

РЕШЕНИЕ

Номер: 45

28.02.2013 год.

Град Разград

В ИМЕТО НА НАРОДА

Разградският административен съд, в публичното заседание на двадесет и първи февруари две хиляди и тринадесета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ТАНЯ ДАМЯНОВА
ЧЛЕНОВЕ: МАРИН МАРИНОВ
ДИАН ВАСИЛЕВ

при секретаря Ралица Вълчева, с участието на прокурора Антония Донева, като разгледа докладваното от съдията Марин Маринов КНАХ дело № 16 по описа за 2013, за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на глава XII от Административно процесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл. 63, ал. 1 изр. II – ро от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по жалби на Агенцията за държавна финансова инспекция гр. София чрез Р. М. – главен юрисконсулт, срещу Решение № 699 от 10.12.2012 год., постановено по АНД № 788/2012 год. на Разградския районен съд. С решението е отменено НП № 11010001 от 20.05.2011 год. на директора на Агенцията за държавна финансова инспекция – гр. София, с което на Д. И. К. от гр. Р., в качеството ѝ на изпълнителен директор на „Общински пазари Разград“ ЕАД, на основание чл. чл. 65 от НВМОП във връзка с чл. 32, ал. 1 от ЗАНН е наложено административно наказание глоба от 800 лв. за нарушение на чл. 9 от отменената Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки / НВМОП отм./ В жалбата се сочи, че обжалваното решение е неправилно, тъй като е постановено в нарушение на материалния закон. Излагат се подробни доводи в подкрепа на твърдяното касационно основание, като се твърди, че не е налице по-благоприятен за нарушителя закон по смисъла на чл. 3, ал. 2 от ЗАНН, както е приел районният съд и следва да се приложи общото правило на чл. 3, ал. 1 от ЗАНН. Жалбоподателят иска от съда да отмени обжалваното решение и да постанови ново, с което да потвърди издаденото наказателно постановление.

Ответникът по касационната жалба – Д. И. К., в писмено становище, лично и чрез процесуалния си представител адвокат Събин Събев от ВТАК в съдебно заседание оспорва жалбата като неоснователна. Излага становище, че НП е незаконосъобразно освен по изложените във въззивното решение мотиви, и поради това, че същото е постановено в нарушение на материалния закон.

Прокурорът от Окръжна прокуратура - Разград дава заключение, че решението на районния съд следва да се потвърди.

Административен съд Разград, като обсъди посочените в жалбата касационни основания, доводите и становищата на страните и доказателствата по делото, и след като извърши служебна проверка, съгласно чл. 218 ал. 2 от АПК, прие за установено следното:

Касационната жалба, като подадена от активно легитимирано лице, в законоустановения 14-дневен срок и насочена срещу акт, подлежащ на касационен съдебен контрол, е процесуално допустима.

За да постанови решението си Разградският районен съд е приел от фактическа страна, че НП е издадено въз основа на АУАН от 05.01.2011 год., съставен на Д. К. от

главен финансов инспектор при АДФИ – София. В акта и в НП деянието е описано по идентичен начин и се изразява в това, че на 15.06.2010 год. К., в качеството и на изпълнителен директор на „Общински пазари Разград“ ЕАД гр. Разград – възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 3 във вр. с § 1, т. 21 от ДР на ЗОП, е одобрила решение № 1 от 15.06.2010 год., обявлението и документацията за участие в процедура за възлагане на малка обществена поръчка с предмет: „Изграждане на модернизирани покрит пазар на територията на Централен общински пазар в гр. Разград“, в която е включила изисквания, даващи предимство и необосновано ограничаващи участието на лица в малката обществена поръчка, а именно: за всяка от последните три години минимум 70 % от приходите на участника да са от строителство, сходно с предмета на обществената поръчка; при участници – обединения водещият партньор да удовлетворява поне 50% от реализирания обем СМР без ДДС в минимален размер 1 милион лева за поне една от предходните три години; делът на строително монтажните работи, възложени на подизпълнител/и да не надвишава общо 30 % от стойността на поръчката. Така описаното деяние е квалифицирано като нарушение на чл. 9 от НВМОП /отм./ и на основание чл. 65 от същата на Колева било наложено наказание глоба от 800 лв.

При така приетото от фактическа страна, районният съд е приел от правна страна, че НП е незаконосъобразно, тъй като НВМОП е отменена с ДВ бр. 17 от 28.02.2012 год. в сила от 26.02.2012 год. и към датата на издаване на НП санкционната норма, въз основа на която е наказан деецът, не е имала действие, с оглед на което е налице хипотезата на чл. 3, ал. 2 от ЗАНН.

Административен съд Разград намира така постановеното решение за правилно. Установената от районния съд фактическа обстановка и правния извод за неправилност на обжалваното пред него се споделя от настоящата инстанция.

АНО е наложил административното наказание на К. на основание чл. 32 от ЗАНН, към който препраща разпоредбата на чл. 65 от НВМОП /отм./. Според чл. 32, ал. 1 от ЗАНН, който не изпълни или наруши постановление, разпореждане или друг акт, издаден или приет от Министерския съвет, ако деянието не съставлява престъпление, се наказва с глоба от 100 до 2000 лева. Тази разпоредба се прилага само за нарушенията на онези издадени или утвърдени от Министерския съвет актове, които изрично се позовават на този член, съгласно разпоредбата на чл. 32, ал. 4 от ЗАНН. Следователно, за да е налице съставомерно деяние по чл. 32, ал. 1 от ЗАНН е необходимо в правния мир да има действащо постановление, разпореждане или друг акт, издаден или приет от Министерския съвет и този акт да е нарушен. На следващо място, в този акт да има изрично позоваване на чл. 32 от ЗАНН. НВМОП е отменена с §2 от ПМС № 38 от 23.02.2012 год. / Д.В. бр. 17/28.02.2012 год. /, в сила от 26.02.2012 год. След тази дата в правния мир повече не съществува НВМОП, т.е. няма подзаконов нормативен акт, който да се позовава на чл. 32, ал. 1 от ЗАНН и чието спазване да се охранява с предвидената в този член санкция. Следователно описаното в НП деяние, дори към момента на извършването му да е било административно нарушение, след отмяната на НВМОП вече не е административно нарушение по смисъла на чл. 6 от ЗАНН, тъй като не съществува нормативен акт, чието нарушаване да е обявено за наказуемо. НП не е влязло в сила с оглед неговото обжалване, поради което е налице хипотезата на чл. 3, ал. 2 от ЗАНН, съгласно който ако до влизане в сила на наказателното постановление последват различни нормативни разпоредби, прилага се онази от тях, която е по-благоприятна за нарушителя.

Направеното с жалбата възражение, че отменените разпоредби на НВМОП са инкорпорирани в ЗОП, а извършеното от К. нарушение изцяло се покрива от състава на чл. 25, ал. 5 от ЗОП, не се споделя от съда. Към инкриминираната дата посочените разпоредба касае възлагането на обществени поръчки, към които не спада

процесната. Тази малка обществена поръчка е била открита по реда на чл.3, ал.2 от НВМОП чрез процедура „открит конкурс“. Спрямо нея са намирали приложение само нормите на Наредбата. Нормите на ЗОП са намирали приложение само по силата на изрично препращане от наредбата или само за неуредените от наредбата въпроси, съгласно § 2 от ДР на НВМОП /отм./. Да се приеме, че чл. 25, ал. 5 от ЗОП намирали приложение и за процесната поръчка, означава законът да се приложи по аналогия и при разширителното му тълкуване. Това е в противоречие с основните принципи на наказателното право и не може да бъде споделено. Освен това следва да се посочи, че действащата санкционна норма на чл.133, ал. 2 от ЗОП е бланкетна. Тя не съдържа в себе си признаците на изпълнителното деяние на нарушението, а препраща към санкционни норми от ЗОП, които от своя страна също са бланкетни и препращат към други повелителни норми от ЗОП. Както се посочи и по-горе, към инкриминирания момент тези текстове от ЗОП не са били приложими в настоящата хипотеза, тъй като процесната малка обществена поръчка е била открита по реда на чл.3, ал.2 от НВМОП - чрез процедура „открит конкурс“.

