

РЕШЕНИЕ

№ 1823

гр. София, 20.03.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 23.02.2024 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ирина Кюртева

**ЧЛЕНОВЕ: Владимир Николов
Мария Стоева**

при участието на секретаря Спасина Иванова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **39** по описа за **2024** година докладвано от съдия Ирина Кюртева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 – чл. 228 от Административно процесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 63в от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН] от [населено място], с адрес [улица] срещу Решение № 2234 от 12.05.2023г., постановено по НАХД № 13061 по описа за 2022 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение (НО), 8 състав, с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) 11 – 01 – 264/16.09.2022 г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), с което на касатора е наложено, на основание чл. 256, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), административно наказание „глоба“ в размер на 50000 лв. за нарушение на чл. 17, ал. 1, във вр. чл. 20, ал. 1, т.1, б.“Б“ от ЗОП.

С касационната жалба се сочат основания за отмяна на оспореното решение по чл. 348, ал. 1, т. 1 и т. 2 НПК - нарушение на материалния закон и процесуалните правила. Конкретно се излага, че решението е постановено в противоречие с чл. 17, ал. 1, вр. чл. вр. чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП. Поддържа се тезата, че „Монтажи“ ЕАД не е „публичноправна организация“ по смисъла на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП, съответно не е възложител по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП, вр. с чл. 6 ЗОП. Твърди се в жалбата, че не е установена вината на санкционираното лице, както и че не било установено по безспорен начин дата на нарушението и стойност на обществената поръчка. В жалбата

е посочено, че съгласно чл. 1, ал. 1 от Устава на „Монтажи“ ЕАД същото е еднолично акционерно дружество, а съгласно чл. 14, ал. 1 едноличният собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ (Д.) ЕАД, която е 100 % държавно дружество, като правата ѝ в капитала на дружеството се упражняват от Министъра на икономиката, съобразно отрасловата му компетентност. В чл. 15, ал. 2, б. „г“ от Устава е записано, че едноличният собственик на капитала избира и освобождава членовете на съвета на директорите. Посочено е още, че дружеството самостоятелно поема финансовия риск от дейността си, както и че е получавало финансови средства на договорно основание, а не в условията на пряко финансиране с публични средства, поради което не са налице кумулативните предпоставки на § 2, т. 43 от ДР на ЗОП. Не е налице и другия изискуем признак, а именно дружеството да е създадено с конкретната цел да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, доколкото същото действа на пазарен принцип и с цел реализиране на печалба, която след това да изплаща като дивидент към държавата. В този смисъл се позовава на Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., изготвен от АДФИ, в който при проверка на идентични обстоятелства е обективизиран извод, че дружеството не е публичноправна организация по смисъла на ЗОП. Прави искане за отмяна на решението и наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът, редовно призован, не се явява, не се представлява. Представено е писмено становище, с което не възразява делото да се гледа в негово отсъствие и изразява становище по същество на спора. Приложено е и писмено доказателство-Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., изготвен от АДФИ.

Ответникът по касационната жалба – директорът на Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), чрез гл.юрк. Я., оспорва касационната жалба и моли решението на СРС да се остави в сила. Счита, че това решение е правилно и законосъобразно. Депозирани са подробни писмени бележки, ведно със съдебна практика, в подкрепа на изразеното становище. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Представителят на Софийска градска прокуратура, прокурор К., дава заключение, че касационната жалба е неоснователна и недоказана.

Административен Съд С.-град, Х. касационен състав, след като се запозна с касационната жалба и доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, приема следното:

Касационната жалба е допустима, като подадена от активно легитимирано лице, в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК вр. чл. 63в от ЗАНН, срещу съдебен акт, който подлежи на касационен контрол.

Разгледана по същество касационната жалба е основателна.

От събраните и проверени в хода на съдебното следствие писмени и гласни доказателства съставът на районния съд е приел за установено следното.

На основание чл. 10, ал. 1, т. 3 от ЗДФИ, по силата на заповед № ФК-10-968/23.07.2021 г., директорът на АДФИ е възложил извършването на финансова инспекция по отношение на еднолично акционерно дружество „Монтажи“ ЕАД. В хода на проверката било установено, че изпълнителен директор на „Монтажи“ ЕАД е жалбоподателят. Същият заемал длъжността по силата на договор № 49/30.11.2017 г. за възлагане на управлението на еднолично акционерно дружество с едностепенна система на управление и Протокол № 147 от 30.11.2017 г. от заседанието на Съвета на директорите на дружеството. „Монтажи“ ЕАД е еднолично акционерно дружество с

ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място], р-н И., [улица], чийто едноличен собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД с ЕИК[ЕИК]. Правата на едноличен собственик на капитала се упражняват от държавата чрез министъра на икономиката.

На 07.02.2020 г. в [населено място] е сключен договор за изработка със страни „Монтажи“ ЕАД като възложител, представлявано от жалбоподателя в качеството му на изпълнителен директор на юридическото лице, и „Нивел строй“ ЕООД с ЕИК[ЕИК] като изпълнител, представлявано от управителя. По силата на постигнатото споразумение изпълнителят се е задължил да предостави на възложителя за временно и възмездно ползване транспортни средства, строителна механизация, оборудване, както и да извърши доставка на материали и изделия за обект „Аварийно изграждане на водопровод от [населено място] до [населено място] ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на [населено място]“. Строителните съоръжения били описани в Приложение № 1 към договора, като същите следвало да бъдат предоставяни на възложителя в срок от 1 ден от получаването на негова устна заявка, а фактическото им предаване се удостоверявало с изготвянето на приемо-предавателен протокол. Като насрещна престация възложителят поел задължение да заплаща на изпълнителя възнаграждение, състоящо се от дължим наем за предоставеното за ползване оборудване и суми за доставка на строителни материали и изделия. Уговорено било общата стойност за изпълнение на предмета на договора да се определя след подписването на съответните приемо-предавателни протоколи.

На 14.04.2020 г. страните постигнали договореност за изменение в предмета на договора, като за формализирането му подписали допълнително споразумение (анекс), с което разширили обема на възложената работа, като в допълнение към предходните задължения изпълнителят се задължил да извършва доставка още и на асфалтова смес, както и да предоставя под наем механизация за асфалтополагане в полза на възложителя. Към съдържанието на съглашението било добавено и Приложение № 3, в което били описани единични цени на асфалтовите материали, както и Приложение № 2, което представлявало единичните цени на механизацията за асфалтополагане. На изпълнителния директор на „Монтажи“ ЕАД били предявени оферти с най-добри цени, предложени от „Нивел строй“ ЕООД, за съответните видове асфалтови смеси, транспортни средства и строителна механизация.

След приемане на отправените предложения били доставени следните инертни материали: Фракция 0-63 в количество от 20 537.01 тона, чиято стойност с включен транспорт възлизала на 230 014.51 лв. без ДДС, както и Фракция 0-40 в количество от 8 943.09 тона, чиято стойност с включен транспорт възлизала на 102 845.54 лв. без ДДС. Общата парична равностойност на доставените строителни материали била 332 860.05 лв. без ДДС или 399 432.06 лв. с включено ДДС, за която на 10.04.2020 г. възложителят издал фактура № [ЕГН]/10.04.2020 г. с основание „ФРАКЦИЯ 0-63 С ТРАНСПОРТ и ФРАКЦИЯ 0-40 С ТРАНСПОРТ“.

Същевременно бил подписан и още един приемо-предавателен протокол, в който било удостоверено извършването на дейности със строителна механизация, като конкретните услуги по предоставената оферта включвали наем на комбиниран багер членоварач, наем на колесен багер с обем на кофа 0.8 м³, наем на колесен багер с обем на кофа 1.5 м³, наем на верижен хидравличен багер до 21т, наем на верижен хидравличен багер до 25т, наем на верижен хидравличен багер до 30т, наем на

верижен хидравличен багер до 35т, наем на челен товарач, наем на товарен автомобил триосен, наем на товарен автомобил четиросен, наем на булдозер до 170 к. с., наем на булдозер до 250 к. с., наем на валяк за земни работи 8-12т и наем на автокран до 20т. Общата стойност на извършените услуги била 167 140.00 лв. без ДДС или 200 568.00 лв. с включено ДДС, като същата била фактурирана в първичен счетоводен документ с № [ЕГН]/10.04.2020 г..

Предвид горните фактически данни, общата стойност на извършените от страна на „Монтажи“ ЕАД разходи за доставените инертни материали и извършените работни дейности с предоставената от изпълнителя механизация по договора за изработка от 07.02.2020 г., сключен с „Нивел строй“ ЕООД, възлиза на сума в общ размер на 600 000.06 лв. с ДДС. За осъществените транзакции са издадени 2 броя счетоводни документи, въз основа на които на 14.04.2020 г. е наредено извършването на вътрешнобанков превод в полза на изпълнителя. Прието е, че на 14.04.2020 г. жалбоподателят като изпълнителен директор и възложител на обществени поръчки по смисъла чл. 5, ал. 2, т. 14 от ЗОП, е извършил разход по договор за изработка от 07.02.2020 г. с „Нивел строй“ ЕООД, като е възложил обществена поръчка с предмет предоставяне за временно и възмездно ползване на транспортни средства, строителна механизация и оборудване, доставка на материали, изделия и асфалтови смеси и наем на механизация за асфалтополагане за обект „Аварийно изграждане на водопровод от [населено място] до [населено място] ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на [населено място]“, с което е надвишен минималният стойностен праг по чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „Б“ от ЗОП, без да е изпълнено задължението за прилагане на процедура по чл. 18, ал. 1 от ЗОП съобразно стойността на поръчката и при наличие на основания за това. Стойността на извършените от възложителя разходи по договора с „Нивел строй“ ЕООД към 14.04.2020 г. бил в размер на 600 000.06 лв. с ДДС, с което минималният стойностен праг от 271 000 лв. за доставки и услуги е бил надхвърлен. За така констатираното на 25.03.2022 г. е съставен АУАН за извършено нарушение - по чл. 17, ал. 1 във връзка с чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „Б“ от ЗОП (редакцията на закона, обнародвана в ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., изм. и доп., бр. 102 от 31.12.2019 г., в сила от 1.01.2020 г., доп., бр. 23 от 14.03.2020 г., в сила от 14.03.2020 г.).

Въз основа на съставения АУАН при идентична словесна обосновка на твърдяното нарушение и правна квалификация е издадено наказателно постановление № 11-01-264/16.09.2022 г., с което на жалбоподателя е наложено на основание чл. 256, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл. 261, ал. 2 от ЗОП административно наказание „глоба“ в размер на 50 000.00 лева (петдесет хиляди лева) за извършено нарушение по чл. 17, ал. 1 във връзка с чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „Б“ от ЗОП (обн. ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., изм. и доп., бр. 102 от 31.12.2019 г., в сила от 1.01.2020 г., доп., бр. 23 от 14.03.2020 г., в сила от 14.03.2020 г.).

Съставът на районния съд, като е възпроизвел детайлно фактическата обстановка е изложил мотиви за материална и процесуална законосъобразност на наказателното постановление, включително, досежно наличието на качеството „възложител“ и извода, че „Монтажи“ ЕАД е „публичноправна организация“, по смисъла на § 2, т. 43 ДР ЗОП.

Основното възражение в жалбата до СРС е, че представляваното от жалбоподателят дружество „Монтажи“ ЕАД – [населено място] не е публичноправната организация, поради което той не притежава качеството „възложител на обществена поръчка“ и не

може да бъде субект на вмененото му нарушение, което не е възприето от въззивният съд.

АУАН и НП са издадени от оправомощени длъжностни лица, в кръга на предоставената им компетентност. Постановени са в писмена форма и формално съдържат реквизитите по чл.42, съответно - чл.57 от ЗАНН. В тях е направено описание на нарушението и обстоятелствата, при които е извършено, така както са възприети от актосъставителя, а после и от АНО, а въззивният съд, като е разгледал административно наказателната преписка и доказателствата, събрани в хода на съдебното производство, е формирал правен извод за законосъобразност на НП и го е потвърдил. Приел е, че административното нарушение е доказано по безспорен и категоричен начин от събраните по делото доказателства; че деянието е правилно квалифицирано като административно нарушение по чл.17, ал.1, вр. чл.20, ал.1, т.1, б. „Б“ от ЗОП, че привлеченият към административно наказателна отговорност е субект на това нарушение, че в административно наказателното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения, а наказанието е определено в предвидения от закона вид и размер.

Касационната инстанция, при служебната проверка на атакувания съдебен акт съобразно изискванията на чл.218, ал.2 от АПК, не констатира основания за нищожност и недопустимост на същия.

Преценката за съответствието с материалния закон на оспореното решение, както и относно посочените в жалбата пороци, сочещи касационно основания по чл.348, ал.1, т.1 и т.2 от НПК, са свързани със спорния въпрос дали „Монтажи“ ЕАД е публичноправна организация, като изложените обстоятелствени мотиви в оспореното решение не се споделят от настоящия съд.

Легалното определение на понятието „публичноправна организация“ се съдържа в разпоредбата на § 2, т.43 от ДР на ЗОП. Според нея „Публичноправна организация“ е юридическо лице, за което са изпълнени следните условия:

- а) създадено е с конкретната цел да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер;
- б) финансирано е с повече от 50 на сто от държавни, териториални или местни органи или от други публичноправни организации, или е обект на управленски контрол от страна на тези органи; или има управителен или надзорен орган, повечето от половината от членовете на който са назначени от публичен възложител по чл.5, ал.2, т.1 – 14.

Нуждите от общ интерес имат промишлен или търговски характер, когато лицето действа в нормални пазарни условия, стреми се да реализира печалба, като самостоятелно понася загубите от извършване на дейността си“.

Условията по б.„а“ и б.„б“ следва да са налице едновременно, поради което преценката следва да бъде направена за наличието на всяко едно от тях.

По смисъла на т. 43а от § 2 на Допълнителните разпоредби на ЗОП, публични средства са тези по смисъла на § 1, т. 1 от Допълнителните разпоредби на ЗФУКПС, а именно средствата, които се събират, получават, съхраняват, разпределят и разходват от организациите от публичния сектор.

Съгласно чл.1, ал.3 от Устава на „Монтажи“ ЕАД, дружеството е самостоятелно юридическо лице, отговаря за своите задължения с имуществото, което притежава, и не носи отговорност за задълженията на едноличния собственик на капитала. Съгласно чл.1 ал.4 от устава, едноличният собственик на капитала не отговаря за

задълженията за дружеството. Видно е също така, от многобройните доказателства по делото, а е установено и от проверяващия екип и отразено от него в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., че дружеството упражнява дейност като се стреми да реализира печалба. В съответствие с устава си то самостоятелно понася загубите си, а едноличният собственик на капитала му „Държавна консолидационна компания“ ЕАД не носи отговорност за тях. Това следва и от чл.5 на устава, в който е записано, че „Монтажи“ ЕАД е учредено, за да упражнява подробно описана търговска дейност, а последната (по арг. от чл.4) не е ограничена със срок или цел, т.е. дружеството е създадено, за да реализира печалба в условията на пазарна конкуренция и самостоятелно да отговаря за загубите си.

„Монтажи“ ЕАД действа в нормални пазарни условия. Дружеството разполага с голям обем собствени материални активи, като сключва и изпълнява множество търговски договори с разнородни контрагенти. Дружеството не разполага с монополно положение на пазара на предлагане на съответните услуги, като е един от субектите, участващи в пазара на предлагане на конкретни видове дейности. В подкрепа на това е факта, че дружеството е включено в Централен професионален регистър на строителя, заедно с още 533 дружества, в Списък на строителите от област С. град и С. област, одобрени за строежи от първа и пета категория, съгласно чл.5, ал.1, т.3 и ал.4 от Правилника за реда за водене и вписване в Централния професионален регистър на строителя. Тази информация е публично оповестена на интернет страницата на К. на строителите в България.

В административно наказателната преписка, както и в хода на съдебното производство не са представени каквито и да е доказателства „Монтажи“ ЕАД, през процесния период, да е било подпомагано от „Държавна консолидационна компания“ ЕАД при покриване на своите загуби. Ето защо, настоящият съдебен състав приема, че дружеството не е пряко финансирано при изпълнение на възложените от „ДКК“ ЕАД и неговото дъщерно дружество договори в обществен интерес, а ги изпълнява възмездно в резултат на сключени договори по реда на чл.14, ал.1, т.5 – 7 от ЗОП или в резултат на представена към „ДКК“ ЕАД оферта, въз основа на отправена от предприятието покана. „Монтажи“ ЕАД изпълнява тези договори срещу дължима насрещна престация за изпълнени от дружеството дейности.

От друга страна, съгласно §1, т.3 от ДР на Закона за публичните финанси, „бюджетна субсидия“ е трансфер с общо или целево предназначение, който централният бюджет предоставя безвъзмездно на бюджетна организация за съответната бюджетна година. Ето защо финансирането от публични органи следва да се разглежда като прехвърляне на финансови средства без насрещна конкретна престация с цел да се подкрепи дейността на съответното образувание, а според настоящия състав тези условия по отношения на „Монтажи“ ЕАД не са изпълнени.

От събраните по делото доказателства не се установява, нито се навеждат доводи, да е налично пряко финансиране с публични средства на „Монтажи“ ЕАД, както и да са предоставени безвъзмездно бюджетни субсидии и публични средства, относими към процесния период. Тъкмо обратното, видно е, че дружеството сключва своите търговски договори и извършва всичките си дейности в нормални пазарни условия, от свое име и за своя сметка и търпи

всички последици самостоятелно. Необходимо е да бъде извършвана преценка за всеки конкретен случай относно произхода на съответните средства и притежават ли те качеството на „публични средства“. Според практиката на Европейския съд финансиране с публични средства означава прехвърляне на финансови средства без насрещна престация, а в конкретната хипотеза плащането е във връзка с изпълнение на договор.

Във връзка с гореизложеното, следва да се отбележи, че подобни изводи са направили и контролните органи, извършили финансовата инспекция. Те са обективирани в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021г., който е приет като доказателство по делото и в който е вписано, че „... следва да се приеме, че „Монтажи“ ЕАД осъществява дейността си в конкурентна среда“, т.е. при нормални пазарни условия. Също така, не е спорно, че за 2020г., през която е и процесното нарушение, „Монтажи“ ЕАД е декларирало печалба в размер на 199 хил.лв., което доказва търговският характер на нуждите от общ интерес.

Не се спори по делото, че „Монтажи“ ЕАД е търговско дружество, чийто едноличен собственик на капитала е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД . От своя страна, последното дружество също е със 100 % държавно участие, а правата на българската държава се упражняват от министъра на икономиката. Установено е в хода на финансовата инспекция и е обективирано в изготвения и приет по делото Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021 г., че съгласно чл.15, ал.2, б.“г“ от Устава на „Монтажи“ ЕАД, едноличният собственик на капитала /т.е. държавата, чрез създаденото от нея дружество/ избира и освобождава членовете на съвета на директорите. Изискването по § 2, т.43, б.“б“ от ДР на ЗОП обаче е за наличието на финансиране с повече от 50 на сто от други публично правни организации. В процесния случай това обстоятелство не е изяснено. Не е установено дали средствата, предоставени от Министерски съвет в полза на „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, са предоставени като държавна помощ, или пък в резултат на възмездна сделка. Изискването на закона е финансирането да е с повече от 50 на сто, което обстоятелство несъмнено предполага установяване на обстоятелството от какво са формирани приходите на съответното дружество за съответната календарна година, и дали повече от 50 на сто от тези приходи представляват финансиране от публичноправна организация. Това не е било изследвано в процесния случай. Следователно, не е доказано, че дружеството отговаря на изискването на § 2, т.43, б.“а“ и “б“ от ДР на ЗОП, от което следва, че неговия изпълнителен директор, като представляващ дружеството, не притежава качеството „възложител“ на обществена поръчка по смисъла на чл.15, ал.2, т.14 от ЗОП, поради което не може да бъде субект на вмененото му нарушение по чл.17, ал.1, във връзка с чл.20, ал.2, т.1 от ЗОП, а същевременно и че административно наказателното производство срещу него е образувано незаконосъобразно, а това е в тежест на АНО.

С оглед на гореизложеното, настоящият касационен състав на Административен съд София-град приема наказателното постановление, предмет на съдебен контрол, за незаконосъобразно, поради което същото следва да бъде отменено. Като е сигнал до друг извод, Софийски районен съд е приложил неправилно закона, поради което е налице касационно

основание чл.348, ал.1, т.1 и т.2 от НПК, във вр. с чл.63, ал.3, т.1 от от ЗАНН за отмяна на постановеното от него решение.

На основание чл.222, ал.1 от АПК обжалваното съдебно решение следва да бъде отменено и да бъде постановено друго, с което да се отмени наказателното постановление. Във връзка с горното, претенцията на ответника по жалбата за присъждане на разноски за юрисконсултско възнаграждение се явява неоснователна. Касаторът не е направил искане за разноски, поради което такива не му се дължат.

Така мотивиран, Административен съд София-град

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение от 12.05.2023г., постановено по НАХД № 13061 по описа за 2022 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение (НО), 8 състав, и вместо това **ПОСТАНОВЯВА:**

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 11 – 01 – 264/16.09.2022г., издадено от директора на Агенция за държавна финансова инспекция, с което на Т. Б. Д., ЕГН [ЕГН] - изпълнителен директор на "Монтажи" ЕАД, [населено място], е наложено на основание чл. 256, ал. 2 от Закона за обществените поръчки, административно наказание „глоба“ в размер на 50000 лева за нарушение на чл. 17, ал. 1, във вр. чл. 20, ал. 1, т.1, б.“Б“ от ЗОП.

РЕШЕНИЕТО е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.