

РЕШЕНИЕ

№ 1772

гр. София, 15.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XIV КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 08.03.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Стоянова

**ЧЛЕНОВЕ: Весела Цанкова
Луиза Христова**

при участието на секретаря Силвиана Шишкова и при участието на прокурора Ютеров, като разгледа дело номер **11158** по описа за **2012** година докладвано от съдия Камелия Стоянова, и за да се произнесе взе предвид следното:

4

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на Х. Д. М. против решение от 02.07.2012 г., постановено по НАХД № 23893/2011 г. на СРС, наказателно отделение, 102 с-в. Със същото е потвърдено наказателно постановление № 11011416/03.11.2011 г. на директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на Х. Д. М. на основание чл. 129, ал. 1 от Закона за обществените поръчки е наложена глоба в размер на 4000 лв. за нарушение на чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

Решението се обжалва като неправилно постановено в нарушение на закона, със съществени нарушения на процесуалните правила - касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК, по съображения, изложени в касационната жалба. Искане се да се отмени решението и да се отмени наказателното постановление.

Ответникът по касационната жалба изразява становище за неоснователност на жалбата.

СГП дава заключение за основателност на жалбата.

Административният съд С.-град, като се запозна с обжалваното решение и обсъди доводите, посочени в жалбата, намира следното:

Касационната жалба е подадена в преклузивния срок по чл. 211, ал. 1 от АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, от надлежна страна по чл. 210, ал. 1 от АПК, срещу подлежащо на оспорване по чл. 208 от АПК съдебно решение, и е допустима.

Разгледана по същество е основателна.

От фактическа страна СРС е приел за установено, че с решение № 35/05.03.2008 г. на изпълнителния директор на [фирма], на основание чл. 103, ал. 1 от Закона за обществените поръчки е открита процедура на договаряне с обявление по чл. 25, ал. 2 от Закона за обществените поръчки за възлагане на обществена поръчка с предмет „Рециклиране на до 30 броя спални вагони за нуждите на [фирма]”. С решение № 78/31.10.2008 г. изпълнителният директор на [фирма] е определил ARWEX AG за изпълнител на обществената поръчка. На 19.11.2008 г. между изпълнителния директор на [фирма] и определения за изпълнител ARWEX AG е сключен договор № ЮД 223 от 19.11.2008 г. за покупко-продажба на до 30 броя спални вагони съгласно техническите условия на възложителя, като изпълнителят следва да достави рециклирани спални вагони, а възложителят предоставя кушет вагони за рециклиране и се задължава да заплати разликата между двете цени. С писмо, вх. № 37-00-399/10.04.2009 г. упълномощен представител на ARWEX AG предлага да бъде удължен срокът на доставката на спалните вагони от до 120 дни на до 210 дни от авансовото плащане, като за компенсиране се предлага намаляване на стойността на оставащите за доставка 9 броя спални вагони с по 1500 евро на брой. На 06.04.2009 г. е сключено допълнително споразумение към договор № ЮД 223 от 19.11.2008 г., с което е извършена промяна на срока на изпълнение на договора за покупко-продажба на до 30 броя спални вагони съгласно техническите условия на възложителя, сключен след проведена процедура на договаряне с обявление по реда на Закона за обществените поръчки.

От правна страна СРС е приел, че със сключването на допълнителното споразумение към договора изпълнителният директор на [фирма] Х. М. е нарушил чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

Изводите на първоинстанционния съд относно извършването на нарушение на чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки от Х. Д. М. в качеството му на изпълнителен директор на [фирма] и лице по чл. 8, ал. 2 от Закона за обществените поръчки със сключването на споразумението от 06.04.2009 г. са обосновани, законосъобразни, в съответствие със събраните по делото доказателства. От събраните по делото доказателства се установява по несъмнен начин, че на 06.04.2009 г. със сключването на допълнително споразумение към договор № ЮД 223 от 19.11.2008 г. Х. Д. М. в качеството му на изпълнителен директор на [фирма] и на лице по чл. 8, ал. 2 от Закона за обществените поръчки е нарушил чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки. Независимо от това, обаче решението следва да бъде отменено предвид обстоятелството, че при постановяването на решението си съдът не е съобразил обстоятелството, че към момента на постановяване на решението му от 02.07.2012 г. е изтекла предвидената в закона абсолютна давност.

В административно наказателното производство съгласно чл. 11 от ЗАНН по въпросите на вината, вменяемостта, обстоятелствата, които изключват отговорността, формите на съучастие, приготвянето и опита се прилагат разпоредбите на общата

част на НК, доколкото в този закон не се предвижда друго. Препращането по чл. 11 от ЗАНН е общо и важи за всички обстоятелства, които изключват административнонаказателната отговорност – и за тези по глава II от НК (неизбежната отбрана по чл. 12 от НК, гражданският арест по чл. 12а от НК, крайната необходимост по чл. 13 от НК, оправданият стопански риск по чл. 13а от НК, грешката по чл. 14, ал. 1 от НК, случайното деяние по чл. 15 от НК и изпълнението на неправомерна служебна заповед по чл. 16 от НК), така и за тези по глава IX, в т. ч. за давността по чл. 79, ал. 1, т. 2 от НК. С изтичането ѝ по закон се изключва и административнонаказателното преследване, и отговорността по чл. 6 от ЗАНН, тъй като извън него същата не може да се осъществява. Тоест давността като обстоятелство, което погасява преследването на дееца и така юридически препятства административното му наказване, попада в обхвата на препращането по чл. 11 от ЗАНН. По силата на субсидиарно приложимия чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление) за административни нарушения давността е 2 г. Съгласно чл. 80, ал. 1 от НК вр. чл. 11 от ЗАНН тя тече от довършването им, а за тези, които траят непрекъснато или са продължавани - от прекратяването им. Спира по чл. 81, ал. 1 от НК вр. чл. 11 от ЗАНН, когато преследването зависи от разрешаване на предварителен въпрос с влязъл в сила съдебен акт. Прекъсва се съгласно чл. 81, ал. 2 от НК с всяко действие на надлежните органи, предприето спрямо преследваното лице, след което тече нова давност. Независимо от това колко пъти и за какъв период от време е спирана и прекъсвана, съгласно чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН преследването на административно нарушение се изключва, ако е изтекъл срок, който с $\frac{1}{2}$ надвишава предвиденият 2-годишен такъв по чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 11 от НК. Следователно във всички случаи отговорността по чл. 6 от ЗАНН давностно се погасява 3 години след извършване на деянието по чл. 2, ал. 1 от ЗАНН. Това разрешение е общо и важи независимо от вида на нарушението и субекта на отговорност. Изключенията му са изрично предвидени в чл. 34, ал. 2 от ЗАНН и са приложими единствено за нарушения на нормативни актове, уреждащи бюджетната, финансово-стопанската, отчетната и хазартна дейност. Случаят не попада в това изчерпателно изброяване, така че разпоредбите на чл. 80, ал. 1, т. 5 (редакция към момента на извършване на нарушението и към момента на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 81, ал. 3 от НК остават субсидиарно приложими по чл. 11 от ЗАНН. Наказателно постановление № 11011416/03.11.2011 г. е издадено за наказването на нарушение по чл. 43, ал. 1 от закона за обществените поръчки, което е извършено на 06.04.2009 г. Именно поради това, броена от тази дата, съгласно чл. 80, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН, на която деянието е завършено, 3-годишната абсолютна давност по чл. 80, ал. 1, т. 2 вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН за административното му наказване по чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки е изтекла на 06.04.2012 г. преди постановяването на съдебното решение на Софийския районен съд от 02.07.2012 г. При съобразяването му административнонаказателната отговорност по наказателно постановление № 11011416/03.11.2011 г. понастоящем е по право изцяло погасена. Пропускането на абсолютния давностен срок по чл. 80, ал. 1, т. 2, вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН е заличило процесното деяние като основание за налагане на имуществена санкция по чл. 129, ал. 1 от Закона за обществените поръчки за извършено нарушение на чл. 43, ал. 1 от Закона за

обществените поръчки, което е извършено на 06.04.2009 г., поради което тази инстанция не е овластена да проверява дали е извършено или не от обективна и субективна страна.

Следователно наказателно постановление № 11011416/03.11.2011 г. се явява незаконосъобразно издадено за осъществяване на давностно погасена на основание чл. 80, ал. 1, т. 5 (редакция към момента на извършване на нарушението и на издаване на наказателното постановление), вр. чл. 81, ал. 3 от НК, вр. чл. 11 от ЗАНН административнонаказателна отговорност.

Въз основа на изложеното, тази инстанция приема касационната жалба за основателна. Оспорваното първоинстанционно решение като неправилно следва да бъде отменено, а наказателното постановление да се отмени.

Като съобрази изложените фактически и правни изводи и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 2 от АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изпр. 2 от ЗАНН, АДМИНИСТРАТИВНИЯТ СЪД С. – град, XIV-ти касационен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение от 02.07.2012 г., постановено по НАХД № 23893/2011 г. на СРС, наказателно отделение, 102 с-в и вместо него постановява:

ОТМЕНЯ НП № 11011416/03.11.2011 г. на директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на Х. Д. М. на основание чл. 129, ал. 1 от Закона за обществените поръчки е наложена глоба в размер на 4000 лв. за нарушение на чл. 43, ал. 1 от Закона за обществените поръчки.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: