

РЕШЕНИЕ

№ 24752

гр. София, 25.11.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 15.11.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова

ЧЛЕНОВЕ: Калин Куманов

Стоян Тонев

при участието на секретаря Мая Георгиева и при участието на прокурора Куман Куманов, като разглежда дело номер **10204** по описа за **2024** година докладвано от съдия Калин Куманов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-228 от АПК във вр.чл.63 ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на К. Х. П. от [населено място], ЕГН: [ЕГН], подадена чрез адв.В., срещу Решение № 3824 от 23.08.2024 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 2317/2024 г., потвърждаващо Наказателно постановление /НП/ № 11-01-545/08.11.2023 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на касационния жалбоподател в качеството му на генерален директор на Държавно предприятие "Национална компания Железопътна инфраструктура" е наложено административно наказание глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.53 от ЗАНН във вр.с чл.250 във вр.с чл.261, ал.2 от Закона за обществените поръчки и Заповед № ЗМФ-454/21.06.2023 г. на министъра на финансите, за нарушение на чл.79, ал.1, т.4 вр.с чл.18, ал.1, т.8 от ЗОП; и К. Х. П. е осъден да заплати в полза на АДФИ юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, като се твърди същият да е постановен при нарушение на материалния закон. Касаторът твърди, че СРС едностранно е установил фактическата обстановка и не е съобразил, че в административнонаказателното производство е следвало да бъде извършено разследване на спорните обстоятелства, което наказващият орган не е сторил. Отрича извода на Съда за правилно приложение

на материалния закон. Отправеното до касационния съд искане е да отмени касираното решение и да отмени НП № 11-01-545/08.11.2023 г., като присъде в полза на касатора разноски за две съдебни инстанции. В с.з. касаторът не се явява и не изпраща представител.

Ответникът – Директорът на АДФИ, чрез процесуалния си представител юк.Г. в с.з. оспорва касационната жалба, моли за отхвърляне на същата и за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в максимален размер. Представя писмени бележки с подробни съображения в подкрепа на тезата си за правилност на първоинстанционния съдебен акт, в които отправя и възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Представителят на СГП дава заключение за неоснователност на касационната жалба и предлага тя да бъде отхвърлена.

Административен съд-София град, след като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, приема следното:

Софийският районен съд е установил, че в периода 01.01.2020 г. - 31.12.2021 г. К. Х. П. е заемал длъжността генерален директор на ДП "Национална компания Железопътна инфраструктура".

Със Заповед № 3-976/11.06.2021 г. на генералния директор на ДП НКЖИ било определено организирането и подготовката на процедура на договаряне без предварително обявление за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Организиране и осъществяване на денонощна физическа невъоръжена охрана и охрана с технически средства на обекти, собственост на ДП НКЖИ".

С Решение № 43/ЖИ-33385/17.08.2021 г. генералния директор на ДП НКЖИ открил процедура на договаряне без предварително обявление, на основание чл.79, ал.1, т.4 ЗОП, с указания по-горе предмет. Прогнозната стойност на поръчката била 1 706 754,45 лв. без ДДС лв. Обектът на обществената поръчка бил "услуга" по смисъла на чл.3, ал.1, т.3 ЗОП. Продължителността на поръчката била 21 месеца. В решението били посочени мотивите за избор на процедурата: "...Към момента физическата охрана в ДП НКЖИ се осъществява от Консорциум "Престиж С. 2", въз основа на сключен договор № 6721/25.02.2020 г. По време на изпълнение на договора, са настъпили промени, дължащи се на обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа, възложителят не е могъл да предвиди, но те засягат предмета на договора, което е съществено обстоятелство по смисъла на ЗОП и не може да бъде извършено изменение на договор по смисъла на чл. 116 от ЗОП. ГД "Жандармерия, специални операции и борба с тероризма" към МВР предприема промени - ще бъдат премахнати много от постове по гарите, които промени ще засегнат опазването на обществения ред и имуществото на големите жп гари, което до сега се извършваше от Дирекция "Жандармерия" към ГД "Национална полиция" на МВР. Също така от 01.03. до 01.05.2021 г. поетапно се премахват част от постоянните постове с денонощно присъствие на служители от МВР. Охранителната дейност от страна на МВР е от значителна важност за опазването и контрола в стратегическите обекти, които са критична инфраструктура, както и за цялата дейност на ДП НКЖИ, представлява стратегическа дейност, съгласно Постановление № 181 на МС от 20.07.2009 г., както и дейностите, произтичащи от ЗПТ и Наредба № 8121з/1225/27.07.2017 г. Гарите са основен транспортен възел за обслужване на градски региони и са събирателен пункт за различен тип лица, което ги прави особено уязвими за противоправни деяния. Анализът на риска от "Терористични заплахи", както и "Кражби, вандализъм,

умишлено увреждане на имущество", сочи, че е необходимо повишаване сигурността в района на жп гарите. На по - голямата част от тях, оставащи без постоянно полицейско присъствие, са извършени или предстоят ремонтни дейности с национално и финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ).

До момента за ремонт, обновяване и др. СМР на жп г. К., Драгоман, В., П., Шумен, Д., К., Я., К., Септември и С. са инвестирани над 12 млн. лв. без ДДС и са планирани бъдещи инвестиции над 14 млн. лв. без ДДС. С писмо до МТИТС, МВР и ДАНС № ЖИ-7052/18.02.2021 г., ДП НКЖИ апелира за запазване на постоянното присъствие на полицейски служители за опазване сигурността в областта на жп инфраструктура, управлявана от ДП НКЖИ, но промените продължават поетапно. Предвид горното, ДП НКЖИ е приела система от мерки, способности и средства за осъществяване на охранителна дейност на територията на страната, която трябва да бъде единна, вкл. в себе си поддържането на безопасността и сигурността на гражданите и опазване на критичната инфраструктура. Предвид, че дейността по охрана на жп гарите, които до момента се охраняваха от Дирекция "Жандармерия", както и обект "Складове за материали" [населено място] /придобит след сключване на договора/, не са включени в предмета на дог. № 6721/25.02.2020 г., не са предвидени и клаузи за допълнителни обекти, налице е хипотезата на чл.79, ал.1, т.4 от ЗОП - неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства. Следва приоритетно да се осигури физическа охрана в областта, управлявана от ДП НКЖИ, и които вече не се охраняват от МВР, за осигуряване сигурността на жп гарите и областта от жп инфраструктура за опазването на обществения ред, за противодействието на престъпността и за ограничаване на нежеланите последици при евентуални терористични атаки.

С оглед специфичен характер на целите, които се преследват с изпълнение на поръчката и статута на част от обектите като "стратегически" по смисъла на Постановление № 181 на МС от 20.07.2009 г., може да се направи обосновано предположение, че при подписване на договор с различен от Консорциум "Престиж С. 2" изпълнител, има опасност изпълнението на поръчката прекомерно да се затрудни, поради необходимост от сложна координация между различни изпълнители и между всеки от тях и възложителя, което би породило рискове за постигане на желания краен резултат - опазването на живота и здравето на гражданите и служителите, както и имуществото. От горното е видно, че е изпълнено и условието на чл.79, ал.1, т.4, изр.2 от ЗОП, а именно - обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя. В случая необходимостта от охраната на обектите на жп инфраструктура е свързана предимно с промените в структурите на МВР, които ще доведат до премахване на много от постове по жп гарите, което обстоятелство не зависи от волята на възложителя."

Възлагането на обществената поръчка било обявено чрез използване на централизирана електронна платформа в съответствие с чл.39а, ал.1 ЗОП. Уникалният номер на обществената поръчка бил 00233-2021-0043.

В резултат на проведената процедура бил сключен договор № 11524/25.10.2021 г. между ДП НКЖИ, представлявано от генералния директор, като възложител, и Консорциум "Престиж С. 2", като изпълнител, с цена на договора 1 550 682 лева без ДДС.

Със Заповед № ФК-10-7/03.01.2023 г. на Директора на АДФИ, изменена със Заповед № ФК-10-31/10.01.2023 г. и Заповед № ФК-10-182/22.02.2023 г., било възложено на

държавен финансов инспектор от отдел Втори, дирекция "Инспекционна дейност" при АДФИ, да извърши финансова инспекция на ДП НКЖИ със задачи, определи в заповедта, сред които и проверка за законосъобразност относно спазване на нормативната уредба в областта на обществените поръчки при възлагане на обществена поръчка с указания по-горе предмет. Със заповед № ФК-10-377/15.05.2023 г. на Директора на АДФИ била определена крайна дата на приключване на финансовата инспекция 22.05.2023 г.

С писмо № ЖИ-3397/24.01.2023 г. от финансовата инспекция, адресирано до генералния директор на ДП НКЖИ, били изискани мотиви за избора на процедурата по чл.79, ал.1, т.4 ЗОП. С писмо № ЖИ-4172/23.01.2023 г. било представено писмено становище от генералния директор, в което като мотиви за избор на процедурата били посочени същите, каквито и в решението за откриване на процедурата.

С писмо № ЖИ-8765/24.02.2023 г. от генералния директор на ДП НКЖИ било представено допълнение към горното писмено становище.

Финансовият инспектор е приел, че касационният жалбоподател в качеството си на генерален директор на ДП НКЖИ и публичен възложител на обществени поръчки по см. на чл.5, ал.2 т.13 ЗОП е извършил нарушение на чл.79, ал.1, т.4 вр. чл.18, ал.1, т.8 ЗОП, като е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП "договаряне без предварително обявление" за възлагане на обществена поръчка с предмет "Организиране и осъществяване на денонощна физическа невъоръжена охрана и охрана с технически средства на обекти, собственост на ДП НКЖИ", без да са налице условията по чл.79, ал.1, т.4 ЗОП. За горното е съставен АУАН № 11-01-545/16.05.2023 г. за нарушение на чл.79, ал.1, т.4 вр. чл.18, ал.1, т.8 ЗОП за това, че на 17.08.2021 г. в [населено място], К. Х. П. - Генерален директор на ДП НКЖИ и публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл.5, ал.2, т.13 ЗОП с Решение № 43/ЖИ-33385/17.08.2021 г. е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП "договаряне без предварително обявление" за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Организиране и осъществяване на денонощна физическа невъоръжена охрана и охрана с технически средства на обекти, собственост на ДП НКЖИ", без да са налице условията по чл.79, ал.1, т.4 ЗОП.

Срещу АУАН било депозирано възражение вх.№ 11-01-545/22.05.2023 г., с аргументи, че актосъставителят не е установил в пълнота релевантната фактическа обстановка и с доводи за липса на осъществен състав на административно нарушение.

След преценка, че възражението е неоснователно, Директорът на АДФИ издал НП № 11-01-545/08.11.2023 г., с което при идентична фактическа обстановка на изложената в АУАН, наложил на касационния жалбоподател глоба в размер на 10 000 лв. за нарушение на чл.79, ал.1, т.4 вр. чл.18, ал.1 т.8 ЗОП.

За да потвърди обжалваното постановление, Софийският районен съд е приел, че нарушението е безспорно доказано, като от субективна страна същото е извършено при форма на вината пряк умишъл. Изтъкнал е, че не са били налице предпоставките за провеждане на процедура на договаряне без предварително обявление.

Касационната инстанция намира, че при правилно установена фактическа обстановка СРС неправилно е приложил материалния закон.

Административнонаказателният акт за налагане на административно наказание трябва да притежава строго регламентиран от закона минимален обем информация – реквизити на НП: дата и място на извършване на констатираното нарушение, както и обстоятелствата, при което е извършено. Изискването за присъствие и вярно

отразяване на тези реквизити гарантира правото на защита на административнопривлеченото лице по фактите на нарушението. Невярното посочване на който и да е от тях опорочава цялото административнонаказателно производство. При това е без правно значение обстоятелството, че административнонаказаното лице може да е разбрало за нарушение на коя дата му се търси отговорност. Административно-наказателната отговорност не може да почива на предположения.

Датата на извършване на нарушението е съществен реквизит на НП, защото е свързана със сроковете за съставяне на АУАН - тримесечен от откриване на извършителя или една година от извършване на нарушението.

Районният съд е възприел описаната в НП дата на нарушението, а именно 17.08.2021 г., на която първо актосъставителят, а след него и наказващият орган твърдят, че възложителят е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП. Съдът обаче не е съобразил, че на указаната дата е прието Решение № 43/ЖИ-33385/17.08.2021 г., с което е открита процедурата за възлагане на обществена поръчка. Със същото решение не е и не може да бъде проведена обществена поръчка.

Процедурата представлява процес на избор на изпълнител, което следва и от използваното от законодателя понятие "процедура", и включва не само вземането на решение за откриване на същата съгласно чл.79 ЗОП, а и осъществяването на редица други действия. Сред тях са отправяне на покани до лицата, избрани за участие в преговорите, провеждане на преговори с участниците, изготвяне на доклад от назначената комисия.

Според приложимата към датата на твърдяното нарушение редакция на чл.79, ал.7 (ДВ, бр.13 от 2016 г.), условията и редът за провеждане на процедурата се определят с правилника за прилагане на закона.

Разпоредбите на ППЗОП предвиждат следните действия, които да се развият след откриване на процедурата: В решението за откриване на процедура по чл.18, ал.1, т.8-10 и т.13 ЗОП възложителите посочват и лицето, с което възнамерява да сключи договор, или лицата, които ще бъдат поканени за участие в преговорите (чл.64, ал.1). Поканата за участие в процедурата се изпраща до лицата, посочени в решението (чл.64, ал.3). Комисията провежда преговори с всеки от участниците поотделно, като се придържа точно към първоначално определените условия и изисквания за изпълнение на поръчката. Резултатите от преговорите се отразяват в протокол, който се подписва от комисията и от участника (чл.67, ал.2). След провеждане на преговорите комисията изготвя доклад, който съдържа информацията по чл.60, ал.1 (чл.67, ал.6).

При успешно проведени преговори процедурата следва да приключи със сключването на договор.

Текстът на приложена санкционна разпоредба - чл.250 ЗОП (ред. ДВ, бр.13 от 2016 г.) гласи следното: "Възложител, който проведе процедура по чл.18, ал.1, т.3-10 или т.13, без да са налице условията, посочени в закона, се наказва с глоба в размер 5 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв. Санкционната норма изисква възложителят да е провел процедурата по чл.18, без да са налице условията, посочени в закона.

В НП се сочи, че нарушението е осъществено на 17.08.2021 г., когато е взето Решение № 43/ЖИ-33385/17.08.2021 г. и на която дата се сочи касационният жалбоподател да е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 ЗОП.

Анализът на цитираните законови текстове налага извода, че процедурата следва да е приключила. Очевидно решението, с което се започва същата, не означава, че тя е проведена. Ето защо, посочената в НП дата на нарушението, съвпадаща с датата на решението за откриване на процедурата, е некоректно и неточно определена от наказващия орган. Изпълнителното деяние на административното нарушение изисква субектът да е провел процедурата, описана в чл.250 ЗОП. На посочената дата 17.08.2021 г. това не се е случило и с оглед спецификата на състава не би могло да се случи, тъй като нарушението изисква период, в който да се осъществят съответните елементи-поставяне на началото на процедурата, отправянето на покани, провеждане на преговори и евентуалното сключване на договор. Именно датата на сключването на договора е крайният момент, в който административната процедура, като част от сложния фактически състав, е приключила.

Времето на осъществяване на деянието се определя от начална дата, когато жалбоподателят е започнал провеждането на процедурата по ЗОП, до крайния момент - подписването на договора. В случая липсва яснота за какво нарушение административнопривлеченото лице е обвинено - само за вземането на Решение № 43/ЖИ-33385/17.08.2021 г., на която дата се сочи да е осъществено нарушението, или за цялостното финализиране на процедурата и ако последното е така - то кога се счита да е финализирана тази процедура, тъй като самият състав изисква провеждане на процедурата. Следва да се приеме, че на практика липсва дата на извършване на нарушението, съставляващо провеждане на процедура в разрез с изискванията на ЗОП, което може да бъде осъществено в очертан период от време, но в НП това не е сторено в разрез изискването на чл.57, ал.1, т.5, пр.2 ЗАНН. Периодът или датата на извършване на нарушението е важен елемент от неговата индивидуализация и следва точно и ясно да е очертан. С оглед датата или очертания период на нарушението могат да се направят важни възражения, напр. дали лицето е имало нужното качество, изискуемо от закона, както и да се направят възражения относно давността.

Изложеното дотук е достатъчно да обоснове незаконосъобразност на издаденото постановление. Като е достигнал до различни изводи и е го е потвърдил, Софийският районен съд е постановил неправилен съдебен акт, който подлежи на отмяна и тъй като делото е изяснено от фактическа страна, спорът следва да бъде решено по същество с отмяна на Наказателно постановление /НП/ № 11-01-545/08.11.2023 г. на Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция.

С оглед изхода на делото и направеното искане за присъждане на разноски от касатора, в полза на последния следва да се присъдят такива. Представен е договор за правна защита и съдействие от 24.09.2024 г. (л.9), в който е договорено възнаграждение в размер на 3000 лв., изплатено изцяло.

Ответникът е отправил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, което касационната инстанция намира за основателно. Разпоредбата на чл.18, ал.2 от Наредба № 1/09.07.2004 г. определя, че ако административното наказание е под формата на глоба, имуществена санкция и/или е наложено имуществено обезщетение, възнаграждението се определя по реда на чл.7, ал.2 върху стойността на всяка наложена глоба, санкция и/или обезщетение. На свой ред нормата на чл.7, ал.2, т.2 от наредбата предвижда за процесуално представителство, защита и съдействие по дела с определен интерес, когато интересът е от 1000 до 10 000 лв., възнаграждението да е в размер на 400 лв. плюс 10 % за горницата над 1000 лв. Така изчислено, адвокатското възнаграждение възлиза на 1300 лв. След като страните са договорили възнаграждение в размер, по-висок от определения в наредбата, възражението за прекомерност следва да се приеме за основателно. Съдът направи преценка за съотношението на цената на адвокатската услуга и фактическата и правна сложност на делото, като прецени съответствие между размера на възнаграждението и усилията на защитата. Съдът съобрази изложеното по приложението на посочената разпоредба и

анализира размера на претендираното адвокатско възнаграждение от 3000 лв. спрямо извършеното по делото и предмета му, го намира като прекомерно и счита, че следва да присъди по-нисък размер разноски за адвокатско възнаграждение, а именно 1300 лв. По-ниският размер на адвокатското възнаграждение Съдът обосновава с факта, че делото не се отличава с фактическа сложност – пълномощникът на касационния жалбоподател е изготвил и подал касационната жалба, не е представил писмени защита, в касационното производство не са събирани писмени доказателства, проведено е едно съдебно заседание, не се налага изясняване на многобройни факти и обстоятелства по спора, не са налага задълбочен анализ на приложение на материалния закон; и от правна страна спорът не се отличава със значителна сложност. Размер адвокатския хонорар от 3000 лв. се явява и над който и да е минимум за дела от вида на настоящото. Съдът съобрази и Решение на СЕС по дело № С-438/2022 г., като в настоящия случай счита, че е налице прекомерност на претендираното и реално заплатено от касационния жалбоподател възнаграждение за един адвокат за касационната инстанция в размер на 3000 лв. Ответникът по касация следва да бъде осъден да заплати на касатора разноски в размер на 1300 лв. за касационната инстанция. По делото е представен договор за правна защита и съдействие от 22.01.2022 г. (л.85 от НАХД № 2317/2024 г.), в който е договорено възнаграждение в размер на 3000 лв., изплатено изцяло.

В с.з., проведено на 20.03.2024 г. по НАХД № 2317/2024 г., ответникът е отправил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, което касационната инстанция намира за основателно по вече изложените съображения, които не следва да бъдат преповтаряни. Издателят на НП следва да бъде осъден да заплати на жалбоподателя пред първата съдебна инстанция разноски в размер на 1300 лв. за същата инстанция.

Така мотивиран и на основание чл.222, ал.1 от АПК, Съдът

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Решение № 3824 от 23.08.2024 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 2317/2024 г., и вместо него **ПОСТАНОВЯВА:**

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 11-01-545/08.11.2023 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на К. Х. П., ЕГН: [ЕГН], в качеството му на генерален директор на Държавно предприятие "Национална компания Железопътна инфраструктура" е наложено административно наказание глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.53 от ЗАНН във вр.с чл.250 във вр.с чл.261, ал.2 от Закона за обществените поръчки и Заповед № ЗМФ-454/21.06.2023 г. на министъра на финансите, за нарушение на чл.79, ал.1, т.4 вр.с чл.18, ал.1, т.8 от ЗОП.

ОСЪЖДА Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция да заплати на К. Х. П., ЕГН: [ЕГН], сума в общ размер 2600 лв. (две хиляди и шестстотин лева), представляващи разноски за две съдебни инстанции, от които 1300 лв. (хиляда и триста лева) по НАХД № 2317/2024 г. на Софийския районен съд; и 1300 лв. (хиляда и триста лева) по адм.дело № 10204/2024 г. на Административен съд-София град, като сумата следва да бъде възстановена от бюджета на Агенцията за държавна финансова инспекция.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.