

РЕШЕНИЕ

№ 7471

гр. София, 10.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.11.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Веселина Женаварова

ЧЛЕНОВЕ: Наталия Ангелова

Станимира Друмева

при участието на секретаря Розалия Радева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **9421** по описа за **2021** година докладвано от съдия Наталия Ангелова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс във връзка с чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Касационното производство е образувано по депозирана в законния срок жалба от Сметната палата на Република България, със седалище в [населено място], чрез упълномощен юрк. Ю. Д., против Решение №20163185 от 26.07.2021г. година на Софийски районен съд, постановено по н.а.х.д. №6108 по описа за 2020 година.

С обжалваното Решение районният съд е отменил Наказателно постановление /НП/ №ЗОП – НП – 6/24.03.2020г., издадено от председателя на Сметната палата на Република България, с което на а Ф. Г. М., в качеството ѝ на директор на Националния център по трансфузионна хематология (НЦТХ) и публичен възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, обн. ДВ, бр. 13/2016 г.), за нарушение на чл. 79, ал. 1, т. 4, във връзка с 18, ал. 1, т. 8 и § 2, т. 17 от ЗОП в същата редакция, на основание чл.250 от ЗОП в същата реакция, е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 2 636,52 лв.

В касационната жалба са изложени доводи за неправилност на решението, относими към неправилно приложение на материалния закон- касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 вр. ал.2 НПК. Конкретно се оспорват правните изводи на съда по приложението на чл.79, ал.1, т.4 ЗОП във връзка с дефиницията на понятието

„изключителни обстоятелства“ по пар.2, т.17 от ДР на ЗОП, като се претендира, че в случая обстоятелството, че НЦТХ не разполага с консумативи за алтернативни тестове се дължало на бездействието на възложителя и не можело да бъде прието за изключително обстоятелство, възникнало извън неговата воля, обосноваващо неотложност и провеждането на процедура за договаряне без обявление по чл.79, ал.1, т.4 ЗОП. Също се претендира, че необходимостта от алтернативни тестове, предмет на поръчката била нормативно обоснована с наредба №18/10.06.2004г. на МЗ, в сила от 2004г. и пряко свързана с дейността на НЦТХ, поради което Ф. М. е била длъжна стриктно да прилага разпоредбите на наредбата от встъпването ѝ в длъжност, още повече, че се касаело за основна дейност на центъра. Докладът, с който приключила извънредната проверка от Изпълнителната агенция по лекарствата, бил на нейно разположение от назначаването ѝ на длъжност директор на центъра и не било необходимо извършването на инвентаризация за да се установи, липсата на алтернативни тестове от вида „96-ямкови микроплаки с предварително накапани лиофилизирани антисеруми за определяне на кръвни групи АВ0+D и кръстосана проба“. За да се приеме, че настъпилите обстоятелства са непредвидими за възложителя, било необходимо възникването им да не е в резултат на негово действие или бездействие, да е положена дължимата грижа и въпреки това да не е било възможно да се предвиди настъпването им. Претендира се, че в процесния случай Ф. М. не била положила необходимите усилия, за да съобрази поведението си с закона, като приложи предвидения в него ред за възлагането на обществена поръчка, а било възможно от встъпването ѝ в длъжност до провеждането на процесната процедура спазването на сроковете в закона за провеждане на открита процедура по възлагане на обществена поръчка. Също не било установено колко и кои са производителите, които предлагали въпросните тестове.

Също касаторът оспорва и извода на въззивния съд, че при издаването на процесното НП органът е игнорирал обстоятелството, че възложителите са физически лица и приетото, че липсата на тестовете се дължало на бездействието на предходния ръководител на центъра. Според касатора, тези обстоятелства не оневинявали възложителя на конкретната обществена поръчка Ф. М., разпоредбите на ЗОП не оставяли място за коментар относно причините, довели до неоснователно провеждане на процедура на договаряне без предварително обявление за възлагане. На обществена поръчка. Претендира се, че е допуснато нарушение на чл.79, ал.1, т.4 във вр. с чл.18, ал.1, т.8 и пар.2, т.17 ЗОП, изразяващо се в действие – неоснователно проведена процедура на договаряне без предварително обявление, извършено на 28.12.2017г.с издаването на Решение № ОП-174 от 28.12.2017г. за провеждане на процедура, подписано лично от Ф. М., като се претендира, че последната е субект на нарушението. Счита също, че неправилно не била кредитирана съдебно-медицинската експертиза, назначена по делото, а видно от същата, следвало да има два вида плаки в центъра. – накапани и ненакапани. Вещото лице установило, че стояли ненакапани 1500 броя плаки, като центърът е имал и налични количества серуми, за определянето на кръвните групи по кръстосания метод. Бил сключен договор между центъра и [фирма] за доставката на накапаните плаки в центъра от същия вид, който договор бил изпълняван 3 месеца, неясно защо не били направени заявки за доставката на нови плаки от този вид, а според вещото лице тези плаки не се използвали в центъра през последните три години. Претендира се, че НЦТХ не е бил възпрепятстван да изпълнява дейността си след изчерпването на въпросните микроплаки, предмет на

обществената поръчка. Поради това Ф. М., като директор на центъра, имала достатъчно време за провеждането на открита процедура. Към момента на издаването на процесното решение за възлагане на обществена поръчка по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП – договаряне без предварително обявление, не било изпълнено второто кумулативно изискване на чл.79, ал.1, т.4 ЗОП- - за невъзможност да бъдат спазени сроковете, включително съкратените, за провеждането на открита, ограничена или състезателна процедура с договаряне.

В съдебно заседание касаторът чрез юрк. Д., поддържа касационната жалба, като в ход по същество претендира основателността ѝ и иска отмяната на обжалваното съдебно решение и потвърждаване на НП. С касационната жалба на основание чл.63, ал.3 и ал.5 ЗАНН вр. чл.37 от Закона за правната помощ и чл.27е от Наредбата за правната помощ, се претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение в минимален размер.

Ответникът – проф. д-р Ф. М., дмн, с ЕГН [ЕГН], чрез процесуален представител адв. Д., в писмена защита по делото и в ход по същество оспорва изцяло касационната жалба, иска от съда да остави в сила обжалваното решение. Претендира обосноваост на изводите на въззивния съд. По същество претендира, че тъй като М. била назначена на длъжността на 26.10.2017г., като претендира невъзможност без да е нарочно уведомена, да е в знание за липсата на процесните медицински изделия, респективно за необходимостта от обявяване на обществена поръчка. , позовава се на изводите на въззивния съд, че избраният от М. подход гарантирал качеството на проведените проби и превенция на нежелани последствия, водещи до опасност за живота и здравето на хората, за нуждите на които е предназначена донорската кръв...“. Изложени са и твърдения по въпроса защо [фирма] следвало да бъде единственото поканено дружество ,счита за намерил отговор в т.3 от заключението на вещото лице – тъй като доставяните от това дружество плаки били единствено съвместими със софтуера на апарат Q. 4, като единствен апарат, закупен през 2007г. от министерството на здравеопазването.

Прокурорът – Д. при Софийска градска прокуратура, представи заключение за неоснователност на касационната жалба, иска от съда да остави в сила обжалваното решение.

Касационната жалба е допустима като подадена в срок, срещу съдебен акт, подлежащ на инстанционен контрол и от процесуално легитимирано лице - страна в първоинстанционното производство.

Съдът, като прецени доказателствата по делото, доводите и възраженията на страните и извърши служебна проверка за валидността, допустимостта и съответствието с материалния закон на обжалваното решение (чл. 218, ал. 2 от АПК вр. чл. 63, ал. 1 от ЗАНН), намира касационната жалба за неоснователна по следните съображения:

Приетата от съда фактическа обстановка, изложена в мотивите на Решението на СРС съответства на събраните по делото доказателства и не се оспорва от касатора. Пред касационната инстанция не се сочат нови доказателства и не се изтъкват доводи, които да водят до различна фактическа обстановка и промяна в изводите, до които е достигнал СРС.

Въззивният съд е приел, че проф.-д-р дмн Ф. М. е встъпила в изпълнение на длъжността „директор” на НЦТХ на 26.10.2017 г. Също така е приел за доказано, че на 28.12.2017г.същата е имала качеството на възложител на обществени поръчки по

смисъла на чл.5, ал.2, т.14 ЗОП във връзка с чл.14, ал.1, т.3 от Правилника за устройството и дейността на центровете за трансфузионна хематология и в това си качество е адресат на чл.18, ал.1, т.8 вр. чл.79, ал.1, т.4 ЗОП – разпоредбите, посочени като нарушени в процесното НП. Предметът на договора, сключен от Ф. М. в посоченото й качество с от името на НЦТХ попадал в обхвата на определението за обект на обществена поръчка, тъй като с него са възложени доставки на стоки чрез покупка на [фирма] на стойност 43 941,96лв без ДДС, поради което този договор попадал в приложното поле на чл.20, ал.3 ,т.2 ЗОП и задължението по тази разпоредба за възложителите, за провеждането на процедурите по закона във връзка с минималните и максимални прагове на стойностите без ДДС по чл.3, ал.1 ЗОП.

Въззивният съд е формирал и извод, че изводът за допуснато нарушение от страна на М. на посочените като нарушени разпоредби на ЗОП е неправилен, тъй като в настоящия случай е налице неотложност, като е обсъдил в мотивите на решението изводите на наказващия орган по този въпрос, идентични с тези по касационната жалба, като е приел, че подобно заключение не държи сметка за отсъствието на персоналната идентичност между ръководителя на НЦТХ към месец юли 2017г. когато ИАЛ е направила констатации и дала задължителни препоръки, и директорът на НЦТХ към датата на решението за договаряне без предварително обявление, в лицето на М.. Според въззивният съд извън вниманието на наказващия орган са останали 4 месеца бездействие, в резултат на поведението на друг субект на отговорност, както и, че възложителите на обществени поръчки са физически лица. В този случай следвало да се вземе предвид поведението на конкретния субект, при съобразяване с чл.24, ал.1 ЗАНН, че административнонаказателната отговорност е лична. Поради това въззивният съд не е приел доводите на Сметната палата, че е без значение в чие поведение е бездействието, доколкото по същество представляват аргументиране на обективна отговорност, неприложима в производство срещу физически лица.

Въззивният съд е формирал извод по фактите, че действително към месец декември 2017г. в НЦТХ не са били налични въобще алтернативни тест –реагенти, които да позволят правилното изпълнение на дейността на центъра въобще, като обявяването на процедурата чрез предварително обявление дори и в съкратени срокове е поставяло под угроза законосъобразното изпълнение на дейността на центъра, още повече, че са непредвидими продължителността на процедурите, предвид възможностите за обжалването им.

Също в хода на производството през въззивния съд е установено, че на 11.12.2017г., началник на отдел в НЦТХ П., с конкретно писмо уведомява директора Ф. М., че при подготовката на повторна процедура по ЗОП за доставка на „96-гнездови микроплаки с обло (U-видно) дъно“, от които били налични 15000 броя и която процедура била прекратена, но било установено, че в склада на НЦТХ липсват „96-ямкови микроплаки с предварително накапани лиофилизирани антисеруми за определяне на кръвни групи АВ0+D и кръстосана проба“. В същото писмо се акцентирало върху констатацията по доклада на ИАЛ, че трансфузионната система на центъра не разполага с изискуемите „алтернативни тестове от други производители“, които да позволят законосъобразното извършване на изследванията на постъпващите кръвни проби, като наличните 15 000 микроплаки позволявали изследването на кръвните групи само с един метод без наличието на алтернатива. Съобразявайки изискванията на чл.11, ал.1 от Наредба № 18/10 юни 2004 г. на министъра на здравеопазването,

съгласно която разпоредба „окончателното определяне на кръвните групи от системата А. се извършва по кръстосания метод с тест анти-А, анти-В, анти А+В или анти АВ и с тест – еритроцити А1, А2, Ф и №и успоредно с това тест –реагенти (от два различни източника) и тест – еритроцити (по два комплекта от различни източника). Следва да се добави, че в писмото се съдържа и констатацията, че поради липсата на процесните плаки се касаело за изключителни обстоятелства, които можели съществено да затруднят или да нарушат нормалното изпълнение на дейностите на НЦТХ.

Също е установено от въззивния съд, че в доклада на Изпълнителната агенция по лекарствата (ИАЛ) за извършената през м. юли 2017г. извънредна инспекция на НЦТХ, се съдържаха констатации за липсата на необходими тестове, като бил направен и извода, че системата е била поставена в ситуация, която да доведе като краен резултат лечебните заведения да останат без живото спасяващи кръвни съставки. Също е направен и извод, че използването на процесните тестове, както и другия посочен вид, е нормативно установено с Наредба № 18/2004г. на министъра на здравеопазването, на която в писмената защита по делото се е позовал и ответникът по касационната жалба.

Следва да се посочи, че доводът в касационната жалба за възможност НЦТХ да работи и без процесните „96-ямкови микроплаки с предварително накапани лиофилизирани антисеруми за определяне на кръвни групи АВ0+D и кръстосана проба“, не е въпрос, който следва да преценява от административно-наказващият орган и в производство за нарушение на ЗОП. Начинът на извършването на дейността на НЦТХ, която има медицински характер, е от изключителната компетентност на други контролни органи, сред които и Изпълнителната агенция по лекарствата. Сметната палата не е контролен орган по нито един от нормативните актове, регламентиращи медицинската дейност на НЦТХ, като Закона за кръвта, кръводаряването и кръвопреливането, Наредба №18/10.06.2004г. за условията и реда за извършване на диагностика, преработка и съхранение на кръв и кръвни съставки, качеството на кръвта, както и Медицински стандарт по Трансфузионна хематология. Поради това няма правната възможност да преценява дали е следвало да бъдат осигурени процесните тестове за дейността на НЦТХ или не, още повече, че такива не са били налични в НЦТХ при проверката след встъпването в длъжност на М. като директор на центъра.

