902/2022/16.05.2023 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция, с което на основание чл. 253, ал. 1 във връзка с чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (обн. ДВ. бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., изм. и доп. ДВ. бр. 107 от 18.12.2020 г.) и Заповед № ЗМФ-674/05.08.2022 г. на министъра на финансите, е наложено наказание „глоба“ в размер на 5 000,00 лв. на Н. А. П. - член на Съвета на директорите и изпълнителен директор на „Булгаргаз“ ЕАД, [населено място], в качеството му на възложител на обществени поръчки, за нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3, б. „б“ от Закона за обществените поръчки (ЗОП). С жалбата се навеждат доводи за неправилност на обжалваното съдебно решение поради наличие на касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК – съществено нарушение на съдопроизводствените правила и противоречие с материалния закон. Оспорват се изводите на районния съд, че в случая с едно деяние

са извършени две отделни нарушения, които не са описани и санкционирани поотделно в процесното НП, което представлява съществено процесуално нарушение. Сочи се, че и двете визири от съда нарушения се отнасят към една и съща методика за комплексна оценка, поради което неоснователен се явява мотивът на първоинстанционния съд, че в конкретния случай са извършени отделни нарушения и не е била приложена разпоредбата на чл. 18 от ЗАНН. Сочи се, че неспазването на повече от едно изискване на закона спрямо утвърдената методика не осъществява състав на две и повече административни нарушения, а има отношение към преценката за тежестта на нарушението. Излагат се доводи, че в методиката цитираният начин за определяне на оценката по подпоказател К2.2 „Предложение за управление на риска“ е общ и неясен. Липсва конкретика за проявните форми на рисковете „Недобра комуникация между екипите на Възложителя и Изпълнителя“ и „Неинформирание на Възложителя за всички потенциални проблеми, които биха могли да възникнат в хода на изпълнение на дейностите“. Показателите и подпоказателите следва да са със стриктно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие да са определени точни указания за тяхното оценяване, което в случая не е направено. Липсата на точни и конкретни указания в изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки не дава възможност за обективна оценка, основана на измерими критерии и обуславя възможност за субективизъм в процеса на оценяване. Сочи се, че с процесното деяние са нарушени и принципите, визири в чл. 2 от ЗОП. В тази връзка касаторът счита, че при издаването на наказателното постановление не са допуснати нарушения на процесуалния и на материалния закон и неправилно е отменено от районния съд с атакуваното в настоящото производство решение. Моли за отмяна на решението на СРС и постановяване на друго, с което НП да бъде потвърдено.

В проведено по делото открито съдебно заседание касационният жалбоподател се представлява от юрк. М. М., която поддържа жалбата и моли да бъде уважена. Иска присъждане на юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност по отношение на адвокатски хонорар, претендиран от ответника.

Ответникът – Н. А. П., се представлява по делото от пълномощник – адв. И. Х.-Ц., която оспорва жалбата. Моли за оставяне в сила на решението на СРС и присъждане на адвокатско възнаграждение по представен списък. Позовава се на аргументи, подробно изложени в писмен отговор на жалбата.

Софийска градска прокуратура се представлява от прокурор В., който намира касационната жалба за основателна, моли за отмяна на съдебното решение.

Административен съд София - град, XXII касационен състав, като се запозна с обжалваното съдебно решение, съобрази доводите и възраженията на страните и обсъди наведените касационни основания и тези по чл. 218, ал. 2 АПК, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

По допустимостта на касационната жалба:

Касационната жалба е процесуално допустима като подадена от надлежна страна по смисъла на чл. 210, ал. 1 АПК, във вр. с чл. 63в ЗАНН и срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

При извършената служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 от АПК и въз основа на фактите, установени от първоинстанционния съд, съгласно чл. 220 от АПК, настоящият състав, намира обжалваното съдебно решение за валидно и допустимо,

като постановено по подадена в срок жалба срещу оспореното наказателно постановление, не са изтекли, както сроковете по чл. 34 ЗАНН, така и абсолютната погасителна давност за административнонаказателно преследване.

От фактическа страна въз основа на анализ на събраните по делото доказателства и доказателствени средства, включително разпити на свидетели, районният съд е приел за безспорно установено следното:

С Решение № ОП-11/19.07.2021 г. Н. П., в качеството си на член на Съвета на директорите и изпълнителен директор на „Булгаргаз“ ЕАД, [населено място], и възложител на обществени поръчки, е открил процедура за възлагане на обществена поръчка при открита процедура с предмет „Доставка и поддръжка на високонадеждна ИТ инфраструктура с цел непрекъсваема работа на приложенията, използвани от „Булгаргаз“ ЕАД“. Като Приложение № 2 към документацията за участие в откритата процедура за възлагане на обществената поръчка била одобрена Методика за оценка на офертите, която имала за цел да определи икономически най-изгодното предложение. Критерият за оценка е оптимално съотношение качество/цена. За определяне на крайната комплексна оценка в методиката е разписана формула, включваща ценови и качествен показател, всеки от които притежаващ съответната тежест при образуването на финалната оценка както следва:

1. Ценовият показател К1 с максимален брой от 100 точки включва оценка на предложените от участника ценови параметри за изпълнение на поръчката в съответствие с изискванията на Възложителя. Оценката по този показател се извършва по формулата $K1 = K1.1 + K1.2$, където:

- К1.1 е „Ц. за месечна абонаментна такса за предоставяне на услугите по техническата спецификация“, която осигурява максимален брой от 50 точки. Участникът, който предложи най-ниска месечна абонаментна такса, получава максимален брой точки - 50 т., а за останалите участници за целите на оценката се прилага отделна формула;

- К1.2 е „Еднократна първоначална такса за доставка, инсталация и интеграция на оборудването“, която осигурява максимален брой от 50 точки. Участникът, който предложи най-ниска еднократна първоначална такса за доставка, инсталация и интеграция на оборудването, получава максимален брой точки - 50 т., а за останалите участници за целите на оценката се прилага отделна формула.

2. Качественият показател К2 с максимален брой от 100 точки включва оценка на техническото предложение на участника за изпълнение на поръчката в съответствие с изискванията на Възложителя, заложи в Техническата спецификация, като оценката се извършва по формулата $K2 = K2.1 + K2.2$, където:

- К2.1 е „Подход за осъществяване на дейностите при изпълнение на поръчката“ и осигурява максимален брой от 50 точки. Предложеният от участника подход за изпълнение трябва да обхваща следните компоненти: 1. начин на реализация на дейностите по доставка, инсталация и интеграция на оборудването и 2. обхват и параметри на гаранционната поддръжка и описание на работните процеси по отработване на заявките.

В методиката за оценка е записано, че качеството на предложения от участника подход за осъществяване на дейностите се оценява от гледна точка на обосновааност на предложението по всеки от посочените компоненти. Обосновааност е налице, когато кумулативно са изпълнени следните условия: представени са подробности и детайли относно процесите и/или технологията, тяхната последователност и конкретните

резултати; посочен е модел за организация на ключовия екип, който включва разпределение на отговорностите и дейностите между членовете на екипа, координация и съгласуване на дейностите, като е посочено и как моделът ще допринесе за качеството на изпълнение;

• К2.2 е „Предложение за управление на риска“, което осигурява максимален брой от 50 точки. Предложението от участника начин на управление на риска представя методите и подходите за предотвратяване настъпването на рискове, водещи до негативни последици за Възложителя, съответно за преодоляване на тези рискове и за намаляване на негативния им ефект/последици, със следните компоненти: 1. представяне на възможните форми на проявление на идентифицираните от Възложителя рискове и очакван ефект/последици от настъпване на рисковете; 2. предложени мерки за предотвратяване и преодоляване на идентифицираните рискове; 3. предложени мерки за намаляване на негативния ефект/последици при евентуално възникване на рисковете.

Предвидено е качеството да се оценява от гледна точка на обосновааност на предложението съобразно горепосочените изисквания. Обосновааност е налице, когато са представени подробности и детайли относно процесите и/или технологията, тяхната последователност и конкретни резултати, включително предложените мерки да са приложими и изпълними (участникът да се е аргументирал как предложените мерки ще доведат до справяне с посочените рискове). В допълнение към това са изброени и рисковете, които Възложителят следва да идентифицира и за които участниците следва да предложат мерки за предотвратяване и преодоляване, сред които недобра комуникация между екипите на Възложителя и Изпълнителя, ненавременен изпълнение на всяко от задълженията от страна на Изпълнителя, забавяне при изпълнение на проектните дейности, опасност от неспазване на срока за изпълнение на настоящата поръчка, грешки при внедряване на хиперконвергираната среда и неинформиране на Възложителя за всички потенциални проблеми, които биха могли да възникнат в хода на изпълнение на дейностите. В заключение, в методиката е посочено, че на първо място се класира участникът, получил най-висока комплексна оценка като резултат от изброените показатели.

След подбор на заявителите желание за участие в процедурата лица, разглеждане на офертите им и преценка за съответствие с предварително обявените условия, с протокол № 2 от 15.09.2021 г. назначената оценителна комисия е класирала офертата на „А1 България“ ЕАД на първо място с максимален сбор по всеки от приложените показатели. В резултат на това, на 12.10.2021 г. е сключен договор № 1177 между „Булгаргаз“ ЕАД като възложител и „А1 България“ ЕАД с обща уговорена цена в размер на 477 601.00 лв. без ДДС или 573 121.20 лв. с ДДС, чийто предмет включвал извършването на доставка, инсталиране и интеграция на високонадеждна ИТ инфраструктура (дейности по доставка) и поддръжка за срок от 48 месеца (услуги по поддръжка) с цел непрекъсваема работа на използваните от възложителя приложения. Със Заповед № ФК-10-733/25.08.2022 г. на свидетеля П. Ч. е възложено осъществяването на финансова инспекция по отношение на „Булгаргаз“ ЕАД по повод законосъобразното възлагане, изпълнение и отчитане на договори за външни услуги в периода от 01.01.2021 г. до 30.06.2022 г. В хода на проверката финансовите инспектори от състава на назначения екип са установили, че утвърдената от възложителя „Методика за оценка на офертите“, в частта на посочения начин за определяне на оценката по подпоказател К2.2 „Предложение за управление на риска“,

не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, не осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като не посочва начина за оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка на качествените показатели, които са количествено неопределими.

Горните обстоятелства били приети от свидетеля П. Ч. като извършено нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3, б. „б“ от ЗОП (в редакцията след измененията и допълненията, обнародвани в ДВ бр. 107 от 18.12.2020 г., в сила от 01.01.2021 г.), поради което на жалбоподателя Н. П. бил съставен АУАН № 11-01-902/16.11.2022 г. Посочено е в съставения на П. АУАН, че възложителят не е аргументирал именно какво би приел за „недобра комуникация между екипите на възложителя и изпълнителя“ и „неинформиране на възложителя за всички потенциални проблеми, които биха могли да възникнат в хода на изпълнение на дейностите“, като видно от документацията на обществената поръчка не са посочени текстове, които да дават определение именно на тези действия, които следва да предприеме изпълнителят.

Въз основа на така съставения АУАН директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция издал обжалваното наказателно постановление № 11-01-902-2022 от 16.05.2023 г., с което на основание чл. 253, ал. 1 във връзка с чл. 261, ал. 2 от ЗОП, на Н. А. П., като член на Съвета на директорите и изпълнителен директор на „Булгаргаз“ ЕАД, е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 5000 /пет хиляди/ лева за нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3, б. „Б“ от ЗОП (обн. ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., изм. и доп., бр. 107 от 18.12.2020 г., в сила от 01.01.2021 г.).

За да отмени НП, СРС е приел, на първо място, че с НП са нарушени административнопроизводствените правила, конкретно чл. 18 от ЗАНН, тъй като в настоящия случай са били извършени две отделни деяния, всяко от които само по себе си изпълващо състава на обособено административно нарушение. Нарушени са нормите на чл. 70, ал. 7, т. 2 и чл. 70, ал. 7, т. 3, б. „б“ от ЗОП. От една страна, се касае за осигуряване на възможност за сравнение и обективна оценка на техническите предложения в офертите (т. 2 от посочената разпоредба), а от друга - за осигуряване на достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за качествените показатели, които са количествено неопределими, следва да се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (т. 3, б. „б“ от същата законова норма). Посочено е, че това са два обособени критерия, приложими в процедурата по подбор на участници в обществената поръчка, всеки от които осъществява от обективна страна състав на различно административно нарушение. Съгласно чл. 18 от ЗАНН, когато с едно деяние са извършени няколко самостоятелни административни нарушения, наложените за тях наказания следва да бъдат изтърпiani поотделно. С неизпълнението на задължението си да индивидуализира отделните административни нарушения с присъщите им фактически параметри, въз основа на което да наложи отделни наказания за всяко от тях, АНО е допуснал съществено процесуално нарушение, обуславящо отмяната на наказателното постановление.

Отделно от гореизложеното районният съд е приел също така, че в хода на административнонаказателното производство неправилно е бил приложен материалният закон. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да

определи кои ще са показателите за техническата оценка на офертите на участниците, при спазване на разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗОП, като чрез показателите за оценка се оценява нивото на изпълнение на офертите, които отговарят на минималните технически изисквания на възложителя, заложили в техническата спецификация. В настоящия случай като критерии за определяне на комплексната оценка на участниците са използвани ценови и качествен показател, всеки от които придаващ на офертата съответния брой точки спрямо съответствието ѝ с изискванията на възложителя. Съдът е приел, че по достатъчно ясен и достъпен за заинтересованите лица начин са описани елементите от техническите предложения по всеки един от подпоказателите, които имат значение за процеса на оценяване и начина на обвързване на всяко предложение с качеството на изпълнение.

Така постановеното решение е правилно и настоящата касационна инстанция споделя изложените от първоинстанционния съд мотиви относно издаване на НП в нарушение на материалния закон.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, в документацията възложителят посочва методика за комплексна оценка и начин за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците, да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

В настоящия случай контролните органи на АДФИ са приели за незаконосъобразна методиката в частта на подпоказател К2.2 „Предложение за управление на риска“, тъй като възложителят не е аргументирал именно какво би приел за „недобра комуникация между екипите на възложителя и изпълнителя“ и „неинформиране на възложителя за всички потенциални проблеми, които биха могли да възникнат в хода на изпълнение на дейностите“, като видно от документацията на обществената поръчка не са посочени текстове, които да дават определение именно на тези действия, които следва да предприеме изпълнителят. Настоящият съдебен състав не споделя този извод. На първо място, в методиката за оценка е посочена формулата за определяне на комплексна оценка. На следващо място, посочени са пет риска, които възложителят е идентифицирал и за които участниците следва да предложат мерки за предотвратяване и преодоляване. Посочено е какво жалбоподателят намира за необходимо да бъде анализирано за всеки от тези рискове, за да приеме за пълно предложението на участника в тази част, а именно: представяне на възможните форми на проявление на идентифицираните от възложителя рискове и очакван ефект/последивици от настъпване на рисковете; предложени мерки за предотвратяване и преодоляване на идентифицираните рискове; предложени мерки за намаляване на негативния ефект/последивици при евентуално възникване на рисковете. Определено е, че качеството се оценява от гледна точка на обосноваване на предложението, която е налице, „когато са представени подробности и детайли относно процесите и/или технологията, тяхната последователност и конкретни резултати, включително предложените мерки да са приложими и изпълними (участникът се е аргументирал как предложените мерки ще доведат до справяне с посочените рискове)“. Въз основа на така очертаната от възложителя обосновка на предложенията в частта по К2.2 е представена конкретната оценка в зависимостта от това в каква степен отговаря изпълнението на гореописаните изисквания. В тази връзка, максимален брой от 50 точки получава техническо предложение, в което е налице обосноваване на всички рискове, 40 точки – на 4 от рисковете, 30 точки – на

три от рисковете, 20 точки – на 2 от рисковете, 10 точки – на един от рисковете, 0 точки – на нито един от рисковете. С оглед на това съдът формира извод, че критерият за оценка на този подпоказател е в каква степен кандидатът е покрил и развил възможните проявления на рисковете, предложените мерки за предотвратяване и преодоляване на идентифицираните рискове и предложените мерки за намаляване на негативния ефект/последизи при евентуално възникване на рисковете. Формулировката и пълнотата на описанието на методиката дава възможност на възложителя обективно да прецени изпълнението на зададените изисквания от участниците, както и те самите да се информират какво е необходимо при подготовката на офертата за получаване на максимална оценка. Така описаният метод на оценка не е субективен, както твърди АНО, същият предоставя количествен и качествен критерий за оценка на предложенията на участниците. Самата му същност не позволява да бъде конкретизиран с точни показатели, още повече че това зависи от индивидуалния подход на съответния кандидат и креативност при предлагане на мерки за преодоляване, предотвратяване и намаляване на негативните ефекти от съответния визиран от възложителя риск. Следва да се посочи, че субективната страна на оценката не може да се изключи по подразбиране в случаите, в които оценяваният обект няма цифрово /количествено/ изражение.

С тези мотиви настоящата касационна инстанция намира, че с утвърдената от ответника по касация методика за оценка не е нарушен чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3, б. „б“ от ЗОП, не е изпълнен състава на вмененото на П. административно нарушение и правилно е отменено НП от районния съд. Следователно атакуваното съдебно решение е правилно и следва да бъде оставено в сила.

Предвид изхода на делото касационният жалбоподател следва да заплати на ответника направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение съгласно представен списък. Представени са доказателства за заплащането от ответника на адвокатски хонорар в размер на 800 лв. Направено е възражение за прекомерност на същото, което е неоснователно. На основание чл. 18, ал. 2 от Наредба № 1 от 09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, във връзка с чл. 7, ал. 2, т. 2 от с.н.а., минималният размер на същото за дела от този вид с материален интерес от 5 000 лв. е 800 лв., колкото и се претендира от ответника. Поради това искането му за присъждане на разноски следва да бъде уважено в пълен размер.

По гореизложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2, предл. първо от АПК, във вр. с чл. 63в от ЗАНН, Административен съд – София град, XXII касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 13.11.2023 г. на Софийски районен съд, 112-ти с-в, постановено по н.а.х.д. № 8863/2023 г.

ОСЪЖДА Агенция за държавна финансова инспекция, [населено място], да заплати на Н. А. П., ЕГН: [ЕГН], от [населено място], сумата от 800,00 (осемстотин) лева за разноски по делото.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.

