

РЕШЕНИЕ

№ 6115

гр. София, 18.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XV КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 06.10.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Диана Стамболова

ЧЛЕНОВЕ: Евгени Стоянов

Адриан Янев

при участието на секретаря Мая Георгиева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **6116** по описа за **2023** година докладвано от съдия Адриан Янев, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – чл. 228 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на Д. С. Д. срещу Решение №2360 от 21.05.2023 г., постановено по НАХД № № 20221110213555/2022 г. по описа на Софийски районен съд, НО, 106 – ти състав, с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) № 11-01- 473/05.09.2022 г., издадено от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция /АДФИ/, с което на основание чл. 247, ал. 1 от Закона за обществени поръчки /ЗОП, обн. в ДВ бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г./ му е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 /десет хиляди/ лева за нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

С касационната жалба се твърди, че решението на въззивния съд е необосновано и неправилно поради нарушение на материалния закон. По отношение на изискването за оторизационни права върху доставения продукт се счита, че чрез включването на израза „или“ и „негов официален представител“ била разширена смислово възможността и били включени всички правни и облигационни връзки, чрез които участникът можел да получи оторизация. Претендира присъждане на адвокатско възнаграждение.

Ответната страна – директорът на Агенция за държавна финансова инспекция,

оспорва касационната жалба и моли решението на СРС да се остави в сила. Счита, че това решение е правилно и законосъобразно. Претендира се присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

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

Административен съд София-град (АССГ), XV касационен състав, 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, като подадена в преклузивния срок по чл. 211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63в 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, жалбата е неоснователна.

От фактическа страна Софийският районен съд е приел за установено, че на 12.08.2019 г. в [населено място], Д. Д., в качеството му на главен изпълнителен директор на „Български пощи“ ЕАД и секторен възложител на обществени поръчки съгласно чл. 5, ал. 4, т. 1 ЗОП, с решение № ОП-11-2/12.08.2019 г. открил възлагането на обществена поръчка на основание чл. 18, ал. 1, т. 12 ЗОП / „публично състезание“/ и одобрил обявление и документация за участие в обществената поръчка с предмет: „Наемане на принтери за нуждите на Български пощи ЕАД“, в която било включено /одобрено/ изискване участниците да представят оторизация от производителя на техниката или негов официален представител в Република България /ако участникът не е неин производител/ с актуална дата преди подаване на процедурата /офертата/, с които участникът удостоверява, че може да разпространява, сервизира и осигурява резервни части и консумативи за конкретните марки и модели машини, с които участва на територията на страната, като е допълнено, че изискването се доказва с оторизационно писмо или друг еквивалентен документ, което изискване дава необосновано предимство и необосновано ограничава участието на стопанските субекти в обществената поръчка и което не е съобразено с предмета, стойността и сложността на обществената поръчка.

Въззивният съд е кредитирал приложените по преписката доказателства, приобщени по реда на чл. 283 НПК, както и показанията на разпитания свидетел – А. С.. За да потвърди НП, СРС е приел, че при съставяне на АУАН и при издаване на НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да обуславят отмяна на НП. Приел е, че посоченото нарушение е безспорно доказано и правилно е ангажирана административнонаказателна отговорност на нарушителя. СРС е приел и, че нарушението не представлява маловажен случай по смисъла на чл. 28 ЗАНН.

Решението е правилно.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП съдържа забрана при възлагането на обществени поръчки възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Същевременно законодателят е предоставил възможност на възложителя свободно да определя условията и изискванията към кандидатите, които смята, че ще му гарантират точно изпълнение на поръчката при съобразяване спецификата на нейния предмет и неговите потребности, но при зачитане на основните принципи на чл. 2 от

ЗОП и при спазване на забраната условията или изискванията да не дават предимство на даден кандидат или необосновано да ограничават участието на лица. В този смисъл, предоставената възможност на възложителя не е неограничена, а е обвързана със задължение за достатъчна обосноваване на конкретно въведеното условие. При излизане извън оправданата допустимост на ограничението, въведените условия или изисквания обуславят нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

В случая е установено извършеното от Д. Д., в качеството му на главен изпълнителен директор на „Български пощи“ ЕАД, ограничително изискване от техническата спецификация на възложителя, имащо съдържание – да участват само производители или официални представители на производителя на територията на Република България. Така формулираните от възложителя изисквания към участниците „за оторизация от производителя на техниката или негов официален представител за България“, се поставя необосновано ограничително изискване на основата на национално предимство, тъй като е свързано с територията на Република България. Липсва обосноваване необходимост при изпълнение на договора да се изисква изрична оторизация за територията на страната. Подобно условия ограничава достъпа на чуждестранни участници, които не са оторизирани от производителя на техниката или негов официален представител за Република България, а притежават обща оторизация. Посоченото ограничение не е свързано с предмета, стойността и сложността на обществената поръчка, като по същността си не съответства с принципите на чл. 26 и чл. 28-37 ДФЕС, регламентиращи свободно движение на стоки в рамките на съюза.

В противовес на възраженията, съдът намира, че в наказателното постановление е отразено, че ограничителното условия е въведено само за територията на Република България. Това е ясно посочено на стр. 2 от НП. Вярно, че не се съдържа посочване, че е налице ограничаване участието на чуждестранни лица в обществената поръчка, но соченото е ясно изводимо от изложеното в наказателното постановление за териториалния обхват на ограничението.

Наред с това така формулираните изисквания сочат, че от възложителя са въведени изисквания за оторизация за конкретната обществена поръчка, като се търси всеки участник да притежава права за представителство и търговия на предлаганото техническо устройство – принтер от производителя. Не е допусната възможност в процедурата да участват кандидати, които имат обща оторизация, тъй като е изисквана такава, която е по конкретната поръчка. Търсеното от възложителя качество е могло да бъде постигнато и с представянето на обща оторизация, без да се търси конкретно оторизационно писмо/договор за партньорство или друг документ, издаден от производителя или негов официален представител. В този смисъл е и решение Решение № 8134 от 26.07.2023 г. на ВАС по адм. д. № 3161/2023 г., VII о., с което ВАС е приел, че с тези действия на възложителя „се нарушават принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация на потенциалните участници, като се нарушава и конкуренцията, и би могло да има разубеждаващ ефект“. Според константната съдебна практика на ВАС „поставеното условия изисква предприемането на допълнителни действия по удостоверяването на изрични права за участие в конкретната процедура, въпреки, че съществуват множество примери за налична обща оторизация или наличието на права за доставяне на стоките, произвеждани от производителя по силата на дистрибуторски или други споразумения, даващи права на доставка на съответното оборудване на неограничен

кръг субекти“. С формулираното по този начин изискване възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници, по отношение на тези, които разполагат със собствен или нает оторизиран от производителя на апаратурата сервиз и не е дал възможност за участие в процедурата на лица, които към момента на подаване на офертите не разполагат със собствен или нает оторизиран от производителя или от официалния вносител на апаратурата сервиз, но в случай че бъдат избрани за изпълнител - могат да осигурят такъв.

Ирелевантни са сочените в касационната жалба вътрешни правила за отговорността на касатора. Изцяло се споделят доводите на СРС, че Д. Д. е секторен възложител по смисъла на чл. 5, ал. 4, т. 1 ЗОП и като такъв съгласно чл. 5, ал. 1 ЗОП отговоря за правилното прогнозиране, планиране, провеждане, приключване и отчитане за резултатите от обществените поръчки. По тези съображения възложителят има задължението да осигури правилното протичане на обществената поръчка, включително да назначи съответните лица, които да осигурят изпълнението на това задължение. В тази връзка направените пропуски от съответните служители при изготвянето на документацията не изключва отговорността на възложителя.

Неотносими са възраженията за липсата на правилно обсъждане на нарушението от субективна страна, тъй като за процесното нарушение е ирелевантна формата на вината (умишлено или непредпазливо), а и в случая е наложена глобата от 10 000 лева, която за конкретния случай е с изрично фиксиран размер, тъй като процентното изчисление на глобата съобразно стойността на договора ще нахвърли 10 000 лева.

По изложените съображения, съдът намира, че оспореното решение на СРС не страда от твърдените в касационната жалба пороци, което обстоятелство налага отхвърлянето ѝ като неоснователна и оставяне в сила на въззивното решение.

При този изход на спора и на основание чл. 63д, ал. 3 ЗАНН следва в полза на АДФИ да се присъди разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 80 лева, съответстващо на чл. 37 от Закона за правната помощ, вр. чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2, предл. първо от АПК, във вр. с чл. 63в от ЗАНН, Административен съд София – град, XV касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 2360 от 21.05.2023 г., постановено по НАХД № № 20221110213555/2022 г. по описа на Софийски районен съд, НО, 106 – ти състав.

ОСЪЖДА Д. С. Д. да заплати на Агенция за държавна финансова инспекция сумата от 80 лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.