

РЕШЕНИЕ

№ 5779

гр. София, 12.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 16.09.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Евгения Иванова

ЧЛЕНОВЕ: Калинка Илиева

Пламен Панайотов

при участието на секретаря Валентина Христова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **5625** по описа за **2022** година докладвано от съдия Пламен Панайотов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 – чл.228 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл.63, ал.1 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на Агенция за Държавна Финансова Инспекция /АДФИ/, представлявана от директора ѝ срещу РЕШЕНИЕ №1065, от 25.03.2022г. постановено по н.а.х.д. № 9561/2021 г. на Софийски районен съд, НО, 8 състав, отменящо Наказателно постановление №11 – 01-804/09.06.2021 г. на Директора на АДФИ, с което на Д. Д. Д. на основание чл. 247 ал. 1, вр. чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 1 094 , 40 лв за нарушение по чл. 2, ал. 2 от ЗОП . Нарушението се състои в това, че Д. Д. Д. в качеството си на началник на НСО и на публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл.5,ал.2, т.13 от Закона за обществените поръчки е открил възлагането на обществена поръчка на стойност по чл.20,ал.3 , т.2 от ЗОП , с предмет: „Доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми „ чрез публикуване в профила на купувача на обява с №660/21.03.2019г. в която са включени изисквания „Участникът, в случай че не е производител на машината , да е официален представител или оторизиран дилър , или оторизиран представител , или официален вносител на съответния производител за доставка на машина за монтаж и демонтаж

на автомобилни гуми на територията на Република България „ и „Предлаганата от участника машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми да е произведена на територията на Европейския съюз“.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Административен съд София - град, VI - ти касационен състав, като прецени допустимостта и основателността на касационната жалба по наведените в нея касационни основания по чл. 348, ал. 1 от НПК, ангажираните по делото доказателства и съобразно закона, намира за установено следното:

Касационната жалба е допустима, като подадена срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол, от надлежна страна по смисъла на чл.210, ал.1 от АПК и при спазване на преклузивния 14-дневен срок по чл. 211, ал. 1 от АПК. Разгледана по същество, е основателна. В касационната си жалба касаторът сочи като основания за отмяна на първоинстанционното решение касационните основания визирани в чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 вр. с чл. 348, ал. 2 от НПК. Изложени са съображения за нарушаване на материалния и процесуалния закон. Твърди се, че не е налице допуснато нарушение на процесуалните правила при издаване на НП , както погрешно е бил приел въззивния съд , че контролният орган не е описал точно и ясно обстоятелствата , при които твърди да е осъществено нарушението . Представя писмено становище в което изразява мнение, че НП и АУАН много точно и ясно са описани обстоятелствата , при които е осъществено нарушението. Представителят на касатора изразява становище , че обжалваното постановление е редовно , правилно , законосъобразно . Същото е постановено при наличието на всички изискуеми реквизити по чл.57 от ЗАНН, мотивирано е и е издадено от надлежен орган. В заключение прави искане за отмяна на въззивното решение и за потвърждаване на НП №11-01-804/9.06.2021г. , издадено от директора на АДФИ. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение и пледира за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът по касация, чрез процесуалния си представител, оспорва касационната жалба като неоснователна и недоказана в съдебно заседание и моли за отхвърлянето ѝ от съда. Представя писмен отговор на касационната жалба в който излага подробно становище по твърдението си , че не е налице нарушение на чл. 2 , ал.2 от ЗОП . Изразява мнение, че касационната жалба не отговаря на изискванията по чл.348 НПК , поддържа правилността на решението на въззивния съд. Претендира присъждане на направените по делото разноски и представя списък. Представителят на Софийска градска прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба и пледира за оставяне в сила на решението на районния съд като правилно.

Съдът намира за установено следното :

Жалбоподателят е санкциониран за нарушение по чл 84, т. 4, вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП /ДВ бр.17 от 26.02.2019г./. Нарушението се състои в това, че Д. Д. Д. в качеството си на началник на НСО и на публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на

чл.5,ал.2, т.13 от Закона за обществените поръчки е открил възлагането на обществена поръчка на стойност по чл.20,ал.3 , т.2 от ЗОП , с предмет: „Доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми „ чрез публикуване в профила на купувача на обява с №660/21.03.2019г. в която са включени изисквания „Участникът, в случай че не е производител на машината , да е официален представител или оторизиран дилър , , или оторизиран представител , или официален вносител на съответния производител за доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми на територията на Република България „ и „Предлаганата от участника машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми да е произведена на територията на Европейския съюз“ , които ограничават конкуренцията като дават необосновано предимство и необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка , и което не е съобразено с предмета, стойността ,сложността , количеството или обема на обществената поръчка.

Със заповед ФК – 10 – 958 от 8.07.2020г. на Директор на Държавна финансова инспекция е възложена проверка за законосъобразност на извършените през периода 1.01.2019г. до 30.06.2020г. бюджетни разходи за строителство, доставки и услуги , във връзка със спазване на нормативната уредба в областта на обществените поръчки , сключените договори и изпълнението им. Обект на извършената проверка е била и възложената със заповед №417/23.02.2019г. обществена поръчка с предмет „Доставка на машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми“. Обществената поръчка е обявена по предложение на началник на отдел 06 на НСО и е с прогнозна стойност 40 000 лева. Към предложението е налично приложение № 1 , което определя техническите спецификации на машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми. На основание чл.20,ал.3 от ЗОП на 21.03.2019г. е публикувана обява . В графа „Друга информация“ са публикувани изискванията към участниците. В т. 2 е поставено изискване При извършената проверка е била Същото изискване е записано в т. 2 и т. 3 от Условия за участие и изисквания за изготвяне на оферта за възлагане на обществената поръчка по реда на чл.187 – 188 от ЗОП. В резултат на проведената процедура по ЗОП на 9.05.2019г. е сключен договор между Национална служба за охрана , представлявана от Д. Д. и фирма „Интерпан“ ООД , представлявана от Л. П. Т., П. С. Б. и М. Р. Г. – управители на дружеството. В резултат на извършената проверка е издаден акт за установяване на административно нарушение № 11-01-804/10.12.2020г. в която е констатирано , че с включените в заповед №660/21.03.2019г. изисквания - „Участникът, в случай че не е производител на машината , да е официален представител или оторизиран дилър , или оторизиран представител , или официален вносител на съответния производител за доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми на територията на Република България „ и „Предлаганата от участника машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми да е произведена на територията на Европейския съюз“ се ограничава конкуренцията като дават необосновано предимство и необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка , и което не е съобразено с предмета, стойността ,сложността , количеството или обема на обществената поръчка. АУАН –А е връчен на Д. Д. Д. на 10.12.2020г. Въз основа на АУАН е издадено и обжалваното на основание чл. 247 ал. 1, вр. чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 1 094 , 40 лв за нарушение по чл 84, т. 4, вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП /ДВ бр.17

от 26.02.2019г./То било връчено лично на наказаното лице, видно от отбелязването в него, на 14.06.2021 г., като жалбата против него била подадена чрез АНО, на 18.06.2021 г., видно от входящ номер на жалбата в горния десен ъгъл. При това положение жалбата е подадена в срока по чл.59, ал.2 от ЗАНН и от лице с правен интерес, с оглед на което е процесуално допустима.

Съгласно чл. 63 ал.1, от ЗАНН първоинстанционното решение подлежи на касационно оспорване на основанията, предвидени в НПК. В чл. 348 ал. 1 от НПК са изброени 3 касационни основания: нарушен е закона, допуснато е съществено нарушение на процесуалните правила или наложеното наказание е явно несправедливо. Съгласно чл. 218 от АПК касационният съд обсъжда само посочените в жалбата пороци на решението, като за неговата валидност, допустимост и съответствие с материалния закон следи и служебно. От което по аргумент на противното следва, че за допуснати съществени нарушения на процесуалните правила от първоинстанционния съд и за явна несправедливост на наложеното наказание Съдът ще следи, само ако са били изложени в жалбата като касационни основания. Касаторът релевира доводи за наличието на касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 вр. с чл. 348, ал. 2 от НПК.

Обжалваното решение е постановено при неправилно приложение на материалния закон - касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т.2 от НПК, във вр. с чл. 84 от ЗАНН.

Настоящият касационен състав счита, че са неправилни изводите на районния съд относно несъответствието на АУАН, с процесуалните правила за издаването му. Актът е издаден от компетентен орган, съобразно разпоредбата на чл. 261, ал.1 ЗОП, както и е съставен в рамките на сроковете по чл.261, ал.2, които се явяват специални спрямо общата разпоредба по чл.34, ал.1 от ЗАНН, като същия съдържа предписаните от закона реквизити като минимално изискуемо съдържание - чл. 42 ЗАНН. При издаването му е спазен процесуалния ред за това, като е налице редовна процедура по връчването. Наказателното постановление също е издадено от компетентен орган. Не е налице допуснато нарушение на процесуалните правила при издаване на НП , както погрешно е приел въззивния съд , че контролния орган не е описал точно и ясно обстоятелствата , при които твърди да е осъществено нарушението .

Съдът счита , че в НП и АУАН много точно и ясно са описани обстоятелствата , при които е осъществено нарушението – дата , място точно описания на действията на длъжностното лице и в какво точно се състои извършеното от него нарушение на разпоредбата на чл.2, ал.2 от ЗОП. По мнение на настоящия съдебен състав обжалваното постановление е редовно , правилно , законосъобразно . Същото е постановено при наличието на всички изискуеми реквизити по чл.57 от ЗАНН, мотивирано е и е издадено от надлежен орган.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с

предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Правилното тълкуване на разпоредбата на чл. 59, ал. 2 ЗОП определя, че възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция. Възложителят има оперативна самостоятелност да определи потребностите си, но тази самостоятелност не е неограничена, като поставените граници са свързани с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. В случая тези изисквания относно поставения критерий „Предлаганата от участника машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми да е произведена на територията на Европейския съюз“ не са спазени. Със залагането на този критерий се ограничава конкуренцията, като се дава необосновано предимство и необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка. Това изискване не намира опора, нито в спецификата на извършваната от НСО дейност, нито в приложимата нормативна уредба. Съдът счита, че този критерий е произволно определен и действително ограничава възможността за участие в проведената процедура на всички стопански субекти, отговарящи на поставените други изисквания. Критерият съответната машина, да е произведена на територията на Европейския съюз, не намира своята опора и в определените технически изисквания за качество. Не може да бъде споделен извод, че единствено машини, произведени на територията на Европейския съюз са с търсеното от възложителя високо качество, което да обезпечи специфичните изисквания към автомобилите с които НСО осъществява своята основна дейност. В този смисъл, следва да бъде споделен извода на АДФИ, че изискването е ограничително и дискриминационно, като възложителят е ограничил възможността на потенциални участници в обществената поръчка да предоставят оферта при равнопоставеност с други, като това ограничение не е обективно обосновано.

При провеждането на обществената поръчка от страна на възложителя, е следвало да бъде предоставена възможност на всички лица, имащи възможност да доставят машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми с описаните технически спецификации. Обратното означава изборът на изпълнител с териториален обхват територията на Европейския съюз, да е ограничен на териториален принцип. Това, което би следвало да има значение за възложителя е доставената машина да притежава исканите технически и функционални характеристики и на изискванията, установени в нормативните актове, действащи на територията на Република България към момента на възлагане и изпълнение на обществената поръчка.

Субективната страна на нарушението - вината, също е установена по несъмнен начин. По силата на заеманата длъжност - началник на Национална служба за охрана /НСО/ и на публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл.5,ал.2, т.13 от Закона за обществените поръчки и като възложител на обществени поръчки, жалбоподателят е назначил комисия по ЗОП и е подписал процесния договор, т. е той

е знаел и му е било известно какви документи е нужно да бъдат представени за сключване на договора за обществена поръчка.

По отношение на изискването „Участникът, в случай че не е производител на машината, да е официален представител или оторизиран дилър, или оторизиран представител, или официален вносител на съответния производител за доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми на територията на Република България“, съдът не споделя изводите в наказателното постановление за нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП. В рамките на своята оперативна самостоятелност, възложителят има право да структурира обществената поръчка по най – благоприятния за него начин, с оглед специфичните си потребности и постигането на качествено и изпълнение. Оперативната самостоятелност на възложителя предполага той да определи по целесъобразност кръга от лица, които имат възможност да я изпълнят с оглед техническите изисквания и високо качество, за да се гарантира дълготрайно, безопасно експлоатиране на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми. Това включва и гаранционно обслужване. Обосновано е да се предположи, че производителят, официален представител или оторизиран дилър, или оторизиран представител, или официален вносител биха обезпечили дълготрайно, безопасно експлоатиране на процесната машина и нейното гаранционно обслужване в кратки срокове. Въведените от възложителя изисквания, по този критерии, не въвеждат ограничение по отношение на определена търговска марка, поради което в процедурата може да участва всяко заинтересовано лице, което търгува с този вид машини на българския пазар и което отговаря на специфичните потребности на възложителя за доставка, безпроблемна експлоатация и качествено гаранционно обслужване. Поставеното изискване участникът, в случай че не е производител на машината, да е официален представител или оторизиран дилър, или оторизиран представител, или официален вносител на съответния производител дава гаранция и обезпеченост при гаранционно и следгаранционно обслужване, възложителят да защити в максимална степен правата си на потребител. В този смисъл, поставеното изискване не нарушава разпоредбата на чл.2, ал. 2 от ЗОП.

Изложеното налага обжалваното решение да бъде отменено и вместо него да бъде постановено друго, с което НП да бъде потвърдено като законосъобразно издадено. То е правилно в частта му в която е констатирано, че с включеното в заповед №660/21.03.2019г. изискване - „Предлаганата от участника машина за демонтаж и монтаж на автомобилни гуми да е произведена на територията на Европейския съюз“ и неправилно в частта, че с включеното в заповед №660/21.03.2019г. изискване - „Участникът, в случай че не е производител на машината, да е официален представител или оторизиран дилър, или оторизиран представител, или официален вносител на съответния производител за доставка на машина за монтаж и демонтаж на автомобилни гуми на територията на Република България „.

В Наказателно постановление №11 – 01-804/09.06.2021 г. на Директора на Агенция за Държавна Финансова Инспекция е наложено едно наказание за двете констатирани нарушения на разпоредбата на чл.2, ал. 2 от ЗОП. Предвиденото наказание в разпоредбата на чл.247, ал.1, т.1 от ЗОП е в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв. В

конкретния случай на Д. Д. Д. , ЕГН [ЕГН] е наложена глоба в размер на 1 094 , 40 лв, която е съобразена с цитираната разпоредба. В мотивната част на НП е взето предвид, че нарушението е първо .

Предвид изложените мотиви , съдът потвърждава издаденото от на Директора на Агенция за Държавна Финансова Инспекция наказателно постановление и отменя въззивното съдебно решение.

С оглед изхода на делото и във връзка с изменението чл. 63, ал.3-5 от ЗАНН /ДВ, бр.94 от 29.11.2019г./, искането на касатора за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателно и следва да се уважи в размер на 150 лева, съгласно чл. 78, ал. 8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр. 5 от 17.01.06г./.

Предвид това, Административен съд София-град, XIX касационен състав, на основание чл. 221, ал. 2 от АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 1064 от 25.03.2022 г. постановено по НАХД № 9561/2021 г. на Софийски районен съд и вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление №11 – 01-804/09.06.2021 г. на Директора на Агенция за Държавна Финансова Инспекция .

ОСЪЖДА Д. Д. Д. , ЕГН [ЕГН] , да заплати на Агенция за Държавна Финансова Инспекция /АДФИ /разноски по водене на делото в размер на 150 /сто и петдесет / лв.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.