

РЕШЕНИЕ

№ 10584

гр. София, 02.07.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XXVI КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 07.06.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Наталия Ангелова

ЧЛЕНОВЕ: Ванина Колева

Мариета Райкова

при участието на секретаря Макрина Христова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **3250** по описа за **2024** година докладвано от съдия Наталия Ангелова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Производството е образувано е по касационна жалба, депозирана от Директора на Агенция за държавна финансова инспекция /АДФИ/, [населено място], чрез гл.юрк. Т. Я., срещу решение № 555/31.01.2024г., постановено по НАХД № 8755/2023 г. на Софийски районен съд (СРС), Наказателно отделение, 109-ти състав, с което е отменено наказателно постановление № 11-01-894/2022/ от 09.05.2023 г., издадено от С. А. Б., директор на АДФИ- С., с което на Д. Д. Н., ЕГН[ЕИК], на основание чл. 53 от ЗАНН и чл. 247, ал.1 вр. чл. 261, ал. 2 от ЗОП, е наложено административно наказание „глоба“ в размер на сумата от 10 000 лева за административно нарушение на чл. 2 ал. 2 от ЗОП.

Касаторът, в депозираната касационна жалба, излага доводи, че постановеното решение на СРС е неправилно, поради нарушение на материалния закон и допуснати съществени нарушения на процесуалните правила – касационни основания по чл.348, ал.1, т. 1 и т. 2 от Наказателно-процесуалния кодекс /НПК/. Подробни съображения в тази насока са изложени в депозираната касационна жалба.

В съдебно заседание, касаторът- директорът на АДФИ, редовно уведомен, се представлява чрез процесуалния си представител- юр. Я., която моли съда да

постанови съдебен акт, с който да отмени решението на Софийски Районен съд, като потвърди издаденото наказателно постановление по изложените в касационната жалба съображения.

Ответникът по касационната жалба – Д. Д. Н., редовно призована, не се явява, представлява се от адв. Б., който моли съда да постанови съдебен акт, с който да потвърди решението на Софийски Районен съд като правилно и законосъобразно по съображения изложени в депозирания отговор по предявената касационна жалба.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена се представлява от прокурор К., която счита жалбата за основателна.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, XXVI-ти касационен състав, като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, прилагайки нормата на чл. 218 АПК, приема следното:

Касационната жалба е процесуално допустима, като подадена срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол, от надлежна страна, срещу подлежащ на обжалване съдебен акт, при наличие на правен интерес и в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол.

С Решение от 31.01.2024 г. на СРС, НО, 109-ти състав по НАХД № 8755/2023 г., е отменено НП № 01-894/2022/ от 09.05.2023 г., издадено от Директора на АДФИ, с което на Д. Д. Н. в качеството му на изпълнителен директор на Агенция по заетостта, на основание чл. 247, ал. 1 вр. с чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки и е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лв. за административно нарушение на чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). За да постанови този резултат, СРС е приел за установена описаната в НП фактическа обстановка, а именно:

При извършена финансова инспекция на Агенция по заетостта, възложена със Заповед № ФК-10-605/14.07.2022 г. на директора на АДФИ, последващо изменена, според проверяващите, в нарушение на чл.2, ал.2 ЗОП е издадено Решение с изх. № 20-00-126/27.01.2021 г., Д. Д. Н., в качеството му на изпълнителен директор на Агенция по заетостта, [населено място], за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Услуги по почистване и хигиенизиране на сградния фонд на Агенция по заетостта“. Решението за откриване на процедурата е издадено на основание чл. 73, ал. 1 от ЗОП вр. чл. 3, ал. 1 от ЗОП- открита процедура по смисъла на чл. 18, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

При проверката било установено, че възлагането на обществената поръчка (ОП) е осъществено чрез използване на централизираната електронна платформа, в съответствие с разпоредбата на чл. 39а от ЗОП и с осигурен неограничен, пълен, безплатен и пряк достъп до документите, вписана е в Регистъра за обществени поръчки, прогнозната стойност на поръчката е 1 860 000,00 лв. без ДДС, а целта ѝ - централизирано, а не регионално бюджетирание и администриране на услугата.

ОП не е разделена на обособени позиции, критерий за оценка на офертите е „Икономически най-изгодна оферта“, въз основа на оптимално съотношение качество/цена, с конкретни показатели за оценка и тежест на всеки от тях: „Качество на техническо предложение“ - с тежест 60 точки и „Ц.“ – 40 точки. За участие в обществената поръчка са подали оферти ВВП Фасилити“ ЕООД, „Бориван“ ООД, „Асенко-04“ ЕООД, „Ред Стар Консулт“ Д. и „Райт Клининг“ ООД. С Решение № РД-08-1505/29.04.2021 г. е обявено класирането на участниците - на първо място „Ред

Стар Консулт“ Д. и определен за изпълнител и сключен договор за възлагане на обществена поръчка - договор № 22/07.06.2021 г. на обща стойност 1 857 544,80 лв. без ДДС/2 229 053,76 лв. с ДДС.

