

РЕШЕНИЕ

№ 5179

гр. София, 14.02.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 13.12.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова

ЧЛЕНОВЕ: Калин Куманов

Стоян Тонев

при участието на секретаря Анжела Савова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разглежда дело номер **10325** по описа за **2024** година докладвано от съдия Стоян Тонев, 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 е сезиран с касационна жалба, подадена от Х. И. Г., срещу решение №3780/20.08.2024 г., постановено по анд № 7238/2024г. на СРС, 14-ти състав, с което е потвърдено издаденото срещу касатора наказателно постановление /НП/. Посочва, че общата забрана по чл. 2, ал.2 от ЗОП ще намери приложение самостоятелно единствено в случаи, в които е налице ограничаване на конкуренцията, без причината за това да е неспазване на конкретно изискване/ условие, разписано в законова разпоредба от специален характер. Според касатора нарушението би могло да се квалифицира като такова по чл. 59 ал.2 от ЗОП или по чл. 59, ал.2, вр.чл. 2, ал.2 от ЗОП, но не само по чл.2, ал.2 от ЗОП, тъй като се прилага специалната разпоредба, а не общата такава самостоятелно. Според касатора, видно от съдържанието на АУАН и НП незаконосъобразно били включени две алтернативни и взаимно изключващи се хипотези, регламентирани в чл. 2, ал.2 от ЗОП, доколкото за да е налице нарушаване на въведената забрана, следва да се установи въвеждането от възложителя на условие/ изискване, което или необосновано дава предимство, или необосновано да ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки. Не ставало и ясно в какво се изразявало необоснованото

предимство, респективно необоснованото ограничение на стопанските субекти да участват в обществената поръчка. Не било доказано и виновно поведение-умишлено или непредпазливо. Моли решението на СРС и НП да бъдат отменени.

Ответникът по касация – Директор на АДФИ, чрез юрк. Я. счита решението на СРС за правилно. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Представя подробни писмени бележки. Цитира решения на АССГ и ВАС.

Представителят на СГП моли касационната жалба да бъде отхвърлена.

При извършената служебна проверка за редовност и допустимост на жалбата, с която е сезиран, настоящият съдебен състав намира, че касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК, от надлежна страна, съгласно чл. 210, ал. 1 от АПК, приложим по силата на чл. 63в, от ЗАНН. С оглед на изложеното съдът счита, че подадената жалба е процесуално допустима за разглеждане в настоящото производство.

Административен съд - София град, VIII-ми касационен състав, след като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните и в рамките на касационната проверка, извършена съгласно чл. 218 от АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Разгледана по същество касационната жалба е неоснователна. Решението е валидно, допустимо и правилно.

Анализирайки всички събрани доказателства районният съд е приел, че със Заповед №РД-09-334/26.05.2017г. министърът на младежта и спорта делегирал правомощието по възлагане на обществени поръчки на главния секретар на ММС да организира и възлага ОП, провеждани в ММС, чрез приложимите процедури по чл. 18, ал.1 от ЗОП и чрез събиране на оферти с обява и покана до определение лица по реда на Глава 26 от ЗОП, включително да организира предварителните действия по подготовката на процедурите, да одобрява документациите, да назначава комисии и утвърждава доклади от работата им, да подписва решенията и обявленията и др. документи, издавани в хода на процедурите и да сключва договорите за възлагане на обществени поръчки. Със Заповед №ЧР-20-406/23.07.2020 г. министърът на младежта и спорта наредил за срок от 10.08.2020г. до 14.08.2020г. Х. Г. - директор на Дирекция „Инвестиционна политика и обществени поръчки“ да осъществява изпълнението на служебните задължения на отсъстващия главен секретар, включително да осъществява правомощията за възлагане на обществени поръчки.

С Решение с изх. № РД-16-53/14.08.2020 г. на Х. Г. - директор на дирекция ИПОП и длъжностно лице по смисъла на чл. 7, ал. 1 от ЗОП открила процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. за изграждане на физкултурен салон по типов проект към Основно училище „П. К.“, [населено място]“ с прогнозна стойност 716 666,67 лв. без ДДС. Правното основание за откриване на процедурата е чл. 178, ал. 1 от ЗОП, обектът на поръчката е „строителство“ по чл. 3, ал. 1, т. 1 от ЗОП, а видът на процедурата е „публично състезание“, съгласно чл. 18, ал. 1, т. 12 от ЗОП. Възлагането на поръчката било осъществено с електронни средства чрез използване на централизираната електронна платформа, в съответствие с разпоредбата на чл. 39а от ЗОП и бил осигурен неограничен, пълен, безплатен и пряк достъп до документите, касаещи поръчката, в съответствие с изискванията на чл. 32, ал. 1 от ЗОП.

Прогнозната стойност на обществената поръчка - 716 666,67 лв. без ДДС попада в стойностния праг, определен в чл. 20, ал. 2, т. 1 от ЗОП, съгласно който

възложителите прилагат процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 12 (публично състезание) или т. 13 (пряко договаряне) от ЗОП, когато обществените поръчки са с прогнозна стойност при строителство от 270 000 лв. без ДДС до 10 000 000 лв. без ДДС. На основание чл. 22, ал. 2 от ЗОП, с Решение с изх. № РД-16- 53/14.08.2020 г. са одобрени обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата и документацията за обществената поръчка. Решение с изх. № РД-16-53/14.08.2020 г. и обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, са изпратени за публикуване в Регистъра на обществените поръчки на 14.08.2020 г. чрез платформата по чл. 39а, ал. 1 от ЗОП и са публикувани в РОП на същата дата.

В Раздел II „Предмет“, т. II. 1.4) „Кратко описание“ на обявлението за оповестяване откриването на процедурата е описан предметът на обществената поръчка, както следва:

Цел на поръчката е да се изгради физкултурен салон по типов проект към Основно училище „П. К.“, [населено място], тъй като училището не разполага със салон и същевременно разполага с подходящ терен за изграждането му.

Разработен е инвестиционен проект в идейна фаза, включващ следните части: Архитектура, Конструкции, Електроинсталации, Пожароизвестяване, Водоснабдяване и канализация, ТОВК, Енергийна ефективност, Пожарна безопасност и защита на металната конструкция.

Предмет на възлагането е:

Задача 1: Адаптиране на проекта към прилежащия към училището терен, включващ изследване на геологията, ситуационен план и разработване на част Пътна, Паркоустройство и Паркоустройство и Геодезия. Изпълнение на авторски надзор върху разработената част от проекта.

Задача 2: Изпълнението на всички строително-монтажните работи, включени в инвестиционния проект и необходими за въвеждане на обекта в редовна експлоатация съгласно нормативните изисквания.

В Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. III. 1.2) „Икономическо и финансово състояние“ на обявлението, с което е оповестено откриването на процедурата е поставено изискване всеки участник да има валидна застраховка „Професионална отговорност“ по чл. 171 от Закон за устройство на територията /ЗУТ/, като лице, изпълняващо строителна дейност, за първа група, минимум пета категория строежи.

Съгласно така поставения критерий за подбор в Раздел III, т. III. 1.2) на обявлението за поръчката, възложителят е изискал участниците да имат валидна застраховка „Професионална отговорност“ по чл. 171 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/, като лице, изпълняващо строителна дейност, за първа група, минимум пета категория строежи, като не е предвидена възможност за участниците да имат еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на Европейския съюз или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, по смисъла на чл. 171а, ал. 1 от ЗУТ.

В обявлението и документацията не се съдържа изрично позоваване на разпоредбата, отнасяща се до чуждестранните лица - чл. 171а, ал. 1 от ЗУТ, съгласно която изискването за застраховка за професионална отговорност на лицата по чл. 171, ал. 1 от ЗУТ не се прилага за лице от държава членка на Европейския съюз или от друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, което се установява на територията на Република България и е предоставило

еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на Европейския съюз, или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство.

С писмо с изх. № 07-00-60/41 от 18.05.2023 г. на и. д. главен секретар на Министерство на младежта и спорта, представено в отговор на писмо с вх. № 07-00-60/33 от 11.05.2023 г. на АДФИ, било посочено, че в документацията на обществената поръчка не е предвидена възможност за еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на Европейския съюз, или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, както и че липсват мотиви и основания относно непредоставянето на визираната в чл. 171а, ал. 1 от ЗУТ възможност за чуждестранните участници.

С избрания за изпълнител-ДЗЗД“А.“ е сключен договор на стойност 858 439, 88 лева. Изложените обстоятелства били констатирани при извършена проверка на Министерство на младежта и спорта, възложена със Заповед № ФК-10- 5 259/24.03.2023г. и изменена и допълнена със Заповеди № ФК-10- 358/09.05.2023г. и № ФК-10-450/08.06.2023г. на директора на АДФИ. След констатиране на посочените по-горе обстоятелства, актосъставителят приел, че е извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, за което в присъствието на нарушителя съставил АУАН № 11-01-795/04.07.2023 г., който бил връчен същия на Г.. В законоустановения срок по чл. 44 от ЗАНН е подадено възражение от нарушителя.

Въз основа съставения АУАН, директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), [населено място], сред като обсъдили възраженията на нарушителя, които намерил за неоснователни, издал Наказателно постановление (НП) № 11-01-795 от 15.12.2023г., с което на основание чл. 247, ал.1 от ЗОП, за нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП на Г. е наложено административно наказание „глоба“, в размер на 10 000 (десет хиляди) лв.

Касационната инстанция следва да възприеме изцяло, съобразно чл. 220 АПК, вр. с чл. 63 в ЗАНН, установената от СРС фактическа обстановка, когато не е допуснато съществено процесуално нарушение при събирането, проверката и оценката на доказателствата по делото. Касационната инстанция не може да се намесва или да замества вътрешното убеждение на районния съд като инстанция по фактите. Касационният контрол обхваща процесуалната законосъобразност на действията на районния съд по събирането, проверката и оценката на доказателствата по делото и формирането на тяхното вътрешно убеждение по фактите в контекста на касационното основание по чл.348, ал.1, т.2 НПК, вр.чл.63 в ЗАНН, като при извършената в тези законоустановени рамки проверка касационната инстанция не се констатира да е допуснато от районния съд игнориране, изопачено или превратно тълкуване на доказателствени източници.

Въз основа на установената фактическа обстановка районният съд е обосновал верни изводи, че при съставянето на АУАН и издаването на НП не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила. НП е законосъобразно и издадено от компетентен орган. Касационната инстанция намира за правилни изводите на СРС за това, че са спазени разпоредбите на чл.43 и сл. от ЗАНН в хода на установяване на нарушението, както и на чл.57 от ЗАНН при издаване на наказателното постановление.Както в АУАН, така и в НП се съдържат описание на нарушението, датата и мястото, където е извършено, обстоятелствата, при които е извършено, съобразно изискванията съответно на чл. 42, т. 4 и чл. 57, ал. 1, т. 5 от ЗАНН.

Неоснователно е твърдението на касатора, че от съдържанието на АУАН и НП не става ясно какво нарушение му е вменено. В АУАН и НП е посочено, че е поставено изискване към участниците в процедурата да имат застраховка "Професионална отговорност" по чл. 171, ал. 1 ЗУТ, както и че относимото към чуждестранните икономически оператори правило на чл. 171а, ал. 1 ЗУТ не се съдържа в документацията по поръчката. Посочено е изрично, че по този начин е ограничена конкуренцията при участието на икономическите оператори в обществената поръчка и по-специално на тези, които могат да предоставят еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на ЕС, или в страна по Споразумението за ЕИП. След като са изложени факти в този смисъл, то е налице достатъчно пълно и ясно описание на нарушението и по-специално за нарушение на забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП за ограничаване на конкуренцията, на определен кръг потенциални участници. Обстоятелството, че в АУАН и НП е цитирано какво точно гласи нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП е сторено за прецизност и по никакъв начин не създава неяснота за жалбоподателя да разбере за какво нарушение/ за коя от хипотезите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП/ е бил обвинен с АУАН, респ. наказан с НП.

Също като предходната инстанция и настоящият касационен състав намира, че законосъобразно с НП е ангажирана административно-наказателната отговорност на Х. Г. за нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно който при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съгласно чл. 247 ал. 1 от Закона за обществените поръчки възложител, който наруши забраната на чл. 2, ал. 2, чл. 11, ал. 5, чл. 16, чл. 21, ал. 14, 15 или 17, чл. 149, ал. 10 или чл. 150, ал. 4, се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв./ в приложимата редакция - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г., т.е. преди изменението ДВ бр. 88 от 2023 г., в сила от 22.12.2023 г./.

По силата на чл. 259 от ЗОП, в случаите по чл. 7, ал. 1 и 2 наказанията по чл. 247 – 256г се налагат на лицето, на което е делегирано правомощието по възлагане на обществени поръчки, съответно на лицето, което замества възложителя в негово отсъствие.

Министърът на младежта и спорта е публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 4 от Закона за обществените поръчки/ съгласно която разпоредба публични възложители са министрите/. Съгласно чл. 7, ал. 1 от ЗОП възложителят може да определи длъжностно лице, което да организира и възлага обществените поръчки. Съгласно чл. 6, т. 4 от Устройствения правилник на ММС, Министърът може да възложи на главния секретар свои правомощия на възложител на обществени поръчки. В случая, със Заповед №РД-09-334/26.05.2017г. министърът на младежта и спорта е делегирал правомощието по възлагане на обществени поръчки на главния секретар на ММС. Съгласно Заповед №ЧР-20-406/23.07.2020 г. министърът на младежта и спорта наредил Х. Г. - директор на Дирекция „Инвестиционна политика и обществени поръчки“ да осъществява изпълнението на служебните задължения на отсъстващия главен секретар, включително да

осъществява правомощията за възлагане на обществени поръчки.

В този смисъл касаторът е лице по чл.7, ал.1 от ЗОП, което по силата на чл. 259 от ЗОП е субект на административнонаказателната отговорност по чл. 247 ал.1 от ЗОП.

Съдържащата се в ЗОП нормативна уредба регламентира различни способи за задоволяване потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки. Законът предоставя право на възложителя, независимо от това по какъв ред ще проведе процедурата си, да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и съответни на желаното качество изисквания към изпълнението.

В тази насока възложителят разполага с оперативна самостоятелност при определянето на критериите за подбор и условията към изпълнението, която обаче има своите граници – свободата на преценка винаги е обусловена от съобразяване с принципите, заложи в чл. 2, ал. 1 ЗОП, както и с правилото, регламентирано в следващата ал. 2, според което при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В случая, възложителят е поставил критерий за подбор, свързан с икономическото и финансово състояние на участниците в Раздел III, т. III. 1.2 на обявлението за поръчката - участниците да имат валидна застраховка „Професионална отговорност“ по чл. 171 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/, като лице, изпълняващо строителна дейност, за първа група, минимум пета категория строежи.

Относимото към чуждестранните икономически оператори правило на чл. 171а, ал. 1 ЗУТ обаче не се съдържа в документацията по поръчката В. пропуск рефлектира върху кръга от заинтересувани от участие стопански субекти, и по-специално дали оказва разубеждаващ ефект спрямо чуждестранните такива.

Разпоредбата на чл. 171, ал. 1 ЗУТ регламентира задължение за застраховане на професионалната отговорност на няколко категории лица, а именно: проектанта, лицето, упражняващо технически контрол по част "Конструктивна", консултанта, строителят и лицето, упражняващо строителен надзор. Посочената норма очертава и обхвата на тази отговорност, който се ограничава до вреди, причинени на други участници в строителството и/или на трети лица, вследствие на неправомерни действия или бездействия при или по повод изпълнение на задълженията им. По аргумент от чл. 171а, ал. 1 ЗУТ изискването за застраховка за професионална отговорност на лицата по чл. 171, ал. 1 не се прилага за лице от държава - членка на Европейския съюз (ЕС), или от друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство (ЕИП), което се установява на територията на Република България (РБ) и е предоставило еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на ЕС, или в страна по Споразумението за ЕИП. Видно от посоченото, самият закон изрично изисква при поставяне на изискване за застраховка за професионална отговорност задължително да се поставя и изискването за еквивалент. В случая е безспорно, че това изискване не е спазено от

възложителя..

В случая възложителят изрично се е позовал на чл. 171, ал. 1 ЗУТ, без да посочи или поне да насочи към относимата спрямо чуждестранните оператори норма на чл. 171а, ал. 1 същия закон, с което да покаже, че не изключва изискването на чл. 171а ЗУТ. По този начин, както правилно е приел районният съд е нарушена забраната на чл. 2, ал. 2 ЗОП да се ограничава конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки, както в случая. Като не е посочено, че чуждестранните лица могат да представят еквивалентен документ за доказване на изпълнението на изискването за притежаване на застраховка "Професионална отговорност", потенциално заинтересованите такива лица биха били разубедени и е възможно да са се въздържали от участие поради това, че не съответстват на едно от изискванията на възложителя.

Неправилно касаторът счита, че нарушението би могло да се квалифицира като такова по чл. 59 ал.2 от ЗОП или по чл. 59, ал.2, вр.чл. 2, ал.2 от ЗОП, но не само по чл.2, ал.2 от ЗОП. Както се посочи, в санкционната разпоредба на чл. 247 ал.1 от ЗОП е предвидена отговорност за нарушение на „забраната на чл. 2, ал. 2, чл. 11, ал. 5, чл. 16, чл. 21, ал. 14, 15 или 17, чл. 149, ал. 10 или чл. 150, ал. 4“, съответно нарушението е правилно квалифицирано като такова по чл.2, ал.2 от ЗОП без привръзка към друга норма.

Настоящият състав не счита и 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 с прогнозна стойност 716 666,67 лв. без ДДС и е сключен договор с изборния за изпълнител на стойност 858 439, 88 лв. с 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.

Възражението в касационната жалба, че не е доказана вината, също е неоснователно.Съгласно чл. 7 от ЗАНН, деянието, обявено за административно нарушение, е виновно, когато е извършено умишлено или

непредпазливо. Непредпазливите деяния не се наказват само в изрично предвидените случаи. След като касаторът безспорно е лице по чл.7,ал.1 от ЗОП, да се приеме, че същият не е разбирал или не е знаел какво подписва и не следва да носи отговорност е несъстоятелно. Именно на него е била възложена дейността по изпълнение на обществени поръчки и в негова тежест е да следи какви точно документи изготвя и подписва. Не са налице изключващи вината обстоятелства/ фактическа грешка, случайно деяние, изпълнение на неправомерна служебна заповед/.

Правилно е определен размерът глобата, който съгласно чл. 247, ал.1 от ЗОП е - „2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв.“.Сключеният договор е на стойност 858 439, 88 лева с ДДС и тъй като 2 на сто от стойността му с включен ДДС възлиза на по-голяма сума от 10 000 лева,то правилно е наложена санкция от 10 000 лева.

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.

По изложените съображения настоящият състав приема, че с НП законосъобразно е ангажирана отговорността на касатора, поради което решението на СРС следва да бъде оставено в сила.

Ответникът по касация претендира разноски, 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 касаторът 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, VIII касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение №3780/ 20.08.2024 г., постановено по анд № 7238/2024г. на СРС, 14- ти състав.

ОСЪЖДА Х. И. Г., ЕГН [ЕГН], [населено място], [улица], ет.4, ап.20 да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция сумата от 80 лева за разноски по делото за юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: