

РЕШЕНИЕ

№ 15419

гр. София, 26.08.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, ХХ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 01.12.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Красимира Милачкова

**ЧЛЕНОВЕ: Боряна Бороджиева
Димитър Гальов**

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **9638** по описа за **2023** година докладвано от съдия Боряна Бороджиева, 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/.

Образувано е по касационна жалба на директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, чрез процесуален представител гл. юрк. С. К., срещу Решение № 2541 от 30.05.2023 г. на Софийски районен съд /СРС/, 99 състав, постановено по а.н.д. № 13572 от 2022 г., с което е отменено наказателно постановление /НП/ № 11-01-478 от 05.09.2022г., издадено от С. А. Б. – директор на АДФИ. С НП на Д. С. Д., в качеството му на главен изпълнителен директор на „Български пощи“ ЕАД е наложена глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл. 247, ал. 1, предл. Първо от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ във връзка с чл. 53, ал.1 и 2 от ЗАНН и Заповед № ЗМФ-674/05.08.2022 г. на министъра на финансите, за извършено нарушение на чл. 2, ал. 2 на ЗОП за това, че на 17.02.2021г. е открил процедура за възлагане на обществена поръчка, на основание чл.18, ал.1, т.1, във връзка с чл.132 от ЗОП и е одобрил обявление, и документация за участие в обществена поръчка, с предмет: „Ремонт и сервизно обслужване на леки и лекотоварни автомобили до 3,5 тона“, в които е включил условия/ изисквания към участниците, с които ограничава конкуренцията като дава необосновано предимство и необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка, и което е съобразено с

предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В касационната жалба се сочат касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и 2 от НПК за отмяна на решението на въззивната инстанция като неправилно. Счита, че въззивният съд е отменил посоченото НП поради неправилно тълкуване на разпоредбата на чл.2, ал.2 от ЗОП. Счита, че изводът на СРС, че поставените ограничителни условия под формата на изисквания към участниците е те да могат да отговарят в най-голяма степен на специфичните нужди на възложителя като национална пощенска служба са житейски оправдани, но от правна страна неправилен, защото с включените условия/ изисквания към участниците е ограничена конкуренцията до степен, че в процедурата е подадена само една оферта, с което не е осигурено минимално ниво на конкуренция. В конкретния случай изискванията в техническата спецификация – сервизни бази най-малко в следните населени места; собствени или наети бояджийски помещения в градовете С. и то най-малко 3 броя, всички сервизи да разполагат с капацитет най-малко 3 оборудвани места като съвкупност безспорно ограничава равния достъп на потенциалните участници и по този начин ограничава конкуренцията. Принципът на свободната конкуренция се реализира чрез изискването процедурата за обществена поръчка да се провежда по начин, който да позволява възможно най-широко участие на заинтересовани лица. Посочва и че заложеното изискване в раздел III.1.3 от решението и на стр.7 от документацията на поръчката „Участниците трябва да разполагат със следните инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката“ противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл.2, ал.1, т.1-2 и ал.2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници със сервизни бази и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервизни бази в посочените областни центрове. Така заложеното изискване необосновано възпрепятства участието на лица в процедурата и е имало разубеждаващ ефект. Изискването на етап кандидатстване „участникът да разполага със сервизни бази“ (не избраният изпълнител, а всички участници), като за целта към Техническото предложение се прилагат документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, което налага извод за необосновано ограничаване на потенциалния кръг участници, тъй като може да сключи съответен договор със сервизни бази, с оглед надлежно изпълнение на задълженията по договора. Възложителят не е посочил, че участникът следва да декларира, че изискването за посочване е само за спечелилия участник в процедурата към момента на сключване на договора. Пзовава се на практика на АССГ. Намира мотивите на въззивния съд за отмяна на НП за неправилни и некореспондиращи с фактическата обстановка и разпоредбите на ЗОП, съдът е допуснал превратно тълкуване при приагането на материалноправните разпоредби и спрямо обжалваното НП. Претендира юрисконсултско възнаграждение за двете инстанции. Прави възражение за прекомерност. Подробни съображения излага и в писмени бележки. Ответникът по касационната жалба счита решението на СРС за правилно и законосъобразно, а касационната жалба необоснована, неоснователна и недоказана. Подробни съображения излага в писмен отговор. Претендира адвокатски хонорар за касационната инстанция. Представителят на СГП счита жалбата за основателна, споделя доводите на касатора и намира решението на СРС за неправилно.

Съдът, след преценка на представените по делото доказателства, доводите и възраженията на страните в производството, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в срока по чл.211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63в от ЗАНН и от надлежна страна, поради което е допустима.

Разгледана по същество касационната жалба е основателна.

Въззивният съд, след обсъждане на събраните писмени и гласни доказателства, е приел за установена следната фактическата обстановка:

Представляващият „Български пощи“ ЕАД, [населено място], в случая главния изпълнителен директор Д. С. Д. в периода 01.01.2019 г. до 31.12.2021 г., е възложител на обществени поръчки по смисъла чл.5, ал.4. т.1 от ЗОП, а дружеството е обект на държавна финансова инспекция по чл.4, т.3 от ЗДФИ.

При извършена финансова инспекция на „Български пощи“ ЕАД било установено, че с решение № D78848 (ОП-3-1) от 17.02.2021 г., Д. Д. - главен изпълнителен директор на „Български пощи“ ЕАД, в качеството си на секторен възложител по чл.5, ал.4, т.1 от ЗОП е открил процедура, с предмет: „Ремонт и сервизно обслужване на леки и лекотоварни автомобили до 3,5 тона“, с уникален номер на поръчката 00276-2021-0004, с обща прогнозна стойност 900 000,00 лв. без ДДС, като с решението е одобрил обявлението за обществената поръчка и документацията за участие. Проведената процедура по вид е „открита“, като същата е била оповестена на 22.02.2021 г. в Официален вестник на ЕС чрез публикуване на обявлението на поръчката, под № 2021/S 036-091085 и на 22.02.2021 г. в Р. по партидата на възложителя под идентификационен номер 00276-2021-0004 чрез вписване на решението за откриване на процедура и обявлението на поръчката.

В поле III. 1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението на поръчката, като минимално изискване към участниците, във връзка с техническите и професионалните им възможности, възложителят е изискал - през последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата участникът да е изпълнил най-малко 3 (три) броя дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, както и „Участниците да разполагат със следните инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката:

- сервизни бази най-малко в следните населени места: С. (най- малко 3 броя), Б., К., В., М. или В., П., В. Т. или Горна О., Р., Шумен, Р. или Т., С., Д., В., П., П., С., С. З., Х., К., Б., С. или Я. - поне по 1 брой;

- собствени или наети бояджийски помещения в следните градове: С. (най-малко 3 броя), П., Б., В. и П. - по 1 брой;

всички сервизи трябва да разполагат с капацитет най-малко 3 оборудвани работни места за приемане на автомобили (подемник и прилежащо оборудване), като за [населено място] оборудваните работни места трябва да са не по-малко от 6 за сервиз, а за градовете П., В., Б., С. З., В. Т. или Горна О. - не по-малко от пет“.

Същите условия били посочени и на стр. 7 от документацията за участие, раздел III „Критерии за подбор“, т. 3. „Технически и професионални изисквания към участниците“, подточка 3.1, „Изискано минимално ниво, а именно: „През последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата участникът да е изпълнил най-малко 3 (три) броя дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката. В подточка 3.2, възложителят е изискал участниците да разполагат с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката, както

са описани по-горе.

В срока за оферти е постъпила само една, подадена от „София Франс Ауто“ АД, като с решение № ОП-3-3/14.05.2021 г. е обявено класирането на участниците и „София Франс Ауто“ АД е определен за изпълнител на обществената поръчка и с него е сключен договор за възлагане на обществена поръчка. По договора в периода от 23.09.2021 г. до 11.03.2022 г. били начислени средства в размер на 195 282,69 лв. без ДДС /234 339,23 лв. с ДДС/ въз основа на 874 броя фактури, като изплатените средства били в общ размер на 234 150,23 лева.

Проверяващите приели, че: 1. Поставеното изискване, през последните 3 години от датата на подаване на офертата, участникът да е изпълнил най-малко 3 броя дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, ограничава необосновано възможността за участие в поръчката на стопански субекти, които са придобили опит в идентична или сходна дейност в по-малко на брой дейности. Поставеният критерий не бил абсолютна гаранция за искано качество. Той само презумира наличие на исканите умения, но в същото време прави невъзможен достъпа до поръчката на стопански субекти, които имали по-малък на брой извършени сходни или идентични дейности, но които също можели да гарантират изпълнението на поръчката с исканото качество. По този начин необосновано възложителят давал предимство на икономически оператори, които имали вече искания брой извършени дейности, като затварял възможността за навлизане на пазара и на нови стопански субекти, с което обективно ограничавал конкуренцията. 2. Поставените от възложителя изисквания, участниците да разполагат с описаните по-горе инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката, са ограничителни и дискриминационни, тъй като възложителят е ограничил възможността на потенциални участници в процедурата да представят оферта. Изискванията за най-малко 3 броя сервизни бази в С. и поне по 1 брой в градовете Б., К., В., М. или В., П., В. Т. или Горна О., Р., Шумен, Р. или Т., С., Д., В., П., П., С., С. З., Х., К., Б., С. или Я.; най-малко 3 броя бояджийски помещения в С. и по 1 брой в градовете П., Б., В. и П.; не по-малко от 6 оборудвани работни места за сервиз в [населено място] и най-малко 5 за градовете П., В., Б., С. З., В. Т. или Горна О., ограничават участието на стопански субекти, които разполагат със сервизни центрове в градове, различни от посочените. По този начин неоправдано е ограничено участието на стопански субекти, които имат на разположение сервизи на територията на страната и биха могли да осигурят своевременното и качествено гаранционно и сервизно обслужване на автомобилите, но не разполагат със сервизна мрежа на територията на посочените от възложителя градове и били изпълнили по-малко от три дейности идентични или сходни с предмета на поръчката. При провеждането на обществената поръчка от страна на възложителя, следва да бъде предоставена възможност за участие на всички лица, имащи възможност да извършват сервизно обслужване и оборудвани с необходимите инструменти, съоръжения и техническо оборудване за извършване на гаранционното обслужване на МПС. С оглед изложеното е прието, че е налице нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП, тъй като 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. Според проверяващите Д. С. Д., в

качеството му на Главен изпълнителен директор на „Български пощи“ ЕАД и секторен възложител на обществени поръчки е открил процедура и е одобрил обявление и документация за участие в поръчката, в които е включил условия/изисквания към участниците, с които ограничавал конкуренцията, като давал необосновано предимство и необосновано ограничавал участието на стопански субекти в обществената поръчка, и което не било съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството и обема на обществената поръчка.

За така установеното нарушение е съставен АУАН № 11-01-478 от 07.06.2022 г. за нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП. Въз основа на него директорът на АДФИ издал обжалваното НП, с което за нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП на Д. С. Д. е наложено административно наказание - „глоба” в размер на 10 000 лева на основание чл.247, ал.1, предл.1 от ЗОП.

Районният съд приел, че АУАН е съставен, а НП - издадено от компетентни органи и съдържат ясно описание на нарушението, датата, мястото, начин на извършване на нарушението и нарушените законови текстове, а НП и основаниято, на което се налага санкцията и всички съществени реквизити за редовност, посочени в чл.57 от ЗАНН. Спазени са сроковете по чл.261, ал.1 от специалния спрямо ЗАНН ЗОП, като актът е съставен в 6 месечен срок от деня, в който нарушителят е открит и в 3 годишен срок от извършване на нарушението, НП е издадено в шестмесечен срок от съставянето на акта. При проверката на АУАН и НП съдът е достигнал до извода, че в процедурата по издаването им не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, водещи до ограничаване правото на защита на жалбоподателя.

За да отмени НП районният съд приел, че изводът на наказващия орган за нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП, чрез заложените в документацията на поръчката изисквания ограничават конкуренцията, давайки необосновано предимство на едни лица и в същото време необосновано ограничавайки участието на стопански субекти в обществената поръчка и не са съобразени с предмета, стойността, количеството, сложността и обема на обществената поръчка, са неправилни. Право на възложителя в рамките на оперативната му и стопанска самостоятелност е да определи такива изисквания и условия при откриването на процедурата за възлагане на обществена поръчка, каквито той счита, че в най-голяма степен ще удовлетворят нуждите му, като същевременно се стреми към качествено изпълнение на услугата и избор на икономически и финансово стабилен изпълнител, тоест на най-благоприятната и изгодна за него оферта. Въпросът за структуриране на обществената поръчка е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя. В хода на производството по откриване на възлагателната процедура, възложителят е обосновал необходимостта от достатъчно опит на изпълнителя в сферата на извършване на ремонтни дейности на автомобили, чрез изискването през последните 3 години от датата на подаване на офертата да е изпълнил най-малко 3 броя дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, което макар и да не е абсолютна гаранция за качеството на ремонтите, е предпоставка за такова качество, тъй като уменията и опитът в тази сфера предполагат по-бързо и качествено изпълнение на услугата. Сервиси с по-голям опит и повече години дейност се предполага, че извършват по-бързо и качествено ремонтите, тъй като са се сблъскали с различни повреди и имат достатъчно опит в тяхното

отстраняване, в сравнение със сервизи, които може никога да не са извършвали тази услуга. Относно другото условие за сервизна мрежа в страната, счита, че възложителят е обосновал необходимостта участниците да разполагат със сервизни бази най-малко в изброените областни градове, предвид големия обем дейност на дружеството, необходимостта от качествено и срочно изпълнение на пощенските услуги, което не би било осъществимо, ако автомобилите, необходими за извършване на транспортната дейност на дружеството, трябва да пътуват до отдалечени места за ремонт. Освен това, изискването за сервизни центрове е такива да има в областните градове на страната, а не в някакви специфични и малки населени места, тъй като първо в тези областни градове са ситуирани голяма част от автомобилите на дружеството, а освен това там най-лесно и бързо биха се извършвали ремонтните услуги и доставката на части. Същото се отнася и за бояджийските помещения, които да са ситуирани в големите градове, но в различни части на страната, за да има по едно такова място, което да покрива североизточна, северозападна, югоизточна и югозападна България, и за да може автомобилите да се откарват възможно най-бързо до най-близкото от тях.

Районният съд приел за съответно на предмета и обема на поръчката изискването за капацитета на сервизите в големите градове, тъй като в тези населени места е съсредоточен основният автопарк на дружеството и именно в тях може да се наложи по-често едновременен ремонт на няколко автомобила. В тази връзка, с оглед осигуряване не само на ефективност при разходване на бюджетни средства, но и гарантиране на адекватно извършване на ремонтните услуги, а от там да не се затруднява дейността на дружеството поради неремонтирани автомобили, възложителят е в правото си да изготви обществената поръчка в съответствие с неговите нужди и цели, за да изпълнява своевременно и точно вменените му функции. СРС направил решаващ извод, че заложените изисквания не ограничават конкуренцията, не дават необосновано предимство на едни лица и не водят до необосновано ограничаване участието на стопански субекти в обществената поръчка. „Български пощи“ ЕАД е националната пощенска служба на България, която има над 3000 пощенски станции и над 80 000 километра пощенски пътища, предвид на което ремонтът на превозните средства е от съществено значение за срочното и качествено изпълнение на пощенските услуги, понеже с тях се осъществява основната дейност на дружеството, тоест заложените изисквания в обществената поръчка изцяло са съобразени с предмета, стойността, количеството, сложността и обема на обществената поръчка, поради което липсва извършено от обективна страна нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 АПК и въз основа на фактите, установени от районния съд, съгласно чл. 220 от АПК, настоящият състав намира, че решението е валидно и допустимо. В тази връзка решаващият състав на съда съобрази, че това решение е постановено по отношение на акт, който подлежи на съдебен контрол, като произнасянето е извършено от компетентен съд в рамките на правомощията му.

Районният съд е събрал необходимите и относими доказателства; в

обжалваното решение е изложил мотиви относно преценката на доказателствата, която е извършил. При субсидиарното действие на Наказателно-процесуалния кодекс /НПК/, районният съд е изпълнил служебното си задължение да проведе съдебното следствие по начин, който е осигурил обективно, всестранно и пълно изясняване на всички обстоятелства, включени в предмета на доказване по конкретното дело, при точното съблюдаване на процесуалните правила относно събиране, проверка и анализ на доказателствената съвкупност, и не е допуснал нарушения на съдопроизводствените правила. Въз основа на този анализ е направил изводи, които настоящият състав не споделя.

Посочената като нарушена разпоредба на чл.2, ал.2 от ЗОП, предвижда, че 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 поставените от възложителя условия, които административнонаказващият орган е посочил подробно в НП и които, възприети в тяхната съвкупност, еднозначно налагат извод, че са съобразени с конкретен възможен изпълнител. Вярно е, че възложителят разполага със свобода на преценка за целесъобразност, че обемът на дейността му в случая е със значителен мащаб и автомобилите, които е възможно да се нуждаят от ремонт, са също значителен брой. Независимо от това, съвкупността от конкретно определен брой сервиси и бояджийски помещения, при това с поотделно определен брой оборудвани работни места и вида специалисти, които работят в обектите, в допълнение към другите изисквания за минимален общ оборот през последните три финансови години не по-малко от 1 800 000 лв. без ДДС, поставя необосновано висок праг за допустимост на възможните кандидати. В частност относно изискването за минимален общ годишен оборот следва да се отбележи и, че той е в пъти над реализираната стойност на ремонтите по сключения договор и в двоен размер спрямо прогнозната стойност на поръчката. Обстоятелствата по делото не обуславят извод за действителна необходимост от така описаните изисквания. В тази връзка следва да бъдат отчетена и целта, посочена в чл.1, ал.1 ЗОП - осигуряване на ефективност при разходването на средствата, изброени по видове в т.1-4, както и принципите, установени в чл.2, ал.1 ЗОП. Именно с оглед посочените следва да бъде прилагана забраната на чл.2, ал.2 ЗОП. Това означава, че с оглед задължението да осигури равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност, възложителят следва да определя условията на поръчката и изискванията към участниците по начин, който да гарантира действието на тези принципи, а доколкото спецификите на дейността налагат ограничения, те да са минимални и очевидно наложителни. В случая мнозинството от настоящия състав намира, че този подход не е приложен при провеждане на обществената поръчка. Следователно, налице е нарушение на чл.2, ал.2 ЗОП, за което законосъобразно е наложена санкцията, предвидена в чл.247, ал.1, пр.1 ЗОП. Неотнормирана в тази връзка е посочената в мотивите на районния съд

съдебна практика – решение № 7568/04.06.2014г. по адм д. № 5100/2014г. на Върховния административен съд, IV отделение, което има за предмет законосъобразността на решение, с което от възложител със значително различна дейност спрямо тази на санкционираното в случая лице е открита процедура по за възлагане на обществена поръчка за доставка и съответно, не са налице сравними обстоятелства. Ирелевантна е и практиката на съдилищата по други процедури за възлагане на обществени поръчки, макар от същия възложител, доколкото всяка от тях има различен предмет, условия за участие и изисквания към възложителите. В този смисъл, отново не е възможно сравнение между обстоятелствата, които да обусловят еднакво приложение на закона във всеки от случаите.

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 и доказателствени средства. Няма и спор относно законосъобразността на НП относно компетентност, форма, съдържание и процедура на издаване, за което СРС е изложил правилни мотиви, извън тези относно наличието на доказано извършване на нарушението. Настоящият състав не счита, 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 е с прогнозна стойност до 900 000 лв. без ДДС, от които през първата година са направени като разход съгласно справка 234 339, 23 лв., 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.

Правилно е определена и санкцията за нарушението. Съгласно разпоредбата на чл. 247, ал. 1 от ЗОП, за извършеното нарушение законодателят е предвидил глоба в размер на размер на 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв., редакцията актуална към датата на нарушението (в момента редакцията е „но не повече от 20 000 лв.“) Наложена глоба е определена въз основа на предвиденото в санкциониращата норма и е съобразена с вида и тежестта на

нарушението и стойността на сключения договор.

Касаторът 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 ответникът по касация следва да заплати на АДФИ сумата от 80 лева – юрисконсултско възнаграждение за всяка от инстанциите или общо 160 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 221, ал. 2 от АПК, вр. с чл. 63в ЗАНН Административен съд - София град, ХХ касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 2541 от 30.05.2023 г. по НАХД № 13572 от 2022 г., на Софийски районен съд, 99 състав, и вместо него постановява:

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № 11-01-478 от 05.09.2022г., издадено от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция.

ОСЪЖДА Д. С. Д., с ЕГН [ЕГН], да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция сумата 160 (сто и шестдесет) лева юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.

Решението е подписано с особено мнение на съдията докладчик и член от състава - съдия Б. Б., изложено отделно.

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдия Б. Б. по адм. д. № 9638/2023 г. по описа на Административен съд София – град, ХХ касационен състав

Не съм съгласна със становището на мнозинството от съдебния състав.

Считам, че не е доказано нарушение по чл.2, ал.2 от ЗОП - че възложителят, в случая изпълнителният директор на „Български пощи“ ЕАД, който към 17.02.2021г. е Д. С. Д., с включването на изисквания към кандидатите в обществената поръчка за „ремонт и сервизно обслужване на леки и лекотоварни автомобили до 3,5 тона“ за опит и сервизна мрежа, е ограничил конкуренцията, като необосновано е дал предимство и необосновано е ограничил участието на стопански субекти в поръчката, без да са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на тази обществена поръчка.

Споделям изводите на СРС, подробно изложени и по двете поставени условия на възложителя, и че същите не водят до неоправдано предимство, съответно

неоправдано ограничение за стопанските субекти, тъй като са съобразени с предмета и обема на поръчката, която се възлага.

АНО не е направил анализ на това дали въведените с посочените от възложителя условия ограничения не е съобразено, както е в случая с предмета, стойността, сложността, количеството и обема на поръчката. А за да се приеме, че е налице нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП следва създадените ограничения за конкуренцията кумулативно да не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството и обема на поръчката, в противен случай са допустими. В случая се касае за възлагане на ремонт и сервизно обслужване на 294 автомобила на „Български пощи“ ЕАД, разпределени по структурни единици (при справка в документацията за обществената поръчка, налична на страницата на А.), които обслужват над 3000 пощенски пътища и са в ежедневно движение, трябва да обезпечават бързи и надеждни пощенски услуги. В този смисъл е оправдано залагането на изисквания за опит и сервизна мрежа предвид мащаба на поръчката. След като не е обсъдена тази кумулативна предпоставка, то заключението за нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП, с поставянето на описаните условия е необосновано.

Правилно районният съд е определил, че изискването за опит, макар и да не е гаранция за качеството на ремонтите, е негова предпоставка, тъй като уменията и опитът в тази сфера предполагат по-бързо и качествено изпълнение на услугата.

По отношение на сервизната мрежа СРС е отбелязал, че за големия обем на дейност на дружеството като услуги и осъществяването им на разположена на територията на цялата страна мрежа от станции, за качественото и срочното изпълнение на пощенските услуги, е необходимо да се обезпечи ремонт и сервизно обслужване на автомобилите на територията на цялата страна, чрез сервизи в основна част от областните градове, където са ситuirани автомобилите и докъдето по лесно да се достигне и да се извършат ремонтните услуги и доставката на части. Същото се отнася и за бояджийските помещения, които да са ситuirани в големите градове, но в различни части на страната. Обосновани са и изводите за съобразеност с обема на поръчката на изискването за броя работни места, с които да разполагат центровете, за да обслужват големия автомобилен парк на възложителя и евентуална необходимост от едновременен ремонт на няколко автомобила.

Що се отнася до доводите в касационната жалба, че е ограничително и заложеното изискване в раздел III, 1.3 от решението и на стр.7 от документацията, участниците да разполагат със сервизни бази към момента на участие в поръчката, което необосновано ограничавало участието на лица, които към момента на участие не разполагат със сервизни бази в посочените областни центрове, следва да се има предвид, че това обстоятелство, не е посочено в НП като съставомерно, там не е описано изискването за момента, към който участниците да разполагат със сервизите, поради, което не може да се навежда за първи път пред съда, извън НП, това, което представлява административното нарушение.

Освен това, следва да се отбележи, че съгласно приложената документация

за обществена поръчка е дадена възможност на участниците да ползват подизпълнители – т.3 и да използват капацитета на трети лица –т.4 от приложената документация. Предвидено е и, че изискуемите сервизни бази в посочените населени места могат да бъдат наети от трети лица или участниците да ползват капацитета на подизпълнители. В този смисъл изискването за сервизна мрежа не ограничава необосновано стопанските субекти без сервизи в определени населени места, тъй като те могат да участват посредством капацитета на подизпълнители или трети лица.

По подобен начин, чрез изискване за мрежа в страната, в определени градове в страната, било от сервизи, било от складове е подходил същият възложител при други обществени поръчки и при съдебното обжалване АССГ е приел, че е законосъобразен и не нарушава чл.2, ал.2 от ЗОП – решение № 751/02.02.2024г. по адм.дело 11489/2023г., IX касационен състав на АССГ и решение № 7925/18.12.2023г. по адм.дело № 8758/2023г., XI касационен състав на АССГ.

Забраната на чл.2, ал.2 от ЗОП е ограничението на оперативната самостоятелност на възложителя при обществените поръчки, като той има правото да използва критерии за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността на кандидатите да изпълнят поръчката (чл.59, ал.2 от ЗОП) и да изисква от кандидата или участника да разполага с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката (чл. 63, ал. 1, т. 8 ЗОП). Предвид забраната на чл.2, ал.2 от ЗОП от значение е дали посочените изисквания необосновано ограничават участието в обществената поръчка и дали създават необосновани пречки към участниците, както и кумулативния критерий - да са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Всяко изискване, което възложителят поставя е в някаква степен ограничителен, тъй като ограничава доставката на стоки и услуги, които не отговарят на това изискване. Обосновано е залагането от възложителя на такива изисквания за пригодност, които в най-голяма степен ще удовлетворят неговите нужди. Тези изисквания, формулирани като критерии за подбор, не следва да са произволни или несъответни към неговите потребности, а да са обосновани от тях. В разглеждания случай намирам, че поставените изисквания кореспондират с предмета на поръчката и са допустими, за да удовлетворят нуждите на възложителя за обезпечаване на дейността му.

Не е доказано твърдението в касационната жалба и остава само предположение това, че нямало съмнение, че „условията на процедурата, така са направени, че на тези условия да отговаря само „София Франс Ауот“ АД, т.е. процедурата е само за единствения подал оферта“, доколкото не е доказано, че това е единственото дружество, с предмет на дейност сервизни услуги за автомобили, което има такъв опит и такава сервизна мрежа. По делото няма данни какъв е опитът на дружеството и дали сервизната мрежа съвпада точно с тези посочени от касатора градове и брой работни места, както и дали няма други стопански субекти, които отговарят на тези условия, че да се приеме за доказано такова предположение.

Предвид гореизложеното намирам, че касационната жалба е неоснователна и

тъй като обжалваното съдебно решение за отмяна на наказателното постановление е правилно, следва да бъде оставено в сила.

Съдия Б. Б.