

РЕШЕНИЕ

№ 2271

гр. София, 27.04.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 31.01.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Стефан Станчев

ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева

Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Валентина Христова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **12707** по описа за **2019** година докладвано от съдия Миглена Недева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - 228 от Административно - процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 63 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба на П. П. П., чрез адв. А. Т., против Решение № 235648 от 07.10.2019 г. на Софийски районен съд /СРС/, НО, 11-ти състав по НАХД № 10231/2019 г., с което е потвърдено Наказателно постановление № 11-01-69 / 07.03.2019 г. издадено от Директор на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, с което на П. П. П., на основание чл. 256, ал. 1 от Закон за обществените поръчки /ЗОП/ е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 432 лв. за нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 3, т. 2 от ЗОП /редакция ДВ, бр.13/2016 г./.

Решението се обжалва, като неправилно и необосновано, постановено при неправилно тълкуване на материалния закон и поради допуснати съществени процесуални нарушения. Подробни съображения в тази насока са изложени в депозираната жалба. От съда се иска да отмени оспорения съдебен акт, като постанови нов такъв, с който да отмени издаденото наказателно постановление.

Ответникът – Агенция за държавна финансова инспекция, редовно уведомен се представлява от юрисконсулт Т., която излага становище за неоснователност и

недоказаност на касационната жалба и моли решението на СРС да бъде оставено в сила.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена се представлява от прокурор Д., която изразява становище за неоснователност на подадената касационна жалба.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. – град, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, прилагайки нормата на чл. 218 от АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА.

Подадена е в преклузивния срок по чл. 211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, от надлежна страна по чл. 210, ал. 1 от АПК, срещу подлежащо на оспорване по чл. 208 от АПК съдебно решение.

Разгледана по същество, касационната жалба е ОСНОВАТЕЛНА.

В производството пред СРС е установено, че [фирма], [населено място] е с предмет на дейност: Компресиране, пренос и продажба на природен газ, изграждане и експлоатация на газови инсталации и съоръжения, специализиран транспорт на съдове под налягане и други дейности, които не са забранени от закон. За осъществяване на дейностите по чл. 39, ал. 1, т. 3 и т. 10 от Закона за енергетиката /ЗЕ/ [фирма] притежава лицензи за дейност „разпределение на природен газ“ и лицензи за дейност „снабдяване с природен газ от краен снабдител“, издадени от Държавната комисия за енергийно и водно регулиране, трансформирана със Закона за изменение и допълнение на Закона за енергетиката (обн., ДВ, бр. 17 от 6.3.2015 г.) в Комисията за енергийно и водно регулиране /КЕВР/. [фирма] притежава четири лицензни за извършване на дейност на територията на четири общини в страната, а именно: № Л-369-08/14.11.2011 г. за осъществяване на дейността „разпределение на природен газ“ на територията на [община]; № Л-369-12/14.11.2011 г. за осъществяване на дейността „снабдяване с природен газ от краен снабдител“ на територията на [община]; № Л-415-08/23.09.2013 г. за осъществяване на дейността „разпределение на природен газ“ на територията на общините П., С. и Златица; № Л-415-12/23.09.2013 г. за осъществяване на дейността „снабдяване с природен газ от краен снабдител“ на територията на общините П., С. и Златица.

[фирма] не води отделна счетоводна отчетност за разходите за лицензионната и нелицензионната дейност.

При извършена проверка от органите на АДФИ се установило, че през 2016 г. в [фирма] за секторната /лицензионната/ дейност били извършени транспортни услуги, общо в размер на 36 000 лв., без ДДС, което обстоятелство било установено от представената справка с изх. № М-098-2/10.08.2018 г. /съответстваща с хронологичния регистър на счетоводна сметка 602/12 „Външни услуги/Управление на транспортна дейност“ за 2016 г./, изготвена от длъжностни лица на [фирма] и подписана от управителя на дружеството. Справката била предадена на финансовия инспектор чрез магнитен носител, за което на 15.08.2018 г. бил съставен Констативен протокол. Услугите били извършвани въз основа на фактури, издавани от [фирма] по сключен при свободен режим договор от 01.01.2016 г. за извършване на транспортни услуги.

При извършените от финансовия инспектор проверка и анализ на отчетените разходи, се установило, че разходите за извършване на транспортни услуги са

отчетени без да е провеждана процедура, съответно да е прилаган ред за възлагане на обществени поръчки, предвидени в ЗОП.

В тази връзка, с писмо с вх. № М-088/01.08.2018 г. било изискано от П. П. - управител на [фирма] да бъдат посочени мотивите на Възложителя за отчетените разходи за транспортни услуги през 2016 г., които са начислени без да е прилаган реда за възлагане посочен в ЗОП. Във връзка с искането, с писмо изх. № М-095/07.08.2018 г., подписано от управителя на дружеството, било представено становище, в което се сочело, че [фирма] не прилага реда за възлагане, посочен в ЗОП, поради това, че предприятието е със 100% частен капитал, не участва в смесени общински и държавни дружества, не получава държавна помощ, няма преференциални условия за осъществяваната дейност, в съответствие със Закона за енергетиката, както и че дружеството формира пределните цени за присъединяване, разпределение и снабдяване от краен снабдител, в съответствие с действащата нормативна уредба, прилагайки ценови модел „горна граница на цените“, при нормирана осем процентна норма на възвръщаемост.

За изложеното е съставен Акт за установяване на административно нарушение № 11-01-693/10.09.2018 г. срещу П. П. П., за това, че в качеството му на лице по чл. 5, ал.4, т.2, във връзка с чл.124, ал. 1, т.2 от Закона за обществените поръчки (обн. ДВ бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016г.), не е събрал оферти с обява при условията и по реда на Глава двадесет и шеста от ЗОП за възлагане на обществена поръчка за извършване на транспортни услуги, въпреки че са били налице всички законови основания за това, тъй като през 2016г. въз основа на разходооправдателни документи (фактури), издадени от [фирма] са извършени разходи за транспортни услуги на обща стойност 36 000 без ДДС, в резултат на което поръчката е възложена при по-облекчен ред от предвидения в закона.

В законноустановения срок от страна на касатора са депозиран писмени възражения срещу издадения АУАН. Същите са обсъдени като неоснователни. Въз основа на съставения АУАН, е издадено Наказателно постановление /НП/ № 11-01-693²⁰¹⁸ от 07.03.2019 г., П. П. П., на основание чл. 256, ал. 1 от Закон за обществените поръчки /ЗОП/ е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 432 лв. за нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 3, т. 2 от ЗОП /редакция ДВ, бр.13/2016 г./.

От правна страна, СРС е приел, че при съставянето на АУАН и издаването на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения. Счел е при преценка на събраните по делото писмени и гласни доказателства, че административнонаказващият орган, правилно е приложил закона, поради което е потвърдил обжалваното НП, като правилно и законосъобразно.

Настоящият касационен състав намира решението на СРС за неправилно.

На първо място от страна на първоинстанционния съд не е констатирано наличието на противоречие между приетата правна квалификация на твърдяното нарушение и приложената санкционна норма. Разпоредбата на чл. 256, ал.1 ЗОП /обн.ДВ, бр.13/16.02.2016 г./, предвижда, че възложител, който възложи поръчката при по-облекчен ред от предвидения в закона съобразно нейната стойност, се наказва с глоба в размер 1 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а когато няма писмен договор - глобата е 1 на сто от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но във всички случаи не повече от 10 000 лв. Нормата на чл. 256 от ЗОП /редакция ДВ, бр.13/2016 г./, съдържа две алинеи,

приложими в зависимост от формата на противоправно поведение – действие или бездействие. За Възложител, който изобщо не е провел съответната процедура при наличие на условия за това, следва да бъде ангажирана неговата отговорност, съгласно разпоредбата на чл. 256, ал. 2 от ЗОП, докато тази на чл. 256, ал. 1 от същия закон, предвижда налагане на наказание в случаите, когато е извършена процедура, но същата е проведена при по-облекчен от предвидения в закона ред. Двете санкционни норми предполагат различни основания за налагане на административно наказание и различен метод за определяне и изчисляване размера на глобата. В конкретния случай, по делото не се установи дружеството да е провело обществена поръчка при по-облекчен ред, доколкото в самото наказателно постановление не са посочени такива факти и твърдения. Посоченото в наказателното постановление нарушение е свързано със сключване на договори без да е проведена процедура по възлагане на обществена поръчка, при наличие на основания за това, което следва да се санкционира съобразно разпоредбата на чл. 256, ал. 2 от ЗОП /обн. ДВ, бр.13/16.02.2016 г./. От това се създава съществено по своя характер вътрешно противоречие в атакуваното НП, доколкото липсва каквото и да е съответствие между направените твърдения и приложената санкционна норма, определяща състава на административното нарушение.

Горното представлява съществено нарушение на императивната разпоредба на чл. 57, ал. 1, т. 5 и т. 6 от ЗАНН, доколкото е ограничило правото на привлеченото към административнонаказателна отговорност лице да узнае в какво точно се състои противоправното му поведение и коя правна норма е нарушил, респективно – да организира своевременно и пълноценно защитата си.

На следващо място, наказващият орган е приел за дата на извършване на нарушението е датата, когато е извършено плащането по фактура № 9 от 04.07.2016 г., а именно – 04.07.2016 г. Дължимата по ЗОП процедура следва да се проведе преди сключването на договора с изпълнителя и реализирането на разходите. Изпълнителното деяние на нарушението, предмет на НП се осъществява чрез бездействие, изразяващо се неопределянето на прогнозна стойност на поръчката и непровеждането на дължимата процедура, съчетано с действие, изразяващо в извършването на разходи над установения праг. В хипотеза на бездействие на задълженото лице да изпълни определено задължение, при липса на други доказателства, датата на нарушението ще съвпадне с момента на обективизиране на първото изявление на лицето по реализиране обекта на поръчката. Поради, което АНО е следвало да приеме за дата на извършване на нарушението датата на сключване на договора между касатора и [фирма], а именно – 01.01.2016 г. В този смисъл, безспорно е, че в НП е изписана грешна дата за извършване на нарушението. Правилното определяне на този момент е от съществено значение за реализиране на отговорност за неизпълнение на поведението, предписано с цитираните по – горе норми.

Датата на извършване на нарушението е съществен елемент от административнонаказателната отговорност, като правилното му определяне е от значение както за осигуряване правото на защита на лицето, така и за прилагането на редица процесуални срокове – чл.34 от ЗАНН или абсолютната погасителна давност. Предвид това, непосочването или посочването на грешна дата на извършване на нарушението е съществено процесуално нарушение, което опорочава административнонаказателното производство и налага отмяната на НП.

При така установеното, настоящият касационен състав намира, че оспореното решение е постановено при нарушение на материалния и процесуален закон. Като такова, същото следва да бъде отменено. Вместо него следва да се постанови съдебен акт, с който наказателното постановление бъде отменено като неправилно и незаконосъобразно.

По изложените съображения, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, ХХ касационен състав на основание чл. 221, ал. 2 от АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 235648 от 07.10.2019 г. на Софийски районен съд, НО, 11-ти състав по НАХД № 10231 / 2019 г.

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 11-01-693 / 07.03.2019 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.