

РЕШЕНИЕ

№ 7181

гр. София, 20.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в публично заседание на 14.05.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Наталия Ангелова

при участието на секретаря Цонка Вретенарова, като разгледа дело номер **11461** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по жалба на П. Б. Г. с ЕГН [ЕГН] от [населено място], [жк], [жилищен адрес] чрез упълномощен адв. К., против Заповед № 375/01.12.2011г., издадена от председателя на Държавната комисия за хазарта, с която на основание чл.107, ал.2 и чл. 108, ал.1 от Закона за държавния служител(ЗДСл), е прекратено служебното му правоотношение за длъжността „началник отдел” в отдел „Контрол върху хазартната дейност”, в Дирекция „Разрешения и контрол върху хазартната дейност” на Държавната комисия по хазарта, с придобит ранг I. Старши, считано от 01.12.2011г., , по причини – „получил на 22.11.2011г. възможно най-ниската окончателна обща оценка - 5 „Неприемливо изпълнение” при атестирането за периода 01.12.2010г. до 30.11.2011г.

Становища на страните:

С жалбата се иска отмяна на заповедта, поради допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и материалноправните изисквания конкретно поради нарушение на процедурата по атестирането , довело до опорочаване на общата оценка – посочват се само като нарушени чл.3 – 6, чл.12-15, 18, 23, 25, 28 и 29 от Наредбата за условията и реда за атестиране на служителите от държавната администрация. Изтъква се като довод и членството на жалбоподателя в Синдикат „Подкрепа”, в която връзка било нарушено Споразумение от 29.01.2010г. между

Държавната комисия по хазарта и Националният синдикат на административните служители „подкрепа” - чл. 11, ал.1 и ал.2, чл.14 и чл.17, не било поискано изрично писмено съгласие на председателя на синдикалната секция към ДКХ, при атестирането му не бил участвал представител на синдиката. Твърди се и несъответствие на обжалваната заповед с целта на закона – била резултат от тенденциозно отношение към жалбоподателя, както и в нарушение на чл.104, ал.1 и чл.108 ЗДСл, без да се посочва конкретно защо. В подробна писмена защита мотивите на жалбата са допълнени със следното:

- оценяващият ръководител е предал формуляра на контролиращия ръководител преди изтичането на 7-дневния срок за възражение по чл. 28, ал.2 от Наредбата за условията и реда за атестиране на служителите в държавната администрация - само Наредбата, понастоящем отменена - ДВ бр. 49/2012г. ;

- жалбоподателят е подал възражение в 7-дневния срок, което не е предадено на контролиращия ръководител, който не се е запознал с възражението и не бил изготвен формуляр съгласно чл.29, ал.2 от наредбата – приложение 4

- не била дадена реална оценка, жалбоподателят бил лишен от право на защита по смисъла на чл.28 от наредбата „поради явната прибързаност от страна на органа да прекрати” правоотношението.

- От чл. 29, ал.1 и ал.2 се извежда, че контролиращият ръководител е бил длъжен да се произнесе по възражението и становището му следвало да бъде съобщено на оценявания, което не било изпълнено;

- дадената оценка не отговаряла на действителното изпълнение на служебните задължения: на междинната среща на 11.07.2011г., оценяващият е вписал, че „оценявания изпълнява целите, заложи в работния план”, коренно променено в края на периода, никоя от целите на работния план не била прецизирана или коригирана, не били набелязани конкретни действия за подобряване изпълнението на задълженията, не била отразена препоръка, свързана с уменията и компетентностите по длъжностната характеристика; не бил представен нито един доклад, който да дава препоръки, представени били всички доклади от проверки; не били представени доказателства за бонусите, които жалбоподателят е получил за добре свършена работа но в него нямало такива препоръки;

- атестирането не било извършено въз основа на нормативно установени показатели за атестиране и обективно установими факти и обстоятелства, общата оценка не била изготвена съобразно идентичните оценки по отделните показатели, общите постижения и поведението на оценявания служител;

- не се твърдяло системно неизпълнение на задълженията под изискванията за длъжността, системността отличавала неприемливото изпълнение по дадената оценка от оценка 4 „изпълнението не отговаря напълно на изискванията , необходимо е подобрене”;

- поддържа се твърдението в жалбата за допуснато нарушение на споразумението със Синдиката, поради представеното от последния , че към датата на издаване на заповедта жалбоподателят е бил секретар към създадената секция, в това число и предвид действието на споразумението от 29.01.2010г. в двугодишен срок занапред.

Иска се от съда освен отмяната на заповедта да присъди и направените съдебни разноси и възнаграждение на адвоката, осъществил процесуално представителство по делото.

Ответникът – председателя на ДКХ, чрез процесуален представител оспорва жалбата, иска от съда да постанови отхвърлянето ѝ.

По делото се приети доказателствата по административната преписка, отделно са представени такива от страните съобразно становищата им - за съставени актове за установяване на административни нарушения и резолюции за прекратяване на адмोनосотравно-наказателно производство, за качеството член на синдикална секция на жалбоподателя, доклади за извършени проверки, за неизвършени проверки, органограма на ДКХ.

Съдът като обсъди доказателствата по делото и след служебна проверка на оспорения акт по реда на чл.168 АПК, приема за установено от правна и фактическа страна следното:

По фактите съдът приема следното:

Безспорно е между страните, че жалбоподателят е заемал длъжността, за която с обжалваната заповед е прекратено служебното му правоотношение.

Съгласно Формуляр за оценка на индивидуалното изпълнение на длъжността – л. 21 на междинната среща, проведена на 11. 07.2011г. е вписано „Изпълнява целите , заложи в работния план, да повиши контрола по съставянето на АУАН, като се изпълняват предписанията, дадени в докладите от извършените проверки на инспектората и препоръките от наблюдаващия прокурор” .

В раздел III Обща оценка, са вписани мотиви, свързани със съставянето на планът за извършване на проверки за 2011г., по които не е имало констатации на междинната среща, за неактуализирането му, довело до затруднения в контролната дейност по извършването на проверките; за качеството на контролната дейност, довело до прекратяване на административно-наказателни производства; не изпълнявал задълженията си с необходимото качество - отново във връзка с пропуските в отдела по административното наказване. По показателите за компетентност – изключително негативни, в това число недостатъчно познаване на нормативните актове в областта на хазарта и административното наказване, довело до грешни правни квалификации; липса на умения да изпълни поставената работа, за установяване на връзки между звената , не познавал вътрешните правила ; липсвали умения за мотивиране и поощряване на подчинените му и други. Посочени са конкретни административни преписки АУАН от 2011г. , по които ответникът след преценка е издал резолюция за прекратяване, непроверените 126 броя обекта по плана за 2011г., липсвал отчет и анализ на работата. По всички показатели е дадена най-ниска оценка – „3”, , а коментарът по общите постижения е „системно изпълнява работата под нивото на изискванията за длъжността”, в резултата на което е поставена най-ниска обща оценка – 5 „неприемливо изпълнение на длъжността” .

Съгласно формуляр по възражение за оценка на индивидуалното изпълнение на длъжността Приложение 4 към чл. 29, ал.2 от Наредбата, в раздел II е вписано, че жалбоподателят не е подал възражение – на 18.11.2011г. – след изтичане на 7-дневния срок, такова било постъпило на 21.11. 2011г., контролиращият ръководител се запознал с него, приема доводите за неподкрепени с доказателства, а направените оспорвания общи, не внасяло съмнение в констатациите на оценяващия ръководител, налагащо събирането на нови доказателства. Приета е оценката на оценяващия ръководител като мотивирана и обоснована, доказваща неприемливото изпълнение на целите от работния план, отчетено било безкритичното приемане и липса на

ефективен контрол за работата на подчинените му служители, липсвали указания и идеи за подобряване на работата на отдела и практическото реализиране на контролната дейност на ДКХ в областта на надзора и контрола върху хазарта. По такива съображения е потвърдена поставената най-ниска оценка от оценяващия ръководител.

По делото са представени заповеди за извършване на пълни проверки по чл. 34, ал.5 от Закона за хазарта, с участието на жалбоподателя (20 броя), в които се организирани хазартни игри без разрешение от ДКХ – л. 161 и сл. от делото; за броя на текущите проверки за 2011г. – 481 (л. 136) по годишния план на ДКХ - 481, от които 126 неизвършени; докладни записки относно извършени проверки през 2011г. по заповеди за проверка, изготвени от директора на Дирекция „Разрешения и контрол върху хазарта”, в която дирекция заема длъжност жалбоподателя и от жалбоподателя, съгласно които или нямало игрална зала или не работи и не се организирани хазартни игри с игрални автомати, за резултатите от направена справка по информационните масиви за съответното дружество– л. 81 - 110. Представени са и актове за установяване на административно нарушение през 2011г. (л. 80 и 37) и издадени резолюции за прекратяване на административно-наказателното производство по такива актове л. 64 – 79, съгласно които производството се прекратява поради допуснато в хода на проверката съществено процесуално нарушение на чл. 42, т.6 Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН): липса на данни за нарушителя, което не могло да бъде отстранено; привлеченият към административна отговорност не е бил управител към момента на нарушението; поради неизясненост на фактическата обстановка; липса на санкционна норма за дейнието; липса на задължение за данък; извършеното не е съставомерно и др., касаещи изцяло пороци на акта за установяване на административното нарушение, които не могли да се отстранят от административно-наказващият орган. Представен е план за извършване на проверки по чл. 34 от Закона за хазарта - л. 38, по който са останали непроверени 126 обекта, съгласно писмото на л. 136. от ответника.

Оценяващият и контролиращият ръководител са заемали длъжности съответно на непосредствено висшестоящ и поради това компетентни да изготвят съответните оценки, видно от представената органограма на ДКХ – л. 135, извлечение от публичен регистър, съответните формуляри за оценка са подписани от жалбоподателя и тези длъжностни лица.

Съдът приема, че към момента на прекратяване на правоотношението - 01.12.2011г., жалбоподателят е бил синдикален член - секретар на Синдикална секция в ДХК към Синдиката на административните служители на КТ „Подкрепа”, съществувала за периода от подписване на споразумението на 29.01.2010г. до 31.12.2011г., съгласно представеното и неоспорено от ответника писмо на л. 144 от председателя на Синдиката. Представените заповед за напускане през 2010г. на посочените в писмото председател и секретар служители на ДКХ, не опровергават този извод, тъй като се касае за организационна структура, която има собствени правила.

Съдът приема също, че към момента на прекратяване на правоотношението с жалбоподателя - 01.12.2011г., е действащо Споразумение за държавния служител, подписано между ДКХ, представлявана от председателя и Синдикат на административните служители „Подкрепа”, представляван от Е. Б. –председател,

подписано на 29.01.2010г., със срок на действие 2 години от подписването му – чл. 47, ал.2. Съгласно чл.14 от Споразумението, работодателят може да прекратява служебните правоотношения със синдикални членове в определени хипотези, сред които и по чл.107, ал.2 ЗДСл след изрично писмено съгласие на председателя на синдикалната секция към ДКХ. Такова съгласие не е искано, не се установява от доказателствата и не се твърди от никоя от страните.

Предвид горното по фактите, съдът формира следните правни изводи:

Обжалваната заповед е издадена от компетентен орган и в предвидената от закона писмена форма – по чл. 108 от ЗДСл, предвид правомощията на председателя на ДКХ по чл. 5, ал.2, т.1 от Устройствения правилник на същата комисия. Съгласно правното основание - чл.107, ал.2 ЗДСл в относимата редакция, органът по назначаването може да прекрати правоотношението в 1 месечен срок от датата, на която е поставена най-ниската оценка, т.е. от датата на която контролиращият ръководител е поставил най-ниската оценка – на 22.11.2011г., който срок е спазен, предвид датата на издаване на заповедта – 01.12.2011г. Следователно, заповедта е издадена от компетентен орган – със същата е упражнено предоставено от закона правомощие на издателят ѝ и в преклузивен срок за това.

Съдът намира, че заповедта е издадена при съществено процесуално нарушение – относно изискването за съгласие от председателя на синдикалната секция, в която членува жалбоподателя, съгласно чл.14 от Споразумението за държавния служител. След като органът по назначаването се е задължил в хипотезата по чл.107, ал.2 ЗДСл, да изиска съгласие от председателя на синдикалната секция, то самият той е ограничил лично волята си, макар и законодателят да не го задължава за това. По делото не са представени доказателства да е отправено такова искане, съответно ответникът да е изразил заинтересованост да установи ръководството на секцията. Това е могъл да направи най-малкото като се обърне към другата страна по споразумението – председателят на Националния синдикат. Ответникът е бил задължен да отправи искане за съгласие, тъй като споразумението е действало.

Посоченото правило на чл. 14 от Споразумението е такова по чл. 13 от АПК – вътрешно правило, по което ще разрешава идентични случаи при упражняване на оперативната си самостоятелност. Неспазване на посоченото правило нарушава принципа за последователност и предвидимост, доколкото тези принципи изискват установяването на такива правила при упражняване на оперативната самостоятелност. Именно като правомощие, чието упражняване е предоставено на преценката на органа по назначаване, т.е. като правна възможност, а не като задължение, произтичащо от закона е установено правилото на чл.107, ал.2 ЗДСл. Съгласно тази разпоредба, органът „може” да прекрати едностранно правоотношението със държавния служител, получил най-ниска оценка при атестирането.

Допуснатото процесуално нарушение е съществено, тъй като е довело до неспазването на принципа за последователност и предвидимост обосновава и извод за допуснато нарушение по чл.146, т.5 АПК – несъответствие на заповедта с целта на закона.

Освен това е допуснато и несъответствие на заповедта с материалния закон – поради немотивираност на поставената най-ниска оценка. Съдът съобрази, че при междинната оценка фактите относно нередовностите на извършваните проверки и

административно-наказателната дейност не са могли да бъдат взети предвид, тъй като са осъществени впоследствие - резолюциите за прекратяване са издадени след датата на междинната оценка, резолюциите за прекратяване са изяло поради нередовности на акта за установяване - неустановеност на относимите към състава на нарушението факти, неправилна квалификация на нарушението и отговорните лица и др., които действително водят до извод за непознаване на правната уредба. Отделно от това действително е налице противоречие между окончателната и междинната оценка, тъй като забележките относно другите показатели за компетентност са свързани с личностните качества на жалбоподателя, които както основателно се твърди, не могат да са проявени и забелязани едва в 4 –месечния период след междинната оценка. Освен това преценките в болшинството си са общи фрази, които без посочване на конкретни факти, не могат да бъдат проверени. Също така претендираното изпълнение на задължения не е свързано с конкретни функции по длъжностната характеристика на жалбоподателя – например относно посочването на неизготвени отчети и анализи, доколкото съществува забрана за възлагане на задачи извън същата – чл.21,ал.3 ЗДСл и само спрямо предвиденото в длъжностната характеристика могат да се поставят задачи за изпълнение и съобразно изискванията за компетентност за длъжността в характеристиката да се преценява изпълнението.

Освен това работният план съдържа цели, свързани с изготвянето на планове за проверки, ръководство и организация на проверките, осъществяването на контрол по съставянето, връчването на АУАН, отчети и анализ на резултатите от контролната дейност, участие в изготвянето на Методика за проверките в ДКХ, оценка на индивидуалното изпълнение на служителите от отдела. Следователно, в плана не са поставени цели, свързани с осъществяване административно-наказателна дейност от жалбоподателя като актосъставител. Преценката на личните качества на жалбоподателя е извършена въз основа на личното му участие в проверки и съставени АУАН, така и на други лица. Прекратяването на административно-наказателните производства е въпрос на индивидуалната преценка на административно-наказващият орган, която принципно не е проверена. Например не е ясно защо управители на търговски дружества не могат да бъдат индивидуализирани като нарушители по чл. 42,т.6 ЗАНН, след като индивидуализиращите данни за същите са вписани в Търговския регистър, съответно би могло да се съдържат в ДКХ. Въпросът за законосъобразността на прекратените административно-наказателни производства не следва да бъде предмет на обсъждане по фактите и правна преценка, тъй като основания и цели, свързани с индивидуалната административно-наказателна дейност не са били поставени в работния план. Освен това анализ и отчет за дейността на другите актосъставители в отдел жалбоподателят е могъл да извърши само след издаването на резолюциите за прекратяване и евентуално да бъдат съобразени последващо при възникване на идентични хипотези.

Следователно, при окончателната оценка са взети предвид фактически основания и цели, които не са били поставени в работния план.

Изложеното води до извод, на първо място, че е налице противоречие между междинната и окончателната оценка на жалбоподателя относно личните му

качества и на второ, забележките относно годишния план е могло да бъдат предявени още на междинната оценка – за да бъдат отстранени, което не е направено неясно по какви причини; на трето място – повечето характеристики за личните качества на жалбоподателя са общи и непроверими, например относно комуникативността му и организацията на работата, на практика са посочени почти всички възможни негативни общи формулировки за компетентностите; взети са предвид на факти, които не могат да се свържат с цели от работния план. Тези констатации обуславят извод, че общата оценка е необективна и несъответна на целите по работния план, не е обвързана с конкретни изисквания по длъжностна характеристика относно компетентностите и уменията, които следва да притежава за заемане на длъжността. Неправилно контролиращият ръководител е потвърдил същата без да извърши задълбочен анализ на фактите, съобразно поставените цели, изискванията за длъжността и обективните възможности за изпълнението им.

Така изготвената оценка следователно противоречи на чл. 25, ал.1 от Наредбата за атестирането, съгласно която оценяващият ръководител е длъжен да извърши преценка на изпълнението на длъжността безпристрастно, честно и компетентно, въз основа на обективно установими факти и обстоятелства. Също е допуснато нарушение на чл. 76, ал.3 от ЗДСл относно изискването за безпристрастна и обективна оценка на изпълнението за атестирания период. Тези изводи обуславят и допуснато съществено нарушение на административно-производствените правила при изготвянето на оценката и на материално-правинет разпоредби.

Тъй като основанието по чл.107,ал.2 ЗДСл е свързано с неподлежащата на оспорване пред съд оценка, то проверката на законосъобразното ѝ извършване от съществено значение за защита на правата на държавния служител. С оглед на това, като акт, на който се основава обжалваната заповед, незаконосъобразността на оценката води съответно и до порок на фактическото основание за прекратяване на правоотношението, в случая вътрешно противоречие и невъзможността да се провери съответствието ѝ с обективни факти.

Неоснователни са доводите в писмената защита за неспазване на процедурата по атестация, в това число и за необсъждане на подаденото възражение, предвид изричното му обсъждане в съдържанието на формуляра, попълнени и подписан от контролиращия ръководител.

Изложеното води до извод за основателност на жалбата,, не е налице соченото в аповедта основание по чл.107,ал.2 ЗДСл за прекратяване на правоотношението и съдът следва да постанови отмяна на обжалваната заповед, като постановена при допуснато съществено нарушение на процесуалните правила, материална незаконосъобразност и несъответна на целта на закона – предвидени основания по чл.146,т.3-5 АПК за отмяна на незаповедта.

С оглед своевременно направено искане за присъждане на разноси, съдът следва да се произнесе по искането на процесуалния представител на жалбоподателя, направено с жалбата – за присъждане на направените разноси, както следва и от чл. 143, ал.1 вр. чл.78, ал.1 ГПК. По делото е

представен договор за правна защита и съдействие, в който са уговорени разноски в размер на 2 000 лв. , начин и срок на плащане не са уговорени , посочено е платена сума 2000лв., а на отбелязването – от които в брой е поставена черта, с оглед на което следва да се приеме, че не са платени в брой. Доказателства за плащането на сумата по друг ред - чрез банка не са представени. С оглед на това съдът намира за недоказано плащането на възнаграждението от което извод, че разноски не са направени.

Представено е по делото платежно нареждане за внесена държавна такса в полза на Административен съд София-рад в размер на 10 лв., но такава не се дължи, на основание чл. 126 от ЗДСл. С оглед на това същата, като недължимо платена следва да бъде възстановена от бюджета на съда, за което жалбоподателят следва да подаде искане и посочи сметката, по която да му бъде възстановена. Тъй като таксата не е дължима, съдът не следва да осъди ответника за плащането ѝ на жалбоподателя като разноски по делото.

Водим от изложеното, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на П. Б. Г. с ЕГН [ЕГН] от [населено място], [жк], [жилищен адрес] против Заповед № 375/01.12.2011г., издадена от председателя на Държавната комисия за хазарта.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховен административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му.

Административен съдия: