

РЕШЕНИЕ

№ 24199

гр. София, 20.11.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 25.10.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Елица Райковска

ЧЛЕНОВЕ: Златка Илиева

Мария Владимирова

при участието на секретаря Богданка Гешева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **8015** по описа за **2024** година докладвано от съдия Мария Владимирова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на А. Т. М., подадена чрез адв. М., срещу решение № 2625/03.06.2024 г., постановено по н. а. х. д. № 3718/2024 г. на Софийски районен съд /СРС/, НО, 121 състав, с което е потвърдено НП № 11-01-877/2023/25.01.2024 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/.

В жалбата са наведени подробни съображения за неправилност на съдебното решение, като постановено в нарушение на закона – касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 НПК. Твърди се, че неправилно в АУАН и НП изпълнителното деяние е квалифицирано като нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП, а непосочването на разпоредбата на чл. 171А от ЗУТ от възложителя не е изпълнително деяние, което да попада в хипотезата на посочената от АНО за нарушена разпоредба на ЗОП. Излагат се аргументи, че касаторът не е отговорно лице по смисъла на чл. 259 ЗОП, тъй като към датата на издаване на НП същият не е лице с делегирани правомощия. Искане се отмяна на решението и постановяване на друго, с което да се отмени наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът, чрез адв. Д., поддържа жалбата и моли за

отмяна на съдебния акт и НП. Претендира присъждане на разноски на основание чл. 38, ал. 2 Закона за адвокатурата /ЗА/ по представен списък /л. 18/.

Ответникът – директорът на Агенция за Държавна финансова инспекция – редовно призован, чрез юрк. Я., оспорва жалбата и моли да се остави в сила оспореното решение, като се присъди юрисконсултско възнаграждение; прави възражение по чл. 78, ал. 5 ГПК.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на жалбата.

Административен съд – София град, Шестнадесети касационен състав, след проверка на оспореното решение във връзка с изложените в жалбата оплаквания, както и по реда на чл. 218, ал. 2 от АПК, намира за установено следното:

Касационната жалба е постъпила от легитимирано лице, в законния срок поради което е ДОПУСТИМА. Разгледана по същество, жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

От фактическа страна въззивната инстанция е приела за установено следното:

Министерство на младежта и спорта /ММС/ попада в обхвата на държавната финансова инспекция като бюджетна организация по смисъла на чл. 4, т. 1 от Закона за държавната финансова инспекция. Организацията, дейността, структурата, функциите и числеността на персонала на Министерство на младежта и спорта се определят с Устройствен правилник на Министерство на младежта и спорта, като съгласно същия, Министерство на младежта и спорта е юридическо лице на бюджетна издръжка.

Министърът на младежта и спорта е публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 4 ЗОП, а Министерство на младежта и спорта е вписано в Регистъра на обществените поръчки с партиден № 01981.

Съгласно справка с изх. № 07-00-60/13 от 04.04.2023 г. за отговорните длъжностни лица при ММС за периода от 12.05.2021 г. до 24.03.2023 г. министър на младежта и спорта за периода от 04.05.2017 г. до 12.05.2021 г. е К. К.. Съгласно чл. 7, ал. 1 ЗОП, възложителят може да определи длъжностно лице, което да организира и/или да възлага обществени поръчки.

Със заповед №РД-09-334/26.05.2017 г. министърът на младежта и спорта е оправомощил А. М. - главен секретар на ММС да организира и възлага обществени поръчки, провеждани в министерството, чрез приложимите процедури по чл. 18, ал. 1 ЗОП и чрез събиране на оферти с обява или покана до определени 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 докладите от работата им, да подписва решенията и обявленията и други документи, издавани в хода на процедурите, и да сключва договорите за възлагане на обществени поръчки.

М. заема длъжността главен секретар на ММС в периода от 26.05.2017 г. до 21.04.2021 г. /видно от справка с изх. № 07-00-60/13 от 04.04.2023 г./.

На 20.11.2020 г. М., в качеството си на гл. секретар на ММС и длъжностно лице по смисъла на чл. 7, ал. 1 ЗОП, е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "И. за изграждане на физкултурен салон по типов проект към Професионална гимназия по икономика, [населено място]", с прогнозна стойност 716 666, 67 лв. без ДДС, обектът на поръчката е "строителство" по чл. 3, ал. 1, т. 1 ЗОП, а видът на процедурата е "публично състезание", съгласно чл. 18, ал. 1, т. 12 ЗОП, вписана в Регистъра на обществените поръчки с УИН: 011981-2020-0070.

Прогнозната стойност на обществената поръчка е 716 666, 67 лв. без ДДС и попада в стойностния праг, определен в чл. 20, ал. 2, т. 1 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.

С Решение с изх. №РД-16-162/20.11.2020 г. са одобрени обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, и документацията за обществената поръчка. Решението и обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, са изпратени за публикуване в Регистъра на обществените поръчки на 20.11.2020 г. и са публикувани на същата дата.

На основание чл. 31, ал. 1, т. 3 ЗОП, в одобрената документация за обществената поръчка се съдържа методика за оценка на офертите, като икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на критерий за възлагане - "оптимално съотношение качество/цена" по чл. 70, ал. 2, т. 3 ЗОП.

В Раздел II "Предмет" т. II. 1. 4) "Кратко описание" на обявлението за поръчката е описан предметът на обществената поръчка, както следва:

Цел на поръчката е да се изгради физкултурен салон по типов проект към Професионална гимназия по икономика, [населено място], тъй като училището не разполага със салон и същевременно разполага с подходящ терен за изграждането му.

Предметът на възлагането е:

Задача 1: адаптиране на проекта към прилежащия към училището терен, включващ изследване на геологията, ситуационен план и разработване на части "Пътна", "Паркоустройство" и "Паркоустройство и Геодезия"; изпълнение на авторски надзор върху разработената част на проекта;

Задача 2: изпълнението на всички строително-монтажи 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 за възлагане на обществената поръчка, е поставено изискване всеки участник да има валидна застраховка "Професионална отговорност" по чл. 171 от Закона за устройство на територията, като лице, изпълняващо строителна и проектантска 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 ЗУТ.

В обявения срок за получаване на оферти - до 23: 59 часа на 01.12.2020 г., в платформата са постъпили шест оферти.

На 14.12.2020 г. е обявено класирането, като на първо място е определено ДЗЗД „Г. – П.“ /л. 75,76/.

На 22.12.2020 г. е сключен договор № 23-00-113 от 22.12.2020 г. между ММС, представлявано от А. М. – гл. секретар и възложител по смисъла на чл. 7, ал. 1 от ЗОП и ДЗЗД „Г. – П.“ с предмет : Извършване на СМР на обект „И. за изграждане на физкултурен салон по типов проект към Професионална гимназия по икономика, [населено място], подробно описани в приложение № 1, неразделна част от договора, на стойност 854 400 лв. с ДДС /л. 77-83/.

Контролните органи са приели, че така, както е поставен критерият за подбор с ограничаващото изискване на застраховка за професионална отговорност, съгласно чл. 171, ал. 1 ЗУТ, възложителят изисква от всички участници в процедурата задължително представяне на застраховка за професионална отговорност именно по смисъла на чл. 171, ал. 1 ЗУТ, като по този начин е ограничена възможността на потенциални участници в процедурата, които не отговарят на поставеното изискване, но които разполагат с еквивалентен документ, да представят оферта.

С включването на това изискване е ограничена конкуренцията, като е дадено необосновано предимство и необосновано е ограничено участието на стопанските субекти в обществената поръчка, като не е предвидена възможност лицата от държава членка на Европейския съюз или от друга държава страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, които се установяват на територията на Република България, да предоставят 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. Обоснован е извод, че касаторът е нарушил разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки.

Издаден е АУАН № 11-01877/31.07.2023 г., срещу който е депозирано възражение. Въз основа на АУАН е постановено оспореното НП № 11-01-877/2023/25.01.2024 г., с което на А. Т. М., на основание чл. 247, ал. 1 във вр. чл. 261, ал. 2 ЗОП, е наложено административно наказание глоба в размер на 10000 лева за нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Изложената фактическа обстановка съдът е приел за установена въз основа на гласните доказателства, съдържащи се в показанията на свидетеля Г. Т. /съставил АУАН/, както и приетите и приобщени на основание чл. 283 НПК по делото писмени доказателства.

За да потвърди наказателното постановление, СРС е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи, при спазване на срока по чл. 34 ЗАНН. Административнонаказателната отговорност на жалбоподателя е ангажирана за нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, което е безспорно установено от доказателствата по делото.

Наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10000 лв. е законосъобразно определено в размер на 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10000 лв., поради което и не е редуцирана. В процесната хипотеза съдът е счел за неприложима разпоредбата на чл.28 от ЗАНН.

Така постановеното решение е неправилно.

Настоящият съдебен състав намира за основателни възраженията в жалбата, че при съставяне на АУАН и издаване на НП са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, ограничаващи правото на защита на нарушителя и водещи до отмяна на обжалвания санкционен акт, въпреки безспорно установения факт на извършване на описаните в обстоятелствената част на тези актове действия. В конкретиката на настоящия казус, както в АУАН, така и в НП не е посочена разпоредба от ЗОП, установяваща задължение на възложителя, което същият да не е изпълнил, поради което е налице и твърдяното в жалбата несъответствие между фактическото описание на нарушението и неговата правна квалификация.

В процесната хипотеза отговорността на жалбоподателя е ангажирана за това, че е одобрил обявление за оповестяване откриването на процедурата, в което е

включено ограничително изискване към участниците - да притежават застраховка за професионална отговорност, съгласно чл. 171, ал. 1 ЗУТ. Прието е, че по този начин е ограничена възможността на потенциални участници в процедурата, които не отговарят на поставеното изискване, но които разполагат с еквивалентен документ, да представят оферта.

Със сочената за нарушена норма на чл. 2, ал. 2 от ЗОП е въведен принцип, един от основополагащите - при възлагане 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. Процедурите за възлагане на обществени поръчки са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства от всякакъв характер. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. Чрез тях по същество същият определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. При определяне на критериите за подбор възложителят действа при условията на оперативна самостоятелност, чиито граници са определени в чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Оперативната му самостоятелност винаги е ограничена от принципите, регламентирани в закона в качеството им на основополагащи начала, с които възложителите следва да се съобразяват при всяко едно възлагане в условията на закона. Граница на тази преценка са и всички специфични правила на закона.

Настоящата инстанция приема, че административнонаказващият орган /АНО/ не е извършил правилно подвеждане на фактическите си констатации към сочената за нарушена от него правна норма. В случая, органът твърди, че е поставено ограничително изискване, но не обвързва този си фактически извод с конкретно нарушение, а сочи директно нарушаване чл. 2, ал. 2 ЗОП и на принципа недопускане на ограничаване на конкуренцията. В случая нарушението би могло да се квалифицира като такова по чл. 59, ал. 2 или по чл. 59, ал. 2, във вр. с чл. 2, ал. 2 ЗОП, но не и само по чл. 2, ал. 2 ЗОП, тъй като се прилага специалната разпоредба, а не общата такава самостоятелно. Общата забрана по чл. 2, ал. 2 ЗОП ще намери приложение самостоятелно единствено в случаи, при които е налице нарушение на конкуренцията, без причината за това да е неспазване на конкретно изискване/условие, разписано в законова разпоредба от специален характер. Правилното отнасяне на фактическите обстоятелства към конкретната правна норма, която се твърди, че е нарушена, е условие за законосъобразност на наказателното постановление, с оглед необходимостта от установяване съставомерност на извършеното административно нарушение, което от своя страна е основание за определяне на административно наказание (в този смисъл Решение № 2459/10.04.2023 г. на АССГ, XXV състав и решение № 20997 от 2024 г. по кнахд № 5918 от 2024 г. на АССГ).

В допълнение следва да се отбележи, че не е спорно по делото, че А. М. е

упълномощено лице по смисъла на чл. 7, ал. 1 ЗОП, на което е възложено правомощието да организира и възлага процесната обществена поръчка. Поради това и последният се явява административнонаказателно отговорно лице по смисъла на чл. 259, вр. чл. 247, ал. 1 от ЗОП. В настоящия случай при посочване на санкционната разпоредба, на основание на която е ангажирана административнонаказателната отговорност на нарушителя е чл. 247, ал. 1 от ЗОП, не е изрично посочена нормата на чл. 259 от ЗОП, според която 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. Налице е непълнота в АУАН и НП, което също обуславя незаконосъобразност на последното.

Предвид горното наказателното постановление е следвало да бъде отменено от СРС, но след като това не е сторено, касационната инстанция следва да отмени неправилния съдебен акт и да реши делото по същество, като отмени наказателното постановление.

При този изход на делото се явява основателно искането за присъждане на разноски на основание чл. 38, ал. 2 от ЗА. Ответникът следва да бъде осъден да заплати в полза на адв. Д. сумата от 1300 лв., като съдът съобрази разпоредбите на чл. 18, ал. 2, вр. с чл. 7, ал. 2, т. 2 от Наредба № 1 от 0-9.07.2004 г. за минималните адвокатски възнаграждения, поради което намира за неоснователно възражението по чл. 78, ал. 5 ГПК.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 от АПК, Административен съд – София град, Шестнадесети касационен състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение № 2625/03.06.2024 г., постановено по н. а. х. д. № 3718/2024 г. на Софийски районен съд /СРС/, НО, 121 състав и вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ОТМЕНЯ наказателно постановление № 11-01-877/2023/25.01.2024 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция.

ОСЪЖДА Агенция за държавна финансова инспекция да заплати на адвокат В. Е. Д., Софийска адвокатска колегия, с адрес: [населено място], [улица], ет. 1, ап. 5, сумата от 1300 /хиляда и триста/ лева - адвокатско възнаграждение по чл. 38 от Закона за адвокатурата.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: