

РЕШЕНИЕ

№ 4012

гр. София, 14.06.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 31.05.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова

ЧЛЕНОВЕ: Доброслав Руков
Диляна Николова

при участието на секретаря Ванюша Стоилова и при участието на прокурора Бончева, като разгледа дело номер **3735** по описа за **2013** година докладвано от съдия Полина Якимова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 – 228 от АПК във връзка с чл. 63, ал.1, изр. 2 от ЗАНН.

С решение № 57/ 11.02.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 7799/ 2012 г. на СРС, НО, 13 състав, е отменено наказателно постановление (НП) № 11011071/ 05.12.2011 г., издадено от Теменужка П., директор на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на Х. Х. Д., в качеството му на генерален директор на Творческо-стопанско обединение "Национален дворец на културата" на основание чл. 56 от ППЗОП, вр. чл. 32, ал.1 от ЗАНН е наложено административно наказание "глоба" в размер на 300 лева за извършено нарушение на чл. 5, ал.1, т.10, вр. чл. 7, ал.1, т.3, предл.1 от ППЗОП (ред. ДВ, бр.93/ 24.11.2009 г.).

В срока и по реда на чл. 211, ал. 1 АПК вр. чл 63 ЗАНН е постъпила касационна жалба от името на административно-наказващия орган. Релевирано е касационното основание неправилност поради нарушение на материалния закон – чл. 348, ал. 1, т. 1 вр. ал. 2 НПК. Проследявайки в динамика фактическия състав по възникване на представляваното от ответника към датата на вмененото нарушение юридическо лице подателят й настоява, че Т. „НДК” е бюджетна организация, дефинирана като такава нормативно от създаването си до преобразуването й в търговско дружество през 2011 г; дейността й за разглеждания период се финансира по реда и начините, предвидени за бюджетните организации, което означава, че е възложител на обществени поръчки

по смисъла на чл. 7, т. 3 вр. § 1, т. 21, б. „б” и „в” от Закона за обществените поръчки. Това разбиране е изразено в писмо от 15.02.2007 г. на председателя на А. по повод запитване на Д., върху което е налично негово разпореждане „за съблюдаване”. Аргумент в подкрепа на извода за съставомерност на деянието е изведен от включването на Т. „НДК” в Регистъра на обществените поръчки с партиден № 1427. Касаторът подчертава, че промяната в правно-организационната форма на финансиране не променя статута на НДК като бюджетна организация. На Т. „НДК” е предоставено управлението на имоти публична държавна собственост, приходите от експлоатацията на които финансират дейността му като основни извънбюджетни източници.

Искането до съда е за отмяна на решението и за потвърждаване на отмененото с него наказателно постановление.

Ответникът Х. Д. се представлява от адв. С., който отрича основателността на касационната жалба по съображения, аргументирани подробно в становище по съществото на спора.

Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за основателност на касационната жалба и предлага да се отмени въззивното решение, а НП да бъде потвърдено.

Съгласно чл. 218, ал. 1 от АПК съдът разглежда жалбата само на сочените касационни основания. На основание чл. 218, ал. 2 от АПК съдът следи служебно единствено за валидността и допустимостта на обжалваното решение, както и за нарушение на материалния закон.

Основания за нищожност и недопустимост на обжалваният съдебен акт не са наведени от касационния жалбоподател. Съдът служебно не открива такива, поради което атакуваното в настоящето производство решение се възприема от АССГ за валидно и допустимо.

От фактическа страна СРС приема, че

Според Разпореждане № 25/ 14.07.1982 г. на МС от 01.07.1982 г. е образувано /към Комитета за култура/ Т. „НДК” като самостоятелно юридическо лице със седалище С. и предмет на дейност: организация и продуциране на културни, обществено-политически, научни, просветни и конгресно-конферентни дейности от вътрешен и международен характер; за тази цел обединението има право да сключва пряко договори /т. 2/. Обединението се образува на основата на Главна дирекция по експлоатация на Н. дворец на културата, като приема нейните права, задължения, активи и пасиви. С Решение № 25/17.02.1986 г. на Бюрото на МС е продължено до 31.12.1990г. действието на т.2 от Р. № 25/ 14.07.1982 г.

Съгласно чл. 3, ал. 1 от разпореждане № 17/ 26.06.1986 г. на Министерския съвет за преобразуване и образуване на творческо стопански обединения и комбинати – чл. 3, ал. 1 НДК „Л. Ж.” работи като самоуправляваща се организация, юридическо лице на бюджетна сметка.

Във времеви план следващият наличен по делото акт, регламентиращ статута на Т. НДК е Разпореждане № 4/ 01.02.1990 г. на Бюрото на МС, според което НДК е със статут на Творческо-стопанско обединение - юридическо лице на бюджетна сметка.

Съгласно чл. 3, ал. 1 от Правилника за дейността и органите на управление на Т. „НДК” той е със статут на Т., юридическо лице със седалище С. на бюджетна сметка и пряко подчинение на МС.

С Разпореждане № 43/1991 г. на МС цитираните актове на МС са отменени и е

постановено Т. "НДК" да бъде преобразувано в няколко еднолични търговски дружества. Предвидено е, че до учредяването им имуществото на Т. "НДК" се управлява по досегашния ред. До създаването на ЕАД през 2011 г. търговско дружество – правопреемник на Т. НДК не е учредено.

Съгласно ПМС № 44/19.03.1991 г. финансовата дейност на Т. "НДК" се осъществява по специална извънбюджетна приходно-разходна сметка. С БДС № 03/19.02.2003 г. на МФ и писмо № 9100-0021/19.02.2003 г. на БНБ, извънбюджетната сметка е закрыта служебно, считано от 28.02.2003 г.

С Решение № IV-055/ 07.07.2009 г. на генералния директор на Т. "НДК" е открита процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на чл. 90, ал.1, т.8 от ЗОП с предмет "Изпълнение на допълнително възникнали строително-ремонтни работи при монтаж на асансьори в административната сграда на НДК, както и подмяна на асансьорна уредба № 84 с модел KONE Minispase".

На 13.07.2009 г. между Т. "НДК", възложител и [фирма], "изпълнител", е сключен договор № Т-421/13.07.2009 г. с посочения предмет.

С платежни нареждания от 14.07.2009 г. и 29.07.2010 г. от Т. "НДК" на изпълнителя са изплатени съответно суми в размер на 191 532,32 лева с ДДС или общо 383 064,64 лева с ДДС, представляваща стойността на всички дейности, посочени в офертите на дружеството.

В рамките на извършена спрямо [фирма], като правопреемник на Т. "НДК" финансова инспекция е установено, че в 7-дневен срок от приключване на изпълнението на договор № Т-421/13.07.2009 г. на 29.07.2010 г., т.е. до 05.08.2010г., генералният директор на Т. "НДК" и лице по смисъла на чл. 8, ал.2 от ЗОП, не е изпратил информация до Агенцията за обществени поръчки.

С Разпореждане № 1/ 09.05.2011 г. на МС е образувано [фирма].

Изводът за материална незаконосъобразност на санкционния акт е мотивиран с довода, че към 06.08.2010 г. /датата, на която се твърди да е извършено нарушението/ Т. „НДК” е било *sui generis* юридическо образувание на самоиздръжка, което не попада в обхвата на чл. 7 ЗОП и не може да бъде определено като възложител; фактът на предоставяне за стопанисване и управление на недвижим имот – публична държавна собственост НДК, не превръща едноименното Т. в публичноправна организация по смисъла на чл. 7, т. 3 вр. § 1, т. 21 ДР на ЗОП – определянето му като публичноправна организация поради ползваната от него публична държавна собственост, която с оглед правно-организационната му форма Т. очевидно не може да бъде определена като част от капитала му, нито представлява финансиране от държавния бюджет /арг. ЗУДБ/, би представлявало недопустимо за обосноваване на административно-наказателна отговорност приложение на закона по аналогия. По този начин е мотивиран изводът, че ответникът не е бил адресат на ЗОП, респ. че не е нарушил предвидените в него задължения.

Възложители на обществени поръчки по чл. 7, т. 3 ЗОП са публичноправните организации, каквито по смисъла на § 1, т. 21 са юридическите лица, които, независимо от търговския или производствен характер са създадени с цел задоволяване на обществени интереси и отговарят на някое от следните условия:

а) повече от половината от приходите му за предходната бюджетна година се финансират от държавния бюджет, от бюджетите на държавното обществено осигуряване или на Националната здравноосигурителна каса, от общинските бюджети или от възложители по чл. 7, т. 1 или 3;

б) повече от половината от членовете на неговия управителен или контролен орган се определят от възложители по чл. 7, т. 1 или 3;

в) обект е на управленски контрол от страна на възложители по чл. 7, т. 1 или 3; управленски контрол е налице, когато едно лице може по какъвто и да е начин да упражнява доминиращо влияние върху дейността на друго лице.

Публичноправна организация е и лечебно заведение - търговско дружество, на което повече от 30 на сто от приходите за предходната година са за сметка на държавния и/или общинския бюджет, и/или бюджета на Националната здравноосигурителна каса. Видно от редакцията на легалната дефиниция, нито вписването НДК в приложение III към Директива 2004/18 от компетентния държавен орган, нито становището на изпълнителния директор на А. /л. 123 от делото/ са относими към преценката представлява ли Т. "НДК" публичноправна организация - възложител по чл. 7, т. 3 ЗОП.

Няма съмнение, че с оглед целта на създаването си Т. „НДК” /задоволяване на обществени интереси/ представлява публичноправен субект по смисъла на първата част от определението. Законодателят обаче е предвидил кумулативна даденост на един от трите критерия по букви „а”, „б” и „в”. АУАН и НП не съдържат фактически установявания съобразно кой от критериите по § 1, т. 21 б. „а” – „в” ДР ЗОП Т. „НДК” е квалифицирано като възложител по смисъла на Закона за обществените поръчки. СРС е анализирал буква „а” на т. 21 от § 1. Действително, за да се приеме за установен фактически състав по § 1, т. 21, б. „а” от ДР на ЗОП следва повече от половината от приходите за предходната бюджетна година да са от държавния бюджет, от бюджетите на ДОО или НЗОК, от общинските бюджети или от възложители по чл. 7, т. 1 ЗОП – но инспекционната преписка не съдържа данни Т. „НДК” да е получател на бюджетни приходи, нито техният размер да съставлява повече от половината от всичките му приходи. Такова установяване не е извършено и от въззивната инстанция.

Не са анализирани обаче информационните източници /приложени към жалбата/, проследяващи в динамика конституирането и измененията в статута на Т. „НДК” и тяхната относимост към критериите по § 1, т. 21, буква „б” и „в” от ДР на ЗОП.

Възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 3 вр. § 21, б. „б” ДР ЗОП са юридическите лица, които, независимо от търговския или производствен характер са създадени с цел задоволяване на обществени интереси и повече от половината от членовете на неговия управителен или контролен орган се определят от възложители по чл. 7, т. 1 или 3.

Бе посочено, че с разпореждане № 4 на Бюрото на Министерския съвет от 01.02.1990 г. за изменение на Разпореждане № 17 на Б. от 1986 г., чл. 3, ал. 4 определя, че Творческо стопанският съвет на Т. НДК се състои от 49 на сто избрани от колективите на поделенията членове и 51 на сто от представители на художественотворческата и наукотехническата интелигенция, като последните се определят по предложение на творческите съюзи със заповед на Министерския съвет, а съгласно ал. 5 ръководителят на Т. НДК и неговите заместници се избират и освобождават от Творческо-стопанския съвет чрез конкурс след съгласуване със съответния заместник министър председател на Министерския съвет, който координира дейностите в духовната сфера.

Приетият въз основа на цитирания акт на министерския съвет Правилник за дейността и органите на управление на Т. НДК определя /чл. 3, ал. 1/ устройството, целите и

дейността на Т. – НДК и взаимодействието му с другите държавни и обществени органи и организации. Статутът му е на Т., юридическо лице със седалище С. на бюджетна издръжка и пряко подчинение на МС. Именно битността му на създадено от МС и намиращо се на пряко подчинение на МС юридическо лице е съществена за квалифицирането му като възложител по смисъла на чл. 7, т. 3 вр. § 1, т. 21, б. „б” ЗОП. Бе посочено, че творческо-стопанският съвет на Т. НДК се формира /51 на сто/ от представители на художественотворческата и научнотехническата интелигенция, като последните се определят по предложение на творческите съюзи със заповед на Министерския съвет. М. съвет е възложител по смисъла на чл. 7, т. 1 от ЗОП – като орган на държавна власт с правомощие да образува/създаде Т., да определи статута му и да го преобразува като търговско дружество и по силата на чл. 3 ал. 4 Р. № 4/ 1990 г. определя повече от половината на управителния орган на Т. НДК. Този негов статут не се променя от Разпореждане № 43/1991 г. на МС, с което цитираните актове на МС и е постановено Т. "НДК" да бъде преобразувано в няколко еднолични търговски дружества. Предвидено е, че до учредяването им имуществото на Т. "НДК" се управлява по досегашния ред. До създаването на ЕАД през 2011 г. търговско дружество – правопреемник на Т. НДК не е учредено.

При извода, че Т. „НДК” е възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 3 вр. § 1, т. 21, б. „б” ДР ЗОП и адресат на задължението по чл. 7, ал. 1, т. 3 вр. чл. 5, ал. 1, т. 10 ППЗОП в 7-дневен срок от приключване на изпълнението по договор № Т 421/ 13.07.2009 г. да изпрати информация в А. за цитираното обстоятелство до 05.08.2010 г., което не е сторено.

Не може да намери приложение чл. 28 ЗАНН – касае се за деяние, чиято обществена опасност не е явно незначителна. Регламентацията, дадена в ЗОП и Правилника за приложението му е насочена към обезпечаване на прозрачност при възлагане на процедурите – чл. 2 ЗОП. Наказанието е „явно несправедливо”, когато не съответства на обществената опасност на деянието и дееца, на смекчаващите и отегчаващите отговорността обстоятелства, както и на целите по чл. 12 ЗАНН - да се предупреди и превъзпита нарушителят към спазване на установения правов ред /лична превенция/ и се въздейства възпитателно и предупредително върху останалите граждани /генерална превенция/. В разглеждания случай наказанието е наложено в размер на законовия минимум, което изключва възможността ответникът да се позове на явна несправедливост на наложеното наказание.

По тези съображения обжалваното решение следва да бъде отменено, а отмененото с него НП – потвърдено като законосъобразно издадено.

Водим от горното, Административен съд София-град, IX-ти касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение № 57/ 11.02.2013 г., постановено по н. а. х. дело № 7799/ 2012 г. на СРС, НО, 13 състав

ПОТВЪРЖДАВА наказателно постановление № 11011071/ 05.12.2011г., издадено от Теменужка П., директор на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на Х. Х. Д., в качеството му на генерален директор на Творческо-стопанско обединение "Национален дворец на културата" на основание чл. 56 от ППЗОП, вр. чл. 32, ал.1 от ЗАНН е наложено административно наказание "глоба" в размер на 300 лева за

извършено нарушение на чл. 5, ал.1, т.10, вр. чл. 7, ал.1, т.3, предл.1 от ППЗОП (ред. ДВ, бр.93/ 24.11.2009 г.).

Решението не може да се обжалва.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: