

РЕШЕНИЕ

№ 7174

гр. София, 28.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, II КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 11.11.2022 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Николай Ангелов

ЧЛЕНОВЕ: Наташа Николова

Георги Бозуков

при участието на секретаря Елица Делчева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **8399** по описа за **2022** година докладвано от съдия Николай Ангелов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – чл. 228 от Административно процесуалния кодекс /АПК/ вр. чл. 63в от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба с вх. № 32667 от 13.09.2022 г. по пописа на Административен съд София- град /АССГ/ на В. Б. З., чрез адв. Е. С. – Д., САК, с адрес: [населено място], [улица] -33, ет. 4, кантора 405 срещу Решение № 2737 от 19.07.2022 г. на Софийски районен съд /СРС/, по н.а.х.д. № 1215/2022 г., Наказателно отделение, 12-и състав, с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) № ЗОП-31 от 22.12.2021 г., издадено от председателя на Сметната палата на Република България, с което на касатора основание чл. 247, ал. 1, предл. първо от Закона за обществените поръчки (ЗОП) е наложена глоба в размер на 10 000 лева за нарушение на чл. 2, ал. 2 вр. чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

С жалбата се релевират основания за отмяна на решението като неправилно и незаконосъобразно, като постановено в противоречие с материалния закон и съществено нарушение на процесуални правила – касационни основания основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 от НПК. Твърди се, че в хода на съдебното производство пред районния съд не са обсъдени представени доказателства, от които се установява, че всички факти относно възлагането на процесната поръчка са били известни на актосъставителя преди датата на подписване на Констативния протокол, от която дата съдът в възприел, че започва да тече срока по чл. 260, ал. 1 ЗОП - твърди се, че този

срок в случая не е спазен. Оспорва се извода на въззивния съд за доказаност на вмененото нарушение. Моли съда за отмяна на оспореното съдебно решение и на потвърденото с него НП. Претендират се разноски за двете съдебни инстанции.

В съдебно заседание касаторът - В. Б. З., редовно призован, се представлява от адв. Д., която поддържа касационната жалба, по съображения подробно изложени в писмени бележки, като допълва, че проведената обществена поръчка не е била оспорена в хода ѝ на основание поставено дискриминационно условие за участие

Ответникът - Председател на Сметна палата се представлява от юрк. Д., която моли съда да остави касационната жалба без уважение, а първоинстанционното решение да бъде потвърдено.

Прокурорът от Софийска градска прокуратура – прокурор Д. дава заключение, че касационната жалба е неоснователна и решението на СРС следва да се остави в сила.

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

По допустимостта на касационната жалба:

Касационната жалба е подадена в срока по чл. 211, ал. 1 АПК и от надлежна страна, която има право и интерес от обжалването, поради което е процесуално допустима и следва да бъде разгледана досежно нейната основателност.

По основателността на касационната жалба:

Разгледана по същество - касационната жалба е неоснователна.

Решението на районния съд е допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу наказателното постановление, не са изтекли сроковете по чл. 34 ЗАНН, не е изтекла абсолютна погасителна давност за административно-наказателно преследване.

Въззивният съд, след обсъждане на събраните писмени и гласни доказателства, е приел за установена следната фактическата обстановка:

Медицински университет – С. (МУ) е юридическо лице, създадено с решение на Народното събрание, което осъществява дейността си въз основа на предоставена държавна собственост и трансфери от държавния бюджет. МУ е публичноправна организация по смисъла на § 2, т. 43 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, а неговият ректор – публичен възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП.

На 04.06.2019г., проф. д-р В. Б. З. в качеството му на ректор на МУ и възложител по чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП, е открил процедура за възлагане на обществена поръчка по чл. 18, ал. 1, т. 1 от ЗОП, с предмет - доставка на „Барокамера с 02“ за нуждите на Катедра по „Неврология“ при Медицински факултет на МУ, с включени дейности по монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционна поддръжка. Обект на обществената поръчка е доставка по чл. 3, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

С Решение № РК 36-927/04.06.2019 г. са одобрени обявлението за оповестяване откриването на процедурата и документацията на поръчката. В обявлението е посочено, че необходимо изискване към медицинската апаратура, предмет на обществената поръчка, е да съответства напълно на всички изисквания на Възложителя, посочени в Техническата спецификация /Приложение No 1а/. В раздел III. 1.3) от обявлението и на стр. 7 от Приложение № 2 „Указание за подготовка на офертата“ към документацията на поръчката, е поставено изискване към техническите и професионални възможности на участниците: „Участникът трябва да разполага със сервиз на територията на Република България“. Прогнозната стойност на поръчката, посочена в обявлението е 1 665 000 лв. без вкл. ДДС (1 998 000 лв. с вкл. ДДС) и

същата попада в стойностния праг по чл. 20, ал. 1, т. 1, буква „б“ от ЗОП (обн. ДВ, бр. 86/2018г.), във връзка с чл. 73 от ЗОП, за прилагане на избрания вид процедура.

Решението на възложителя е било публикувано в Регистъра на обществените поръчки на Агенцията по обществени поръчки, в електронна преписка с уникален идентификационен номер (УИН): 00398-2019-0004. Възложителят е посочил, че участникът следва да декларира съответствието с критерия за подбор в част IV, раздел В „Инструменти, съоръжения или техническо оборудване“ от ЕЕДОП, като посочва сервиза, а изискването следва да се доказва преди сключване на договор за изпълнение с представяне на декларация за наличие на такъв сервиз. С писмо, вх. № 8843/23.12.2020г. по описа на ректората на МУ, контролният орган е изискал информация относно причините, поради които поставеното от възложителя условие за сервиз се отнася към датата на подаване на офертите, а не е условие за изпълнение на договора. С писмо, изх. № 50/06.01.2021г., от МУ е било посочено, че наличието на сервизна база за всеки дистрибутор/представител на медицинска апаратура, е задължително условие в европейските директиви за медицински изделия, а Барокамера с 02 е медицинско изделие и е сертифицирано като такова, а в случай, че участниците не разполагат със сервиз към датата на подаване на офертите, то това би довело до необосновано забавяне на задълженията на определения за изпълнител, предвид необходимото технологично време за отваряне на сервиз-оборудване със стандартна и специализирана апаратура (тестери, уреди за калибриране и коригиране на работните параметри на медицинската апаратура). В определения от възложителя срок била получена една оферта за участие в процедурата от участника „АДИТУС“ ЕООД. В резултат на проведената открита процедура за възлагане на обществена поръчка е бил сключен договор № Д-ОП-76/18.11.2019г. с „АДИТУС“ ЕООД за обща цена в размер на 1 665 000 лв. без ДДС (1 998 000 лв. с ДДС). За извършената проверка контролните органи съставили Констативен протокол № РД-И-2.33-3-5 на 11.01.2021г. за документиране на установени факти и обстоятелства при проверката на обществена поръчка с УИН 00398-2019-0004.

При така установеното, свидетелят А. Р. С. – на длъжност главен одитор, ОД I ОСФУ от Сметната палата, е намерил, че с формулираното по този начин изискване възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници, по отношение на тези, които разполагат със сервиз на територията на Република България към момента на подаване на офертите и не е дал възможност за участие в процедурата на лица, които към този момент не разполагат със сервиз на територията на страната, но в случай, че бъдат избрани за изпълнител - ще осигурят такъв, поради което съставил АУАН № ЗОП- 31/12.07.2021г. срещу жалбоподателя за нарушение на чл. 2, ал. 2 вр. чл. 59, ал. 2 от ЗОП, в присъствието на двама свидетели и на проф. В. З., и връчен на последния. В срока по чл. 44, ал. 1 от ЗАНН били представени писмени възражения. Въз основа на така съставения АУАН, на 22.12.2021г. било издадено процесното.

За да потвърди НП, СРС е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи, в кръга на правомощията им, в предвидените за това срокове и не са допуснати съществени процесуални нарушения, водещи до отмяна на НП. Прието е, че вмененото нарушение на чл. 2, ал. 2 вр. чл. 59, ал. 2 от ЗОП е безспорно извършено и законосъобразно е ангажирана отговорност на нарушителя. Изложени са мотиви за липса на предпоставки за приложение на чл. 28 от ЗАНН за маловажност на случая.

Решението е правилно.

Районният съд е изпълнил служебното си задължение да проведе съдебното следствие

по начин, който е осигурил обективно, всестранно и пълно изясняване на всички обстоятелства, включени в предмета на доказване, при точното съблюдаване на процесуалните правила относно събиране, проверка и анализ на доказателствата.

Неоснователни са оплакванията на касатора, че АУАН не е съставен в рамките на шестмесечния давностен срок на специалната норма на чл. 260, ал.1 от ЗОП. Настоящата касационна инстанция изцяло споделя изводите на районния съд в тази насока, поради което на осн. чл. 221, ал. 2 препраща към мотивите му. При съставяне на АУАН и издаване на процесното НП не са допуснати съществени процесуални нарушения, представляващи самостоятелно основание за отмяна на НП.

Настоящата касационна инстанция счита, че вмененото нарушение е безспорно доказано. 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.

Правилно е прието, че заложеното изискване в Техническата спецификация /Приложение № 1а/. В раздел III. 1.3) от обявлението и на стр. 7 от Приложение № 2 „Указание за подготовка на офертата“ към документацията на поръчката, - „Участникът трябва да разполага със сервиз на територията на Република България“ - противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 и ал. 2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи с оторизиран сервиз и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката. Така заложеното изискване необосновано възпрепятства участието на лица в процедурата и е имало разубеждаващ ефект. Всички нарушения на проведена процедура за избор на изпълнител, при която са допуснати ограничителни критерии за подбор и условия за изпълнение обективно ограничават възможността на икономическите оператори за участие в поръчката. В резултат на самото създаване на предпоставки за отказване от участие на потенциални кандидати вече е налице ограничаване на кръга на потенциалните участници, от което следва, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена.

Изискването на етап кандидатстване „участникът да разполага със сервиз“ (не избраният изпълнител, а всички участници), като за целта към Техническото предложение се прилагат документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз налага извод за необосновано ограничаване на потенциалния кръг участници, тъй като се изключва възможността евентуално в по-късен момент, участник, който вече е класиран да може да сключи съответен договор със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката, с оглед надлежно изпълнение на условията по гаранцията. Възложителят не е посочил, че участникът следва да декларира, че ако бъде избран за изпълнител ще осигури собствена или наета сервизна база, за да е ясно, че изискването за посочването ѝ е само за спечелилият участник в процедурата към момента на сключване на договора. Неоснователен е релевиращия от касатора довод, че проведената обществена поръчка не е била оспорена в хода на ѝ на основание дискриминационно условие. Производството по налагане наказание на осн. чл. 247 от ЗОП е самостоятелно и не е обвързано по никакъв друг начин с процедурата по установяване на административно

нарушение.

Правилно е определена и санкцията за нарушението. Налице са сочените в атакуваното наказателно постановление основания за ангажиране на административно-наказателната отговорност на жалбоподателя. Съгласно разпоредбата на чл. 247, ал. 1 от ЗОП, за извършеното нарушение законодателят е предвидил глоба в размер на 2% от извършения разход, но не повече от 10 000 лв. Наложена глоба е определена въз основа на предвиденото в санкциониращата норма и е съобразена с вида и тежестта на нарушението.

Деянито не би могло да се квалифицира и като маловажен случай, за да намери приложени разпоредбата на чл. 28 от ЗАНН. Съдът намира, че установеното противоправно деяние не съставлява маловажен случай, именно предвид липсата на основание за приемане на по-ниска степен на обществената опасност на деянието и дееца, в сравнение с обикновените случаи на нарушения от този вид. Случаят не е маловажен, тъй като се засяга основният принцип на ЗОП, а именно да се осигури конкуренция при възлагане на обществена поръчка, а в конкретния случай с поставяне на такова изискване, явно е ограничено участието на определени изпълнители и създава пречка за потенциални участници.

В рамките на наведените касационни основания и при извършената служебна проверка на основание чл.218, ал.2 АПК настоящата инстанция намира, че решението на СРС следва да бъде оставено в сила.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане от страна на ответника, съдът следва да присъди разноски за юрисконсултско възнаграждение на осн. чл. 63, ал. 5 от ЗАНН, във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ, във вр. с чл. 27е от Наредбата за заплащането на правната помощ, в минимален размер.

Воден от гореизложеното и на основание на чл. 221, ал. 2 от АПК, чл. 63, ал. 2 от ЗАНН, Административен съд София - град, втори касационен състав

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 2737 от 19.07.2022 г., постановено по н.а.х.д. № 1215/2022 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделени, 12-и състав.

ОСЪЖДА В. Б. З., ЕГН: [ЕГН] да заплати на Сметна палата на Република България сумата от 80 /осемдесет/ лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.