Според раздел II „Предмет“, т. II.2.4.) „Описание на обществената поръчка“, включва следното: Услуги по почистване и хигиенизиране на сградния фонд на Агенция по заетостта, включително на прилежащите към сградния фонд външни общи площи и извършване на дейностите по периодична дезинфекция, дезинсекция и дератизация, съгласно Техническа спецификация- Приложение № 1 от документацията. Извършването на услугите по дезинфекции, дезинсекции и дератизации (ДДД) се осъществява при спазване изискванията на Наредба № 1/05.01.2018 г. за условията и реда за извършване на дезинфекции, дезинсекции и дератизации и се извършват само от лица, притежаващи удостоверение за придобита квалификация за ръководител и/или изпълнител на дезинфекции, дезинсекции и дератизации. Като изисквания към участника е посочено следното:

- Да бъде вписан в регистър на физическите и юридическите лица, извършващи дезинфекции, дезинсекции и дератизации (ДДД), отговарящи на изискванията на Наредба № 1/05.01.2018 г. за условията и реда за извършване на дезинфекции, дезинсекции и дератизации

- да е изпълнил за последните 3 години от датата на подаване на офертата минимум 1 услуга с предмет и обем, идентичен или сходен с този на поръчката – дейности по комплексно почистване, ДДД на сгради за обществено ползване, и/или административни сгради, включващи услуги по измиване на прозорци, машинно или ръчно измиване на всякакви повърхности, прахосмукиране, забърсване на прах на всякакви повърхности, ДДД на сгради за обществено ползване и/или административни сгради;

- Следва да разполага минимум с 1 лице, притежаващо удостоверение за придобита квалификация на ръководител на ДДД дейности, вписано в електронния регистър на издадените удостоверения за придобита квалификация за ръководители и изпълнители на ДДД дейности по чл.10 от Наредбата.

- да разполага с минимум от 7 лица, притежаващи удостоверения за придобита квалификация на изпълнител на ДДД дейности по чл.10 от Наредбата,

Според проверяващите посочените изисквания към участниците в Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. III.1 „Условия за участие“, т. III.1.1. „Годност за упражняване на професионална дейност и т. III.1.3 „Технически и професионални възможности от обявлението за поръчка, са необходими само за извършването на дейностите по дезинфекции, дезинсекции и дератизации, но не са необходими за извършване на услугите по почистване, изброени в т. I, II и III на Техническата спецификация. По този начин, като е включил посочените изисквания към участниците за извършване на дейности по почистване и дейности по дезинфекции, дезинсекции и дератизации, без обществената поръчка да е разделена на обособени позиции по дейности, с необходимите за съответната дейност изисквания, е ограничил конкуренцията, като се дава необосновано предимство и необосновано се ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка. От участие в обществената поръчка са ограничени потенциални участници, които отварят на всички необходими изисквания на възложителя и биха могли да осигурят своевременни и качествени услуги за извършване на дейностите по почистване, съгласно т. I, II и III на Техническата спецификация. По тези съображения

проверяващите са приели, че при възлагането на конкретната ОП е допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП като така е нарушена забраната за ограничаване на конкуренцията.

За констатираното нарушение на 11.11.2022 г. главния финансов инспектор в Четвърти отдел при дирекция „Инспекционна дейност“ на АДФИ- А. Х. А., съставил акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № 11-01-894/11.11.2022 г., против Д. Д. Н., в което е отразен резултата от извършеното проучване. В законоустановения срок, е представил възражения с вх. № 11-01-894/18.11.2022 г. срещу АУАН.

Въз основа на АУАН № 11-01-894/11.11.2022 г. е издадено и процесното наказателно постановление № 11-01-894/2022 от 09.05.2023 г. на Д. Д. Н., с което на основание чл. 247, ал. 1 вр. с чл. 261, ал. 2 от Закона за обществените поръчки, е прието че същия е извършил описаното нарушение в АУАН и му е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 10 000 лв.

Срещу НП е подадена в срок жалба с вх. № 11-01-894/2022 от 07.06.2023 г. от наказаното лице, разгледана с оспореното пред касационната инстанция съдебно решение.

В производството пред СРС са приобщени писмените доказателства по административно-наказателната преписка и гласни доказателствени средства – на актосъставителя, като са разпитани свидетели А. – служител на АДФИ, извършил проверката и съставил акта за установяване на административното нарушение.

В писмени бележки пред въззивната инстанция оспорващият е посочил, че не оспорва компетентността на органите издали АУАН и Нп, но разделянето на ОП предполагало множество обществени поръчки – по обекти – 132 общо на територията на цялата страна, разделянето би довело до необосновано увеличаване на административната тежест, и изпълнение на всички формалности с изпълнителите., по-големи рискове от не ефективност и неефикасност. Изтъкнато е, че не се доказвало допуснато нарушение на чл.2, ал.2 ЗОП, а освен с посочената разпоредба, възложителят имал и задължение за ефективно изразходване на средствата. Счита допуснато нарушение на чл.6 от ЗАНН относно описанието на нарушението, а за умишлено извършено нарушение нямало събрани доказателства, дори твърдения в тази насока, нямало и за самонадеяност, че Д. Н. е знаел, че взема решение, с което ограничавал неправомерно конкуренцията и да е мислил да предотврати обществено-опасните последици, липсвала и небрежност – Н. не е предвиждал, че се ограничава конкуренцията. Н. се съобразил с изводите на лицата, подготвили ОП, нямало данни да е взел противно на тях решение. Също претендира, че Н. нямал задължение за такова предвиждане, но дори и да се приеме обратното, предвид качеството му на възложител на ОП, с оглед отговорността му по ЗОП, то претендира незнание за фактическите обстоятелства по смисъла на чл.14, ал.2 НК, което изключвало диренето на отговорност. Претендира, че към момента на решението за ОП са действали вътрешни правила за възлагане на ОП .в агенцията, и имало съставени въз основа на тези правила и документи от други лица, предшествващи решението за възлагане на ОП, не били събрани данни от длъжностните лица, подготвили ОП. .

При така установената фактическа обстановка, СРС е приел по приложението на процесуалния закон, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи, в предвидената от закона писмена форма и съдържание, съответно по чл.42 и чл.57 ,

както и при спазване на процесуалните правила, редовност на процедурата по връчване на АУАН и НП.

По материалната законосъобразност на НП въззивният съд е обсъдил съдържанието на нарушената разпоредба – чл.2, ал.2 ЗОП, като при анализ на същата е извел, че е целта е спазването на изискването по ал.1, т.2 на същата разпоредба – свободна конкуренция. , както и, че законодателят допускал поставянето на условия и изисквания към участниците в съответната процедура, но винаги при съобразяване на спецификите на съответната поръчка и при неизменно спазване на останалите принципи- пропорционалност, публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. По чл.461, ал.1 ЗОП законодателят допуснал при подготовката за възлагане на ОП възложителят да прецени възможността за разделянето ѝ на обособени позиции, а когато реши, че това е нецелесъобразно, в решението за откриване на процедурата се излагали конкретни мотиви. Според съда смисълът на тази преценка е, когато въпреки възможността за възлагане по обособени позиции – част от ОП може да бъде със самостоятелен предмет, е систематично свързана с другите позиции по предмета на обществената поръчка, и предполагащ възможност за участие на по-широк кръг от изпълнители, възложителят да обоснове наличието на специфики на дейността му, които налагали поръчката да бъде възложена като едно цяло. В тези случаи пропорцията и балансът между ефективното и ефикасно изразходване на средствата и свободата на конкуренцията – и най-целесъобразното задоволяване на нуждите на конкретния възложител. Границата пред оперативната самостоятелност на възложителя е изискването по чл.2, ал.2 ЗОП, както и императивното изискване по чл.46, ал.1 ЗОП - когато възложителят реши, че не е целесъобразно поръчката да се разделя на обособени позиции да изложи мотиви за това. По тези правни съображения и предвид спецификите на процесната обществена поръчка, изводите на административно-наказващия орган са приети за неправилни. Приета е за правилна тезата на жалбоподателя Н., че неразделянето на обществената поръчка е въведено с цел получаване на по-добра услуга, оптимално функциониране на поделенията на АЗ, правилно изразходване на бюджета. Такъв подход бил допустим съгласно чл.46, ал.1 ЗОП По състава на нарушената разпоредба съдът е изложил и правни съображения: -законодателят е забранил включването в предмета на поръчката такива ограничителни условия или изисквания, които са необосновани и несъобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В конкретния случай според СРС, възложителят е въвел допустими изисквания към участниците в рамките на своята оперативна самостоятелност и не е нарушил забраната по чл.2, ал.2 ЗОП.

По тези правни и фактически съображения, с обжалваното решение СРС е отменил оспореното пред него НП № 11-01-894/2022/ от 09.05.2023 г.

Пред настоящата инстанция не са ангажирани нови писмени доказателства по смисъла на чл. 219, ал. 1 от АПК.

Правна преценка на касационната инстанция

Съдът намира подадената жалба за неоснователна, а решението на СРС за валидно и допустимо, постановено при правилно приложение на закона, поради следните съображения.

При извършената служебно проверка на основание чл. 218, ал. 2 от АПК и въз основа на фактите, установени от първоинстанционния съд, настоящият състав, намира

обжалваното съдебно решение за валидно и допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу оспореното наказателно постановление, не са изтекли, както сроковете по чл. 34 ЗАНН, така и абсолютната погасителна давност за административнонаказателно преследване.

Споделят се изложените правни съображения на СРС по приложението на чл. 2 ал. 2 ЗОП в конкретния случай. В. с разпоредбата принцип, един от основополагащите - забрана за 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, в случая действително не е нарушен. Действително не са поставени условия и изисквания от възложителя към участниците в конкретната процедура, които не са съобразени със спецификите на ОП и останалите принципи- пропорционалност, публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация /чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 3 и 4 от ЗОП/. Обратно, към изпълнителите на строго-специфични дейности по ДДД, нормативно регламентирани относно изисквания за квалификация и регистрация, са поставени изисквания, свързани с дейности, извън изискващата се квалификация по Наредба № 1/05.01.2018 г. за условията и реда за извършване на дезинфекции, дезинсекции и дератизации.

В случая е спасен чл. 46, ал. 1 от ЗОП - при подготовка за възлагане на обществена поръчка възложителят има право 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, които мотиви правилно са приети от въззивния съд за обосновани. Мотивите конкретно са посочени в раздел IV.7 от решението, обосновани с централно бюджетиране и администриране на услугите, разделянето на поръчката би довело до допълнителна административна тежест за възложителя, включително и допълнителен човешки ресурс, риск от неефективност и неефикасност.

Действително административно-наказващият орган не е съобразил правото на преценка на възложителя да не раздели поръчката, като е изложил изрични и относими мотиви за това, неправилен е изводът за допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на конкретната ОП.Процедурите за възлагане на обществени поръчки са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства от всякакъв характер. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. Чрез тях по същество същият определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена

поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. Оперативната му самостоятелност винаги е ограничена от принципите по ЗОП, но и от принципите по чл.20 от Закона за публичните финанси – конкретно по т.4-т.6 от разпоредбата и следните: „4. икономичност - придобиването с най-малки разходи на необходимите ресурси за осъществяване дейността на бюджетните организации при спазване на изискванията за качество на ресурсите; 5. ефикасност - постигането на максимални резултати от използваните ресурси при осъществяване дейността на бюджетните организации; 6. Ефективност“. Възложителят в решението за възлагане на ОП изрично е мотивирал с оптималното изразходване на бюджетните средства решението си да не разделя ОП на отделни позиции или за отделни обекти.

Споделят се и изводите на СРС, че не се установяват елементите по чл.2, ал.2 ЗОП в конкретния случай – поради включването само на изисквания и условия към кандидатите, пряко относими към изпълнението на предмета на обществената поръчка, поради което неправилно с издаването на НП е ангажирана отговорността на Д. Н. като възложител на ОП за нарушение на същата разпоредба. Правилното отнасяне на фактическите обстоятелства към конкретната правна норма, която се твърди, че е нарушена, е условие за законосъобразност на наказателното постановление, с оглед необходимостта от установяване съставомерност на извършеното административно нарушение, което от своя страна е основание за определяне на административно наказание.

Предвид изложеното, съдебното решение на СРС, като обосновано и правилно, следва да бъде оставено в сила. Не се установиха сочените в жалбата касационни основания -неправилно приложение на закона по чл.348, ал.1, т.1 вр. ал.2 НПК, нито такива, за които касационната инстанция следи служебно, съгласно чл.218, ал.2 АПК.

С оглед изхода на спора и на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, жалбоподателят следва да бъде осъден да заплати направените по делото разноски в общ размер от 1 370 лв., от които 70 лв. държавна такса и 1 300 лв. платено адвокатско възнаграждение, съгласно договор за правна защита и съдействие от 25.03.2024 г.

Възражението за прекомерност на адвокатското възнаграждение е неоснователно, предвид фактическата и правна сложност на делото.

Така мотивиран и на основание чл. 221, ал. 2, предл. първо АПК, вр. чл. 63в ЗАНН, Административен съд София-град, XXVI -ти касационен състав,

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение № 555 от 31.01.2024 г. на СРС,
Наказателно отделение, 109-ти състав

ОСЪЖДА Агенция за държавен финансов контрол със седалище в
[населено място] да заплати на Д. Д. Н. ЕГН [ЕГН] сумата от 1370
(хиляда триста и седемдесет) лева, представляващи разноси пред
касационната инстанция.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
2.

ЧЛЕНОВЕ: 1.