Доводите на касатора, че задълженията на центъра за диагностика на кръвта можело да се осъществяват и по друг начин, без провеждането на процесното договаряне за доставката на въпросните тестове, са изцяло неотнормирани. Поради това като не са обсъдени такива въпроси, поставени и поддържани от касатора, въззивният съд не е допуснал нарушение на задължението си да мотивира съдебния акт.

Споделими са изводите на въззивния съд, че при установените обстоятелства, обсъдени в тяхната пълнота и преценени в съвкупност, като е изпратена покана за участие в процедурата на договаряне без предварително обявление по ЗОП на [фирма] и издадено Решение І№ ОП-175/29.12.2017г. от Ф. М. в качеството ѝ на директор на НЦТХ и възложител на обществени поръчки, завършването на процедурата със сключването на договор на 29.12.2017г, за срок от три месеца или до достигането на максимално допустимата стойност, не е допуснато нарушение на разпоредбите на ЗОП, посочени в Акта за установяването на нарушението и процесното НП.

Споделят се изцяло изводите на съда, че следва да се държи сметка за личния характер на отговорността на физическите лица, възложители на обществени поръчки. Доколкото не се касае за обективна, безвиновна отговорност, то е приложимо предвиденото по чл.24, ал.1 ЗАНН. Действително, доводите на касатора, обсъдени в решението на въззивния съд и посочени по-горе, са относими към обективна отговорност, каквато не е процесната по чл.250 ЗОП.

Що се касае до дефиницията по пар.2, т. 17 от ДР на ЗОП, то следва да се посочи, че „изключителните обстоятелства“, според разбиранията на административнонаказващият орган, не включват две хипотези от дефиницията „ както и други, които (...) могат да доведат до последващо възникване на опасност за живота или здравето на хората, (...) или могат съществено да затруднят или да нарушат нормалното изпълнение на нормативноустановени дейности на възложителя.“, като в процесния случай безспорно се касае именно за такива рискове, тъй като са констатирани още в Доклада от проверката през юли 2017г. на Изпълнителната агенция за лекарствата, обсъдени по-горе. Също така, липсата на тези тестове ще доведе до нарушението на чл.11, ал.1 от чл.11, ал.1 от Наредба № 18/10 юни 2004 г. на министъра на здравеопазването – изискването за окончателното определяне на кръвните групи от системата А. по посечените в разпоредбата методи. По делото е установено, че от доклад от проведена инвентаризация на началник на отдел „АПФКОПВО“ от 11.12.2017г., е било отразено наличието на определен брой тестове единствено от вида „96-гнездови микроплаки е обло (U-видно) дъно“, но без наличие на алтернативни тестове от вида „96- ямкови микроплаки е предварително накапани лиофилизирани антисеруми за определяне на кръвни групи АВ0+D и кръстосана проба“, което според въззивният съд е обосновоало и вземането на решение за откриване на процедура договаряне без предварително обявление за сключване на договор за възлагане на обществена поръчка с конкретен предмет - доставка на липсващите като вид тест - реагенти, съобразявайки, че е изправен пред хипотеза на непредвидени обстоятелства. Съгласно чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП (ДВ, бр. 13/2016 г.) публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление, когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно да бъдат спазени сроковете, включително съкратените, за открита, ограничена процедура или състезателна процедура е договаряне; обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя. Не може да се обоснове като вина на възложителя в лицето на М., че в склада след встъпването ѝ в длъжност през октомври 2017г. не е имало наличности от процесните тестове. До такава ситуация може да се стигне и при потребление на въпросните тестове, което не е могло да се предвиди, но в случая не става въпрос за отговорност по чл.5, ал.1 ЗОП. Както се посочи, възложителят винаги е конкретно физическо лице, не може да се изведе обективна отговорност на възложителите- физически лица по смисъла на посочената разпоредба. За пълнота следва да се посочи, че съгласно чл.5, ал.1 ЗОП, възложителите отговарят за правилното прогнозиране, планиране, провеждане, приключване и отчитане за резултатите от

обществените поръчки. Тези дейности за 2017г. са извън времевата компетентност на наказаното с процесното НП лице.

В заключение следва, че доводите на касатора са изцяло необосновани. На основание чл. 218, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН и изложеното до тук, касационният съд намира, че не се установяват касационни основания по чл.348 НПК по отношение на обжалваното решение на СРС. Същото, като постановено при правилно приложение на закона, без да са допуснати нарушения на процесуалните правила в хода на съдебното производство и като постановено от законен състав, в съответствие с останалите изисквания на закона, следва да бъде оставено в сила то касационната инстанция.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 1 от АПК във връзка с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, съдът

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение от 26.07.2021г. година на Софийски районен съд, постановено по н.а.х.д. № 6108 по описа за 2020 година, 2-ри състав.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: