

# РЕШЕНИЕ

№ 3328

гр. София, 20.05.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, VIII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ**, в публично заседание на 23.04.2021 г. в следния състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: Камелия Серафимова**

**ЧЛЕНОВЕ: Камелия Стоянова  
Калин Куманов**

при участието на секретаря Светла Гечева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **1653** по описа за **2021** година докладвано от съдия Калин Куманов, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208-228 от АПК във вр.чл.63 ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба на С. К. К. от [населено място], ЕГН: [ЕГН], подадена чрез адв.Ц., срещу Решение № 20002866 от 06.01.2021 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 8547/2020 г., потвърждаващо Наказателно постановление /НП/ № 11-01-607/26.02.2020 г., издадено от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, с което на касационния жалбоподател в качеството му на изпълнителен директор на Университетска специализирана болница за активно лечение по онкология ЕАД е наложено административно наказание глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.53 от ЗАНН във вр.с чл.250 от Закона за обществените поръчки (ДВ, бр.49/2018 г.) във вр.с чл.18, ал.1, т.8 и чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП, във вр. с чл.261, ал.2 от ЗОП и Заповед № ЗМФ-458/11.05.2017 г. на министъра на финансите, за нарушение на чл.18, ал.1, т.8, във вр. с чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП (ДВ бр.49/12.06.2018 г.); и С. К. К. е осъден да заплати в полза на АДФИ юрисконсултско възнаграждение в размер на 90 лв.

В касационната жалба са развити изключително подробно съображения за неправилност на първоинстанционния съдебен акт, като се твърди същият да е постановен при допуснати съществени съдопроизводствени нарушения и при нарушение на материалния закон. Касаторът твърди, че СРС едностранно е установил факическата обстановка и е игнорирал съществени доказателства за спора, както и че

не е взел отношение по аргументите, изложени в жалбата, в пледоарията и в писмената защита. Настоява, че не е извършил нарушението, за което е наказан. Изтъква наличие на неяснота в административнонаказателното обвинение. Представя нови писмени доказателства – кореспонденция с "Assuray I.". Отправеното до касационния съд е да отмени първоинстанционното съдебно решение и да отмени НП № 11-01-607/26.02.2020 г. В с.з. касаторът не се явява, а пълномощникът му адв.Ц. моли за отмяна на касираното решение и за отмяна на обжалваното наказателно постановление, а при условията на алтернативност – да върне делото за ново разглеждане в СРС. Претендира разноски.

Ответникът - АДФИ, чрез процесуалния си представител юк.Х. оспорва касационната жалба, моли за отхвърляне на касационната жалба и за присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Представя писмено становище с подробни съображения.

Представителят на СГП дава заключение за неоснователност на касационната жалба и моли тя да бъде отхвърлена.

Административен съд-София град, след като прецени събраните по делото доказателства и наведените касационни основания, приема следното:

Софийският районен съд е установил, че д-р С. К. К. бил назначен на длъжност изпълнителен директор на УСБАЛО ЕАД с договор за управление № РД-16-392/14.09.2017 г.

Със Заповед № ФК-10-298/25.03.2019 г., издадена от Директора на АДФИ, е възложено на финансов инспектор при АДФИ да извърши финансова инспекция на УСБАЛО ЕАД, като една от точките обхваща и законосъобразност в областта на отчетените през 2018 г. разходи за доставка на медицинска апаратура, за периода от 26.03.2019 г. до 10.05.2019 г. Районният съд е цитирал и последващите издадени заповеди за изменение на възложената финансова инспекция.

При инспекцията е изискана конкретна информация от изпълнителния директор на лечебното заведение. С писмо последният е посочил, че за периода от 25.02.2018 г. до 19.12.2018 г. поддръжка, ремонт, отстраняване на неизправности и осъществяване на профилактика на уредбата за хеликална терапия в Клиниката по лъчелечение в УСБАЛО ЕАД са извършвали [фирма], "Assuray I.", инженер-електроник на болницата с помощта на специално изпратен и оторизиран представител на производителя. Приложил е констативен протокол и фактура, издадени от "Stargen EU" s.r.o., Прага, Ч.

Съдът е установил, че във връзка със Заповед № 3-211/06.08.2018 г. на изпълнителния директор на УСБАЛО е изготвен доклад от ръководител отдел ПОП при болничното заведение относно техническата спецификация за изпълнение на обществена поръчка за пълно абонаментно извънгаранционно обслужване на уредба за хеликална терапия, както и прогнозната стойност.

С Решение № 3-231/28.08.2018 г. касационният жалбоподател е открил процедура за възлагане на ОП, чрез "договаряне без предварително обявление" по чл.79, ал.1 ЗОП, с предмет: "Пълно абонаментно извънгаранционно техническо обслужване на уредба за хеликална терапия в Клиника по лъчетерапия на УСБАЛО". В мотивите към ОП е посочено, че при предходна открита процедура са липсвали подадени оферти, както и че са налице изключителни права, включително и право на интелектуална собственост. Допълнително изискване към участниците е те да разполагат с лицензия от Агенцията за ядрено регулиране за работа с източници с йонизиращи лъчения, с

цел техническо обслужване, монтаж, демонтаж, измервания, ремонтни дейности на апаратурата, представляваща източник на йонизиращи лъчения. Съставена е покана за участие в процедурата по договаряне без предварително обявление за възлагане на обществена поръчка, която ще се проведе на 12.09.2018 г. и с краен срок за подаване на оферти: 11.09.2018 г. Утвърдени са условията за участие, както и техническата спецификация.

До [фирма] е отправена покана и в отговор дружеството е изпратило ценово предложение на обща стойност 880 000 лв. за 12 месеца без ДДС.

С Решение № 3-250/19.09.2018 г. [фирма] е определено за изпълнител на обществената поръчка.

С договор за възлагане на обществена поръчка от 19.12.2018 г. за: "Пълно абонаментно извънгаранционно техническо обслужване на уредба за хеликална терапия в Клиника по лъчетерапия на УСБАЛО" УСБАЛО ЕАД е възложило на изпълнителя [фирма] въпросното обслужване.

СРС е установил, че по делото е представено писмо от 30.07.2018 г. от "Accuray I.", САЩ, С., К. - компания-майка на "Accuray E." S. и "Accuray I." SARL, с което се потвърждава фактът, че MEDITEL Healthcare Bulgaria O. е единствен дистрибутор на дружеството за България и техен представител да внася, продава, инсталира и поддържа посочените в същото системи, произведени от "Accuray". Приложен е на английски език с превод на български език сертификат за потвърждение.

На 02.09.2019 г. ст.финансов инспектор при АДФИ е съставил АУАН против д-р С. К. К. на длъжност изп. директор в УСБАЛО ЕАД, за това, че в качеството си на възложител, съгласно чл.5, ал.2, т.16 от ЗОП Решение № 3-231/28.08.2018 г. за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП, с предмет: "Пълно абонаментно извънгаранционно техническо обслужване на уредба за хеликална терапия в Клиника по лъчетерапия на УСБАЛО" и с Решение № 3-250/19.09.2018 г. за избор на изпълнител е открил и провел процедура по чл.18, ал.1, т.8 от ЗОП, във вр.с чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП, без предметът на поръчката да предполага наличие на изключителни права, включително на интелектуална собственост като основание за провеждането ѝ, с което е извършено нарушение на чл.18, ал.1, т.8, във вр. с чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП. Актът е връчен на жалбоподателя на деня на съставянето му.

Постъпило е писмено възражение вх.№ 11-01-607/05.09.2019 г. срещу така съставения акт.

След обсъждане на твърденията в подаденото възражение Директорът на АДФИ е издал оспореното пред СРС Наказателно постановление № 11-01-607/26.02.2020 г., с което на касационния жалбоподател е наложена глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл.53 от ЗАНН във вр.с чл.250 от Закона за обществените поръчки (ДВ, бр.49/2018 г.) във вр.с чл.18, ал.1, т.8 и чл.79, ал.1, т.3, б."в" от ЗОП, във вр. с чл.261, ал.2 от ЗОП.

За да потвърди обжалваното постановление, Софийският районен съд е приел, че нарушението е безспорно доказано, като от субективна страна същото е извършено при форма на вината непредпазливост по смисъла на чл.11, ал.3 от НК, в нейната разновидност небрежност.

Касационната инстанция намира, че СРС е постановил решението си при допуснато съществено нарушение на процесуалните правила, изразяващо се в непълно установяване на фактическата обстановка.

На първо място районният съд, не е приобщил към доказателствения материал договора за закупуване на процесната медицинска апаратура. Поради това е останал неизяснен въпросът кога е изтекъл гаранционният срок на същата и в кой момент за възложителя е възникнало задължението да открие ОП за извънгаранционно техническо обслужване. Ва тази връзка Съдът следва да съобрази приложимите разпоредби от Наредба № 2 от 5 февруари 2018 г. за условията и реда за осигуряване защита на лицата при медицинско облъчване относно поддръжката и извънгаранционното й техническо обслужване, вкл. доставка и монтаж на резервни части на медицинската апаратура. Следва да се отчетат спецификите при поддръжката, техническото обслужване, ремонта, подмяната с резервни части и надстройките на софтуера на такъв вид високотехнологична медицинска апаратура и съобразяването им с предписанията и указанията на нейния производител.

В същия ред на мисли следва да се съобразят спецификите на лечебния курс на лъчелечение на пациентите съобразно международните стандарти и действащият в Република България Медицински стандарт по лъчелечение, приет с Наредба № 6 от 29 януари 2010 г. за утвърждаване на медицински стандарт "Лъчелечение" на Министерство на здравеопазването.

На второ място районният съд не е изискал и събрал документацията по двете предходни процедури по възлагане на ОП. Събирането на тези доказателства е от съществено значение, доколкото сочената за нарушена норма на чл.18, ал.1, т.8 ЗОП има систематично място сред изброяването на процедурите по този закон, разписано в чл.18 ЗОП. С оглед конкретиката на казуса следва да се приеме, че видовете процедури, които възложителят може да открие, се намират в съотношение на алтернативност: за да може възложителят да открие процедура по договаряне без предварително обявление, следва да е изчерпил възможността ОП да бъде възложена чрез открита процедура и впоследствие чрез ограничена процедура.

По-нататък касационната инстанция констатира, че СРС не е обсъдил всички относими към спора и събраните по делото писмени и гласни доказателства. По делото са събрани свидетелски показания от актосъставителя П.Ч. и от Б.С., поискан от жалбоподателя. За същите Съдът е посочил, че цени в съвкупността им доказателствата, като не намира помежду им съществени противоречия, поради които да се произнесе защо приема едни, а отхвърля други.

Тъкмо напротив: показания на св.С. противоречат на тези на актосъставителя Ч., поради което Съдът е дължал произнасяне по въпроса кои кредитира и кои не, като се аргументира за решението си. Свидетелските показания на актосъставителя дори не са споменати в касираното решение. Същите следва да се коментират с оглед оплакването на касатора за некомпетентността на контролния орган по отношение на изискванията на материалния закон към възлагането на обществена поръчка по реда на чл.79, ал.1, т.3, б."в" ЗОП, изискващ изключителни права, не авторски права и непознаването на специалната нормативна уредба, определяща кръга на лицата и изискванията към тях, които имат право да обслужва технически апаратура с източник на йонизиращи лъчения, каквато е уредбата за хеликална терапия.

На следващо място районният съд в нарушение на чл.305, ал.3 НПК не е анализирал събрания доказателствен материал в цялост, като не е обсъдил изложението на жалбоподателя и настоящ касатор в с.з. на 06.10.2020 г. Неправилно Съдът е приел, че изложеното от лицето е извън предмета на доказване. Напротив – като пряко ангажиран с ръководството на лечебното заведение и отговорен за разрешаването на

възникналите проблеми с медицинската апаратура (за които е споменал в показанията си и св.С.), д-р К. може най-точно да мотивира вземаните решения, които Съдът да подложи на съвкупна преценка заедно с останалия събран доказателствен материал. С основание касаторът се оплаква, че това е съществено процесуално нарушение, довело до избирателно обсъждане на събрания по делото доказателства.

Не е обсъдено и приложеното към жалбата до първоинстанционния съд писмено доказателство - Становище на изпълнителния директор на А. и Списък на издадените Удостоверения за регистрация на тази дейност по чл.56, ал.3 от Закона за безопасно използване на ядрената енергия. Съдът следва да съобрази, че изпълнението на дейностите, включени в предмета на обществената поръчка, изисква наличието на специална лицензия от Агенцията за ядрено регулиране за работа с източници с йонизиращи лъчения.

Съдът е следвало да вземе предвид постановения от Върховния административен съд акт въз връзка с възлагането на същата ОП: Определение № 15040 от 05.12.2018 г. по адм.дело № 14377/2018 г., защото мотивите на този съдебен акт са свързани с преценката на възложителя за избор на конкретната процедура.

По същество касационната инстанция намира, че процедурата на договаряне без обявление е извънреден вид, допустим само по изключение, при наличието на условията, изрично уредени в чл.79, ал.1 ЗОП. В т.3, б."в" от указаната разпоредба е уредена хипотеза, при която възложител може да приложи процедура от вида на "договаряне без предварително обявление", когато поради наличие на изключителни права, включително на права на интелектуална собственост. От анализа на разпоредбата се налага извода, че за разрешаване на текущия спор е било необходимо да се установи наличието или липсата на законовата предпоставка, при които може да се приеме, че е възникнала необходимост от възлагане на поръчката при условията на пряко договаряне без обявление: били ли са налице права на интелектуална собственост у поканения кандидат, впоследствие обявен и за изпълнител. На този въпрос Съдът не е дал аргументиран отговор. Твърде повърхностно са коментирани представинети писмени доказателства: писмо от 30.07.2018 г. от "Accuray I.", САЩ, С., К., с приложения сертификат за потвърждение. Тези доказателства следва да бъдат внимателно обсъдени, наред с приложеното към касационната жалба писмо от производителя на уредбата за хеликална терапия.

Освен това от същия производител следва в качеството му на трето неучастващо по делото лице да се изиска информация дали [фирма] е лице с изключителни права конкретно за уредбата "Tomo T. - Tomo HDATM" SN 0110557 и какъв е видът на изключителността – търговска (мандатна) или инженерна (техническа или технологична), защото това е сърцевината на правния спор.

Съдът следва да събере информация и от АЯР за лицата, явяващи се ексклузивни представители на производителя на медицинската апаратура, като прецени кои от тях имат разрешение от АЯР да работят източници на йонизиращи лъчения с цел техническо обслужване, монтаж, демонтаж и ремонт на медицинската апаратура.

Следва да се подложи на анализ кръгът на извършените действия от служител на "Stargen EU" s.r.o., Прага, Ч. по време на посещение му в лечебното заведение, както и съставеният ет него доклад, приложен по делото.

Съдът следва да обсъди доводите на жалбоподателя, изложени в жалбата, като основе мотивите си на събраните в хода на производството доказателства- както и събраните доказателства в хода на административно-наказателното производство.

Всички тези пропуски следва да се преодолеят при едно ново разглеждане на делото в СРС.

Съгласно разпоредбата на чл.226, ал.3 АПК по искането на страните за разноси ще се произнесе първоинстанционния съд при новото разглеждане на делото.

Така мотивиран и на основание чл.221, ал.2, изр.първо, предл.второ и чл.222, ал.2, т.1 АПК, Административен съд-София град,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Решение № 20002866 от 06.01.2021 г., постановено от Софийския районен съд по НАХД № 8547/2020 г.

ВРЪЩА делото за ново разглеждане на друг състав от същия съд.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.