

РЕШЕНИЕ

№ 3614

гр. София, 27.05.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 26.04.2013 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Румяна Лилова

ЧЛЕНОВЕ: Деница Митрова

Николай Ангелов

при участието на секретаря Силвиана Шишкова и при участието на прокурора Димитрова, като разгледа дело номер **2689** по описа за **2013** година докладвано от съдия Деница Митрова, 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.

Образувано е по повод касационна жалба, вх. № 7030 от 12.03.2013 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 4757 от 04.02.2013 г. по описа на Софийски районен съд, подадена от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, срещу решение от 11.01.2013 г. по НАХД № 1885/2012 г. по описа на Софийски районен съд, НО, 110 състав, с което е отменено изцяло наказателно постановление (НП) № 11011089/28.12.2011 г., издадено от директора на АДФИ, с което на Х. Х. Д., в качеството му на генерален директор на Творческо-стопанско обединение „Национален дворец на културата” и лице представляващо по смисъла на чл. 7, ал. 1 от ЗОП възложител, е наложено административно наказание „глоба” в размер на 4 000,00 лева на основание чл. 129, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) за извършено нарушение на чл. 16, ал. 8, във връзка с чл. 14, ал. 1, т. 3, във връзка с чл. 3, ал. 1, т. 2, във връзка с чл. 7, т. 3 ЗОП.

Срещу така постановеното решение е постъпила в срок касационна жалба от АДФИ, с която се иска решението на СРС да бъде отменено и вместо него да се постанови ново, с което се потвърди НП. Твърди се, че неправилно въззивният съд е приел, че от извършването на нарушението до настоящия момент е изтекла предвидената в закона абсолютна погасителна давност, като се е позовал на чл. 11 от

ЗАНН, във връзка с чл. 81, ал. 3, във връзка с чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК. Счита, че обжалваното решение е издадено и в нарушение на материалния закон, тъй като СРС е направил грешен извод, че към процесния период Т. „НДК” не е имало качеството на възложител по смисъла на чл. 7 от ЗОП, предвид това, че по-голяма част от финансирането на обединението е от собствена стопанска дейност, която не е свързана със стопанисването на държавно имущество.

В съдебното заседание редовно призован касаторът не се явява и не изпраща представител за участие в производството.

Ответникът редовно призован не се явява, представлява се от адв. С., която оспорва касационната жалба и предлага решението на СРС да се остави в сила като правилно и законосъобразно.

Представителят на Софийска градска прокуратура излага становище за неоснователност на касационната жалба и предлага да се отмени въззивното решение. Административен съд София – град, 12 – ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение, съобрази доводите и становищата на страните, и обсъди както наведените касационни основания, така и тези по чл. 218, ал. 2 от АПК, намира за установено следното от фактическа и правна страна: Т. „НДК” е образувано с разпореждане № 25/14.07.1982 г. на бюрото на МС като самостоятелно юридическо лице, създадено да задоволява обществените интереси в областта на културата, което приема активите и пасивите на Главна дирекция по експлоатацията на НДК. С разпореждане № 17/26.06.1986 г. на бюрото на МС е обявено за самоуправляваща се организация. С разпореждане № 43/07.11.1991 г. на МС е взето решение предоставеното за стопанисване на НДК държавно имущество да се раздели в две дружества - [фирма] и [фирма]. По този повод с ПМС № 44/19.03.1991 г. (обн. ДВ бр. 23/1991 г.) е преустановена пряката издръжка от бюджета на НДК, считано от 01.04.1991 г. С разпореждане № 1/19.05.2011 г. е образувано [фирма], с едноличен собственик на капитала Министерство на финансите, като в активите му са включени управляваните до този момент сгради, обявени за частна държавна собственост.

До вписването на търговското дружество в публичния търговски регистър НДК е съществувало като Т., което се управлявало съгласно разпореждане № 4/90 г. на МС и Правилник за дейността и органите на управление на Т. „НДК” от 1990 г. (Правилника). Предметът му на дейност е организиране и провеждане на културни, научни, образователни, конгресно-конферентни и обществено-политически, научни, образователни прояви от вътрешен и международен характер; фестивали и спортни прояви, импресарска дейност в страната и в чужбина, издателска и печатно-размножителна дейност, изработване на съоръжения и обзавеждане, свързани с експлоатацията на материално-техническата база и художествено-творческа дейност, звукозаписна, самостоятелно организиране на изложби или с участието на други физически и юридически лица, комисионна дейност, вътрешнотърговска дейност, фотоуслуги, информационно обслужване, обществено хранене, хотелиерска дейност, оказване на специализирани технически услуги, туристически и екскурзоводни услуги и други спомагателни услуги и дейности, т.е. организационни и спомагателни търговски дейности за развитие на науката и културата. Съгласно чл. 20, вр. чл. 18 от Правилника се е управлявало от Творческо-стопански съвет, който одобрявал всички документи, свързани с развитието на дейностите и се състоял от 29 члена, от които 14 се избирали от трудовите колективи, а 15 били представители на художествено-творческата и научно-техническата интелигенция, които се определяли

по предложение на творческите съюзи със заповед на МС. Съгласно чл. 3, ал. 5 от разпореждане № 4/01.02.90 г. на МС, вр. чл. 21 от Правилника, Т. „НДК“ се ръководило и представлявало от генерален директор, който се избирал и освобождавал от творческо-стопанския съвет.

Съгласно приетата съдебно-счетоводна експертиза, СРС е приел, че от 2000 г. Т. „НДК“ не е получавало финансиране от държавния бюджет, както и че през 2009 г. е реализирало нетни приходи в размер 13 860 хил. лв., от които по - малко от половината (6 533 хил. лв. от наеми на предоставените сгради публична държавна собственост).

Въз основа на заповед № ФК-10-1416/22.12.2010 г., впоследствие изменяна със седем заповеди на директора на АДФИ, в периода 22.12.2010 г. до 05.07.2011 г. е извършена финансова инспекция на НДК от финансови инспектори, сред които свидетелите Д. З. и А. Г., която приключила с приетия доклад № ФИ5СФ-0044/05.07.2011 г. Проверяващите обективирали констатациите си от направената документна проверка във връзка с разходите през 2009 г. за денонощна физическа охрана в констативен протокол от 24.06.2011 г., което според въззивната инстанция следва да се счита за датата на установяване на фактите, относими към процесното нарушение. От иззетите в хода на проверката документи е видно, че на 01.10.1993 г. е сключен договор № 1903/29.12.1993 г. между НДК, представлявано от Х. Д., като възложител и [фирма] като изпълнител за осъществяване на физическа охрана. Впоследствие договорът многократно е изменян с подробно изброените в констативния протокол анекси. Видно от справка № 296/14.06.2011 г. през 2008 г. по този договор са изплатени разходи за охрана в общ размер 201 113.60 лв. От справка № 297/14.06.2011 г. и приложените към нея фактури и разходни касови ордери (РКО) се установява, че през 2009 г. са направени разходи за охрана в общ размер 284 054.70 лв., като първата сума по договора е изплатена с РКО № 84/03.02.2009 г. на основание фактура № 194/03.02.2009 г., издадена от [фирма].

На следващо място на базата на събраните гласни доказателства и доклада за извършената проверка районният съд е установил, че проверяващите са счели, че към процесния период Т. се издържало от приходи от собствена дейност и начина му на управление, като МС нямал правомощие да отхвърли предложенията на творческите съюзи за назначаване на членове на творческо-стопанския съвет. Въз основа на писмо изх. № 47-00-9/21.03.2007 г. от изпълнителния директор на А., изпратено в отговор на запитване от Х. Д., в което се сочи, че Т. „НДК“ е образувано като юридическо лице на бюджетна сметка, поради което трябва да се счита за публичноправна организация, контролните органи приели, че НДК има качеството на възложител. От справка изх. № 322/20.06.2011 г. установили, че през процесния период Х. Д. е представлявал Т. „НДК“ и не е възлагал на друго длъжностно лице провеждането на процедури за сключване на договори по ЗОП и затова съставили срещу жалбоподателя акт за установяване на административно нарушение (АУАН).

Правилно предходната инстанция е установила фактичката обстановка по делото като е приела, че административно-наказателното производство е образувано на базата на АУАН № 11011089/04.07.2011 г., съставен срещу Х. Х. Д. за това, че за периода 03.02.2009 г. до 31.12.2009 г. в [населено място] от Т. „НДК“, са изплатени 236 712.25 лв. без ДДС за извършване на денонощна физическа охрана, на основание издадени фактури от [фирма], без към 03.02.2009 г. (датата на първата фактура за осъществяване на денонощна физическа охрана) касационният ответник в качеството

си на генерален директор да е взел решение за откриване и да е провел процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП, въпреки, че са били налице всички законови основания за това, квалифицирано като нарушение на чл. 16, ал. 8, вр. чл. 14, ал. 1, т. 3, вр. чл. 3, ал. 1, т. 2, вр. чл. 7, т. 3 ЗОП. Актът е съставен в присъствието на двама свидетели на съставяне на акта и на наказаното лице. В законоустановения срок след предявяването му Х. Д. е подал писмени възражения, в които изложил съображения идентични с тези в процесната жалба, че Т. „НДК“ не може да се определи като организация на бюджетна издръжка и не е публичноправна организация по смисъла на § 1, т. 21 ДР на ЗОП, поради което няма качеството на възложител по смисъла на чл. 7 ЗОП. Както и че не попада в списъка на възложителите на обществени поръчки (л. 23 – 27 от НАХД № 1885/12 по описа на СРС,110 състав) съгласно Директива 2004/18/ЕО и удостоверение № 10-00-29/22.06.2012 г., издадено от изпълнителния директор на А..

Въз основа на така съставения акт, при идентично описание на извършеното нарушение и фактичката обстановка на 28.12.2011 г. е издадено обжалваното НП, с което на Х. Д. е наложена глоба в размер на 4 000 лв., на основание чл. 129 ЗОП.

При така установеното предходната инстанция е приела, че е налице основание за прекратяване на административно-наказателното производство поради изтичане на предвидената от закона абсолютна давност за реализирането ѝ по отношение на процесното нарушение и следва да бъде отменено, тъй като не са налице материалноправните предпоставки за налагане на административно наказание за нарушение на чл. 16, ал. 8, вр. чл. 14, ал. 1, т. 3, вр. чл. 3, ал. 1, т. 2, вр. чл. 7, т. 3 ЗОП, на основание чл. 129, ал. 1 от ЗОП.

Касационната жалба, подадена от АДФИ е допустима, предвид обстоятелството, че е подадена от активно легитимирано лице в законоустановения 14 – дневен срок от съобщаването му на обжалваното съдебно решение.

Разгледана по същество касационната жалба се явява неоснователна.

За да постанови атакуваното съдебно решение, СРС в цялост е установил фактичката обстановка, което потвърждава фактите и констатациите на административния орган в проведеното административно наказателно производство. Решението на СРС е правилно. Настоящият състав споделя изведения правен извод от районния съд, че към процесния период Т. „НДК“ не е имало качеството на възложител по смисъла на чл. 7 ЗОП. По делото безспорно е установено, че не е било преобразувано в търговско дружество с държавно участие, а е съществувало като юридическо лице със седалище [населено място], създадено с цел да задоволява обществените интереси в областта на културата, но като самоуправляваща се организация. В този смисъл е налице първата предпоставка за определянето му като обществена организация, тъй като задоволява обществени интереси, но не е отговаряло на никое от алтернативно предвидените допълнителни условия, за да има качеството публичноправна организация по смисъла на § 1, т. 21 от ДР на ЗОП. При преценката на това качество следва конкретно да се изследва дали представлява юридическо лице с нестопанска цел за осъществяване на общественополезна дейност, което не извършва търговска или промишлена дейност и се финансира или контролира от държавата или друга публичноправна организация.

Правилно въззивният съд е отбелязал, че дори вписването на дадено образувание в приложение III към Директива 2004/18 от компетентния държавен орган (А.) не представлява достатъчно условие за квалификацията му като публичноправна

организация, а следва да се преценява конкретно дали отговаря на кумулативните материални условия за определянето ѝ като такава.

По делото безспорно е установено, че от 2000 г. Т. „НДК“ не е финансирано въобще от държавния бюджет или от друг възложител, а е било на самоиздръжка от собствена дейност, като през 2009 г. под 50 на сто от нетните приходи са се формирали от наеми от предоставените имоти - публична държавна собственост. Затова не е налице хипотезата на § 1, т. 21, б. „а“ ДР на ЗОП, тъй като по-голямата част от финансирането е от собствена стопанска дейност, която не е свързана със стопанисването държавно имущество. Още с разпореждане № 17/26.06.1986 г. на бюрото на МС е обявено за самоуправляваща се организация, а фактически управителният му орган и представляващият са се определяли по предвидения в разпореждане № 4/90 г. на МС и Правилник за дейността и органите на управление на Т. „НДК“ от 1990 г. ред. Управлявало се е от Творческо-стопански съвет, състоящ се от 29 члена, от които 14 се избирали от трудовите колективи, а 15 били представители на художествено-творческата и научно-техническата интелигенция, предлагани от творческите съюзи на МС, който нямал правомощие да отхвърли предложенията им за назначаване на членове. Организацията се ръководила и представлявала от генерален директор, който се избирал и освобождавал от творческо-стопанския съвет. Няма надзорен орган, а правомощия в управлението имало общото събрание на трудовите колективи, т.е. отговаря на всички характеристики на обществена организация. В този смисъл управителните органи не са определяни от възложител по чл. 7, т1 или т. 3 от ЗОП, съответно такъв не е имал доминиращо влияние по смисъла на § 1, т. 22 от ДР на ЗОП върху Т. „НДК“.

Като извърши служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 от АПК и въз основа на фактите, установени от въззивния съд, съгласно чл. 220 от АПК, дванадесети касационен състав на Административен съд София – град намира, че обжалваното решение е валидно, допустимо и в съответствие с материалния закон. След служебно извършена проверка, касационният съд установи, че по отношение на административното нарушение, за извършването, на което е ангажирана административно наказателната отговорност, е изтекла абсолютната погасителна давност.

Съгласно разпоредбата на чл. 11 от ЗАНН по въпросите за вината, вменяемостта, обстоятелствата, изключващи отговорността, формите на съучастието, приготвянето и опита се прилагат нормите на общата част на Наказателния кодекс, доколкото в този закон не се предвижда друго. Тъй като в ЗАНН липсват изрично норми, уреждащи въпросите на погасителната давност, субсидиарно приложение следва да намери чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК, съгласно който наказателното преследване се изключва по давност, когато не е възбудено в продължение на две години в случаите, извън хипотезата по т. 1, 2, 3 и 4 на същия текст. Текстът на чл. 81, ал. 2 от НК постановява, че давността се прекъсва с всяко действие на надлежните органи, предприето спрямо лицето, срещу което е насочено преследването. След извършване на действието, с което е прекъсната давността, започва да тече нова давност. На основание чл. 81, ал. 3 от НК независимо от спирането и прекъсването на давността наказателното преследване се изключва, ако е изтекъл срок, който надвишава с една втора двугодишния срок по чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК. Следователно, срокът на така определената давност е три години.

Предвид датата, посочена като дата на извършване на административното нарушение

– 03.02.2009 г., срокът, след изтичането, на който е изтекла абсолютната давност в случая е 03.02.2012 г. Следователно към настоящия момент и към датата на постановяване на въззивния съдебен акт са налице основанията за погасяване на административно наказателната отговорност на Х. Х. Д., в качеството му на генерален директор на Творческо-стопанско обединение „Национален дворец на културата” и лице представляващо по смисъла на чл. 7, ал. 1 от ЗОП възложител за процесното административно нарушение и това изключва правомощието на наказващия орган да го санкционира, с налагане на каквото и да е административно наказание.

Тук следва да се посочи, че практиката на АССГ е непротиворечива при изчисляването на абсолютната давност по делата от административно – наказателен характер, поради което възраженията на ответника са несъстоятелни.

По изложените съображения решението на СРС следва да бъде потвърдено.

Мотивиран така и на основание чл. 221, ал.2, предложение 1 от АПК, Административен съд София – град, 12 – ти касационен състав,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА постановеното по НАХД № 1885 от 2012 г., решение от 11.01.2013 г. на Софийски районен съд, НК, 110 състав.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

1.

2.