

РЕШЕНИЕ

№ 149

гр. София, 09.01.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 13.12.2019 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Милена Славейкова

**ЧЛЕНОВЕ: Даниела Гунева
Георги Тафров**

при участието на секретаря Грета Грозданова и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **12514** по описа за **2019** година докладвано от съдия Георги Тафров, и за да се произнесе взе предвид следното:

6

Производството е по реда на чл.208 и сл.АПК, във връзка с чл.63 от ЗАНН. Образувано е по жалба на С. И. Д., [ЕГН] срещу Решение от 10.09.2019г., постановено по н.а.х.д. № 21217/2018 г. от СРС – НО, 17-ти състав. С обжалваното решение е потвърдено Наказателно постановление /НП/ № ЗОП -64/04.11.2016г., издадено от председателя на Сметната палата, с което на осн. чл. 129, ал.1, пр.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП отм.) вр. чл. 3, ал.1 от ЗАНН, вр. чл. 127в, ал.2 от ЗОП отм. Вр. чл. 260, ал.2 от ЗОП (обн. ДВ бр. 13/2016г.) на касатора е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 3000 лв., за нарушение на чл. 8, ал.1, вр. чл. 14, ал.1, т.2 от ЗОП отм.

В жалбата се твърди, че оспореното решение е необосновано, шаблонно и постановено при неправилно приложение на материалния закон и съдопроизводствените правила. Счита, че са нарушени разпоредбите на чл. 57, ал.1, т.4 и т.5 от ЗАНН. Касаторът навежда доводи, че е налице неяснота в описанието на нарушението, кой е извършителят и коя разпоредба на закона е нарушена. Сочи, че АНО грешно е заключил, че на чл. 129, ал.1, предл. първо ЗОП/отм./ съответства на разпоредбата на 256, ал.1 от ЗОП, както и че в процесното НП не е посочен ясно определен размер на наложената санкция. На следващо място е посочено, че

наказание на основание на отменена законова разпоредба не може да бъде налагана, като в случая АНО е следвало да приложи чл.3, ал.2 то ЗАНН. Твърди още, че в конкретния случай не се касае за нарушени принципи на ЗОП, поради обстоятелството, че единственият възможен изпълнител по договора е „Т. (Европа) АБ“ Ш.. Изтъква, че съгласно ЗОП, действащ към момента на сключване на договора, БНБ не е била включена в кръга на възложителите по чл. 7 и не е била задължена да провежда процедури по ЗОП. Прави възражение за изтекла абсолютна давност. Иска се отмяна на оспореното решение и отмяна на НП.

Жалбоподателят в съдебно заседание не се явява и не се представлява.

Ответникът – Сметна палата в съдебно заседание не се представлява. Представен е писмен отговор, с който се изразява становище за неоснователност на касационната жалба и моли решението на СРС да бъде оставено в сила.

Представителят на СГП - прокурор К., който моли касационната жалба да бъде отхвърлена, а решението на СРС потвърдено.

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

Касационната жалба е процесуално допустима, подадена в преклузивния срок по чл.63 от ЗАНН от надлежна страна и при наличие на правен интерес от обжалване. Разгледана по същество, същата се явява основателна.

От фактическа страна СРС е установил следната фактическа обстановка: Българската народна банка е възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 1 от ЗОП отм. (и съгласно чл. 5, ал. 2, т. 6 от ЗОП) и следователно попада в обхвата на приложение на ЗОП. С изменение на чл. 7, т. 1 от ЗОП отм., влязло в сила на 01.07.2006 г. БНБ е включена сред възложителите, за които се отнасят разпоредбите на закона.

Със заповед № РД-98289/26.10.2015 г. на управителя на БНБ на С. И. Д. – главен секретар на БНБ /към момента на издаване на заповедта/ е възложено да изпълнява правата и задълженията на възложител по ЗОП, т.е. същата е била упълномощено лице по смисъла на чл. 8, ал. 2 от ЗОП (отм.). След тази дата през 2015 г. жалбоподателката заемала този пост и изпълнявала функциите на лице по чл. 8, ал. 2 от ЗОП отм. към 17.11.2015г.

На 24.10.2005г. между БНБ и „Трема Европа АБ“ Ш., бил сключен безсрочен договор № РД09-0079 за поддръжка на софтуерен продукт Система за управление на валутните резерви Трема. В договора била предвидена възможност за прекратяването му от някоя от страните с 12-месечно предизвестие.

В периода от 01.01.2015 г. до 31.12.2015 от БНБ са извършени разходи по този договор за поддръжка на софтуерен продукт Трема на обща стойност 511 983.35 лева без ДДС (614 380,03 лева с ДДС) въз основа на плащане по една фактура - № 7005217/17.11.2015 г., издадена от „Трема Европа АБ“ Ш.. Плащането по фактурата в размер на 511 983.35 лева без ДДС (614 380,03 лева с ДДС) е извършено на 30.11.2015г. Като за 2013г. сумата за същото обслужване е било на стойност 497991,91 лева без ДДС, платени на 10.01.2014 г., а за 2014 г. – сумата е била 509943.58 лева без ДДС, платени на 25.11.2014 г.

За периода 01.01.2015г.- 31.12.2015 г. от страна на БНБ не са събрани оферти чрез публикуване на публична покана по глава 8а от ЗОП и не е проведена процедура по възлагане на обществена поръчка за тези услуги. С искане от 11.01.2016 г. след

извършената проверка от СП е стартирана процедура за обществена поръчка по ЗОП за внедряване и абонаментно обслужване на система за управление на валутните резерви.

Със заповед от 09.05.2016 г. на заместник председател на Сметната палата, е възложено на одитен екип включващ и П. Й. – на длъжност „одитор“ в Сметната палата, да извърши одит на бюджетните разходи на БНБ и тяхното управление, за периода 01.01.2015 г. до 31.12.2015г.

В хода на проверката, Й. се запознала с представените по делото документи – договор от 24.10.2005 г. и издадена фактура от 17.11.2015 г. за ползваните услуги от БНБ във връзка с процесния договор за 2015 г. В констативен протокол от 01.07.2016 г. Й. отразила своите изводи за извършени от БНБ нарушения на ЗОП (отм.), включително и настоящето.

При така достигнатите изводи, на 03.10.2016 г. от Й. бил съставен АУАН № ЗОП-06-16-004-08 в присъствието на двама свидетели и на нарушителя, удостоверено с техните подписи, за нарушение на чл. 8, ал. 1, вр. чл. 14, ал. 4, т. 2 от ЗОП отм., за това, че на 17.11.2015 г. в качеството ѝ на упълномощено лице по чл. 8, ал. 2 от ЗОП отм. не е организираща и провела процедура по реда на ЗОП отм. за възлагане на обществена поръчка за поддръжка на софтуер Система за управление на валутните резерви Трема, при наличие на основанията за това.

Препис от акта бил връчен на жалбоподателя на същата дата, като тя не изложила възражения срещу констатациите в него. Но в срока по чл. 44, ал. 1 ЗАНН били депозираны възражения, които са развити и в жалбата срещу НП.

Въз основа на АУАН № ЗОП-06-16-004-08/03.10.2016г. при пълна идентичност на описаното нарушение и неговата правна квалификация било издадено обжалваното наказателно постановление на 04.11.2016г., с което на жалбоподателя е наложена „глоба“ в размер на 3000 лева за нарушение на чл. 8, ал. 1, вр. чл. 14, ал. 4, т. 2 от ЗОП отм., вр. чл. 3, ал. 1 от ЗАНН.

Видно от представената разписка, НП било връчено на жалбоподателя на 29.05.2017 г., като жалбата срещу него е депозирана в Сметната палата на 05.06.2017г.

Въз основа на приетата фактическа обстановка СРС е достигнал до извод, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи, при съблюдаване на разпоредбата на чл. 34, ал. 1 и ал. 3 от ЗАНН. СРС е приел, че не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила и материалния закон, АУАН и НП съдържат изискуемите от ЗАНН реквизити, както и не са налице формални предпоставки за отмяна на обжалваното НП. Прието, е че посоченото в НП нарушение е безспорно доказано, поради което правилно е ангажирана административнонаказателната отговорност на С. И. Д..

Решението е допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу наказателното постановление, не са изтекли сроковете по чл. 34 ЗАНН, не е изтекла абсолютна погасителна давност за административнонаказателно преследване. Така постановеното решение е неправилно, по следните съображения:

Съгласно чл.8, ал.1 от ЗОП (отм.) възложителите са длъжни да проведат процедура за възлагане на обществена поръчка, когато са налице основанията, предвидени в закона. А в чл.14, ал.3, т.2 от ЗОП е предвидено, че възложителите могат да прилагат предвидените в закона опростени правила, когато обществените поръчки за доставки, услуги и конкурс за проект са по-високи от 66 000 лв. Съгласно чл. 129, ал. 1 ЗОП (отм.) „възложител, който не проведе процедура за възлагане на обществена поръчка

при наличие на основание за това или измени договор за обществена поръчка в нарушение на чл. 43, ал. 1, се наказва с имуществена санкция в размер от 15 000 до 50 000 лв. или с глоба в размер от 3000 до 10 000 лв., а лицето по чл. 8, ал. 2 или 3 - с глоба в размер от 3000 до 10 000 лв.“. А в чл.133, ал.3 от ЗОП (отм.) е предвидено, че когато нарушенията по чл. 128 - 132а, с изключение на тези по чл. 129, ал. 4, чл. 129б, ал. 2 и чл. 132, ал. 3, са извършени при възлагане на обществени поръчки на стойности по чл. 14, ал. 3, предвидените размери на глобите и имуществените санкции се намаляват наполовина. Стойността на доставките по сключения договор АНО е обосновал, че надхвърля значително минималния праг при превишаването, над който е задължително провеждането на открита процедура и като не е предприел действия по обявяването и приключването ѝ, а директно е сключил на 24.10.2005г. безсрочен договор №РД09-0079 за поддръжка на софтуерен продукт Система за управление на валутните резерви Трема. между БНБ и „Трема Европа АБ“ Ш..

Неправилно първоинстанционният съд е намерил за безспорно установена правосубектността на касатора като представител на възложителя. На първо място, БНБ не е била сред изрично предвидените лица в действащата към датата на сключване на договора между БНБ и „Трема Европа АБ“ Ш. - 24.10.2005г. разпоредба на чл. 7 ЗОП Обн. ДВ. бр.28 от 6 Април 2004г. – отм. Дори и да се приеме, че към датата на извършване на нарушението, БНБ е имала качеството на възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т.1/ЗОП – отм./, то нито в хода на административното, а в следствие и на съдебното производство, не се доказва представителната власт на касатора във връзка със сключения договор, за който е ангажирана административнонаказателната му отговорност. Видно от Заповед № РД-98289/26.10.2015г., на С. Д. е възложено да изпълнява правата и задълженията на възложител по ЗОП, както и да подписва платежни документи за извършване на плащания в левове и чуждестранна валута на стойност до 200 000 лева включително без ДДС, в изпълнение на сключени от БНБ договори. Платената сума по фактура - № 7005217/17.11.2015 г., издадена от „Трема Европа АБ“ Ш. по Договор№ РД09-0079, е в размер на 511 983,35 лв. С оглед на което, настоящата съдебна инстанция, счита че незаконосъобразно е ангажирана административнонаказателната отговорност на касатора, с което при постановяване на решението СРС е допуснал нарушение на материалния закон.

На следващо място, наказващият орган е приел за дата на извършване на нарушението е датата, когато е извършено плащането по фактура №7005217, а именно - 17.11.2015г. 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 БНБ и „Трема Европа АБ“ Ш., а именно - 24.10.2005г. Наказващият орган не е посочил коректната дата, на която реално може да се приеме, че е извършено нарушението. Правилното определяне на този момент е от съществено значение за реализиране на отговорност за неизпълнение

на поведението, предписано с цитираните по – горе норми.

Настоящата съдебна инстанция, счита че правилно АНО, а в следствие и потвърдено с мотивите на СРС, е достигнал до извод, че с разпоредбата на чл.129, ал.1, пр.1 от ЗОП /отм./ и с разпоредбата на чл.256, ал.1 от ЗОП /отм./се санкционира едно и също деяние. Към датата на постановяване на НП – 04.11.2016г., действаща е била следната редакция на чл. 256, ал. 1: „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.“ - Обн. ДВ. бр.13 от 16 Февруари 2016г. След сравнителен анализ АНО е достигнал до извод, че посочената редакция на разпоредбата съответства на визираното в чл. 129, ал.1. ЗОП, пр. Първо то ЗОП /отм./, която гласи следното: „Възложител, който не проведе процедура за възлагане на обществена поръчка при наличие на основание за това или измени договор за обществена поръчка в нарушение на чл. 43, ал. 1, се наказва с имуществена санкция в размер от 15 000 до 50 000 лв. или с глоба в размер от 3000 до 10 000 лв., а лицето по чл. 8, ал. 2 или 3 - с глоба в размер от 3000 до 10 000 лв.“ При налагане на административното наказание правилно АНО е съобразил, че към съответната дата има действащ, по-благоприятен за дееца закон, приемайки, поради което на основание чл.256, ал.1 от ЗОП /обн., ДВ, бр. 13/16.02.2016 г. в сила от 15.04.2016 г./.

С оглед горното, без да обсъжда другите касационни основания, сочени в жалбата, настоящият състав приема, че тя е основателна, поради което постановеното от СРС решение следва да бъде отменено и вместо него да бъде постановено ново, с което наказателно постановление да бъде отменено.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, XVIII-ти касационен състав.

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 10.09.2019г., постановено по н.а.х.д. № 21217/2018 г. от СРС – НО, 17-ти състав и вместо това ПОСТАНОВЯВА:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление /НП/ № ЗОП -64/04.11.2016г., издадено от председателя на Сметната палата, с което на осн. чл. 129, ал.1, пр.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП отм.) вр. чл. 3, ал.1 от ЗАНН, вр. чл. 127в, ал.2 от ЗОП отм. Вр. чл. 260, ал.2 от ЗОП (обн. ДВ бр. 13/2016г.) на С. И. Д. е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 3000 лв., за нарушение на чл. 8, ал.1, вр. чл. 14, ал.1, т.2 от ЗОП отм.

Решението не подлежи на обжалване и протест.

Председател:

членове:1.