

РЕШЕНИЕ

№ 3285

гр. София, 26.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 19.06.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ралица Романова

ЧЛЕНОВЕ: Калина Пецова

Георги Терзиев

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разглежда дело номер **1902** по описа за **2020** година докладвано от съдия Калина Пецова, 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. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), чрез процесуалния си представител юрк. Х., срещу решение от 08.01.2020 г., постановено по НАХД № 560 по описа за 2019 г. на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 109 – ти състав, с което е отменил Наказателно постановление (НП) № 11-01-473 от 14.12.2018 г., издадено от директора на АДФИ, с което на И. Т. Ч., в качеството му на изпълнителен директор на [фирма], на основание чл. 129, ал. 1 вр. чл. 133, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, отм.), вр. чл. 3, ал. 2 ЗАНН вр. чл. 256, ал. 1 ЗОП (в сила от 15.04.2016 г.) е наложено административно наказание – „глоба“, в размер на 909.41 лева, за извършено нарушение на чл. 8, ал. 1 вр. чл. 103, ал. 1, вр. чл. 14, ал. 1, т. 2 и чл. 3, ал. 1, т. 2 ЗОП, отм.

С касационната жалба се иска отмяна на решението като незаконосъобразно и неправилно. Релевираните основания са за нарушение на материалния закон и допуснати съществени нарушения на процесуалните правила - касационни основания по смисъла на чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от Наказателнопроцесуалния кодекс /НПК/, във вр. с чл. 63, ал. 1 ЗАНН. Сочи се, че въззивната инстанция не е установила процесуални нарушения в административнонаказателното производство при

съставяне на АУАН и издаване на НП. Твърди се, че за постановяване на отменителното решение, СРС е съобщило единствено, приобщеното в хода на делото писмено доказателство – пълномощно за прокура, вместо да прецени доказателствата по делото не само поотделно, но и в тяхната съвкупност. Неправилно, според касатора, въззивната инстанция счита изводите на АНО по отношение на прогнозната стойност на услугите за 2016 г. за необосновани. От правния прочит, и на отменения, и на действащия ЗОП, са видни и двете предпоставки за прилагането му при възлагане на обществени поръчки. Твърди се още, че в процесния случай, се касае за административно нарушение под формата на продължаващо действие от страна на възложителя, установено по време на извършената му проверка. Знаейки, че е извършил разходи през предходната 2015 г. за пощенски услуги и нуждата от ползването на същите и през 2016 г., за възложителя са били налице условията за възлагане на обществената поръчка чрез процедурата на отменения ЗОП. Съобразявайки тези обстоятелства, от актосъставителя, като и от административнонаказващия орган е прието, че задължението за прилагане на съответния ред по ЗОП, отм. е към 06.01.2016 г. – датата на първата фактура за използвани от него пощенски услуги. Непосочването на конкретна дата, а моментът, в който възложителят вече е ползвал процесните услуги е и моментът, в който е налице и поет разход – задължение за заплащането на ползваните услуги. Като неправилен се определя от касатора изводът за липса на административнонаказателна отговорност на И. Ч., поради наличието на прокурист. Посочват се аргументи за това, че СРС не е съобразил възникването на прокурата с датата на извършването на нарушението, поради което постановява неправилно решение. Допълва се, че в случая се касае за административно нарушение под формата на продължаващо действие, поради което АНО е приел за дата на извършването момента на обективизиране на първото изявление на лицето, което е предоставил обекта на обществената поръчка – първата фактура за предоставени пощенски услуги. АНО е приел, че към тази дата е налице и приключила процедура по планиране на обществените поръчки за необходими на възложителя през 2016 г.

В съдебно заседание касаторът, редовно уведомен, се представлява от адв. Х., която поддържа жалбата и претендира разноските по делото.

Ответникът – И. Т. Ч., чрез процесуалния си представител адв. Д., оспорва жалбата. В представено по делото становище се посочва, че при съставяне на АУАН, респ. при издаване на НП, са допуснати съществени процесуални нарушения по чл. 42 и чл. 57 ЗАНН, изразяващи се в липса на единство между обстоятелствата около извършване на нарушението, описание на нарушението, нарушените законови разпоредби, както и наложеното наказание, включително довели до нарушено право на защита на наказаното лице. Подробно се представят аргументи за това, че в процесния случай е налице противоречие, както при описанието на нарушението, така и между приетата правна квалификация на нарушението и приложената санкционна норма. Посочва се, че неправилното квалифициране на извършеното деяние не може да бъде отстранено в хода на съдебното производство, поради което актът се явява издаден при допуснати съществени процесуални нарушения. На следващо място се твърди, че неправилно от страна на наказващия орган е определен периодът на извършване на нарушението, както в АУАН, така и в НП. Началото на инкриминирания период трябва да е датата, на която е възникнало задължението да се извърши нещо, а крайт на периода е датата, на която това задължение е отпаднало. Посочва се още, че АНО не е отчел

специфичната хипотеза на вливане, осъществено по реда на Търговския закон и вписано в ТР по партидата на [фирма] на 23.04.2015 г., което има отношение към определяне на базата за изчисляване на разходите за поддържане и почистване през 2015 г., послужили за „изводите“ на АНО за достигнат праг на разходите за съответната дейност през предходната 2015 г. На последно място, ответникът по делото сочи аргументи, че доколкото до влизане в сила на процесното НП е последвала промяна в ЗОП и сега действащият законов ред предвижда по-висок праг за възлагане на обществени поръчки от секторни възложители за услуги, то не е нужно възлагане на обществена поръчка. Иска се отхвърляне на касационната жалба и оставяне в сила на оспореното решение.

Представителят на Софийска Градска прокуратура дава заключение, че касационната жалба е неоснователна.

Административен съд София - град, седми касационен състав, намира, че жалбата е подадена в срока по чл. 211 от АПК от надлежна страна и се явява допустима. Разгледана по същество, същата е неоснователна.

От фактическа страна СРС е установил следното:

[фирма], [населено място] има с предмет на дейност: Инвестиране, проектиране, изграждане, експлоатация и ремонт на газоразпределителна мрежа в обекти и съоръжения, свързани с използването на природен газ и продажбата на природен газ, както и всяка друга дейност, не забранена от закона. За осъществяване на дейностите по чл. 39, ал. 1, т. 3 и т. 10 от Закона за енергетиката (ЗЕ) [фирма], [населено място] притежава лицензии за дейност „разпределение на природен газ“ и лицензии за дейност „снабдяване с природен газ от краен снабдител“ издадени от Държавната комисия за енергийно и водно регулиране, трансформирана със Закона за изменение и допълнение на Закона за енергетиката в Комисията за енергийно и водно регулиране (КЕВР). На основание чл. 37, ал. 1 ЗЕ [фирма] води отделна счетоводна отчетност за разходите за лицензионната дейност и нелицензионната дейност, разходите за която не са свързани с издадените лицензи.

Във връзка с издадените лицензии през периода от 01.01.2016 г. до 14.04.2016 г. [фирма] извършва секторна дейност по смисъла на ЗОП /отм./ свързана с разпределението и снабдяване от краен снабдител с природен газ и е възложител на обществени поръчки съгласно чл. 7, т. 6, във връзка с чл. 7а ЗОП /отм./, а през периода от 15.04.2016 г. до 31.12.2016 г. възложител е изпълнителният директор на [фирма], [населено място] по смисъла на чл. 5, ал. 4, т. 2 ЗОП във връзка с чл. 123, т. 1 във връзка с чл. 124, ал. 1 от същия закон.

При извършената проверка, възложена на основание чл. 238, ал. 5, във връзка с чл. 238, ал. 1 и ал. 4 ЗОП и одобрен годишен план за 2018 г., от органите на АДФИ е установена следната фактическа обстановка:

През 2016 година в [фирма] за секторната (лицензионната) дейност са отчетени разходи за извършени пощенски услуги (пощенски и куриерски услуги) общо в размер на 89 612, 31 лв. без ДДС, което е видно от справка представена с писмо изх. № ОМ-В 6002-626/23.03.2018 г. Пощенските услуги са извършвани въз основа на фактури, издавани от различните изпълнители при режим на директно възлагане. Първата пощенска услуга за 2016 година е извършена на 06.01.2016 г. въз основа на фактура № [ЕГН]/06.01.2016 г., издадена от [фирма], на стойност - 1,83 лв. без ДДС, с основание „пощенски разходи“.

Стойността на извършените през 2016 г. пощенски услуги в размер на 89 612,31 лв.

без ДДС попада в стойностния праг на чл. 14, ал. 1, т. 2 ЗОП (отм.), съгласно който, при обществени поръчки за услуги на стойност по-висока от 66 000 лв. без ДДС, възложителите задължително прилагат процедурите по закона. При извършената проверка в Регистъра на обществените поръчки на Агенцията по обществени поръчки, профила на купувача и видно от представената с приемо-предавателен протокол от 01.02.2018 г. справка за сключените договори в резултат на възложени обществени поръчки по реда на ЗОП, по които са извършени разходи за периода от 01.01.2016 г. до 31.12.2017 г., е установено, че пощенските услуги са извършени, без да е прилаган реда за възлагане на обществени поръчки посочен в ЗОП, отм.

Предвид на установеното, с писмо с вх. №ОМ-ИД-860 от 13.04.2018 г. е изискано от г-н С. И. - изпълнителен директор на [фирма] да бъдат посочени мотивите на възложителя, поради които през 2016 г. са отчетените разходи за пощенски услуги без да е прилаган реда за възлагане посочен в ЗОП, отм. Във връзка с искането е получено писмо изх. № ОМ-ИД-803/10.05.2018 г., подписано от пълномощник на изпълнителния директор на дружеството, в което е дадено следното становище: Част от посочените разходи за куриерски услуги на обща стойност 90, 74 лв. са извършени след изпращане на пратки за сметка на получателя - [фирма], това са: [фирма]-10,39 лв.; [фирма] - 51,25 лв.; [фирма] - 5,25 лв.; [фирма] - 13,00 лв.; „ИЗСЛЕДОВАТ. ЦЕНТЪР НА КЛИ” - 5,60 лв. и [фирма] - 5,25 лв. Посочените плащания в размер на 13 736,95 лв. в полза на „Консорциум Д. ДИ ПИ АЙ - Стар пост АД” са платени по договори за обществена поръчка. За остатъка от посочените разходи, дружеството е възлагало услугите, както при действието на отменения ЗОП, така и на сега действащия, като стойностите на плащанията не надхвърлят съответния стойностен праг, посочен в приложимия закон, в зависимост от момента на възлагането.

Изложеното в становището относно извършените разходи в размер на 90,74 лв., възстановени от контрагенти и плащания в размер на 13 736,95 лв. в полза на „Консорциум Д. ДИ ПИ АЙ - Стар пост АД” по договор за обществена поръчка е прието от контролните органи за достоверно, предвид сключения договор № У-ОМ-263-1-2/19.08.2016 г. в резултат на обществена поръчка открита с Решение № ОМ-ИД-1375/14.04.2016 г.

Предвид на гореизложеното посочените разходи в размер на 13 827,69 лв. без ДДС е прието да бъдат намалени от общата сума в размер на 89 612,31 лв. без ДДС или сумата на извършените разходи за пощенски услуги през 2016 г., без да е приложен реда за възлагане регламентиран в ЗОП, възлиза на обща стойност 75 784,62 лв. без ДДС.

При извършената проверка е установено, че разходите за пощенски услуги през 2015 г. и 2016 г. са извършвани въз основа на фактури, издавани от различни доставчици при режим на директно възлагане или по сключени при свободен режим договори. Прието е, че с оглед справка изх. № ОМ-ИД-894/28.05.2018 г. за предходната 2015 г. за пощенски услуги са извършени разходи в общ размер на 48 732,45 лв. без ДДС, попадащи в стойностния праг по чл. 14, ал. 1, т. 2 ЗОП, отм.

Предвид текста на чл. 15, ал. 2, т. 2, б. „а” ЗОП, отм., и с оглед стойността на извършените разходи за пощенски услуги за предходната 2015 г. в размер на 48 732,45 лв. без ДДС, за които е счетено, че попадат в стойностния праг по чл. 14, ал. 4, т. 2 ЗОП, отм., коригирани с предвидените промени в количеството или стойността на съответната услуга, за възложителя е било задължително да проведе процедура за

възлагане на обществената поръчка по реда на ЗОП.

Контролните органи са достигнали до извод, че към 06.01.2016 г., са били налице трите предпоставки - обект, субект и стойност, предвидени в ЗОП, задължаващи И. Т. Ч., в качеството му на изпълнителен директор на [фирма] и представляващ възложителя на обществени поръчки по чл. 7, т. 6 ЗОП (отм.) да проведе процедура за възлагане на обществена поръчка за пощенски услуги през 2016 г., вместо да възлага същите по реда на директното възлагане. Прието е, че с изложеното е нарушен чл. 8, ал. 1, във връзка с чл. 103, ал. 1 във връзка с чл. 14, ал. 1, т. 2 и чл. 3, ал. 1, т. 2 от Закона за обществените поръчки (отм.), ред ДВ бр. 79 от 13.10.2015 г., отговорен за което бил И. Т. Ч., в качеството му на изпълнителен директор на [фирма] през периода от 01.01.2016 г. до 06.04.2016 г. и лице по чл. 8, ал. 3 ЗОП, отм.

За изложеното е съставен акт за установяване на административно нарушение от 14.06.2018 г., послужил за издаване на обжалваното наказателно постановление.

Съдът е изложил и правните си изводи, за да отмени НП, поради необоснованост на изводите на АНО за прогнозната стойност на пощенските услуги за 2016 г. Посочено е, че не е ясно как и защо АНО е достигнал до извода, че прогнозната стойност на пощенските услуги към датата, на която е следвало да бъде възложена според него обществената поръчка при периодично повтарящи се договори за доставка и/или услуги е превишавала стойността по чл. 14, ал. 1, т. 2 ЗОП, отм. от 66 000 лева, предвид действителната обща стойност на подобните договори, сключени през предходната финансова година. Не е обсъдено също, според мотивите на съда, по какъв начин тази стойност от 48 732.45 лева без ДДС е следвало да бъде коригирана с предвидимите промени в количеството и стойността на пощенските услуги. Като втори аргумент за отмяната на НП, СРС е посочил, че само до началото на месец април 2016 г., т.е. около една трета от продължителността на календарната година, административнонаказаното лице е имало качеството на изпълнителен директор на [фирма], като още преди това е ангажирал прокурист в дружеството. При тези промени в управлението на секторния възложител, според въззивната инстанция, не може да се направи несъмнен извод за това, че увеличението на общата сума за пощенските разходи през 2016 г. е резултат на управленско решение, взето именно от И. Т. Ч., а не от такъв род предвидимо от същия решение, взето от последващия го изпълнителен директор на секторния възложител или на прокуриста.

Решението на въззивния съд е валидно, допустимо и правилно.

Съгласно разпоредбата на чл. 8, ал. 1 от ЗОП, отм. възложителите са длъжни да проведат процедура за възлагане на обществена поръчка, когато са налице основанията, предвидени в закона. Възложителите вземат решение за възлагане на обществени поръчки чрез открита процедура, ограничена процедура и процедура на договаряне с обявление винаги, когато не са налице условията за провеждане на процедура на договаряне без обявление (чл. 103, ал. 1 ЗОП, отм.). Процедурите по закона се прилагат задължително при възлагане на обществени поръчки с обект по чл. 3, ал. 1 (в случая по т. 2, а именно - предоставянето на услуги), които имат следните стойности без ДДС: за доставки, услуги и конкурс за проект - по-високи от 66 000 лв., а когато поръчката е с място на изпълнение извън страната - по-високи от 132 000 лв. (чл. 14, ал. 1, т. 2 ЗОП, отм.). Според приложената по-благоприятна санкционна норма на чл. 256 ЗОП в сила от 15.04.2016 г., възложител, който възложи обществена поръчка, като сключи договор или извърши разходи или поеме задължение за извършване на разходи, с което се достига или надвишава минималния стойностен

праг по чл. 20, ал. 1 или 2, без да приложи процедура по чл. 18, ал. 1 съобразно стойността на поръчката при наличие на основания за това, се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а когато няма писмен договор - от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но не повече от 50 000 лв. Възложител, който възложи обществена поръчка, като сключи договор или извърши разходи или поеме задължение за извършване на разходи, с което се достига или надвишава минималния стойностен праг по чл. 20, ал. 3, без да приложи предвидения в закона ред за възлагане на обществената поръчка съобразно стойността на поръчката при наличие на основания за това, се наказва с глоба в размер 1 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а когато няма писмен договор - от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но не повече от 10 000 лв.

На първо място, настоящият съдебен състав приема, че е налице противоречие между приетата правна квалификация на твърдяното нарушение и приложената санкционна норма. Видно от оспореното НП, в същото са изложени твърдения, че нарушителят в качеството си на възложител, не е провел предвидената по ЗОП процедура за възлагане на обществена поръчка, независимо, че са били налице законоустановените стойностни прагове за това, а е наказан за това, че е *възложил такава при по-облекчен ред* от предвидения в закона. Нормата на чл. 256 ЗОП (редакция ДВ., бр.13/2016 г.), съдържа две алинеи, приложими в зависимост от формата на противоправно поведение – действие или бездействие. За възложител, който изобщо не е провел съответната процедура при наличие на условия за това, следва да бъде ангажирана неговата отговорност, съгласно разпоредбата на чл. 256, ал. 2 ЗОП, докато тази на чл. 256, ал. 1 от същия закон, предвижда налагане на наказание в случаите, когато е извършена процедура, но същата е проведена при по-облекчен от предвидения в закона ред. Двете санкционни норми предполагат различни основания за налагане на административно наказание и различен метод за определяне и изчисляване размера на глобата. Посоченото представлява съществено нарушение императивната разпоредба на чл. 57, ал. 1, т. 5 и т. 6 ЗАНН, доколкото е ограничило правото на привлеченото към административнонаказателна отговорност лице да узнае в какво точно се състои противоправното му поведение и коя правна норма е нарушил, респективно – да организира своевременно и пълноценно защитата си.

Касационният състав споделя изложените от касатора доводи, че административнонаказващият орган не е отчел и специфичната хипотеза на вливане, осъществено по реда на ТЗ, респективно вписано в ТР към Агенция по вписванията по фирменото дело на [фирма] на 23.04.2015 г., което има отношение към определяне на базата на изчисляване на разходите. Поначало преобразуването на едно дружество има действие от момента на вписването в ТР към Агенция по вписванията, към който момент правата и задълженията на преобразуващото се дружество преминават върху приемащото или новоучреденото дружество. В случая, предвид спецификата на вмененото нарушение, съдът намира, че периодът, който е релевантен за преценка налице ли е неизпълнение на задължение за провеждане на обществена поръчка е от 23.10.2015 г. до 31.12.2015 г., когато [фирма] е водело обща

отчетност за тази дейност след приключване на процедурата по преобразуване.

Предвид изложеното, наред с мотивите на СРС, решаващият касационен състав приема, че не са налице твърдените касационни основания, а обжалваното съдебно решение като валидно, допустимо и правилно, следва да бъде оставено в сила.

Воден от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предложение първо АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, VII касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение от 08.01.2020 г., постановено по НАХД № 560 по описа за 2019 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 109 – ти състав.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: