

РЕШЕНИЕ

№ 7726

гр. София, 06.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 10.05.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ирина Кюртева

**ЧЛЕНОВЕ: Владимир Николов
Мария Стоева**

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **2320** по описа за **2024** година докладвано от съдия Ирина Кюртева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на Глава Дванадесета от Административно процесуалния кодекс(АПК).

Образувано е по касационна жалба И. Н. Н. срещу решение №5568/30.11.2023г., постановено по НАХД №1537/2023г. на СРС, с което е потвърдено Наказателно постановление №11-01-587 от 16.12.2022г., издадено от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), с което на оспорващия на основание чл. 247, ал. 1 във връзка с чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) е наложено административно наказание „ глоба“ в размер на 977,82 лв. за нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Решението е съобщено на страните и е оспорено в законоустановения срок. Касаторът счита, че обжалваното решение е неправилно и незаконосъобразно, постановено при неизяснена фактическа обстановка и неправилно приложен материален и процесуален закон. Твърди, че не е извършил виновно административното нарушение, и че на правната дирекция е вменено да организира, подготвя и провежда процедурите за възлагане на обществените поръчки по ЗОП. Фактът, че е възложител не означава, че следва да носи отговорност, след като има дирекция, натоварена със съответните задължения по ЗОП. В случая, макар да е налице ограничаване на свободната конкуренция, същото се явява обективно обосновано и нормативно допустимо- чл.29, ал.1 КЗ, поради което не е налице допуснатото нарушение на забраната по чл.2, ал.2 ЗОП. Излага съображения за

приложимост на хипотезата на чл.28 ЗАНН-маловажен случай. Моли за отмяна на оспорения съдебен акт. Претендира се отмяна на обжалваното съдебно решение и на потвърденото с него наказателно постановление. Иска се присъждане на съдебни разноски.

В съдебно заседание касационният жалбоподател, чрез процесуалния си представител, поддържа жалбата.

Ответникът по касационната жалба – Агенция за държавна финансова инспекция, чрез процесуалния си представител, поддържа становище за неоснователност на жалбата и моли оспореният съдебен акт да бъде оставен в сила. Претендира присъждане на съдебни разноски.

Участвалият по делото прокурор, представител на СГП, дава заключение, че обжалваното решение е правилно и законосъобразно, поради което следва да бъде оставено в сила.

Съдът, след преценка на събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните и в рамките на касационната проверка, извършена съгласно чл.218 АПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в предвидения за това преклузивен процесуален срок от страна с надлежна процесуална легитимация срещу съдебен акт, подлежащ на касационен контрол, поради което се явява допустима.

Разгледана по същество касационната жалба е неоснователна.

С акт за установяване на административно нарушение № 11-01-587 от 13.07.2022г., съставен от старши инспектор от отдел Втори на дирекция „Инспекционна дейност“ при Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) в присъствие на свидетел е установено, че на 29.11.2019г. И. Н., в качеството си на възложител по чл. 5, ал. 2, т. 13 от ЗОП, с обява за събиране на оферти е открил обществена поръчка с предмет „Застраховка на служителите на ДНСК – застраховка „Злополука“ и „Живот“, застраховка „Имущество“ на недвижими имоти на ДНСК и застраховка на автомобили на ДНСК – застраховка „Автокаска“ и „Гражданска отговорност“. В предмета на обществената поръчка е включил дейност по застраховане по класове застраховки, за 2 които КЗ не позволява да бъдат извършвани от един и същ застраховател, а именно такива по Раздел I и Раздел II от Приложение №1 на КЗ. По този начин е извършено нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като се дава неоснователно предимство на едни и в същото време необосновано се ограничава възможността за самостоятелно участие на други стопански субекти в обществената поръчка. Актът е предявен на нарушителя при спазване разпоредбите на ЗАНН.

Въз основа на АУАН № 11-01-587 от 13.07.2022г. на 16.12.2022г., в преклузивния шестмесечен срок по чл. 34, ал. 3 от ЗАНН, е издадено процесното НП № 11-01-587 от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, упълномощен като административнонаказващ орган със Заповед № ЗМФ-674/05.08.2023г. на министъра на финансите. С наказателното постановление, при идентично описание на фактическата обстановка, на основание чл. 247, ал. 2 във вр. с чл. 261, ал. 2 от ЗОП се налага административно наказание „глоба“ в размер на 977,82 лв. за нарушение на чл. 2, ал. 2 на ЗОП.

В оспореното решение за изложени подробни мотиви относно качеството на възложител на обществени поръчки на И. Н., който е бил началник на ДНСК за периода 27.09.2017г. до 18.05.2021г. и не е делегирал правомощията си да организира и/или да възлага обществени поръчки на друго длъжностно лице.

На 29.11.2019г. жалбоподателят публикува обява за събиране на оферти в „Профила на купувача“ на ДНСК с предмет „Застраховане на служителите на ДНСК – застраховка „Злополука“ и „Живот“, застраховка „Имущество“ на недвижими имоти на ДНСК и застраховка на автомобили на ДНСК – застраховка „Автокаска“ и „Гражданска отговорност“, като последните се отнасят за 51 броя моторни превозни средства, собственост на ДНСК. Няма данни обществената поръчка да е разделена на обособени позиции. Прогнозната стойност на обществената поръчка е 50 000 лв. без включен данък върху застрахователната премия (ДЗП), съответно попада в хипотезата на чл. 20, ал. 3, т. 2 от ЗОП. Поставените условия, на които трябва да отговарят участниците, включват да не са налице обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т.1-7 от ЗОП, участниците да имат правоспособност за упражняване на професионална дейност по закона, тоест да притежават лиценз или еквивалентен сертификат/документи издадени от органи на други държави членки на ЕС, както и да са изпълнили поне една дейност с предмет идентичен или сходен с предмета на обществената поръчка през последните 3 години. В определения срок се констатира да са постъпили две оферти – на „Дженерали застраховане“ АД и на ДЗЗД „Булстрад“, като след проверка комисията по обществената поръчка е отстранила „Дженерали застраховане“ АД от по-нататъшно участие, тъй като не притежава лиценз за дейност съгласно Раздел 1 – Живото застраховане и застраховка „Живот“ не присъства в предмета му на дейност, съответно не притежава лиценз за изпълняване на застрахователна дейност с такъв предмет, а това е едно от изисквания на обществената поръчка. След предоставяне на копия от разрешения за извършване на всички видове застрахователни дейности, които са предмет на обществената поръчка, ДЗЗД „Обединение Булстрад“ е класирано на първо място. Дружеството сключва договор с ДНСК, представлявана от началника в онзи период -касатора, на 19.12.2019г. Предмета на договора е „Застраховане на служителите на ДНСК – застраховка „Злополука“ и „Живот“, застраховка „Имущество“ на недвижими имоти на ДНСК и застраховка на автомобили на ДНСК – застраховка „Автокаска“ и „Гражданска отговорност“, срока на действие е 1 (една) календарна година, а общата стойност на застрахователната премия е 48 891, 04 лв. без ДЗП, 50 619, 79 лв. с ДЗП.

Тъй като обществената поръчка не е разделена на обособени позиции, извършващия проверката, назначен със Заповед №ФК-10- 331/11.04.2022г., изменена със Заповед №ФК-440/18.05.2022г, е приел, че правото на участието на застрахователи, притежаващи самостоятелен лиценз за дейност по само един от класовете застраховки от Раздел I и Раздел II на приложение №1 от КЗ е ограничено, тъй като за участието се изисква застрахователят да притежава лиценз за всички видове застраховки от Раздел I и Раздел II на приложение №1 от КЗ. Така, застраховател, който притежава лиценз за застрахователна дейност само за един клас застраховки от който и да е от двата раздела не може да участва в обществената поръчка. На база на това е съставен АУАН №11-01-587/13.07.2022г., в който се потвърждава заключението, че е налице ограничително условие за участие в обществената поръчка, в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

В хода на съдебното производство пред районния съд е разпитан свидетел, който в показанията си потвърждава изложеното в акта.

При така установената фактическа обстановка районният съд е приел, че нарушението

е установено безспорно както от обективна, така и от субективна страна без да са допуснати съществени процесуални нарушения, които да налагат отмяна на издаденото наказателно постановление. Съдът е изложили мотиви относно липсата на предпоставките нарушението да бъде квалифицирано като "маловажен случай".

Съгласно чл.220 от АПК касационната инстанция възприема установената от СРС фактическа обстановка, която напълно кореспондира на събраните по делото доказателства и по същество не се оспорва от страните.

Настоящият касационен състав, като извърши служебна проверка, на основание чл.218, ал.2 АПК и въз основа на фактите, установени от районния съд, съгласно чл.220 АПК, намира, че обжалваното решение е валидно и допустимо, постановено при спазване на процесуалния и материалния закон.

Според правилото на 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. Анализът на посочения текст разкрива законодателен стремеж при възлагането на обществените поръчки и разходването на публичните средства да бъде гарантирано спазването на основния принцип по ал. 1, т. 2 от същата норма – свободна на конкуренция. Съобразяването на спецификите на съответната поръчката е при неизменно спазване на останалите принципи – пропорционалност, публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация (чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 3 и 4 ЗОП). Тоест, когато предметът, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка налагат поставяне на условия и/или изисквания на възложителя, които ограничават кръга на потенциалните участници, те следва да са пропорционални на засегнатия обществен интерес и публично оповестени. Така в чл. 46, ал. 1 от ЗОП законодателят е допуснал при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят да прецени възможността за разделянето ѝ на обособени позиции, а когато реши, че това не е целесъобразно, в решението за откриване на процедурата да посочи конкретни мотиви. Смисълът на тази преценка е, когато въпреки наличието на предмет на доставка, позволяващ възлагане по "обособена позиция" (част от предмета на обществената поръчка, който въпреки че може да бъдат самостоятелен предмет на обществена поръчка, е систематично свързана с другите позиции от предмета на обществената поръчка) и предполагащ възможност за участие на по – широк кръг от изпълнители, възложителят да обоснове наличието на специфики от дейността му, които налагат поръчката да бъде възложена като едно цяло. В този случай пропорцията и балансът следва да са налице между ефективното и ефикасно разходване на бюджетните средства, свободата на конкуренция и най – целесъобразното задоволяване на нуждите на конкретния възложител. Последните, по аргумент от чл. 1, ал. 2 от ЗОП се окончат до придобиването посредством договор за обществена поръчка на строителство, доставки или услуги от избрани изпълнители, предназначени за обществени цели или за нуждите на публични възложители, а при секторни възложители – за изпълнение на секторни дейности.

Пред оперативната самостоятелност на възложителя се поставя ясна граница чрез изискванията на чл. 2, ал. 2 ЗОП, както и от императивното изискване по чл. 46, ал. 1 ЗОП – когато възложителят реши, че не е целесъобразно поръчката да се разделя на

обособени позиции, да посочи причините за това. Този законодателен подход изисква преценката за спазването на принципа по чл. 2, ал. 2 ЗОП да се прави винаги ведно с отчитане на специфичните потребности на отделните възложители, които не могат да бъдат обхванати и ограничени в универсални за всички случаи правни рамки.

Извън хипотезата на чл. 46, ал. 1 ЗОП е налице и друго изключение по чл. 187, ал. 4 от ЗОП, което предвижда, че при възлагане на поръчки от вида по чл. 20, ал. 3 ЗОП - събиране на оферти с обява до определени лица, възложителят не е длъжен да мотивира в обявата невъзможността за разделяне на обособени позиции на поръчката. Посоченият текст естествено не поставя пълна свобода пред възложителя, доколкото макар да не е необходимо да мотивира решението си, същият дължи преценката му да бъде съобразена с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Тук следва да се отбележи, че не става въпрос за обективна невъзможност за разделяне предмета на поръчката, поради наличие на "обективно неделими части" (§ 2, т. 28 от ДР на ЗОП), а за доказване на обективни обстоятелства от спецификите на конкретната поръчка, които оправдават поставяне на нуждите на конкретния възложител пред общия принцип за гарантиране на свободната конкуренция.

Съобразявайки се със законодателната уредба, правилен е изводът на СРС, че винаги трябва да са налице условия от обективна страна, които да обосновават невъзможността за разделяне на една обществена поръчка на обособени позиции. В конкретната хипотеза, съобразно нормативната уредба на застраховането(КЗ) един застраховател може да получи лиценз за дейност по застраховането за рисковете определени в раздел I, но същият, в същата правно организационна форма, не може да получи лиценз за дейност по застраховането и за рисковете от раздел II. Именно заради това в обществената поръчка с предмет, какъвто е предметът на настоящата: „Застраховане на служителите на ДНСК – застраховка „Злополука“ и „Живот“, застраховка „Имущество“ на недвижими имоти на ДНСК и застраховка на автомобили на ДНСК – застраховка „Автокаска“ и „Гражданска отговорност“ - следва да се обособят отделни позиции за видовете застраховки от отделните раздели, за да може да се гарантира правото на участник, който има лиценз за застрахователна дейност за класове само от единия раздел, да може да участва, и съответно да изпълни условията на всяка отделна част от обявеното в обществената поръчка. Дори и застраховател да притежава лиценз за един клас застрахователна дейност, следователно да отговаря частично на условията на обществената поръчка, той няма как да бъде одобрен, защото обществената поръчка е създадена по начин, който изисква участникът да притежава лиценз и за другите класове застраховки от двата раздела. Такъв е и случаят с изключеното от участие „Дженерали застраховане“ АД, което дружество, въпреки че притежава лиценз за застраховане по раздел II и е изпълнило частично изискванията на обществената поръчка, е изключено от участие именно защото обществената поръчка е създадена по начин, който изисква участниците да притежават лиценз за класове застраховки и от двата раздела. Заради забраната на КЗ един субект да притежава лиценз за класове и от двата раздела едновременно, то няма как субект да участва с едно свое дружество, а индиректно се задължава да създаде сдружение с други дружества, които притежават лицензи за застраховки от другите класове.

По изложените съображения, съдът приема, че установените фактически обстоятелства от СРС правилно са отнесени към конкретната правна норма, която се

твърди да е нарушена – чл.2, ал.2 ЗОП.

Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че макар и възложител по смисъла на ЗОП, той не следва да носи административно наказателна отговорност, тъй като с подготовката и извършването на обществените поръчки е ангажиран съответния правен отдел. Началникът е този, който е възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 13 от ЗОП, както и той е този, който подписва договора с класирания на първо място участник в обществената поръчка, именно защото е ръководител и представляващ ДНСК, поради което е негова отговорността за законосъобразното провеждане на съответната процедура. Както правилно е посочил СРС, фактът че изготвянето на документацията е поверено на Дирекция „Правна“ не означава, че отговорността на ръководителя като представляващ и ръководещ ДНСК в отношенията му с трети лица също е прехвърлена на въпросната дирекция.

Настоящият състав споделя изложените от районния съд мотиви относно липсата на обстоятелства, които да определят нарушението като маловажен случай по смисъла на чл. 28 ЗАНН. Нарушението не разкрива особености, които биха го определили като такова с по – ниска степен на обществена опасност от обикновените случаи на нарушение от същия вид, предвид легалната дефиниция, регламентирана в § 1, ал. 1, т. 4 от ДР към ЗАНН.

По изложените съображения касационният съд счита, че не са налице касационните основания по чл. 348 от НПК за отмяна на оспореното решение, поради което следва същото да бъде оставено в сила като законосъобразно.

По отговорността за разноските.

Предвид изхода на делото – отхвърляне на жалбата, приложима в случая е разпоредбата на чл. 143, ал. 3 АПК, съгласно която при отхвърляне на оспорването, ответникът има право на разноски, освен ако с поведението си е дал повод за завеждане на делото, включително юрисконсултско възнаграждение, определено съгласно чл. 37 от Закона за правната помощ. Разпоредбата на чл. 27е от НЗПП предвижда, че възнаграждението за защита в производства по Закона за административните нарушения и наказания е от 80 до 150 лв. Настоящото производство попада в тази категория дела. Предвид обстоятелството, че делото не се отличава с фактическа и правна сложност, съдът намира, че адекватният размер на присъденото възнаграждение на юрисконсулта е 80 лева. Ето защо касаторът следва да бъде осъден да заплати на ответната страна съдебни разноски в размер на 80 (осемдесет) лева.

Воден от горното и на основание чл. 221, ал. 2, пр. 1 от АПК във връзка с чл. 63в ЗАНН, касационният съд

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение №5568/30.11.2023г., постановено по НАХД №1537/2023г. на Софийски районен съд, 22 състав.

ОСЪЖДА И. Н. Н., ЕГН [ЕГН], да заплати на Агенцията за държавна финансова инспекция – София сумата в размер на 80(осемдесет)лева, представляваща присъдено юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.