За пълнота на изложението следва да се посочи, че обжалваното пред районния съд НП е незаконосъобразно поради нарушение на материалния закон. Описаното в НП деяние не осъществява състава на нарушения на чл. 9 от НВМОП /отм./.

Всеки възложител има оперативна самостоятелност в границите на закона, която му дава правото да определя какви условия да включи в процедурата. Ограничението, което чл. 9 от НВМОП /отм./ е наложил на възложителя, е тези условия и изисквания да не дават предимство или да ограничават необосновано участието на лица в обществените поръчки. В чл. 50, ал. 1, т. 3 от ЗОП е предвидено, че за доказване на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителят може да изиска от тях да представят информация за общия оборот и за оборота на стоките, услугите или строителството, които са обект на поръчката, за последните три години, т.е. информация както за общия оборот, така и за част от него, който е идентичен със стоките, услугите или строителството, обект на поръчката. В чл. 50, ал. 3 от ЗОП е регламентирано, че изискванията за икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците, които възложителят определя, каквито са първите две посочени в наказателното постановление изисквания, трябва да са съобразени със стойността и обекта на обществената поръчка.

Към датата на извършване на описаното деяние нито в НВМОП, нито в ЗОП е имало нормативно регламентиран показател, надвишаването на които да е обективен критерий за нарушаване на чл. 9 от НВМОП. Самият актосъставител сочи в показанията си, че преценката за това, че описаното от него деяние е нарушение на чл. 9 от НВМОП, той е направил въз основа на собствените си разбирания и виждания. При условие, че обществената поръчка е с предмет изграждане на модернизирани покрит пазар на територията на Централен общински пазар Разград, който следва да се построи за 5 месеца от отваряне на офертите на участниците, посочените в НП изисквания не могат да се третират като такива в нарушение на чл. 9 от НВМОП /отм./. Касае се за изграждане на съоръжение, което ще се ползва от стотици граждани на ден и което следва да бъде изградено по най - високите изисквания за качество и сигурност. Изискванията на възложителя са гаранция за бъдещо качествено и срочно изпълнение на обществената поръчка. Изпълнението на тези изисквания от участниците в процедурата са доказателство за това, че те имат достатъчна техническа обезпеченост и финансова възможност за своевременно и качествено изпълнение на поръчката, че ще са стабилни и надеждни партньори и ще се постигне целта на ЗОП и на НВМОП /отм./ - осигуряване на ефективност при разходването на бюджетните и извънбюджетните средства, както и на средствата, свързани с извършването на определени в закона дейности с обществено значение.

Нито в АУАН, нито в НП са посочени конкретни фактически обстоятелства за това, че процесните изисквания са дали предимство или са ограничили необосновано участието на лица в обществената поръчка. Напротив, от данните по делото е видно, че такива обстоятелства не са настъпили. Доказателство, че изискването не е ограничило участието на лица в обществената поръчка и че не е дало предимство на някого, е фактът, че в процедурата са участвали 8 кандидати и само трима от тях са отстранени поради неизпълнение на едно от процесните условия - за всяка от последните три години минимум 70 % от приходите на участника да са от строителство, сходно с предмета на обществената поръчка. Освен това следва да се има предвид, че те не са отстранени само заради неизпълнение на това условие, а и поради други нарушения на изискванията към участниците. Доказателство в тази насока е и фактът, че процедурата не е оспорена, нито има данни, че Агенцията по обществени поръчки е сезирана от някое заинтересовано лице или участник в процедурата, че описаните в НП изисквания на възложителя са довели до предимство или до необосновано ограничаване на участието в процедурата.

Ето защо настоящият състав, при извършената проверка по чл. 218 от АПК счита, че обжалваното решение е валидно, допустимо и постановено в съответствие с материалния закон. Не са налице сочените в жалбата касационни основания, предполагащи отмяна на решението и то следва да бъде оставено в сила като правилно на основание чл. 221 ал. 2 от АПК.

По изложените съображения, съдът

Р Е Ш И

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 699 от 10.12.2012 год., постановено по АНД № 788/2012 год. на Разградския районен съд.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/

ЧЛЕНОВЕ: 1. /п/

2. /п/

ЗАБЕЛЕЖКА: Решението не подлежи на обжалване. Влязло в сила на 28.02.2013 г.