

РЕШЕНИЕ
№ 158
гр. Перник, 28 юни 2011 година

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Административен съд - Перник, касационен състав, в открито съдебно заседание на осми юни през две хиляди и единадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: СТЕФАН СТАНЧЕВ
ЧЛЕНОВЕ: 1. ЕМИЛИЯ ИВАНОВА
2. СЛАВА ГЕОРГИЕВА

при секретаря Т.М.*** и с участието на представител на Окръжна прокуратура – Перник - прокурор Стефанова, като разгледа докладваното от съдия Георгиева КНАХД № 154/2011 г., за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на глава XII от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по касационна жалба на К.С.Б. ***, в качеството му на кмет на община Радомир против решение № 56/28.03.2011г. на Районен съд-Радомир, постановено по н.а.х.д. № 531 по описа на съда за 2010г..

С атакуваното решение е потвърдено наказателно постановление № 11012033/07.12.2010 г. на Директор на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) – гр. София, с което на жалбоподателя за нарушение по чл. 42, т. 3 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) е наложено административно наказание „глоба” в размер на 2000 (две хиляди) лв. на основание чл. 131, ал. 3 от ЗОП.

В жалбата се твърди, че решението на районния съд е незаконосъобразно и необосновано. На тези основания от касационния съд се иска да отмени атакувания съдебен акт и да се произнесе по същество, като отмени процесното наказателно постановление.

Касационният жалбоподател, редовно призован не се явява в съдебно заседание и не се представлява.

Ответникът по жалбата, се представлява пред съда от ю.к. Каймаканска. Възразява срещу жалбата.

Представителят на Окръжна прокуратура - Перник, прокурор Стефанова, дава заключение, че жалбата е неоснователна и решението на Районен съд – Радомир, като правилно и законосъобразно следва да бъде оставено в сила.

Касационната жалба е процесуално допустима, подадена в срок и от страна в административнонаказателното производство, поради което се дължи нейното разглеждане по същество. Пред настоящата инстанция страните не са представили нови писмени доказателства в подкрепа на твърденията си.

Административен съд - Перник, след като взе предвид становищата на страните и наведените касационни основания и извърши цялостен преглед за законосъобразност на обжалваното решение по реда на чл. 217 и следващите от АПК намира, че жалбата е неоснователна по следните съображения:

Районен съд–Радомир, въз основа на събраните и представени по делото писмени и гласни доказателства е приел от фактическа страна, че при извършена от контролни органи на АДФИ финансова инспекция в Община Радомир е установено, че

на 05.03.2009 г. в гр. Радомир, К.Б***., в качеството му на кмет на Община Радомир, като възложител на обществени поръчки по чл. 7, т. 1 от ЗОП е сключил договор за обществена поръчка на стойност 15 720 000 лв. без ДДС с участника „МЕС КО ММ5” ЕООД, определен за изпълнител, преди последният да е представил при подписване на договора, определената за изпълнение на договора гаранция. За така констатираното нарушение на кмета на Община Радомир е съставен акт за установяването му, въз основа на който е издадено и процесното НП.

Вследствие така установеното от фактическа страна Районен съд–Радомир е приел от правна такава, че АУАН и издаденото въз основа на него НП са съставени от компетентни органи, в необходимата форма и при спазване изискванията на чл. 42 и чл. 57 от ЗАНН, без допуснати съществени процесуални нарушения, опорочаващи издадения правораздавателен акт или ограничаващи правото на защита на наказаното лице, които да съставляват основания за неговата отмяна или изменение, а наложеното наказание е приел за справедливо определено.

Административен съд – Перник споделя позицията на първата инстанция.

Твърдяната от жалбоподателя необоснованост на първоинстанционното решение не е сред касационните основания по чл. 348, ал. 1 от Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК) във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, поради което не следва да се обсъжда от настоящия съдебен състав. Колкото до необоснованост, вследствие съществено процесуално нарушение, допуснато във връзка с процеса на доказване, при касационната проверка такова не беше констатирано. Районен съд-Радомир е събрал по надлежния ред и обсъдил всички представени по делото доказателства, като в решението си е посочил установените обстоятелства, въз основа на кои доказателства и поради какви съображения е взел решението си.

Следващото оплакване на жалбоподателя, че първоинстанционния съд неправилно тълкува текста на чл. 52, ал. 1 от ЗАНН, също намираме за неоснователно. Както правилно е посочил районният съдия, срокът по чл. 52, ал. 1 от ЗАНН е инструктивен и неговото изтичане не преклудира правото на АНО да се произнесе. Преклузивен и като такъв - правопогасяващ, се явява срокът по чл. 34, ал. 3 от ЗАНН, когато НП не е издадено в 6-месечен срок от съставянето на АУАН, който срок в случая е спазен.

Твърдението на жалбоподателя за непълнота в мотивите на обжалваното решение относно това, налице ли е нарушение по чл. 42, т. 3 от ЗОП не се споделя. Първоинстанционното решение е мотивирано. Мотивите са ясни, непротиворечиви, логични в унисон със закона за обществените поръчки. Не е налице несъответствие между мотиви и диспозитив.

Относно основното оплакване на жалбоподателя свързано с гаранцията за изпълнение на договора, следва да се отбележи, че тя е посочена като процент още в обявлението за възлагане на обществена поръчка. Същата служи за преценка от страна на потенциалните кандидати за изпълнители, в състояние ли са или не да внесат подобна сума, в случай, че бъдат одобрени за изпълнители. Гаранцията за изпълнение на договора е в размер на 2% от стойността на поръчката и е критерий за вземане на решение за участие или не в процедурата, заедно с гаранцията за участие. От друга страна законодателят в чл. 42, ал. 1 от ЗОП е категоричен: договор за обществена поръчка НЕ СЕ сключва с участник, определен за изпълнител, който ПРИ ПОДПИСВАНЕ НА ДОГОВОРА: т. 3 - не представи определената гаранция за изпълнение на договора. С оглед на това настоящия състав приема, че при подписване на договора не е била представена гаранция в размер на 2% от стойността на поръчката, което безспорно се приема за нарушение на чл. 42, т. 3 от ЗОП, тъй като възложителя не е имал право да сключи договора за обществена поръчка с участника, определен за изпълнител. Гаранцията за изпълнение е безусловна и не може да се договаря.

Законодателят е предвидил в чл. 63 от ЗОП възможност за договаряне гаранцията за изпълнение на договора само относно условията и сроковете за задържане или освобождаване на същата, а не и по отношение на нейния размер. Внасянето на гаранцията, така както е определена в обявлението за откриване на процедура по възлагане на обществена поръчка се явява условие за подписване на договора, именно защото гарантира неговото изпълнение.

Мотивиран така и предвид всичко гореизложено, при разглеждането на делото пред настоящата инстанция и извършената служебна проверка на основание чл. 218, ал. 2 от АПК по отношение на валидност, допустимост и съответствие с материалния закон на решението на Районен съд - Радомир, не се установиха пороци, които да съставляват касационни основания за неговата отмяна или изменение.

Тъй като и настоящата инстанция не стигна до фактически и правни изводи различни от тези на районния съд, то обжалваното решение, като правилно и законосъобразно, следва да бъде оставено в сила.

По изложените съображения, съдът

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение № 56/28.03.2011 г. на Районен съд-Радомир, постановено по н.а.х.д. № 531 по описа на съда за 2010г., с което е потвърдено наказателно постановление № 11012033/07.12.2010 г. на Директор на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) – гр. София, издадено срещу К.С.Б.***, в качеството му на кмет на Община Радомир, като възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 1 от ЗОП.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/

ЧЛЕНОВЕ: 1. /п/
2./п/