

РЕШЕНИЕ

№ 7549

гр. София, 09.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 11.11.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Зорница Дойчинова

ЧЛЕНОВЕ: Диляна Николова

Геновева Йончева

при участието на секретаря Александра Вълкова и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **8970** по описа за **2022** година докладвано от съдия Геновева Йончева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производство по чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по жалба на П. Т. Ж., чрез процесуален представител адв. С. Й., срещу решение № 2978/03.08.2022 г., постановено по НАХД № 9248/2021 г., по описа на Софийски районен съд, 100-ен състав, с което е потвърдено издаденото от директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/ Наказателно постановление /НП/ № 11-01-335/16.12.2020 г.

С описаното НП на касатора е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лв. за установено нарушение на чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/.

В касационната жалба са изложени подробни аргументи обуславящи неправилност на съдебното решение, респ. незаконосъобразност на потвърденото с него наказателно постановление, поради което се иска тяхната отмяна. Поддържа се, че от мотивите на съда, а и от изложеното в НП, не ставало ясно кои критерии, одобрени от възложителя в техническата спецификация нарушават конкуренцията. Сочи се, че административното нарушение не е доказано, като административнонаказателното обвинение почивало на предположения. По същество се излага, че в изготвената от актосъставителя сравнителна таблица липсвали пълни данни за автомобилите, с които

е бил сравняван избрания такъв, а справка сама по себе си не е изчерпателна, като в нея били включени автомобили, които според касатора не били в производство към момента на откриването на обществената поръчка. Поддържа се, че при възлагането ѝ не е ограничена конкуренцията и включените условия и изисквания са съобразени с предмета, стойността, сложността и обема на обществената поръчка. Касаторът се позовава на практика на КЗК и ВАС по отношение на оперативната самостоятелност на възложителя във връзка с техническата спецификация на поръчката. Претендира се отмяна на въззивното решение и отмяна на потвърденото с него НП, ведно с присъждане на разноски за двете съдебни инстанции.

Ответникът – директорът на Агенция за държавна финансова инспекция, чрез юрк. Т., оспорва жалбата и моли решението на СРС да бъде оставено в сила. Претендира юрисконсултско възнаграждение, като прави възражение за прекомерност на заявеното от касатора искане за разноски във вид на адвокатско възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

Административен съд – София град, IX-ти касационен състав, намира, че касационната жалба е подадена от надлежна страна, в срока по чл. 211, ал. 1 АПК, вр. чл. 63в ЗАНН, срещу акт, подлежащ на касационно оспорване, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е основателна.

За да обоснове извод за законосъобразност на оспореното НП, съставът на СРС е установил от фактическа страна, че на 07.10.2019 г., с решение № РД11-1988/07.10.2019 г. П. Т. Ж. - в качеството си на изпълнителен директор на БАБХ, открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на 18 броя високопроходими автомобили, снабдени с оборудване за дезинфекция”.

В Раздел IV. 3) от решението за откриване на възлагателната процедура било посочено, че предметът на поръчката е доставка на 18 броя фабрично нови, високопроходими автомобили, оборудвани с теглич, два комплекта гуми (летни и зимни за целогодишно ползване) и лебедка. Автомобилите трябва да са 4x4, 5 местни и с каросерия тип пикап. Автомобилите следва да са снабдени със система (инсталация) за дезинфекция (на засегната от А. площ), което е с възможност за цялостно и бързо поставяне и сваляне от коша на високопроходимия автомобил.

В съответствие с чл. 22, ал. 2 ЗОП с решението е одобрено обявлението за обществената поръчка и документацията за участие, включваща „Техническа спецификация (Приложение № 1). Последната съдържа подробни технически изисквания към търсените 18 броя автомобили, посочени в табличен вид в процесното НП, както и в потвърждаващото го съдебно решение.

С решение № РД11-2460/27.11.2019 г. е обявено класирането в процедурата, в която са участвали трима участници - „Медсис“ ЕООД (отстранен след първото отваряне на офертата, защото същата не е съдържала нито техническо, нито ценово предложение), „Тойота – Тиксим“ ЕООД и „Екселор холдинг груп“ ЕООД, които подавали оферти за Т. Nilux. „Екселор холдинг груп“ ЕООД е бил отстранен на основание чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ ЗОП, а класиран на първо място и определен за изпълнител на поръчката е другият участник - „Тойота – Тиксим“ ЕООД.

На 16.12.2019 г. е сключен договор № 152/16.12.2019 г. между БАБХ [населено място], представлявана от проф. д-р П. Ж., двм - изпълнителен директор – възложител, и избрания в процедурата изпълнител „Тойота Тиксим“ ЕООД. Предмет

на договора е доставка и гаранционно обслужване на 18 броя високопроходими автомобили марка Тойота (Т.), модел Хилукс (Hilux), снабдени е оборудване за дезинфекция за нуждите на БАБХ – на ОДБХ, упоменати в чл. 3 съгласно Техническата спецификация на възложителя по Приложение № 1 и детайлно описани в Техническото предложение и Ценовото предложение на изпълнителя, Приложение № 2 и Приложение № 3, неразделна част от договора. Предметът на договора включва и задължение за изпълнителя да регистрира автомобилите в КАТ за своя сметка, с изключение на разходите по сключване на застраховка Гражданска отговорност на автомобилистите, които са за сметка на възложителя.

При проверка на ползваната в процедурата документация, извършена във връзка с възложената със Заповед № ФК-10-545/15.04.2020 г. на директора на АДФИ финансова инспекция, контролните органи установили, че комбинацията от описаните в техническата спецификация изисквания, съответствали само на техническите характеристики на Т. Hilux double cab 2.4 D 6MT C..

За целите на проверката била изготвена сравнителна таблица от финансов инспектор В. Т. , приложена по делото на л. 50, за съответствие с изискванията на възложителя между различни видове технически характеристики на високопроходими автомобили тип "пикап" - Т. Hilux double cab 2.4 D 6MT C. и 11 други марки и модели пикапи. Данните в сравнителната таблица били взети от Каталог Тойота, редакция март 2017 г., предоставен като част от офертата на участника „Тойота – Тиксим“ ЕООД и от публично достъпни източници.

Констатирано е, че комбинацията от определените технически изисквания от възложителя за техническите характеристики на нови неупотребявани високопроходими автомобили, не осигурява равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и създава необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция, доколкото съответства на конкретен потенциален изпълнител - „Тойота – Тиксим“ ЕООД и производство – Тойота.

Нарушението е квалифицирано като такова по чл. 2, ал. 2 ЗОП, за което бил съставен Акт за установяване на административно нарушение № 11-01-335/29.06.2020 г.

Въз основа на АУАН, доказателствата към административнонаказателната преписка и след приемане на възраженията на нарушителя, е издадено обжалваното пред СРС НП, с което на касатора при възпроизвеждане на фактическите констатации от АУАН е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лева на основание чл. 247, ал. 1 вр. чл. 261, ал. 2 ЗОП.

За да потвърди НП, решаващият състав на СРС е приел, че в хода на административнонаказателното производство не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила, а материалният закон е приложен правилно. В тази връзка са изложени мотиви, че поставените от възложителя изисквания към участниците не удовлетворяват правилото на чл. 2, ал. 2 ЗОП за неограничаване на конкуренцията при възлагането на обществени поръчки. Прието е, че параметрите на техническата спецификация (отговарящи по същество на една марка и модел автомобил), са ограничителни по своя характер, т.к. по този начин възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници само до тези, които предлагат определената марка и модел автомобил.

Във връзка с възражението на жалбоподателя, че не било ясно кои точно критерии обуславят твърдяната ексклузивност на процесната марка и модел автомобил, СРС е

отбелязал, че точното описание на T. Nilux double cab 2. 4 D 6MT C., е резултат от кумулативното наличие на всички посочени в таблицата критерии.

С тези мотиви и отричайки хипотезата на маловажност съгласно чл. 28 ЗАНН, съдът е извел решаващ извод за законосъобразност на обжалваното НП.

Решението е валидно и допустимо, но неправилно, като постановено при съществено нарушение на процесуалните правила.

Касаторът е санкциониран за това, че на 07.10.2019 г., в качеството си на изпълнителен директор на БАБХ и публичен възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 12 ЗОП, е открил и провел процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет доставка на 18 броя високопроходими автомобили, снабдени с оборудване за дезинфекция”, като за целта е одобрил документацията за участие, вкл. „Техническа спецификация“ с посочени изисквания към стоките. Спорът е дали одобрената от възложителя техническа спецификация дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка съгласно забраната на чл. 2, ал. 2 ЗОП, която разпоредба е посочена от АНО за нарушена в НП.

По силата на чл. 2, ал. 1 ЗОП обществените поръчки следва се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и осигуряването на свободна и лоялна конкуренция. Гаранция за спазването на тези принципи е ограничението по чл. 2, ал. 2, което в случая административнонаказващия орган е приел, че е нарушено. Тази разпоредба корелира с нормата на чл. 49 ЗОП, която изисква техническите спецификации да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция (ал. 1). Ал. 2 съдържа забрана техническите спецификации да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти. Самите технически спецификации се одобряват в съответствие с чл. 48, ал. 1 ЗОП, в който е предвидено, че това се извършва от възложителя, съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, като се прилагат посочените в текста на закона в 1-4 начини. Съгласно ал. 3 от цитираната разпоредба възложителят може да постави допълнителни изисквания, които са свързани с предмета на поръчката и са пропорционални на нейната стойност и цели. Те могат да се отнасят до специфичен процес или метод за производство или предоставяне на строителство, доставки или услуги, или до специфичен процес на друг етап от жизнения им цикъл.

В случая заключението на АНО за извършено нарушение е основано преимуществено на изготвена от финансовия инспектор при АДФИ сравнителна таблица, съпоставяща изискванията на възложителя с техническите характеристики на други високопроходими автомобили тип „пикап“, включително предложения от избрания изпълнител – T. Nilux cab 2.4 D 6MT C.. Видно от съдържанието ѝ тази таблица не сочи на изчерпателност - т.к. не установява да обхваща всички участващи на пазара производители на високопроходими автомобили и не съдържа пълна информация на сравняваните характеристики, доколкото за голяма част от тях е отразено „липсват данни“. Въпросната таблица не може да се окачестви и като достоверна с оглед на това, че е базирана на електронен сайт – auto-data.net, чиито собственик на авторските

права посочва в условията за ползване, че не гарантира, че материалите в този сайт са точни, пълни, надеждни, актуални или без грешки. В тази насока са били и изричните възражения на санкционираното лице, поддържани както пред АНО, така и пред въззивния съд, а и понастоящем с подадената касационна жалба, на които съставът на СРС не е дал отговор в постановеното съдебно решение. Липсва всякакъв анализ на изложените в жалбата съображения за незаконосъобразност на НП, включително преценка по отношение на аспекта на нуждите на възложителя.

Видно от приложеното по делото извлечение от документацията, в нея е посочено, че техническата спецификация е изготвена в съответствие с описаното в Докладна записка рег. № ВД-3465/28.08.2016 г. на директора на дирекция „Здравеопазване и хуманно отношение към животните и контрол на фуражите“. Тази докладна записка не е приобщена към администраивнонаказателната преписка, а същата е необходима за преценката на нарушението на принципа на чл. 2, ал. 2 ЗОП в контекста на предпоставката "необоснованост". Нормата въвежда изискване, когато възложителят поставя допълнителни ограничения или предимства при обществената поръчка, те да са съобразени за всеки конкретен случай кумулативно с предмета, стойността, сложността, количеството и обема на поръчката. Това изискване е останало извън предмета на съдебната проверка от състава на СРС. Вместо това, съдът изцяло и безмотивно се е доверил на изготвената за целите на инспекцията сравнителна таблица, съставена от В. Т. - финансов инспектор в дирекция „Инспекционна дейност“ при АДФИ, за която дори не са събрани данни, че разполага със специални знания в областта. В хода на производството въпросният служител, който е и актосъставител, е разпитан като свидетел и в с.з. изрично посочва, че не си спомня да е имал информация за това дали всички автомобили, които е проверил и сравнил са били в производство към онзи момент, включително към датата на откриване на възлагателната процедура. При това положение поставя се въпросът дали съпоставяните в таблицата автомобили са могли изобщо да бъдат предмет на доставка от потенциалните участници и доколко е следвало да бъдат обект на съпоставка.

Ето защо настоящият касационен състав намира проверяваното съдебно решение за неправилно, като на основание чл. 222, ал. 2, т. 1 АПК, вр. чл. 63в ЗАНН същото следва да бъде отменено и делото върнато за ново разглеждане от друг състав на районния съд, който да даде обоснован и мотивиран отговор на въпроса за законосъобразността на издаденото НП, като направи конкретен анализ на всички повдигнати в първоинстанционното производство доводи и възражения, и даде обоснован отговор, дали ги приема за основателни или не и на какво основание. Доколкото спорът е концентриран най-вече до това дали комбинацията от техническите изисквания, които са част от одобрената от възложителя спецификация, съответстват само на техническите характеристики на Т. Hilux double cab 2.4 D 6MT C., то при новото разглеждане въззивният съд е длъжен служебно съгласно чл. 107, ал. 2, пр. 2 НПК да изясни този въпрос чрез назначаване на необходимата експертиза. За осъществяване на цялостен контрол относно материалноправната законосъобразност на оспореното наказателно постановление, съдът следва да попълни и констатираната в настоящото решение доказателствена непълнота. При постановяване на решението си съставът на СРС следва да съобрази и практиката на Съда на ЕС по приложението и тълкуването на членове 2 и 23, както и на приложение VI към Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство,

доставки и услуги - Решение от 25 октомври 2018 г. по дело С- 413/17, вследствие на което да прецени степента на детайлност на одобрената техническа спецификация с оглед принципа на пропорционалност, което предполага да се разгледа въпросът дали тази степен на детайлност е необходима, за да се постигнат поставените цели. Според Съда на ЕС принципът на пропорционалност има особена приложимост в чувствителната област на общественото здраве. В заключение районният съд следва да се произнесе и по дължимостта на разносните съобразно разпоредбата на чл. 226, ал. 3 АПК.

Водим от горното и на основание на основание чл. 221, ал. 2, предл. 2 и чл. 222, ал. 2 АПК, във вр. чл. 63в ЗАНН, Административен съд София – град, IX-ти касационен състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение № 2978 от 03.08.2022 г., постановено по НАХД № 9248/2021 г. по описа на Софийски районен съд, 100-ен състав.

ВРЪЩА делото за ново разглеждане от друг състав на същия съд.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.