

РЕШЕНИЕ

№ 2814

гр. София, 26.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 12.04.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Веселина Женаварова

ЧЛЕНОВЕ: Георги Тафров

Людмила Коева

при участието на секретаря Паола Георгиева и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **1806** по описа за **2024** година докладвано от съдия Георги Тафров, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по касационна жалба на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН] от [населено място], с адрес [улица] срещу Решение № 1013 от 28.02.2023 г., постановено по АНД № 20221110212346/2022 по описа на Софийски районен съд, 133-ти състав, с което е потвърдено Наказателно постановление № 11-01-171/24.08.2022 г., издадено от директора на АДФИ, с което на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН], за извършено нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП, на основание чл. 256, ал. 1 от ЗОП му е наложена глоба в размер на 4526,16 лева.

В касационната жалба се излагат доводи за неправилност поради нарушение на материалния закон и процесуалните правила. Касаторът счита, че решението е постановено в противоречие с чл. 17, ал. 1, вр. чл. вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП. Поддържа се тезата, че „Монтажи“ ЕАД не е „публичноправна организация“ по смисъла на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП, съответно не е възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, вр. с чл. 6 ЗОП. Посочено е, че съгласно чл. 1, ал. 1 от Устава на „Монтажи“ ЕАД същото е еднолично акционерно дружество, а съгласно чл. 14, ал. 1 едноличният собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ (Д.) ЕАД, която е 100 % държавно дружество, като правата ѝ в капитала на дружеството се

упражняват от Министъра на икономиката, съобразно отрасловата му компетентност. В чл. 15, ал. 2, б. „г“ от Устава е записано, че едноличният собственик на капитала избира и освобождава членовете на съвета на директорите. Посочено е още, че дружеството самостоятелно поема финансовия риск от дейността си, както и че е получавало финансови средства на договорно основание, а не в условията на пряко финансиране с публични средства, поради което не са налице кумулативните предпоставки на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП. Не е налице и другия изискуем признак, а именно дружеството да е създадено с конкретната цел да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, доколкото същото действа на пазарен принцип и с цел реализиране на печалба, която след това да изплаща като дивидент към държавата. В този смисъл се позовава на Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., изготвен от АДФИ, в който при проверка на идентични обстоятелства е обективизиран извод, че дружеството не е публичноправна организация по смисъла на ЗОП. Иска се отмяна на решението, както и на оспореното наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът, редовно призован, не се явява, не се представлява. Представено е писмено становище, с което не възразява делото да се гледа в негово отсъствие и изразява становище по същество на спора. Представен е и Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., изготвен от АДФИ.

Ответникът – Директорът на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), чрез юрк. Я., оспорва касационната жалба и моли решението на СРС да се остави в сила. Счита, че същото е правилно и законосъобразно. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура, дава заключение, че касационната жалба е неоснователна, съответно оспореното решение правилно.

Административен съд - София-град, XI касационен състав, като взе предвид наведените в касационната жалба доводи и като съобрази разпоредбата на чл. 218 АПК, приема следното:

Касационната жалба е подадена в установения с чл. 211, ал. 1 АПК 14-дневен срок от надлежна страна срещу подлежащ на касационна проверка валиден и допустим съдебен акт, при което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е **ОСНОВАТЕЛНА**.

От събраните и проверени в хода на съдебното следствие писмени и гласни доказателства СРС е приел за установено следното:

На основание чл. 10, ал. 1, т. 3 от ЗДФИ, по силата на заповед № ФК-10-1040/12.08.2021 г., Директорът на АДФИ е възложил извършването на финансова инспекция по отношение на еднолично акционерно дружество „Монтажи“ ЕАД. В хода на проверката било установено, че изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД е Т. Б. Д., който заемал длъжността по силата на договор № 49/30.11.2017 г. за възлагане на управлението на еднолично акционерно дружество с едностепенна система на управление и Протокол № 147 от 30.11.2017 г. от заседанието на Съвета на директорите на дружеството. „Монтажи“ ЕАД е еднолично акционерно дружество с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място], р-н И., [улица], чийто едноличен собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД с ЕИК[ЕИК]. Правата на едноличен собственик на капитала се упражняват от държавата чрез Министъра на икономиката.

По делото е установено, че на 17.07.2020 г. между представители на „Монтажи“ ЕАД и на „Рейч“ ЕООД бил подписан приемо-предавателен протокол за извършена доставката на следните материали: Г. GEOMAXX/R/ - 462, 200 mm, Г. GEOMAXX/R/ - 462, 50 mm, Въже ф8 и Анкер №12 за обект: язовир „Х. 3“, [община], област С. 3.. В тази връзка от „Рейч“ ЕООД била издадена фактура №[ЕИК]/17.07.2020 г. на стойност 188 590,13 лв. без ДДС (226 308,16 лв. с ДДС) за доставка на посочените материали. На 28.07.2020 г. фактурата била заплатена от „Монтажи“ ЕАД по банков път, като платежното нареждане, с което бил извършен разходът, било подписано от Т. Б. Д. - изпълнителен директор на дружеството жалбоподател. За доставка на материали (геоклетки 200 мм и 50 мм, въже ф8 и анкер № 12) за язовир „Х. 3“, [община], област С. 3., са били извършени разходи на стойност 188 590,13 лв. без ДДС или 226 308,18 лв. с ДДС, въз основа на 1 бр. платежно нареждане по издадена 1 бр. фактура, като с плащането бил надвишен минималният стойностен праг по чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП. Платежното нареждане, заедно с допълнително изискани финансови документи били представени от дружеството на 16.02.2022 г., за което бил съставен Констативен протокол от 16.02.2022 г.

С оглед приобщените в хода на проверката материали, свидетелката по делото П.-Г., като актосъставител е приела, че жалбоподателят Т. Б. Д. е нарушил разпоредбата на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от Закона за обществените поръчки, тъй като на 28.07.2020 г. в качеството си на изпълнителен директор и възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП е извършил разход в размер на 188 590,13 лв. без ДДС (226 308,18 лв. с ДДС), с което е възложил обществена поръчка за доставка на материали (геоклетки 200 мм и 50 мм, въже ф8 и анкер № 12) за язовир „Х. 3“, [община], област С. 3. и с това е надвишил минималния праг по чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП без да е приложил процедура по чл. 18, ал. 1 от ЗОП, съобразно стойността на поръчката при наличие на основания за това. Въз основа на това съставил АУАН № 11-01-171/02.03.2022 г. В срока по чл. 44, ал. 1 от ЗАНН постъпило Възражение № 11-01-171/08.03.2022 г.

Въз основа на съставения АУАН при идентична словесна обосновка на твърдяното нарушение и правна квалификация е издадено наказателно постановление № 11-01-171/24.08.2022 г., с което на основание чл. 256, ал. 1, вр. с чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), за извършено нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП, на касатора е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 4 526,16 лева.

СРС, като е възпроизвел детайлно фактическата 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. За да потвърди наказателното постановление, още е приел, че АУАН е съставен, а наказателното постановление е издадено от компетентни органи в рамките на техните правомощия, при издаването им не са допуснати съществени процесуални нарушения. Приел е, че касаторът е осъществил състава на вмененото му нарушение, поради което законосъобразно му е наложено наказание, както и че не са налице предпоставките за приложение на чл. 28 от ЗАНН за маловажност на деянието.

Решението на районния съд е валидно, допустимо и неправилно.

Спорният въпрос е по делото е дали „Монтажи“ ЕАД е публичноправна организация, като изложените мотиви в оспореното решение не се споделят от настоящата касационна инстанция, поради следното:

Легалното определение на понятието „публичноправна организация“ се съдържа в разпоредбата на § 2, т.43 от ДР на ЗОП. Според нея „Публичноправна организация“ е юридическо лице, за което са изпълнени 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.

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“.

Условията по б.“а“ и б.“б“ следва да са налице едновременно, поради което преценката следва да бъде направена за наличието на всяко едно от тях.

По смисъла на т. 43а от § 2 на Допълнителните разпоредби на ЗОП, публични средства са тези по смисъла на § 1, т. 1 от Допълнителните разпоредби на ЗФУКПС, а именно средствата, които се събират, получават, съхраняват, разпределят и разходват от организациите от публичния сектор.

Съгласно чл. 1, ал. 3 от Устава на „Монтажи“ ЕАД, дружеството е самостоятелно юридическо лице, отговаря за своите задължения с имуществото, което притежава, и не носи отговорност за задълженията на едноличния собственик на капитала.

Съгласно чл. 1, ал. 4 от посочения устав, едноличният собственик на капитала не отговаря за задълженията за дружеството. Видно е също така, от многобройните доказателства по делото, а и е установено от проверяващия екип и отразено от него в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., че дружеството упражнява дейност като се стреми да реализира печалба. В съответствие с устава си то самостоятелно понася загубите си, а едноличният собственик на капитала му „Държавна консолидационна компания“ ЕАД не носи отговорност за тях. Това следва и от чл. 5 от посочения устав, 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.

На следващо място, дружеството „Монтажи“ ЕАД действа в нормални пазарни условия и разполага с голям обем собствени материални активи, като сключва и изпълнява множество търговски договори с разнородни контрагенти. Същото не разполага с 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 факта, че дружеството 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, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 3 и ал. 4 от Правилника за реда за водене и вписване в Централния професионален регистър на строителя. Тази информация е публично оповестена на интернет страницата на К. на строителите в България.

В административно наказателната преписка, както и в хода на съдебното производство не са представени каквито и да е доказателства „Монтажи“ ЕАД, през процесния период, да е било подпомагано от „Държавна консолидационна компания“

ЕАД при покриване на своите загуби. Ето защо, настоящият състав приема, че дружеството не е пряко финансирано при изпълнение на възложените от „ДКК“ ЕАД и неговото дъщерно дружество договори в обществен интерес, а ги изпълнява възмездно в резултат на сключени договори по реда на чл.14, ал.1, т.5 – 7 от ЗОП или в резултат на представена към „ДКК“ ЕАД оферта, въз основа на отправена от предприятието покана. „Монтажи“ ЕАД изпълнява тези договори срещу дължимата насрещна престация за изпълнени от дружеството дейности.

От друга страна, съгласно §1, т. 3 от 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. Ето защо 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, а в случая тези условия по отношения на „Монтажи“ ЕАД не са изпълнени.

Видно от събраните по делото доказателства, не се установява, нито се навеждат доводи, да е налично пряко финансиране с публични средства на „Монтажи“ ЕАД, както и да са предоставени безвъзмездно бюджетни субсидии и публични средства, относими към процесния период. Тъкмо обратното, видно е, че дружеството сключва своите търговски договори и извършва всичките си дейности в нормални пазарни условия, от свое име и за своя сметка и търпи всички последици самостоятелно. Необходимо е да бъде извършвана преценка за всеки конкретен случай относно произхода на съответните средства и притежават ли те качеството на „публични средства“. Според практиката на Европейския съд финансиране с публични средства означава прехвърляне на финансови средства без насрещна престация, а в конкретната хипотеза плащането е във връзка с изпълнение на договор.

Във връзка с гореизложеното, следва да се отбележи, че подобни изводи са направили и контролните органи, извършили финансовата инспекция. Те са обективирани в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., който е приет като доказателство по делото и в който е вписано, че „... следва да се приеме, че „Монтажи“ ЕАД осъществява дейността си в конкурентна среда“, т.е. при нормални пазарни условия. Също така, не е спорно, че за 2020 г., през която е и процесното нарушение, „Монтажи“ ЕАД е декларирало печалба в размер на 199 хил. лв., което доказва търговският характер на нуждите от общ интерес.

На следващо място по делото е безспорно, че „Монтажи“ ЕАД е търговско дружество, чийто едноличен собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД . От своя страна, последното дружество също е със 100 % държавно участие, а правата на българската държава се упражняват от министъра на икономиката. Установено е в хода на финансовата инспекция и е обективирано в изготвения и приет по делото 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 /т.е. държавата, чрез създаденото от нея дружество/ избира и освобождава членовете на съвета на директорите. Изискването по § 2, т.43, б.„б“ от ДР на ЗОП обаче е за наличието на финансиране с повече от 50 на сто от други публично правни организации. В процесния случай това обстоятелство не е изяснено. Не е установено дали средствата, предоставени от Министерски съвет в полза на „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, са предоставени като държавна помощ, или пък в резултат на възмездна сделка. Изискването на закона е финансирането да е с повече от 50 на сто,

което обстоятелство несъмнено предполага установяване на обстоятелството от какво са формирани приходите на съответното дружество за съответната календарна година, и дали повече от 50 на сто от тези приходи представляват финансиране от публичноправна организация. Видно от доказателствата по делото това не е било изследвано в процесния случай.

Водим от изложеното настоящия състав счита, че не е доказано, че дружеството отговаря на изискването на § 2, т. 43, б. "а" и "б" от ДР на ЗОП, от което следва, че неговия изпълнителен директор, като представляващ дружеството, не притежава качеството „възложител“ на обществена поръчка по смисъла на чл. 15, ал. 2, т. 14 от ЗОП, поради което не може да бъде субект на вмененото му нарушение по чл. 17, ал. 1, във връзка с чл. 20, ал. 2, т. 1 от ЗОП, а същевременно и че административно наказателното производство срещу него е образувано незаконосъобразно, а това е в тежест на АНО.

В тази връзка настоящия състав следва да отбележи и, че дружеството не се открива в списъка на възложителите, общодостъпен на адрес: <https://www2.aop.bg/obrazci-i-spisyci/spisyci/>.

Във връзка с горното, настоящият касационен състав приема наказателното постановление, предмет на съдебен контрол, за незаконосъобразно, поради което същото следва да бъде отменено. Като е стигнал до друг извод, Софийски районен съд е приложил неправилно закона, поради което е налице касационно основание чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК, във вр. с чл. 63, ал. 3, т. 1 от ЗАНН за отмяна на постановеното от него решение.

По изложените съображения съдът намира, че обжалваното съдебно решение следва да бъде отменено и да бъде постановено друго, с което да се отмени наказателното постановление.

При този изход на спора претенцията на ответника по жалбата за присъждане на разноски за юрисконсултско възнаграждение се явява неоснователна. Касаторът не е направил искане за разноски, поради което такива не му се дължат.

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, XI – ти касационен състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 1013 от 28.02.2023 г., постановено по АНД № 20221110212346/2022 по описа на Софийски районен съд, 133-ти състав, като вместо него постановява:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 11-01-171/24.08.2022 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция, с което на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН] - изпълнителен директор на "Монтажи" ЕАД, [населено място], е наложено на основание чл. 256, ал. 1 от Закона за обществените поръчки, административно наказание „глоба“ в размер на 4526,16 за нарушение на чл. 17, ал. 1, във вр. чл. 20, ал. 2, т. 2, от ЗОП.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

Председател:

членове:

