Р Е Ш Е Н И Е
№ 3535

гр. София, 26.05.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, **IX КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,** в публично заседание на 25.04.2014 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова
ЧЛЕНОВЕ: Антоанета Аргирова
Диляна Николова

при участието на секретаря Красимира Савова и при участието на прокурора Ст. Димитров, като разгледа дело номер **2885** по описа за **2014** година докладвано от съдия Диляна Николова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.208 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл.63 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба на Сметната палата срещу Решение от 02.12.2013г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 100-тен състав по НАХД № 13260 по описа за 2012г., с което е отменено Наказателно постановление № НП-ЗОП-87/26.06.2012г., издадено от Председателя на Сметната палата. С наказателното постановление, на основание чл.128б във вр. с чл.127в, ал.2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ на С. С. И. е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 2 000 лева за нарушение на чл.25, ал.5 ЗОП.

Недоволен от решението касаторът го обжалва и моли за отмяната му с доводи за неправилно приложение на материалния закон. Твърди, че неправилни са констатациите на районния съд, относно наличието на допуснати нарушения на чл.42, т.4 ЗАНН, нарушаващи правото на защита на санкционираното лице. Неправилно било прието, че към датата на издаване на решението за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП, наличието на законови условия, нарушаването на които да води до предимство или ограничаване на участниците в тази процедура, не били налице, тъй като ал.6 на чл.25 ЗОП е приета с изменението на закона, в сила от 26.02.2012г. Посочва, че преди приемането на тази разпоредба и

влизането й в сила, е съществувала забраната за включване в решението, обявлението или документацията на условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки, съдържаща се в чл.25, ал.5 ЗОП. Фактът, че условията не са били оспорени пред К., според касатора не означава, че не са били налице твърдяните ограничения пред участниците.
В съдебно заседание касаторът, редовно и своевременно призован, не се представлява.
Ответникът по касационната жалба – С. И., чрез адв.Г., моли да бъде отхвърлена жалбата като неоснователна и да бъде оставено в сила обжалваното първоинстанционно решение.
Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност на касационната жалба и пледира за оставяне в сила на обжалваното решение.
Административен съд София-град, IX-ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение и обсъди, както наведените с касационната жалба основания, така и тези по чл.218, ал.2 АПК, намира следното от фактическа и правна страна:
Касационната жалба е допустима, като постъпила в законоустановения срок, подадена от лице – страна в производството и против акт, подлежащ на касационно оспорване.
Разгледана по същество касационната жалба е основателна по следните съображения:
Въззивната инстанция от фактическа страна е установила, че на 25.10.2010г. в [населено място], в качеството му на министър на образованието, младежта и науката и възложител на обществени поръчки по см. на чл.7, т.1 ЗОП, ответникът издал решение за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Разширение на сградата на Националната А. гимназия – северен корпус“, [населено място]. С решението е одобрено обявлението за обществената поръчка и документацията за участие в процедурата. В Раздел III.2.2. от обявлението като минимално изискване към икономическите и финансовите възможности на участниците е поставено условие „кандидатстващите в процедурата участници трябва за предходните три години /2007г., 2008г. и 2009г./ да са реализирали общ оборот от строително-монтажни работи и/или инженерингови услуги в минимален размер от 5 000 000 лева с ДДС“. В обявлението за обществена поръчка не била посочена прогнозна стойност. Определена била гаранция за участие 10 000 лева. В резултат на проведената процедура бил сключен договор за възлагане на обществената поръчка от 11.02.2011г. на стойност 1 289 128 лева с ДДС.
С доклад на директора на Дирекция „Държавна собственост и обществени поръчки“ в М. от 24.03.2010г. на министъра е направено предложение за утвърждаване на конкретно разпределение на капиталовите разходи за придобиване на дълготрайни материални активи и основен ремонт на М., между които 800 000 лева за изпълнение на проект – разширение на Националната А. гимназия в [населено място]. В последващ доклад от 26.05.2010г. било посочено, че бюджетните разчети предвиждат по проекта до края на 2010г. да бъдат вложени 800 000 лева, а през следващата година допълнителни 500 000 лева.
Съответствието при финансовото управление на М. за периода 01.01.2010г. – 30.09.2011г. било проверено при извършен одит от Сметна палата. Въз основа на констатациите при извършения одит на 14.02.2012г. бил съставен акт за установяване на административно нарушение /АУАН/, в който гореописаните фактически констатации били квалифицирани като нарушение на чл.25, ал.5 ЗОП и издадено обжалваното наказателно постановление.

Въз основа на тези фактически установявания, районният съд е обосновал извод за допуснати съществени процесуални нарушения, тъй като в нарушение на чл.42, т.4 ЗАНН АУАН не съдържа защо и по какъв начин въведените от възложителя икономически и финансови условия към участниците за общ оборот от дейността им през последните 3 години в размер на 5 000 000 лева необосновано ограничава участието на лица в обществената поръчка. Това нарушение според съда е пренесено и в обжалваното наказателно постановление, с оглед което последното не съдържа всички реквизити, изискуеми по чл.57, ал.1 ЗАНН – ясно и точно описание на нарушението и обстоятелствата, при които е извършено. Съгласно мотивната част на решението е установено и още едно нарушение – различна прогнозна стойност – веднъж определена от директора на Дирекция „ДСОП“ М. и втори път – изчислена според размера на определената гаранция за участие, вследствие на което според съда е останал неизяснен въпросът коя точно е прогнозната стойност на поръчката, спрямо която административнонаказващият орган е приел, че определеният критерий за общ оборот от 5 000 000 лева за трите последни години е прекомерен и ограничаващ участието на лица в процедурата. Предвид това, че наличието на законови условия, нарушаването на които води до предимство или ограничаване на участниците в процедурата е въведено с разпоредбата на чл.25, ал.6 ЗОП с изменението му, обн. ДВ бр.93/2011г., в сила от 26.02.2012г., към момента на соченото нарушение, дали е налице или не ограничаването на лица в процедурата за възлагане на обществена поръчка, според съда следва да се преценява след обжалването й от някой от участниците пред специализирания орган – Комисия за защита на конкуренцията /К./. Изложени са и съображения, че определеният общ оборот за последните три предходни години в размер на 5 000 000 лева с ДДС, отнесен към прогнозната стойност на обществената поръчка – 1 200 000 с ДДС, сочи на завишеност с около 4 пъти, която при липса на законодателно ограничение към процесния момент и при дадените указания от А. в Практическо ръководство по обществени поръчки от 2009г., не е прекомерно.

Така постановеното решение е неправилно.

Съгласно разпоредбата на чл.25, ал.2, т.6 ЗОП в решението за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка, възложителят може да определи критерии за подбор, включващи минимални изисквания за икономическото и финансово състояние на участника, техническите му възможности и квалификация, както и да посочи документите, с които ще се доказват. Законът за обществените поръчки, в редакцията му към датата на издаване на решението за откриване на процедура по възлагане на обществена поръчка, предоставя възможност на възложителя да поставя условия и изисквания към участниците, които биха му гарантирали в най-голяма степен качествено изпълнение на поръчката, но във всички случаи тези изисквания следва да са съобразени с обекта и стойността на същата. Разпоредбата на чл.25, ал.5 ЗОП в относимата й редакция, предвижда, че възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки, като съгласно чл.50, ал.3 ЗОП изискванията за икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците, които възложителят определя, трябва да са съобразени със стойността и обекта на обществената поръчка.

В настоящия случай като минимално изискване към икономическите и финансовите възможности на участниците е поставено условие „кандидатстващите в процедурата

участници трябва за предходните три години /2007г., 2008г. и 2009г./ да са реализирали общ оборот от строително-монтажни работи и/или инженерингови услуги в минимален размер от 5 000 000 лева с ДДС“. При липсата на посочване на прогнозна стойност на обществената поръчка в обявлението за обществена поръчка, същата следва да бъде изчислена, както е приел районният съд, на база на определената гаранция за участие – 1 000 000 лева без ДДС или 1 200 000 лева с ДДС.
Касационната инстанция, обаче, не споделя изводите на въззивната инстанция за съответствие на минималното изискване за финансови и икономически възможности на участниците с прогнозната стойност на поръчката.
Предвид липсата на изрична законова уредба по отношение преценката кога тези критерии ще са завишени, изводите следва да бъдат базирани на съдебната практика. Преобладаващото виждане в аналогични случаи е, че изискването за оборот от предходни години не е завишено, когато за съответната календарна година е приблизително или равно на прогнозната стойност на обществената поръчка или в настоящия случай – 3 000 000 без ДДС и съответно 3 600 000 лева с ДДС /в този см. Решение № 15717 от 20.12.2010г. по адм.д. № 11061/2010г., IV-то отд. на ВАС, Решение № 1183 от 23.01.2012 г. по адм. д. № 16029/2011 г., IV отд. на ВАС, Решение № 16281 от 12.12.2011 г. по адм. д. № 13140/2011 г., IV отд. на ВАС и др./.
С оглед изложеното, изискването на възложителя за наличие на общ оборот от участника в размер на не по-малко 5 000 000 лева с ДДС за предходните 2007г., 2008г. и 2009г. се явява дискриминационно, тъй като минималният праг за доказване на икономическото и финансовото състояние на участниците надвишава повече от три пъти прогнозната стойност на обществената поръчка като по този начин неоправдано ограничава правото на участие в процедурата и е в противоречие с чл.50, ал.3 ЗОП. Поставеното условие за участие в процедурата е в разрез с основните принципи за свободна и честна конкуренция, равнопоставеност между участниците и недопускане на дискриминация. Въвеждайки го, ответникът е нарушил разпоредбата на чл.25, ал.5 ЗОП в относимата към датата на издаване на решението за отриване на процедура по възлагане на обществена поръчка, редакция и е осъществил състава на чл.128б ЗОП, предвиждащ, че възложител, който наруши забраната по чл.25, ал.5 се наказва с имуществена санкция в размер от 7000 до 25 000 лева или с глоба в размер от 2000 до 7000 лева.
Водим от горното Административен съд София-град, IX-ти касационен състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 02.12.2013г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 100-тен състав по НАХД № 13260 по описа за 2012г.
ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № НП-ЗОП-87/26.06.2012г., издадено от Председателя на Сметната палата, с което на основание чл.128б във вр. с чл.127в, ал.2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ на С. С. И. е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 2 000 лева за нарушение на чл.25, ал.5 ЗОП.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: 1. 2.