

РЕШЕНИЕ

№ 8019

гр. София, 20.12.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, V КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 17.11.2023 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Пламен Горелски

ЧЛЕНОВЕ: Маргарита Йорданова
Димитър Петров

при участието на секретаря Александра Вълкова и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **8178** по описа за **2023** година докладвано от съдия Пламен Горелски, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е касационно, проведено по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс, вр. чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания.

С касационна жалба Т. Б. Д. е оспорил Решение № 3141/03.07.2023 г. на Софийския районен съд, НО, 110^{-ти} състав, постановено по НАХД № 12329/2022 г., с което е потвърдено издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция **НАКАЗАТЕЛНО ПОСТАНОВЛЕНИЕ** № 11-01-169/24.08.2022 г. С постановлението, на касатора, в качеството му на изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД е наложено административно наказание „глоба“, в размер на 7 638, 34 лева, на основание чл. 256, ал. 1 от Закона за обществените поръчки, за нарушаване разпоредбите на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 1, т. 1. б. „б“ с.з.- на 19.08.2020 г. (датата на извършен разход по фактура № [ЕГН]/05.08.2022 г.) извършил разходи в размер на общо 318 264, 25 лева (без ДДС) по договор с „Кариери България“ ЕООД, с което надвишил минималния стойностен праг от 271 812 лв. за доставки и услуги, регламентиран с чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „б“ ЗОП (редакцията – ДВ, бр.102/2019 г.), без да приложи процедура по чл. 18, ал. 1 с.з.

Касаторът не се явява и не е представляван. С касационната жалба се твърди наличие на касационни основания, по смисъла на чл. 348, ал. 1, вр. ал. 2 НПК. Изложени са подробно аргументирани доводи в подкрепа на основната защитна теза, че

изпълнителният директор на „Монтажи“ ЕАД не е имал за процесния случай качеството „възложител“, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, защото представляваното търговско дружество не е „публичноправна организация“, с оглед § 2, т. 43, б. „а“ ДР ЗОП. С молба от 16.11.2023 г. са представени „писмени бележки“, с позоваване на три решение от практиката на Съда на Европейския съюз.

Ответникът, посредством юрисконсулт: оспорва касационната жалба и желае присъждане на юрисконсултско възнаграждение; представя „писмени бележки“ и многобройни фото-копия на съдебни решения, потвърждаващи издадени срещу Т. Б. Д. други наказателни постановления.

Прокурорът при Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. – ГРАД, след анализ на приложените по делото доказателства, на доводите и възраженията на страните, съобразно чл. 218 АПК, приема за установено следното.

Касационната жалба е подадена в срока, определен в чл. 211, ал.1 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН от надлежна страна и е процесуално допустима.

Предвид разпоредбата на чл. 218, ал. 1 АПК Съдът е обвързан с посочените в жалбата пороци на решението, но за валидността, допустимостта и съответствието му с материалния закон следи служебно. Доводи за нищожност и недопустимост на обжалваното решение не са наведени от касационния жалбоподател и Съдът не открива при извършената служебна проверка наличието на такива основания.

От събраните и проверени в хода на съдебното следствие писмени и гласни доказателства съставът на районния съд е приел за установено следното.

По време на извършената от органи на АДФИ финансова инспекция са събрани и анализирани данни, които са проверени от районния съд след проведеното съдебно следствие. Фактическите данни (предвид съдържанието на касационната жалба) не се оспорват от касатора.

„Монтажи“ ЕАД е търговско дружество, чийто едноличен собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, която също е със 100 % държавно участие, а правата на Държавата се упражняват от министъра на икономиката. Установено е, че по силата на Договор № 49/30.11.2017 г. за възлагане управлението на еднолично акционерно дружество с едностепенна система на управление Т. Б. Д. е заемал длъжността „изпълнителен директор“, вкл. към 28.07.2020 г. На 01.06.2020 г. изпълнителният директор сключил договор с „Кариери България“ ЕООД за доставка на: трошен камък с единична цена 26,50 лева/куб.м. (без ДДС); чакъл с единична цена 10 лева куб.м. (без ДДС), ломен камък с единична цена 14, 50 лева/куб.м. (без ДДС), във връзка с ремонт на язовир „Х. 3“, като конкретните видове и количества се поръчвали със заявка от „Монтажи“ ЕАД, а предаването на материалите ставало с приемо-предавателен протокол, в който се описвали вида и количеството, на база товарителници, експедиционни бележки и др. На 10.07.2020 г. доставчикът издал фактура № [ЕГН] на обща стойност 112 430, 50 лева (без ДДС) за доставки на общо 3 877 куб.м. трошен камък и 969 куб.м. чакъл, извършени в периода от 03.06.2020 г., до 13.07.2020 г., за което от двете страни са съставени и подписани общо 11 броя приемо-предавателни протокола. Дължимата сума по фактурата била заплатена по банков път на 11.08.2020 г., като платежното нареждане е подписано от Т. Б. Д.. С фактура № [ЕГН]/05.08.2020 г. са документирани доставки на общо 4 002 куб. м. трошен камък, 1 000, 50 куб.м. чакъл и 3 967, 50 куб.м ломен камък, извършени в

периода от 15.07.2020 г. до 05.08.2020 г., на обща стойност 173 586, 75 лева (без ДДС), за което са съставени и подписани общо 13 броя приемо-предавателни протоколи, а дължимата сума била заплатена по банков път на 19.08.2020 г., с подписано от Д. платежно нареждане. С фактура № [ЕГН]/02.11.2020 г. на обща стойност 32 247 лева (без ДДС) са документирани доставки на общо 344 куб.м. трошен камък, 2 113 куб.м. чакъл и 138 куб.м. ломен камък, извършени в периода от 22.09.2020 г. до 21.10.2020 г., като платежното нареждане е подписано от Д.. Отчетено е от финансовите контрольори, че по трите фактури са извършени разходи на обща стойност 318 264, 25 лева (с ДДС), като с плащането от 19.08.2020 г. по фактура № [ЕГН]/05.08.2020 г. е надвишен прагът по чл. 20, ал. 1, т. 1, б. "б" ЗОП, от 271 000 лева, но възложителят не е възложил обществена поръчка с процедура от тези по чл. 18, ал. 1 с.з. Въз основа на това и като обосновавали с нарочни мотиви извод за наличие у изпълнителния директор на „Монтажи“ ЕАД, на качеството „възложител“, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, бил съставен АУАН № 11-01-169/02.03.2022 г., против Т. Б. Д., затова, че: „на 19.08.2020 г. (датата на разхода по фактура № [ЕГН]/05.08.2020 г.) в [населено място], в качеството на изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД и възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, като е извършил разходи в размер на 318 264, 25 лева (без ДДС), по договора с „Кариери България“ ЕООД, е възложил обществена поръчка за доставка на чакъл, трошен и ломен камък за обект - язовир „Х. 3“, [община], Област С. З., с което е надвишен минималния стойностен праг по чл. 20, ал. 1, т. 1, б. "б" ЗОП, без да е приложил процедурата по чл. 18, ал. 1, съобразно стойността на поръчката, при наличието на основания за това, с което е нарушил разпоредбата на чл. 17, ал.1, във вр. с чл.20, ал.1, т.1, б."б" от ЗОП". С НП № 11-01-169/24.08.2022 г., преповтарящо същия обвинителен диспозитив директорът на АДФИ е възприел констатациите, отразени в акта.

Съставът на районния съд, като е възпроизвел детайлно фактичката обстановка е изложил мотиви за материална и процесуална законосъобразност на наказателното постановление, включително, досежно наличието на качеството „възложител“ и извода, че „Монтажи“ ЕАД е „публичноправна организация“, по смисъла на § 2, т. 43 ДР ЗОП.

Въззивното съдебно решение е неправилно.

Районният съд е изяснил обективно, всестранно и изцяло релевантните за случая факти, но неправилно е споделил тезата на ответника по касация за това, че Т. Б. Д., в качеството му на изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД е имал качеството „възложител“, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП.

В хода на финансовата инспекция е проверена дейността на дружеството за времето от 01.01.2017 г., до 30.04.2021 г., като резултатите са отразени в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г. През проверявания период дружеството е извършвало следните дейности от общ интерес: дейности, свързани с проектиране, ремонт и реконструкция на язовирни стени и съоръженията към тях на язовири, които са общинска или държавна собственост и които се нуждаят от спешен ремонт; дейности, свързани с изграждане на нов правителствен комплекс, построяването на който е с цел да продължи реализирането на концепцията, заложена в Общия устройствен план на С., в посока изнасяне на административни сгради извън градския център и развитие на вторичен градски обслужващ център, съобразно решения на Министерски съвет; дейности, свързани с техническа ликвидация и преодоляване на вредните последици при въгледобив и пречистване на различни обекти и т.н. Дружеството е включено в

Централен професионален регистър на строителя, в Списък на строителите от област С. - град и С. - област, одобрени за строежи от първа и пета категория, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 3 и ал. 4 от Правилника за реда за водене и вписване в Централния професионален регистър на строителя. Направен е изводът, че по отношение на „Монтажи“ ЕАД „са спазени кумулативно условията, посочени в § 2, т. 43, б. „а“ и б. „б“ ДР на ЗОП, от което следва, че дружеството е „публична организация“, а представляващият го – публичен възложител, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП“. Последното заключение оформя и основния, правен въпрос, понеже касаторът твърди обратното.

Според определението (см. § 2, т. 43 ДР ЗОП) „публичноправна организация“ е юридическо лице, за което са изпълнени едновременно следните условия: а) създадено е с конкретната цел да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер; б) финансирано е с повече от 50 на сто от държавни, териториални или местни органи или от други публичноправни организации, или е обект на управленски контрол от страна на тези органи; или има управителен или надзорен орган, повечето от половината от членовете на който са назначени от публичен възложител по чл.5, ал.2, т.1 – 14. Изречение второ пояснява, че „Нуждите от общ интерес имат промишлен или търговски характер, когато лицето действа в нормални пазарни условия, стреми се да реализира печалба, като самостоятелно понася загубите от извършване на дейността си“. Точка 43а от § 2 ДР ЗОП определя като публични средства тези, по смисъла на § 1, т. 1 от ДР на Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор, а именно - средствата, които се събират, получават, съхраняват, разпределят и разходват от организациите от публичния сектор. Чл. 1, ал. 3 от Устава на „Монтажи“ ЕАД дефинира дружеството като самостоятелно юридическо лице, което отговаря за своите задължения с имуществото, което притежава, и не носи отговорност за задълженията на едноличния собственик на капитала. Ал. 4 на чл. 1 указва, че едноличният собственик на капитала не отговаря за задълженията за дружеството. Видно е от доказателствата по делото, както и от Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г. на АДФИ, че: дружеството упражнява дейност, като се стреми да реализира печалба; в съответствие с устава то самостоятелно понася загубите си, а едноличният собственик на капитала – „Държавна консолидационна компания“ ЕАД не носи отговорност за тях. Последното следва и от чл. 5 на устава, в който е записано, че „Монтажи“ ЕАД е учредено, за да упражнява подробно описана търговска дейност, а последната (по арг. от чл. 4) не е ограничена със срок или цел, т.е. дружеството е създадено, за да реализира печалба в условията на пазарна конкуренция и самостоятелно да отговаря за загубите си. С други думи „Монтажи“ ЕАД действа в нормални пазарни условия, разполага с голям обем собствени материални активи, като сключва и изпълнява множество търговски договори с разнородни контрагенти. Дружеството не притежава монополно положение на пазара на предлагане на съответните услуги, като е един от субектите, участващи в пазара на предлагане на конкретни видове дейности. В подкрепа на това е фактът (споменат по – горе), че е включено в Централен професионален регистър на строителя, заедно с още 533 дружества, в Списък на строителите от област С. - град и С. - област, одобрени за строежи от първа и пета категория. В административнонаказателната преписка не са налични и в производство пред въззивния съд не са представени каквито и да е доказателства, „Монтажи“ ЕАД, през процесния период да е било подпомагано от „Държавна консолидационна компания“

ЕАД, с цел покриване на загуби. По тези причини настоящият състав на касационния съд приема, че дружеството не е пряко финансирано при изпълнение на възложените от „ДКК“ ЕАД и неговото дъщерно дружество договори в обществен интерес, а ги изпълнявало възмездно, в резултат на сключени договори по реда на чл. 14, ал. 1, т.т. 5 – 7 ЗОП или в резултат на представена към „ДКК“ ЕАД оферта, въз основа на отправена от предприятието покана. „Монтажи“ ЕАД изпълнявало тези договори срещу дължима насрещна престация за извършени дейности. От това следва, че по отношение на „Монтажи“ ЕАД е валидно изключващото правило на изр. второ от § 2, т. 43 ДР ЗОП- нуждите от общ интерес, за които е създадено имат промишлен и търговски характер.

Според §1, т. 3 ДР на Закона за публичните финанси, „бюджетна субсидия е трансфер с общо или целево предназначение, който централният бюджет предоставя безвъзмездно на бюджетна организация за съответната бюджетна година“. По тази причина финансирането от публични органи следва да се разглежда като прехвърляне на финансови средства без насрещна конкретна престация, с цел да се подкрепи дейността на съответното образувание, което в процесния случай с „Монтажи“ ЕАД не е налице. Ответникът по касация, чиято е доказателствената тежест в административнонаказателното производство по реда на ЗАНН и в съдебното производство, не установява и не доказва наличие на пряко финансиране с публични средства на „Монтажи“ ЕАД, както и предоставяне безвъзмездно на бюджетни субсидии и публични средства, относими към процесния период. Дружеството е сключвало търговски договори и е осъществявало дейност в нормални пазарни условия, от свое име и за своя сметка. Разпоредбата на чл. 1, § 9, ал. 2, б. „а“ от Директива 2004/18/ЕО на ЕП и на Съвета, от 31.03.2004 г., „относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги“ дефинира „публичноправната организация“, като „всяка организация, създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер“. Тази дефиниция всъщност е транспонирана с § 2, т. 43 ДР ЗОП. В решението на СЕС от 05.10.2017 г., по дело № С-567/2015 г.: в т. 43 Съдът указва, че „преценката на този характер трябва да се направи, като се вземат предвид всички релевантни правни и фактически елементи, като обстоятелствата, предхождащи създаването на съответната организация, и условията, при които тя упражнява дейността си, насочена към задоволяване на нужди от обществен интерес, в това число по-конкретно липсата на конкуренция на пазара, липсата на намерение за преследване на печалба, непоемането на рисковете, свързани с упражняването на дейността, както и евентуалното публично финансиране на съответната дейност; т. 44 – „що се отнася до дейността, целяща да задоволи обществен интерес, въпросната организация действа при нормалните условия на пазара, преследва печалба и понася загубите, свързани с извършването на тези дейности, е малко вероятно нуждите, които цели да задоволи, да имат характер, който не е промишлен или търговски (решение от 16 октомври 2003 г., по дело С-283/00). Подобни изводи са обективирани и в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., изготвен от АДФИ, на стр. 5, абзац втори от който е прието, че относно „Монтажи“ ЕАД не е изпълнено условието по § 2, т. 43, б. „а“ ДР ЗОП и „дружеството не следва да бъде определено като публичноправна организация“. От друга страна, носейки доказателствената тежест да установи и докаже административнонаказателното обвинение

наказващият административен орган не е изяснил и доказал всички елементи от фактическия състав на § 2, т. 43, б. „б“ ДР ЗОП, които да установят, че дружеството е „финансирано с повече от 50 на сто от държавни органи“. Посочено е и в цитирания Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., че съгласно чл. 15, ал. 2, б. „г“ от Устава на „Монтажи“ ЕАД едноличният собственик на капитала (Държавата, посредством създаденото от нея дружество) избира и освобождава членовете на съвета на директорите. Ответникът по касация, с оглед изискването на § 2, т. 43, б. „б“ ДР ЗОП не установява и не доказва, дали средствата, предоставени от Министерски съвет в полза на „Държавна консолидационна компания“ ЕАД представляват държавна помощ, или са предоставени във връзка с възмездна сделка. Гореизложените мотиви обуславят извода, че административнонаказващият орган не доказва изпълнение на изискванията, установени с нормите на § 2, т. 43, б. „а“ и б. „б“ от ДР ЗОП, вр. с текста на изр. второ - *„Нуждите от общ интерес имат промишлен или търговски характер, когато лицето действа в нормални пазарни условия, стреми се да реализира печалба, като самостоятелно понася загубите от извършване на дейността си“*. От това следва, че изпълнителният директор на „Монтажи“ ЕАД – Т. Б. Д. не е имал качеството „възложител“, по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, т.е. – представляващ публичноправна организация. По тази причина не следва да бъде и административнонаказателно отговорен за вмененото му с НП № 11-01-169/24.08.2022 г. административно нарушение. Като е приел обратното, съставът на въззивния съд е тълкувал и приложил неправилно обсъдените по – горе в настоящото решение материалноправни норми. При наличието на касационно основание – чл. 348, ал. 1, т. 1, вр. ал. 2 НПК решението на СРС подлежи на отмяна. Липсата на основанията по чл. 222, ал. 2 АПК позволява (арг. ал. 1) касационният съд да отмени и наказателното постановление.

Водим от гореизложеното и на основание чл. 222, вр. чл. 221, ал. 2, изр. първо, предл. второ АПК, вр. чл. 63в ЗАНН, Административен съд София – град, V^{-ти} касационен състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 3141/03.07.2023 г. на Софийския районен съд, НО, 110^{-ти} състав, по НАХД № 12329/2022 г. и **ВМЕСТО НЕГО ПОСТАНОВЯВА:**

ОТМЕНЯ издаденото от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция **НАКАЗАТЕЛНО ПОСТАНОВЛЕНИЕ** № 11-01-169/24.08.2022 г.

Касационното решение е окончателно, и не подлежи на обжалване и на протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

