

# РЕШЕНИЕ

№ 2882

гр. София, 30.04.2018 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, ХХ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ**, в публично заседание на 09.02.2018 г. в следния състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: Стефан Станчев**

**ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева**

**Боряна Бороджиева**

при участието на секретаря Зорница Димитрова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **12717** по описа за **2017** година докладвано от съдия Миглена Недева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във вр. с чл.63 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

С Решение от 11.09.2017г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 109-ти състав по НАХД № 18515/2016г. е отменено Наказателно постановление № 11-01-452/05.10.2016г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, с което на Г. П., в качеството му на изпълнителен директор на [фирма], на основание чл.129, ал.1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП – отм./ за нарушение на чл.130, ал.2 ЗОП /отм./ е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 3000 лева.

В срока и по реда на чл.211, ал.1 АПК, във вр. с чл.63, ал.1 ЗАНН, решението е обжалвано от административно-наказващия орган с доводи за неправилно приложение на закона, като се моли за отмяната му и потвърждаване на наказателното постановление /НП/ като законосъобразно. Изложените съображения са за неправилност на извода на въззивния съд, че търговското дружество не притежава специални или изключителни права по смисъла на §2, т.47 от ЗОП, във връзка с предоставената му концесия, тъй като не са съобразени специалните и изключителни права предоставени на концесионера по силата на договора за концесия, а именно

специалното право за ползване на публични активи и изключителното разрешение на концесионера да предоставя услугите в границите на концесионната площ.

В съдебно заседание, касаторът, редовно и своевременно призован, не се представява.

Ответникът по касационното оспорване в писмен отговор по касационната жалба отрича нейната основателност. Чрез процесуален представител, адв. И. в съдебно заседание моли за отхвърлянето ѝ като неоснователна, а обжалваното решение намира за правилно и законосъобразно.

Представител на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

Административен съд София-град, XX-ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение и обсъди, както наведените с касационната жалба основания, така и тези по чл.218, ал.2 АПК, намира следното:

Касационната жалба е допустима, като постъпила в законоустановения срок, подадена от лице – страна в производството и против акт, подлежащ на касационно оспорване.

Разгледана по същество касационната жалба е неоснователна.

За да постанови решението си въззивната инстанция е приела за установена следната фактическа обстановка:

При извършена от органите на АДФИ проверка във връзка със заповеди № ФК-10-1231/30.10.2015 г., № ФК-10-1475/23.12.2015 г. и № ФК-10-1477/28.12.2015 г. е установено, че на 08.01.2014г. с Решение № ДР-9/08.01.2014г. Г. П. - изпълнителен директор на [фирма] на основание чл.103, ал. 2, т.3 от ЗОП е открил процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Провеждане на инженерно-геоложко обследване (проучване) на трасета (полосите) и техническо обследване на довеждащите водопроводи и прилежащите им съоръжения“. Като мотиви за избора на този вид процедура възложителят е посочил, че е получено писмо с вх.№ СК-586/14.12.2013г. от Концедентът Столична община, в което се препоръчва предприемане на незабавни действия по проверка на водопроводната мрежа, с оглед настъпващия зимен сезон и понижаване на температурите, с цел да се предотврати настъпване на обществено значими вреди. Информацията за въпросната обществена поръчка е вписана в Регистъра на обществените поръчки /Р./, по партидата на възложителя под идентификационен номер 00435-2014-0002.

С решението за възлагане на обществена поръчка чрез процедура по договаряне без обявление възложителя е одобрил поканата за участие. В решението е посочено, че възложителя изпраща поканата за участие в процедурата по договаряне без обявление по реда на ЗОП на [фирма]. С писмо с изх. № СВ-29/08.01.2014г. възложителят е изпратил покана за участие на дружеството.

На 31.01.2014г. [фирма] като възложител и [фирма] като изпълнител, сключили договор № 6118/31.01.2014г. с предмет „Провеждане на инженерно-геоложко обследване (проучване) на трасета (полосите) и техническо обследване на довеждащите водопроводи и прилежащите им съоръжения“.

През м.януари 2016г. била извършена проверка от инспектор в АДФИ, който приел, че не са посочени ясни и конкретни форсмажорни причини, поради които е възникнала необходимостта от предприемане на действия, породени от настъпване на събитие от извънреден характер, с което възложителя при полагане на дължимата грижа не е могъл или не е бил длъжен да предвиди или предотврати, каквато е хипотезата на чл. 103, ал. 2, т.3 от ЗОП /отм./ Поради това проверяващата приела, че

преди сключването на договора между двете дружества [фирма] е следвало да проведе процедура по възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП, тъй като не била налице необходимост от предприемане на неотложни действия, породени от настъпване на събитие от извънреден характер, с което е нарушен чл.130 ЗОП /отм./. За така установеното нарушение срещу наказаното лице като представляващ [фирма], на 21.04.2016г. бил съставен акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ и въз основа на него издадено процесното наказателно постановление /НП/. За установяване на така посочената фактическа обстановка съдът се позовал на събраните по делото писмени доказателства, както и на свидетелските показания на актосъставителя.

Въз основа на така установената фактическа обстановка, СРС е приел, от правна страна, че АУАН е издаден в законовия срок, предвиден в чл. 127, ал. 1 ЗОП – шест месеца от деня на нарушението, но не по-късно от 3 години от извършването му. Актът съдържа необходимите реквизити по чл. 42 ЗАНН, отразява всички съществени изисквания на закона и като законосъобразен и обоснован представлява годна база за издаване на НП. Не са налице съществени нарушения на административно-производствените правила, представляващи основания за отмяна на актувания акт. Съдът е обосновал извод за незаконосъобразност на НП, изхождайки от това, че изпълнителният директор на [фирма] не представлява възложител в хипотезата на чл. 5, ал. 4, т.2 от ЗОП, в качеството на представител на дружеството като търговец по ТЗ, който не е публично предприятие, тъй като не е установено въз основа на специални и изключителни права да извършва една или няколко секторни дейности. Приел е, че не са специални или изключителни правата, предоставени на [фирма] по реда на Закона за концесиите по Договор за концесия с рег. № РД-56-2782/23.12.1999г., тъй като договорът е сключен въз основа на проведена процедура двустепенен конкурс за предоставяне на концесия на дейността по водоснабдяване и канализация на територията на Столична община.

Обжалваното решение е правилно и не са налице релевираните касационни основания за неговата отмяна.

Съгласно разпоредбата на чл. 218, ал.1 от АПК касационната инстанция се произнася само по посочените в жалбата или протеста пороци на решението, а по силата на ал.2 за валидността, допустимостта и съответствието на обжалваното решение с материалния закон, съдът следи и служебно. В обхвата на посочения съдебен контрол, касационният състав приема за неоснователни доводите на касатора, че обжалваното решение е постановено в нарушение на материалния закон, обуславящо отменителното основание по чл. 348, ал.1, т.1 от НПК, вр. чл. 63, ал.1, изр.2 от ЗАНН. К. състав изцяло споделя установената от районния съд фактическа обстановка, която съответства и на описаната в АУАН и НП и не се оспорва от страните, както и изведените от районния съд правни изводи за незаконосъобразност на оспореното НП. В случая безспорно е установено, че наказаното лице, в качеството му на изпълнителен директор на [фирма] с Решение № ДР-9/08.01.2014г. е открил процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Провеждане на инженерно-геоложко обследване (проучване) на трасета (полосите) и техническо обследване на довеждащите водопроводи и прилежащите им съоръжения“.

Първоинстанционният съд правилно е приел, че издаденото НП от Директора на АДФИ следва да бъде отменено, защото дори към момента на соченото за извършено деяние [фирма] да е бил възложител на обществени поръчки, към датата на

издаването на процесното НП е бил налице нов по-благоприятен закон - Закон за обществени поръчки (ЗОП) (Обн., ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г.), приложим по силата на чл. 3, ал. 2 от ЗАНН.

Последният предлага нова регламентация на обществените отношения, свързвани с възлагането на обществените поръчки. Съгласно чл. 5 ал. 4, т. 2 от ЗОП (2016 г.) секторни възложители са тези, които въз основа на специални или изключителни права извършват една или няколко секторни дейности. Според § 2, т. 47 от ДР на ЗОП (2016 г.) „не са „специални или изключителни права“, които са били предоставени чрез процедура, при която е била осигурена достатъчна публичност и които са били: а) предоставени по реда на този закон или на Закона за концесиите, или б) процедури по други правни актове на Европейския съюз по приложение № 12, които осигуряват достатъчна предварителна прозрачност за предоставяне на разрешения въз основа на обективни критерии.

От гореизложеното е видно, че новият правен режим на ЗОП (2016) въвежда правилото, че концесионерите не се считат за секторни възложители, ако концесионните им права са им били предоставени чрез процедура, при която е била осигурена достатъчна публичност при приложени обективни критерии, т.е. спрямо подобен тип субекти не се прилагат изискванията за провеждане на процедури по възлагане на обществени поръчки.

Фактът, че [фирма] е концесионер на В и К мрежата на територията на Столична Община и че концесията е предоставена въз основа на публична, състезателна и прозрачна процедура не се нуждае от доказване. Последната е открита от Столичния общински съвет с Решение № 3 от 30.11.1998 г. публикувано в Брой 3 на Държавен вестник от 12.01.1999 г. Правните основания за провеждане на конкурса са чл. 71, ал. 1 т. 1 от действащия към онзи момент Закон за общинската собственост (ЗОС), чл. 24, ал. 1 от Правилник за Прилагане на Закона за общинската собственост (ППЗОС), чл. 9 от тогавашната Наредба на Столичния общински съвет за предоставяне на концесии и чл. 21, ал. 1, т. 8 от Закон за местното самоуправление и местната администрация. Следователно за целите на сключването на концесионния договор със [фирма] е проведен публичен конкурс при условия на пълна прозрачност и публичност, като към участниците са приложени ясни и обективни критерии, създаващи достатъчни гаранции за състезателния характер на процедурата. Важно обстоятелство също така е, че проведената процедура е в пълно съответствие с действащото към онзи момент българско и европейско законодателство.

Предвид гореизложеното, правата предоставени по реда на Закона за концесиите, включително концесионните права, предоставените преди това от общинските съвети, следва да се считат за изключение от кръга на специалните или изключителни права обсъждани в чл. 5, ал. 4, т. 2 от ЗОП във връзка с § 2, т. 47 от ДР на ЗОП (2016 г.). Доколкото [фирма], като концесионер на ВиК мрежата на Столична Община, е придобил концесионни права в процедура, при която е била осигурена достатъчна публичност, дружеството не се счита за секторен възложител по смисъла на ЗОП (2016 г.). Въведената нова регламентация на обществените отношения, която дава по-благоприятен статут на концесионерите, налага съобразяване с изискванията на чл.3 ал. 2 ЗАНН, т.е. дружеството не трябва да провежда процедури по възлагане на обществени поръчки, съответно неговите изпълнителни директори не могат да бъдат отговорни за непровеждането на такива. Доколкото приложимите правни норми не изискват провеждане на обществена поръчка от страна на изпълнителния директор Г.

П. при сключването на договор № 6118 / 31.01.2014 г. с „Б. Л.“ Д., ирелевантно за делото се явява обстоятелството дали жалбоподателят е извършил нарушение на чл. 103, ал. 2, т. 3 от ЗОП (отм.). Възлагането на обществена поръчка без обявление, не би могло да се третира като нарушение на ЗОП, което да води до необходимост от налагане на административно наказание. Всички правни съображения и аргументи на съда в горния смисъл са правилни и законосъобразни.

В допълнение, в касационната жалба се развиват аргументи, че съдебният акт не бил съобразен с обстоятелството, че [фирма] е секторен възложител с предоставени специални и изключителни права, върху „обособена територия на действие“ по смисъла на Закона за водите. Тези оплаквания на касатора са изцяло неоснователни. Обстоятелството, че концесията се предоставя на определена територия е без правно значение по отношение на обстоятелството дали [фирма] е секторен възложител или не. Същественото в случая е, че § 2, т. 47 от ДР на ЗОП (2016 г.) изключва от предметния обхват на чл. 5, ал. 4, т. 2 от ЗОП лицата, които са получили концесионни си права по силата на прозрачна и публична процедура. Цитираните от касатора разпоредби на чл. 198а и чл. 198 от Закона за водите не противоречат на този извод. Последните единствено регламентират начина за обособяване на границите между В и К системите в страната. Още повече, че в конкретния случай със [фирма] въобще не е сключван договор по смисъла на чл. 198г от Закона за водите, доколкото дружеството е имало договор за концесия, подписан още през 1999 г. Спрямо последното е приложена разпоредбата на ал. 9 от §30 от ПРЗ от Закон за изменение и допълнение на Закона за водите (ДВ, бр. 47 от 23.06.2009 г., в сила от 23.06.2009 г.; изм., бр. 95 от 2009 г., в сила от 23.06.2009 г.; изм. и доп., бр. 58 от 31.07.2015 г.), според която сключените до влизането в сила на този закон концесионни договори за възлагане на дейности по управление, поддържане и експлоатация на В и К системи и предоставяне на В и К услуги продължават действието си до прекратяването им.

При така установеното, касационният съд намира, че обжалваното решение, е законосъобразно, като в същото време решението на районния съд не страда от пороци водещи до неговата отмяна, поради което следва да бъде оставено в сила.

Водим от изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 АПК Административен съд София-град, XX-ти касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение от 22.08.2017 г., постановено по НАХД № 19872 / 2016 г. по описа на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 17-ти състав.  
Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.