

РЕШЕНИЕ

№ 212

гр. София, 08.01.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, ХХVIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 08.12.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Деница Митрова

**ЧЛЕНОВЕ: Атанас Николов
Вената Кабурова**

при участието на секретаря Милена Чунчева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **7694** по описа за **2023** година докладвано от съдия Деница Митрова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 и сл. от Административно процесуалния кодекс във връзка с чл.63в от Закона за административните нарушения и наказания.

Образувано е по повод на касационна жалба вх. № 29588/10.08.2023 г. по описа на Административен съд – София град (АССГ) и вх. 159664/07.06.2023 г. по описа на Софийски районен съд (СРС), подадена от директора на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ) срещу Решение № 2369/22.05.2023 г. на СРС, Наказателно отделение, 105 състав, по НАХД № 10343/2023 г. по описа на съда, с което е отменено Наказателно постановление /НП/ № 11-01-972²⁰²¹/13.04.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на Д. Д. И. е наложена глоба в размер на 5 000 лв. на основание чл. 254, ал. 1 от ЗОП, за извършено нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, вр. с чл. 58, ал. 1, т. 1 от ЗОП, вр. с чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

В касационната жалба е посочено, че решението на СРС е незаконосъобразно. Според касаторът съдът е приложил неправилно материалния закон, тъй като не е съобразил, че възложителят се е възползвал от възможността по чл. 54, ал. 4 от ЗОП само по отношение на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП, но не и по отношение на останалите обстоятелства по чл. 54, ал. 1 от ЗОП, поради което е бил длъжен да изиска при сключването на договора избраният изпълнител да представи документи за липса на основания за отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 1 и т. 6 от ЗОП. Като не е

изискал представянето на тези документи, възложителят е извършил описаното в НП нарушение. Моли се оспореното решение да бъде отменено, като бъде потвърдено издаденото НП. Претендира се юрисконсултско възнаграждение.

В касационното производство директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/ е редовно призван, се представлява от юрк. Х., която поддържа касационната жалба и моли тя да бъде уважена(Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - Д. Д. И. – редовно призван, не се явява и не се представлява.

Представителят на Софийска градска прокуратура, прокурор М. в съдебно заседание дава заключение за неоснователност на жалбата.

Административен съд София - град, XXVIII касационен състав, като взе предвид наведените касационни доводи, извърши проверка на обжалваното съдебно Решение, съобразно чл. 218, ал. 2 АПК и след като прецени събраните доказателства, приема от правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211 АПК и е процесуално допустима, а разгледана по същество е основателна.

След анализ и преценка на събрания по делото доказателствен материал, от въззивната инстанция е прието за установено следното от фактическа страна: Българска агенция по безопасност на храните (БАБХ) е юридическо лице, учредено към министъра на земеделието, на бюджетна издръжка, със седалище в [населено място]. Тя е компетентният държавен орган за осъществяване на официален контрол в Република България по отношение на изискваният към дейностите, регламентирани в чл. 3, ал. 1 от ЗБАБХ.

На организационно ниво БАБХ се ръководи и представлява от изпълнителен директор, който се назначава от министър-председателя по предложение на министъра на земеделието. Към процесната дата тази функция била изпълнявана от жалбоподателя Д. Д. И., който на основание чл. 5, ал. 2, т. 12 от ЗОП отговарял за правилното прогнозиране, планиране, провеждане, приключване и отчитане за резултатите от сключваните обществени поръчки.

С Решение № РД11-1387/18.07.2019 г. касаторът, в качеството си на изпълнителен директор на изпълнителната агенция, е открил процедура за възлагане на обществена поръчка при договаряне без предварително обявяване с предмет предоставяне на услуга, свързана с извършване на диагностични изследвания чрез метода ELISA на 18830 броя проби от мозъци за трансмисивна спонгиформна енцефалопатия (ТСЕ) по животните и въвеждане на получените резултати в ИИС ВетИС. В раздел III от решението било вписано като правно основание за откриване на процедурата чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП - публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление, когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно да бъдат спазени сроковете, включително съкратените, за открита, ограничена процедура или състезателна процедура с договаряне; в същото време обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя. Прогнозната стойност на обществената поръчка била 376 600 лв. без ДДС. Още на датата на издаване на решението било публикувано в Регистъра на обществените поръчки под ID № 922928, като било отбелязано по партидата на възложителя под уникален идентификационен № 02378-2019-0006.

В мотивите за избора на процедура било вписано, че съгласно Регламент (ЕО) №

999/2001 на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година, относно определяне на правила за превенция, контрол и ликвидиране на някои трансмисивни спонгиформни енцефалопатии (ТСЕ) относно мониторинга на ТСЕ по животните следва всяка държава- членка да изпълнява годишна програма за мониторинг на ТСЕ въз основа на активното и пасивно наблюдение на субпопулации от съответните животински видове. Регламентът бил приет със специална цел профилактика, ограничаване и ликвидиране на трансмисивни спонгиформни енцефалопатии по животните, тъй като се касаело за особено опасна болест, която освен огромни загуби в животновъдството, а съответно и икономиката на държавите- членки, в това число и България, се пренасяла и върху хората и не подлежала на лекуване, а винаги завършвала със смърт на заразените. С цел превенция на заболяването БАБХ изпълнявала одобрената от Министерския съвет и от Европейската комисия Програма за профилактика, ограничаване и ликвидиране на ТСЕ, като извършвала непрекъснати изследвания на животни за болестта. Изследванията били осъществявани в лаборатории на Националния диагностичен научноизследователски ветеринарномедицински институт към БАБХ, като считано от началото на 2019 г. същият вече не разполагал с възможност да изследва проби от заклани в лични дворове, както и такива от умрели животни. Забавянето на изследването на пробите от заклани животни в личен двор компрометирало контрола върху заболяването и спирането на регулярните изследвания, което навело необходимостта от предприемане на спешни мерки за незабавното им изследване.

Гореизложеното продиктувало невъзможността да бъдат спазени сроковете за провеждане на открита процедура по ЗОП за избор на външна лаборатория за възлагане осъществяването на посочените изследвания. Наличието на една единствена акредитирана лаборатория за изследване на заболяването в рамките на Република България обусловило изпращането на покана за участие в процедура на договаряне без предварително обявление до „Централна ветеринарна лаборатория“ ЕООД с ЕИК[ЕИК] със седалище и адрес на управление в [населено място], [жк], Шосе Банкя № 7, ет. 7, лаборатория № 5. Такава била изпратена с изходящ № 3960-40/18.07.2019 г., с която срокът за изпълнение на обществената поръчка е бил определен на 30 работни дни от сключване на договора.

Като приложение към поканата били представени указания за участие в процедурата по ОП, в които били уредени техническите спецификации на поръчката, условията за участие в нея, указанията за подготовка, изготвяне и подаване на офертите, условията за сключване на договор и гаранциите за изпълнение. В приобщените общи условия било регламентирано възложителят да отстранява от участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка участник, когато е осъден с влязла в сила присъда за престъпление по чл. 108а, чл. 159а - 159г, чл. 172, чл. 192а, чл. 194 - 217, чл. 219 - 252, чл. 253 - 260, чл. 301 - 307, чл. 321, 321а и чл. 352 - 353е от Наказателния кодекс (раздел III, т. 1.1.), както и когато е установено с влязло в сила наказателно постановление или съдебно решение, съобразно което при изпълнение на договор за обществена поръчка е нарушил чл. 118, чл. 128, чл. 245 и чл. 301 - 305 от Кодекса на труда или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която участникът е установен (Раздел III, т. 1.5.). За доказване липсата на основание за отстраняване, участникът, избран за изпълнител, следвало при подписване на договора да представи документите, посочени в чл. 58 от ЗОП.

Във връзка с доклад с вх. № ВД-3038/18.07.2019 г. от комисията за разглеждане и оценка на офертата, постъпила по процедурата на договаряне без предварително обявление за възлагане на ОП с предмет „Избор на външна акредитирана лаборатория за диагностични изследвания на 18830 броя проби от мозъци за ТСЕ по животните“, с Решение № РД11- 1395/18.07.2019 г. възложителят на ОП в лицето на изпълнителния директор на БАБХ класирал на първо място единствения участник в процедурата - „Централна ветеринарна лаборатория“ ЕООД, който бил определен за изпълнител на поръчката.

На 18.07.2019 г. в [населено място] между Българската агенция по безопасност на храните, представлявана от изпълнителния си директор Д. И., като възложител, и „Централна ветеринарна лаборатория“ ЕООД, представлявано от управителя си М. П., като изпълнител, е сключен договор за възлагане на обществена поръчка № 61/18.07.2019 г. с предмет извършване на услуга по диагностично изследване на 18830 броя проби от мозъци за ТСЕ по животните и въвеждане на получените резултати в ИИС ВетИС съгласно изискванията, посочени в Техническите спецификации на възложителя, като общата стойност за изпълнение на поръчката възлизала на сумата от 376 600 лв.

На 14.08.2019 г. обявление за възложената вече ОП е изпратено за публикуване в Регистъра на обществените поръчки, като в раздел VI „Допълнителна информация“ е пресъздадено изложението от мотивите към Решението за откриване на процедура, като поради липса на достатъчно място за поместване на цялостното им съдържание е осъществена препратка към тях.

Със Заповед № ФК-10-741/25.05/2021 г. директорът на АДФИ е възложил извършването на финансова инспекция на Българската агенция по безопасност на храните, като в т. 1 от заповедта е определено да се извърши проверка за законосъобразност на възложената през 2019 г. обществена поръчка с УИН № 02378-2019-0006, изпълнението на сключения по нея договор за ОП и плащанията по него. Срокът на инспекцията бил от 31.05.2021 г. до 23.07.2021 г., като в хода било изискано от изпълнителния директор на БАБХ да разпорежи на компетентните длъжностни лица да представят на оправомощения финансов инспектор писмени документи по чл. 58 от ЗОП от избрания изпълнител на поръчката, доказващи липсата на обстоятелствата по чл. 54 от ЗОП по отношение на последния. В отговор на запитването, с уведомление от 14.06.2021 г. представителят на БАБХ заявил на контролните органи, че съобразно чл. 54, ал. 4 от ЗОП, по отношение на поканения и избран изпълнител не били приложими изискванията на чл. 54, ал. 1 от ЗОП, като същият към офертата си бил приложил декларация за липса на съответните обстоятелства.

Резултатите от проверовъчната дейност били обективирани писмено в констативен протокол от 16.11.2021 г., в който било посочено, че в досието на обществена поръчка с идентификационен номер 02378-2019-0006 с предмет „Избор на външна акредитирана лаборатория за диагностични изследвания на 18830 броя проби от мозъци за ТСЕ по животните“ отсъствали документи по чл. 58, ал. 1, т. 1 и т. 3 от ЗОП, доказващи липса на основанията по чл. 54, ал. 1, т. 1 и т. 6 от ЗОП за отстраняване на процедурата, а именно - свидетелство за съдимост на управителя на „Централна ветеринарна лаборатория“ ЕООД - [населено място] и удостоверение от органите на ИА „Главна инспекция по труда“, включително доказателства за издадени такива по служебен път.

Бил съставен АУАН № 11- 01-972 от 26.11.2021 г. за нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 във връзка с чл. 58, ал. 1, т. 1 и т. 3 във връзка с чл. 54, ал. 1, т. 1 и т. 6 от ЗОП в присъствието на упълномощен представител на Д. И., на когото бил връчен срещу подпис, с отбелязване на писменото възражение, че описаното в акта не отговаря на обективната действителност.

Въз основа на АУАН било издадено Наказателно постановление /НП/ № Наказателно постановление /НП/ № 11-01-972²⁰²¹/13.04.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на Д. е наложена глоба в размер на 5 000 лв.

Районният съд е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи, както и че в хода на административнонаказателното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения. Приел е също, че АУАН и НП отговарят на изискванията на чл. 42 и чл. 57 от ЗАНН. Според съда неправилно е ангажирана административнонаказателната отговорност на Д. И., тъй като правното основание за откриване на процедура по възлагане на обществена поръчка е чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП - в случая са били налице изключителни обстоятелства, които не са позволявали провеждането на открита процедура по възлагане на обществена поръчка, поради което не е било нужно да бъде спазено императивното изискване на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, за представяне на документите по чл. 58, ал.1, т. 1 и т. 3 от ЗОП, доказващи липсата на основанията по чл. 54, ал. 1, т. 1 и т. 6 от ЗОП за отстраняване на изпълнителя от процедурата.

Касационният състав несподеля изводите на СРС.

АУАН и НП отговарят на изискванията на чл. 42 и чл. 57 от ЗАНН. Същите са издадени от компетентни органи и при спазване на процесуалните правила.

По делото не е спорно, че възложителят на ОП е изпълнил изискванията на чл. 79, ал.1, т. 4 от ЗОП и е обосновал защо процедурата следва да се развие по този ред.

Спорът пред въззивната и пред касационната инстанция е във връзка с приложението на чл. 54, ал. 4 от ЗОП, а именно дали възложителят може да изиска от кандидат в процедурата за възлагане на обществена поръчка при договаряне без предварително обявяване описаните в чл. 54, ал. 1 от ЗОП документи.

Текстът на разпоредбата на чл. 54, ал. 4 от ЗОП гласи, че Възложителят може да не прилага изискванията по ал. 1 при поръчки, възлагани на основание чл. 79, ал. 1, т. 3 и 4, чл. 182, ал.1, т.1 или чл. 191, ал.1, т. 2 и 3, когато се налага да се защитят особено важни държавни или обществени интереси. В тези случаи той е длъжен да посочи мотиви в обявлението за възлагане на поръчка, а при възлагане по чл. 191, ал.1, т. 2 и 3– в досието на поръчката. Законодателят е използвал глаголт „може“ при приемането на цитирания текст, което от юридическа страна означава, че възложителят действа в условията на оперативна самостоятелност дали да изиска информацията по чл. 54, ал.1 от ЗОП при определяне на основанията за отстраняване на кандидата. Тази оперативна самостоятелност на възложителя намира своето действие до момента, в който той посочи необходимата информация за провеждане на процедурата в решението за нейното откриване и изпращане на поканата за участие в процедурата на договаряне без предварително обявление за възлагане на обществена поръчка. В случая Поканата е изпратена на 18.07.2019 г. и следователно това е крайният срок, в който възложителят е определили условията за отстраняване. Неразделна част от Поканата са решението за откриване на процедурата и Указанията за участие (Указанията) в нея.

В т. XII на Покана касационният ответник е посочил, че „Възложителят отстранява от

участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка участник в случаите по чл. 54, ал.1 и чл. 107 от ЗОП“, а в раздел III „Общи условия за участие в процедурата“ на Указанията подробно е описал, в които случаи ще отстрани участник от процедурата, като в т. 3 изрично е посочил, че „Основанието за отстраняване по чл. 54, ал.1, т. 3 от ЗОП не се прилага в настоящата процедура, за да се защитят особено важни държавни или обществени интереси във връзка с риск от възникване и разпространяване на заболяването на територията на Р. България и неспазване на изискванията на Регламент (ЕО) № 999/2001 а Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година“, като в т.1.1 и т. 1.5 са посочени предвидените в чл. 54, ал.1, т. 1 и т. 6 от ЗОП предпоставки за отстраняване.

При тези данни, които са и установени от въззивната инстанция, тя неправилно е приложила материалния закон, като е приела, че изискването на чл. 112, ал.1, т. 2 от ЗОП за представяне на документите по чл. 58, ал.1, т. 1 и т. 3 от ЗОП, удостоверяващи липсата на основания по чл. 54, ал.1, т. 1 и т. 6 от ЗОП, не е задължително, позовавайки се на чл. 79, ал.1, т. 4 от ЗОП. Тези изводи на предходната инстанция не се споделят от касационния състав, тъй като изискванията за отстраняване се определят от възложителя предварително още при определяне вида на ОП и процедурата, по която тя ще се развие, а не в хода на нейното осъществяване и/или след това при сключване на договора. В тази връзка следва да се посочи, че е недопустимо една императивна норма, каквато е чл. 112, ал.1, т. 2 от ЗОП, която се явява специална по отношение на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, да бъде дерогирана от обща такава, както е приел районният съд. Тук следва да се имат предвид както системното място на посочените разпоредби, така и дадената възможност на възложителя в чл. 54, ал.4 от ЗОП да посочи какви документи ще изисква от кандидата и при непредставянето на кои ще го отастрани.

По тези съображения, касационната инстанция приема, че решение № 2369 от 22.05.2023 г., по НАХД № 10343 по описа за 2022 г. на СРС, НО, 105 – ти състав е постановено при неправилно приложение на материалния закон и като такова следва да бъде отменено и вместо него да се постанови друго, с което да се потвърди обжалваното наказателно постановление.

При този изход на спора следва да се удовлетвори искането на касатора за присъждане на юрисконсултско възнаграждение определено на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от ЗПП, във връзка чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ в максимален размер от по 150,00 лв. за въззивното и касационно производство, тъй като същият от фактическа и правна сложност, както и че във всяка инстанция са проведени повече от едно открити съдебни заседания, или общо 300,00 лв.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. второ от АПК, Административен съд-София град, XXVIII касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 2369/22.05.2023 г. на СРС, НО, 105 състав, по НАХД № 10343/2023 г. и вместо него **ПОСТАНОВЯВА:**

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № 11-01-972²⁰²¹/13.04.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на Д. Д. И. е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 5 000 лв. на основание чл. 254, ал. 1 от ЗОП, за извършено нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, вр. с чл. 58, ал. 1, т. 1 от ЗОП, вр. с чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

ОСЪЖДА Д. Д. И. да заплати сторените от Агенция за държавна и финансова инспекция разноски за юрисконсултско възнаграждение за две инстанции в общ размер на 300,00 (триста) лева.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.