

РЕШЕНИЕ

№ 2988

гр. София, 07.05.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XXIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 13.10.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Доброслав Руков

**ЧЛЕНОВЕ: Луиза Христова
Мария Шишкова**

при участието на секретаря Станислава Данаилова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **7151** по описа за **2023** година докладвано от съдия Мария Шишкова, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН] от [населено място], [улица] срещу Решение № 2823/14.06.2023 г., постановено по НАХД № 12238/2022 г. по описа на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение (НО), 104 н. с., с което е потвърдено наказателно постановление (НП) № 11-01-172 от 24.08.2022 г. издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ). С НП на касатора е наложено административно наказание Глоба в размер на 1 887,84 (хиляда осемстотин осемдесет и седем лева и осемдесет и четири стотинки) лева, на основание чл. 256, ал. 1 във вр. чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (обн. изм. ДВ, бр. 102/2019 г. в сила от 01.01.2020 г.) и Заповед № ЗМФ-674 от 05.08.2022 г. на министъра на финансите, за извършено административно нарушение на чл. 17, ал. 1 във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП (обн. изм. ДВ, бр. 13/16.02.2016 г. в сила от 15.04.2016 г.)

В касационната жалба са изложени подробни съображения за нарушение на закона и допуснати съществени нарушения на процесуалните правила при постановяване на съдебния акт, рефлектирала негативно върху правото на защита на санкционираното лице – касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК. Според касатора, районният съд не е изяснил обективно, всестранно и пълно всички

фактически обстоятелства от значение за правилното прилагане на материалния закон, използвайки предвидените в НПК процесуални способи за събиране на доказателства, включително и експертни знания. Твърди се липса на мотиви, отговарящи на стандарта по чл. 303 от НПК, относно съставомерните елементи на административното нарушение, за което е ангажирана отговорността на изпълнителния директор на „Монтажи“ ЕАД. В този аспект, е мотивирано становище, че „Монтажи“ ЕАД не отговаря на специфичните критерии, въведени с т. 43 на § 2 от Допълнителните разпоредби на Закона за обществените поръчки (ДР на ЗОП), поради което и представляващият го изпълнителен директор не може да носи отговорност като възложител, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП. С позоваване на разпоредби от Устава на дружеството се прави разграничение между собственика на капитала „Държавна консолидационна компания“ (ДКК) ЕАД и упражняваните права от принципала – министъра на икономиката, който макар да може да избира и освобождава членовете на съвета на директорите, не отговаря за задълженията и не поема финансовите рискове от дейността на дружеството. Поставен е акцент върху различните основания, на които дружеството е получавало публични ресурси за финансиране на основната си дейност – въз основа на сключени договори с контрагенти, а не на пряко финансиране, по смисъла на т. 43 от § 2 от ДР на ЗОП. Сочат се различия в поставените цели в Устава на дружеството – реализиране на печалба от осъществявана при пазарни условия търговска дейност, от която се изплаща дивидент на държавата и визираните в § 2, т. 43 от ДР на ЗОП на публичната организация – да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер. От касатора се сочи и, че в Доклада № ДИД2 - СФ-22 от 01.06.2021 г. от извършена финансова инспекция на „Монтажи“ ЕАД, приложен към жалбата, е прието, че не са налице основания за прилагане на изискванията на ЗОП, включително и относно процесния договор със „Сентра“ ООД.

С тези аргументи са обосновани алтернативни искания – за отмяна на обжалваното решение и на наказателното постановление, предмет на съдебен контрол, или за отмяна на обжалваното решение и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на районния съд, с оглед обективното и всестранно изясняване на всички релевантни факти, установяващи съставомерните елементи на инкриминираното административно нарушение.

Касаторът не участва в съдебното заседание пред настоящата инстанция и не се представлява.

Ответникът по касационната жалба – директорът на Агенция за държавна финансова инспекция чрез процесуалния си представител – юрисконсулт Т. Я. оспорва жалбата. Излага подробни аргументи в представени писмени бележки (л. 100 – л. 115) към които е приложена относима съдебна практика по сходни казуси между същите страни (л. 116 – л. 279). Основен аргумент в тезата на ответната страна е становището, че „Монтажи“ ЕАД не осъществява търговска дейност при нормални пазарни условия, а получава средства като финансова подкрепа, посредством възлагане на поръчки без конкуренция, въз основа на особеностите в собствеността на капитала – 100% притежаван от „ДКК“ ЕАД. В този контекст, се сочи, че „Монтажи“ ЕАД отговаря за задълженията на едноличния собственик на капитала „ДКК“ ЕАД посредством предоставеното обезпечение на банков кредит, учредено в полза на банката – кредитор (ББР) - първи по ред залог върху 6 млн. броя акции, представляващи 100% от капитала на „Монтажи“ ЕАД.

Прокурорът от Софийска градска прокуратура е на становище, че касационната жалба е неоснователна, а обжалваното решение - обосновано и законосъобразно.

Административен съд София – град, XXIII касационен състав, след като обсъди приложените по делото доказателства, в контекста на становището на страните и релевираните касационни основания, съобразно правомощията си по чл. 218 от АПК, прие за установено:

Депозираната касационна жалба е подадена в преклузивния срок по чл. 211, ал. 1 от АПК (съобщението за решението на СРС е връчено на 28.06.2023 г., а жалбата е заведена с вх. № 198270 от 11.07.2023 г.), от адресат на наказателното постановление, предмет на съдебен контрол, с правен интерес от оспорването, срещу подлежащ на касационна проверка, съгласно чл. 63в от ЗАНН, съдебен акт. Разгледана по същество касационната жалба е ОСНОВАТЕЛНА.

С обжалваното решение № 2823 от 14.06.2023 г., Районният съд е потвърдил издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция наказателно постановление № 11-01-172 от 24.08.2022 г. като е възложил в тежест на санкционираното лице заплащането на юрисконсултско възнаграждение за процесуално представителство на административно наказващия орган във въззивното производство.

За да постанови решението си, съдът е приел за установена следната фактическа обстановка:

Санкционираното лице – Т. Б. Д. е изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД.

На 20.01.2020 г. между „Монтажи“ ЕАД (възложител), представлявано от Т. Д. – изпълнителен директор и „Сентра“ ООД (изпълнител), представлявано от Д. Б. – управител е сключен Рамков договор за „Доставка на оборудване за наблюдение, контрол и комуникация“.

В чл. 3.1. от договора е посочено, че общата стойност на договора се определя спрямо всяка конкретна заявка, а в чл. 2.2. е предвидено, че изпълнителят е длъжен да достави стоката в срок до 45 календарни дни, считано от датата на конкретната заявка на възложителя.

На 15.05.2020 г. е сключено Допълнително споразумение към Р. договор от 20.01.2020 г. между „Монтажи“ ЕАД представлявано от Т. Д. – изпълнителен директор и „Сентра“ ООД, представлявано от Д. Б. за доставка на оборудване за наблюдение, контрол и комуникация на язовир „Х. 3“, [община], област С. З.. Стойността на доставката по Допълнителното споразумение е в размер на 78 660 лева без ДДС. Срокът за доставяне - 45 дни от датата на подписване на споразумението.

Издадени са проформа фактура № 118 от 15.05.2020 г. и фактура № [ЕГН] от 30.06.2020 г., въз основа на които от „Монтажи“ ЕАД е заплатена авансово 50 % от договорената сума – 39 330 лева без ДДС – 47 196 лева. Съставен е приемо - предавателен протокол от 04.09.2020 г. за доставеното оборудване, в който са отразени количества и серийни номера. Останалата дължима сума е платена с платежни нареждания от 29.09.2020 г. и от 01.10.2020 г. Издадени са и фактури № 328 от 17.08.2020 г. и № 339 от 18.09.2020 г.

Общата платена сума от „Монтажи“ ЕАД по допълнителното споразумение от 15.05.2020 г. към сключения рамков договор със „Сентра“ ООД съответства на договорената – 94 392 лева с ДДС или 78 660 лева без ДДС.

Актът за установяване на административно нарушение (АУАН) № 11-01-172 е съставен на 02.03.2022 г. от свид. Д. П. – Г. – главен финансов инспектор в първи

отдел на дирекция „Инспекционна дейност“ на АДФИ в присъствието на санкционираното лице К. Г. и свид. Г. Т..

В описанието на фактическите обстоятелства е посочено : „На 15.05.2020 г. в [населено място], „Монтажи“ ЕАД, Т. Б. Д. – изпълнителен директор и възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от Закона за обществените поръчки, като е сключил допълнително споразумение към рамков договор със „Сентра“ ООД е възложил обществена поръчка за доставка на оборудване за наблюдение, контрол и комуникация за язовир „Х. 3“, [община], област С. 3. на стойност 78 660 лева без ДДС, с което се надвишава минималния стойностен праг по чл. 20, ал. 2, т. 2, без да е приложил процедура по чл. 18, ал. 1 съобразно стойността на поръчката при наличие на основание за това“. Деянието е квалифицирано като административно нарушение по чл. 17, ал. 1 във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП редакция ДВ, бр. 13/16.02.2016 г.

Препис от АУАН е надлежно връчен на санкционираното лице в деня на съставянето му, като в него е отразено правото на писмени възражения в 7-дневен срок от връчването.

На 08.03.2022 г. с вх. № 11-01-172 е заведено писмено възражение по направените констатации в АУАН, адресирано до административно – наказващия орган – директора на АДФИ. Наред с изложените съображения относно неприложимостта на уредбата в ЗОП по отношение на сключените Рамков договор и допълнителното споразумение към него, обоснована с характера на осъществяваната дейност от „Монтажи“ ЕАД, която не отговаря на критериите за „публично правна организация“ по смисъла на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП, касаторът е изложил аргументи и относно съществените различия в констатациите и изводите на двата одитни екипа на АДФИ, извършили инспекции на дружеството по отношение на процесните договори, както и относно спазването на давностните срокове по чл. 34 от ЗАНН и процедурата по чл. 241, ал. 3 от ЗОП.

Въз основа на съставения АУАН, на 24.08.2022 г., в срока по чл. 34, ал. 3 от ЗАНН, директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция, въз основа на делегирани му правомощия от министъра на финансите (Заповед № ЗМФ-674/05.08.2022 г.), е издал НП, предмет на съдебен контрол, връчено на касатора на 07.09.2022 г.

За да потвърди НП, районният съд е приел, че Акът за установяване на административното нарушение и НП са издадени от компетентни органи, в кръга на тяхната материална и териториална компетентност, по смисъла на чл. 261, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, и в съответствие с делегираните правомощия на административно – наказващия орган.

При извършената служебна проверка, не са констатирани допуснати нарушения на процесуалните правила. В обжалваното решение е прието, че са спазени изискуемата форма и съдържание, както и давностните срокове по чл. 34, ал. 1 и ал. 3 от ЗАНН. Особеното качество на субекта на административното нарушение по чл. 17, ал. 1 във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП – възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП, съдът е приел за безспорно установено въз основа на доказателствата относно организационната форма на търговското дружество, представлявано от касатора – акционерно дружество по чл. 64, ал. 1, т. 4 във вр. чл. 158 и сл. от Търговския закон с едноличен собственик на капитала „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, чийто права се упражняват от министъра на икономиката като представител на държавата. Направен е извод за законосъобразно определяне на размера на

наложената административна санкция – 2 % от стойността на договора с включен ДДС – 94 392 лева и съответствието ѝ на степента на обществена опасност на деянието.

Обжалваното решение е валидно и допустимо, но неправилно.

Въззивният съд е положил усилия за събиране на необходимите доказателства за обективно и пълно изясняване на релевантните фактически обстоятелства, включени в предмета на доказване, но е нарушил съществено процесуалните стандарти за всестранен анализ на информацията от всички доказателствени източници, което е рефлектирало на приложението на материалния, а и на процесуалния закон.

В този аспект, основателни са оплакванията на касатора, че мотивите на оспореното решение не съдържат отговор на възраженията относно доказателствената обезпеченост на съставомерните елементи на административното нарушение, за което е санкциониран, както и относно допуснатото съществено нарушение на административно производствените правила по отношение на спазването на давностните срокове по чл. 261, ал. 1 във вр. чл. 241, ал. 3 от ЗАНН.

Страните не спорят относно факта на установяване на процесното административно нарушение - в хода на извършена финансова инспекция, възложена, на основание чл. 10, ал. 1, т. 3 и чл. 5, ал. 1, т. 4 от Закона за държавната финансова инспекция и писмо № 16-13-43 от 16.04.2021 г. на министъра на финансите, със заповед на директора на АДФИ № ФК – 10-968 от 23.07.2021 г. (л. 19 от делото).

Не е спорен и фактът, че месец по-рано – на 04.06.2021 г. на „Монтажи“ ЕАД е връчен Доклад № ДИД2-СФ-22 от 01.06.2021 г. за извършена финансова инспекция (л. 19 от делото), възложена също със Заповед на директора на АДФИ № ФК-10-578 от 19.04.2021 г. на друг екип държавни финансови инспектори (л. 19 от делото).

Безспорно установен от анализа на информацията в приложения Доклад № ДИД2-СФ-22 от 01.06.2021 г. и заповед № ФК – 10-968 от 23.07.2021 г. е сходният предмет на възложените инспекции – проверка за законосъобразност на отчетените разходи от „Монтажи“ ЕАД – [населено място] за доставки, услуги и строителство за периода 01.01.2017 г. – 30.04.2021 г., в т. ч. сключените договори и тяхното изпълнение (стр. 3 от доклада - л. 14 от делото), а в заповедта от 23.07.2021 г. – проверка за законосъобразност на сключването и изпълнението на договори на дружеството с контрагенти, в т. ч. със собственика на капитала на дружеството за периода от 01.01.2017 г. – 30.04.2021 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 238, ал. 1 от ЗОП последващият външен контрол по изпълнение на този закон, включително контролът по изпълнение на договорите за обществени поръчки и на рамковите споразумения се осъществява от Сметната палата и от органите на Агенцията за държавна финансова инспекция. В обхвата на контрола по Закона за Държавната финансова инспекция (ЗДФИ), съгласно чл. 238 ал. 3 и ал. 4 от ЗОП, са включени и възложители, които макар и да не отговарят на критериите на чл. 4 т. 1 – т. 6 от ЗДФИ, въз основа на одобрен годишен план и последващи проверки на възложени обществени поръчки, за които има констатации за извършени нарушения в становище на изпълнителния директор на Агенцията за обществени поръчки, съгласно чл. 229, ал. 1, т. 9 от ЗОП, в едногодишен срок от сключване на договорите.

Безспорно осъществяваната от „Монтажи“ ЕАД дейност като търговско дружество със 100% капитал собственост на „ДКК“ ЕАД попада в обхвата на АДФИ. Неприложима към процесните договори – сключеният със „Сентра“ ООД Рамков

договор от 20.01.2020 г. и Допълнителното споразумение от 15.05.2020 г., е втората хипотеза на чл. 238, ал. 4 от ЗОП, доколкото Заповедта за възлагане на втората финансова инспекция, издадена от директора на АДФИ № ФК – 10-968, в хода на която се твърди да е констатирано административното нарушение, за което е ангажирана отговорността на касатора, е от 23.07.2021 г., т. е. след изтичане на предвидения в ЗОП едногодишен срок от сключването им.

Основателни са възраженията за допуснато съществено нарушение на процесуалните правила при започване на административно наказателното производство, предпоставящи отмяната на НП, предмет на съдебен контрол.

Разпоредбата на чл. 17, ал. 1 от ЗДФИ и нормата на чл. 241, ал. 1 от ЗОП са идентични относно изискванията към документиране на резултатите от извършена финансова инспекция и/или проверка, по реда на чл. 238 от ЗОП. Съставя се доклад, в който се отразяват констатациите от инспекцията и към него се прилагат събраните доказателства. Идентични са и процесуалните възможности на ръководителя на проверявания обект, организация и/или лице да изразят становище по доклада.

В разпоредбата на чл. 241, ал. 3 от ЗОП е предвидено задължение за контролните органи да съставят актове за констатираните административни нарушения. Сходна по правни последици е и разпоредбата на чл. 32, ал. 1 от ЗДФИ, според която при упражняване на инспекционна дейност виновните длъжностни лица, както и лицата, които работят по граждански договори за управление и контрол, ако деянието не съставлява престъпление, се наказват със съответните административни санкции.

При извършената служебна проверка на интернет страницата на АДФИ, касационната инстанция констатира, че в съответствие с изискванията на чл. 241, ал. 6 от ЗОП и чл. 17, ал. 6 от ЗДФИ, са отразени резултатите и от двете финансови инспекции на „Монтажи“ ЕАД, приключили съответно с Доклада, връчен на 04.06.2021 г. № ДИД2 - СФ-22 от 01.06.2021 г., приложен към касационната жалба и с Доклад № ДИД1СФ – 43 от 04.04.2022 г., изготвен след издаването на оспореното НП и приключена финансова инспекция по заповед на директора на АДФИ № ФК–10-968 от 23.07.2021 г.

Обобщената информация от констатациите от двете финансови инспекции дава основание за категоричен извод, че първата финансова инспекция приключила с Доклада от 01.06.2021 г. е била със значително по – голям обхват, доколкото е отразено, че са проверени 225 договори, сред които и процесните със „Сентра“ ООД, а в обхвата на последващата финансова инспекция са включени едва 59 договора (приблизително j - около 26% от проверените при първата инспекция).

В публично достъпната информация относно констатациите от финансовата инспекция, приключила с Доклада от 01.06.2021 г. е посочено, че е установено 1 нарушение – на изискванията на чл. 4, ал. 1 във вр. чл. 13, ал. 3, т. 1 от ЗФУКПС, но не и такива на разпоредби на ЗОП.

Изложеното дава основание на настоящия касационен състав да приеме за основателни оплакванията на касатора за допуснато съществено нарушение на процесуалните правила при започване на административно наказателното производство, а именно АУАН е съставен в нарушение на предвидения в разпоредбата на чл. 261, ал. 1 от ЗОП 6 месечен давностен срок от откриване на нарушителя. Спазването на давностните срокове по чл. 34 от ЗАНН, каквито са и визираните в специалната разпоредба на чл. 261, ал. 1 от ЗОП е процесуална гаранция за законосъобразност, за която съдът следи служебно.

В конкретния казус не е спорно, че началото на административно наказателното производство е поставено със съставяне на АУАН на 02.03.2022 г., в хода на извършваната повторна финансова инспекция от служители на АДФИ. Не се твърди в обстоятелствената част на АУАН при предходната инспекция контролните органи да са били възпрепятствани при предоставяне на необходимите документи и/или да не им е било оказано нужното съдействие при осъществяване на контролната дейност. Даже напротив, изключително подробно в Доклада от 01.06.2021 г. са анализирани както условията по Р. договор със „Сентра“ ООД (л.16 – стр. 7 от доклада), така и по сключените допълнителни споразумения от 25.03.2020 г. и 15.05.2020 г. за доставка на оборудване за наблюдение, контрол и комуникация на язовир „Х. 3“, [община], област С. З. (стр. 12 – стр. 13 от доклада, л.18-гръб – л. 19).

Затова няма основание в настоящия казус да намери приложение предвиденият 3 годишен давностен срок, чието начало законодателят е обвързал с осъществяване на нарушението – 15.05.2020 г. И това е така, доколкото не е съществувала процесуална пречка, а такава не се и твърди в съдебното производство от процесуалните представители на ответната страна, контролните органи, на които е било възложено извършване на финансовата инспекция, приключила с Доклада от 01.06.2021 г. да констатират и административното нарушение, за което е ангажирана отговорността на касатора с оспореното в настоящото производство НП. Обратното, в Доклада е застъпено категорично становище, че „Монтажи“ ЕАД не отговаря на изискванията на т. 43 от § 2 от ДР на ЗОП, поради което и представляващият го изпълнителен директор не може да бъде възложител, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП З. (стр. 4 – стр. 5 от доклада, л.14-гръб – л. 15).

В този аспект, не е спорно, че административно наказващият орган е разполагал с процесуалната възможност да упражни правомощието си по чл. 35, ал. 1 във вр. чл. 32, ал. 1 от ЗДФИ във вр. чл. 261, ал. 2, предл. второ от ЗОП по отношение на процесните договори, анализирайки информацията, съдържаща се в констатациите от инспекцията, отразени в Доклада от 01.06.2021 г. Такива действия не са предприети и към момента на възлагане на повторната финансова инспекция със Заповедта от 23.07.2021 г.

АУАН, с който е поставено началото на административно наказателното производство и въз основа на който е издадено НП, предмет на съдебен контрол, е съставен на 02.03.2022 г., след изтичане на 6 месечния срок от откриване на нарушителя, като за начален момент съдът взема предвид датата на изготвяне на Доклада от инспекцията – 01.06.2021 г.

В този аспект, доколкото се касае за давностен срок, който има за цел да стимулира компетентните контролни органи да упражнят своевременно правомощията си, касационната инстанция е на становище, че в настоящия казус не е поставено законосъобразно начало на административно наказателното производство. Констатирането на административното нарушение е осъществено след изтичане на 6 месечния срок от откриване на нарушителя, поради което административно – наказващият орган не е имал основание да го санкционира предвид изтеклия давностен срок по чл. 261, ал. 1 от ЗОП във вр. чл. 34 от ЗАНН. Да се твърди нещо различно би означавало в нарушение на основните принципи на законност и правна сигурност да се стимулира неограничено бездействието на контролните органи.

Констатираното нарушение на процесуалните правила при започване на административно наказателното производство е от категорията на съществените,

които рефлектират негативно върху правата на санкционираното лице, поради което е и основание за отмяна на наказателното постановление.

Според настоящия касационен състав, основателни са и оплакванията за допуснато нарушение на материалния закон. Необосновано от районния съд е прието, че са налице основания за приложение на уредбата в ЗОП по отношение на процесните договори между „Монтажи“ ЕАД и „Сентра“ ООД. В този смисъл, не отговаря на стандарта по чл. 303 от НПК, изводът на съда, че събраните по делото доказателства са достатъчни, за да се приеме за безспорно установено особеното качество на субекта на административното нарушение на чл. 17, ал. 1 във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП – възложител, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП, включително и необходимостта от приложение на процедурата по ЗОП.

И това е така, доколкото „Монтажи“ ЕАД не представлява публичноправна организация, по смисъла на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП. Това е и основното възражение, поддържано от касатора и в представените пред административно наказващия орган писмени възражения срещу констатациите в АУАН, което въззивният съд е приел за неоснователно, позовавайки се единствено на разпоредбите на чл. 64 и чл. 158 от ТЗ. Лаконичните съображения, изложени в мотивите на обжалваното решение с позоваването на разпоредби, уреждащи организационните форми на търговските дружества, безспорно не дават отговор на подробните аргументи на касатора, възпроизведени и в касационната жалба.

Разпоредбата на чл. 1 от ЗОП определя основната цел на материално правната уредба на обществените поръчки - осигуряване на ефективност при разходването на: публични средства; на средства, предоставяни от европейските фондове и програми; на средствата, свързани с осъществяването на дейности в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, както и на средствата на дружества и предприятия, които са възложители по смисъла на закона.

Нарушението, за което е ангажирана отговорността на касатора по чл. 17, ал. 1 от ЗОП предвижда конкретно задължение за „възложителите“ – да приложат предвидения ред в закона при възлагане на обществена поръчка, **когато са налице основанията за това**. Според административно наказващия орган, касаторът отговаря на критериите за възложител, съгласно чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП като представляващ публично правна организация.

Според легалната дефиниция, „публично правна организация“ е юридическо лице, за което са изпълнени следните условия:

- създадено е с конкретна цел да задоволява **нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер**,

- финансирано е с повече от 50% от държавни, териториални или местни органи или други публичноправни организации, или е обект на управленски контрол от страна на тези органи, или има управителен орган повече от половината от членовете на който са назначени от публичен възложител по чл. 5, ал. 2, т. 1 – т. 14.

Нуждите от общ интерес имат промишлен или търговски характер, когато лицето действа в нормални пазарни условия, стреми се да реализира печалба, като самостоятелно понася загубите от извършване на дейността си.

Посочените предпоставки, следва да са налице кумулативно.

Не е спорно по делото, че едноличен собственик на капитала на „Монтажи“ ЕАД е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, която също е със 100% държавно участие, а правата на държавата се упражняват от министъра на икономиката.

В Устава на „Монтажи“ ЕАД е посочено, че дружеството е самостоятелно юридическо лице, отговаря за своите задължения с имуществото, което притежава и не носи отговорност за задълженията на едноличния собственик на капитала. Съгласно ал. 4 на чл. 1 от Устава – едноличният собственик на капитала също **не отговаря** за задълженията на дружеството. В чл. 5 от Устава е прието, че дружеството е учредено, за да упражнява подробно описаната търговска дейност, която не е ограничена със срок или цел, или казано по друг начин, дружеството е създадено с цел да реализира печалби в условията на пазарни конкурентни условия и самостоятелно да отговаря за загубите си.

Категорично доказателство за това, че „Монтажи“ ЕАД е упражнявало в процесния период търговска дейност при пазарни условия е съотношението между проверените при извършените две поредни финансови инспекции договори, отразени в публичната информация на интернет сайта на АДФИ – по-малко от j от първоначално проверените 225 договора (59) са подложени на проверка при последващата финансова инспекция, възложена със заповедта от 23.07.2021 г., като основания за приложение на изискванията на ЗОП са установени едва при 38 договора. Казано по друг начин в периода 01.01.2017 г. – 30.04.2020 г. съотношението на договорите, за които контролните органи са приели наличие на основания за приложение на изискванията на ЗОП са едва около 17 % (спрямо общия брой 225 на проверените при първата финансова инспекция).

Приобщените към делото писмени доказателства съдържат достатъчно информация, въз основа на която могат да се правят категорични изводи и относно сключваните търговски договори с контрагенти, извън осъществяваната в изпълнение на обществено полезните цели на „ДКК“ ЕАД търговска дейност (*стр. 159 – стр. 161 от доклада, л. 92 – л. 93*). Не е спорно и че „Монтажи“ ЕАД е част от включените в Централния професионален регистър на строителя общо 534 дружества.

С Решение № 495 от 13 юли 2018 г. на Министерски съвет – „ДКК“ ЕАД – С. е определена като търговско дружество, което възлага ремонтите и реконструкциите на одобрените по списък язовирни стени и съоръжения към тях, както и на язовири – държавна и общинска собственост, с изключение на възложените на концесия, за които в концесионния договор е предвидено извършване на ремонтно – възстановителни дейности. В одобрения списък е включен ремонт и реконструкция на язовир Х. 3, [община], област С. 3.. От изпълнителния директор на „ДКК“ ЕАД е изпратена покана до представляващите „Монтажи“ ЕАД за представяне на план – сметка за изпълнение на дейностите по ремонт и реконструкция. След одобрението ѝ с Протокол № 21 от 01.03.2019 г. на Управителния съвет на ДКК, на 01.03.2019 г. е сключен Договор между „ДКК“ ЕАД в качеството ѝ на възложител и от друга страна „Монтажи“ ЕАД – като изпълнител. Определена е стойността за изпълнение на пълния обем дейности, сроковете за изпълнение, като в т. 3.3. е посочено, че „общата цена включва... и печалбата“. Част от включените в изпълнение на този договор дейности са и доставките, по рамковия договор и допълнителните споразумения със „Сентра“ ООД.

Предоставените от „ДКК“ ЕАД публични средства за реализиране на проекта за реконструкция на яз. „Х. 3“ обаче не представлява пряко финансиране на осъществяваната търговска дейност от „Монтажи“ ЕАД и в частност по повод договорените условия със „Сентра“ ООД. Не се твърди и от процесуалните представители на ответната страна, на „Монтажи“ ЕАД да са предоставяни

безвъзмездно бюджетни субсидии и публични средства в процесния период 2020 г. Според легалната дефиниция на понятието „бюджетна субсидия“ дадена в т. 3 на § 1 от ДР на Закона за публичните финанси – това е трансфер с общо или целево предназначение, който централният бюджет предоставя безвъзмездно на бюджетна организация за съответната бюджетна година. Затова и финансирането на публични органи следва да се разглежда като прехвърляне на финансови средства без конкретна насрещна престация, а единствено с цел да се подкрепи дейността на съответната организация. На тези критерии отговаря финансирането на „ДКК“ ЕАД по повод осъществяването на ремонта и реконструкцията на яз. „Х. 3“, но не и „Монтажи“ ЕАД.

Не са представени и доказателства, установяващи предположението на контролните органи за финансово подпомагане на „Монтажи“ ЕАД от „ДКК“ ЕАД, по повод на констатациите за отрицателните стойности на капитала на дружеството в 3 поредни години. В този аспект, категорично от информацията, съдържаща се в приложенияте към делото документи, може да се направи извод, че „Монтажи“ ЕАД изпълнява сключените договори с „ДКК“ ЕАД възмездно, с договорена печалба, представляваща част от представена предварително план – сметка. Изискванията на ЗОП по отношение на тези контракти обаче са неприложими за сключените от „Монтажи“ ЕАД договори в изпълнение на поетите задължения.

Изложеното дава основание на настоящия касационен състав да приеме за основателни възраженията на касатора, че по отношение на „Монтажи“ ЕАД не е изпълнено едно от кумулативно предвидените условия в т. 43, § 2 от ДР на ЗОП, поради което и представляващият го изпълнителен директор не отговаря на изискванията на субекта на административното нарушение по чл. 17 във вр. чл. 20, ал. 2 от ЗОП – възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП.

Като е стигнал до различен извод относно процесуалната и материално правната законосъобразност на обжалваното наказателно постановление, Софийският районен съд е постановил неправилен съдебен акт, който следва да бъде отменен и вместо него, на основание чл. 222, ал. 1 от АПК да бъде постановен друг, с който да се отмени и наказателното постановление като незаконосъобразно.

С оглед изхода на делото, неоснователна е претенция на процесуалния представител на ответника по касационната жалба за присъждане на юрисконсултско възнаграждение за процесуално представителство както за въззивното, така и за касационното производство.

От касатора не е направено искане за присъждане на разноски, а и не са представени доказателства за направени такива.

Мотивиран от изложеното и на основание чл. 63в ЗАНН във вр. чл. 222, ал. 1 от АПК, Административен съд София град, XXIII касационен състав

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Решение № 2823 от 14.06.2023 г., постановено по НАХД № 12238/2022 г. по описа на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 104 състав и вместо него постановява:

ОТМЕНЯ наказателно постановление № 11-01-172 от 24.08.2022 г. издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция, упълномощен със заповед № ЗМФ-674 от 05.08.2022 г. на министъра на финансите, с което на Т. Б. Д., ЕГН

[ЕГН] от [населено място], [улица] качеството на изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД – възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от Закона за обществени поръчки, на основание чл. 256, ал. 1 във вр. чл. 261, ал. 2 от ЗОП, е наложено административно наказание Глоба в размер на 1 887,84 лева за извършено административно нарушение на чл. 17, ал. 1 във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП.
РЕШЕНИЕТО не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ

ЧЛЕНОВЕ