

гр. Перник, 16 август 2013 г.

Административен съд - Перник, касационен състав, в публично съдебно заседание на седемнадесети юли през две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ИГНАТ Г.

ЧЛЕНОВЕ: СТЕФАН СТАНЧЕВ

ЕМИЛИЯ ИВАНОВА

при секретаря И.И.*** и в присъствието на представител на Окръжна прокуратура - Перник, прокурор Цветков, като разгледа докладваното от съдия Г. КНАХД №214 по описа на съда за 2013 година, за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 63. ал. 1, изр. 2 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по касационна жалба от П.Г.П. *** против решение №285 от 15.05.2013 г. на Районен съд - Перник, постановено по НАХД №83 по описа на съда за 2013 г.

С атакуваното решение е изменено наказателно постановление №11010284 от 04.07.2012 г. на Директор на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) - София, издадено срещу П.Г.П. като възложител по смисъла на ЗОП в качеството му на Кмет на Община Кюстендил, като за същото нарушение по чл. 42, ал. 1, т. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) във вр. с чл. 47, ал. 9 във вр. с чл. 48, ал. 2, във вр. с чл. 47, ал. 2, т. 3 във вр. с чл. 7, т. 1 от ЗОП, определеното да му бъде наложено на основание чл. 131, ал. 3 от ЗОП административно наказание „глоба“ е намалено от 3000 (три хиляди) на 2000 (две хиляди) лв.

Жалбоподателят твърди, че решението на първата съдебна инстанция е постановено в нарушение на материалния и процесуален закон. Навежда доводи за неправилност на изводите на районния съд по съществото на спора, като твърди, че материалният закон не е приложен правилно от административнонаказващия орган, тъй като предоставянето на декларация във връзка с липсата на обстоятелства по чл. 47, ал. 2 от ЗОП, в частност - във вр. с чл. 47, ал. 2, т. 3 от ЗОП - за липса на парични задължения към държавата или към община по смисъла на чл. 162, ал. 2 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс било достатъчно участникът, определен за изпълнител да е изпълнил задължението си при подписване на договора да представи документи за липсата на посочените в обявлението обстоятелства по чл. 47, ал. 2 от ЗОП, издадени от компетентен орган. Жалбоподателят pledира още и че са налице предпоставки за приложение на института на абсолютната погасителна давност по чл.

80, ал. 1, т. 5 от Наказателния кодекс (НК) във вр. с чл. 81, ал. 3 от НК, приложим в административнонаказателното производство по силата на препращащата разпоредба на чл. 11 от ЗАНН. От касационния съд се иска да отмени решението на първата съдебна инстанция, както по същество да отмени и процесното НП. В съдебно заседание жалбоподателят не се явява и не изпраща представител. В депозирано до съда становище заявява, че поддържа жалбата.

Ответникът по жалбата, АДФИ – София пред съда се представлява от ю.к. Михайлова. Възразява срещу жалбата, като в писмени бележки заявява, че в случая е неприложим институтът на абсолютната погасителна давност по НК, предвид наличие на срокове за образуване на административнонаказателно производство в специалния ЗОП и моли решението на първата съдебна инстанция да бъде оставено в сила.

Окръжна прокуратура – Перник дава заключение за неоснователност на касационната жалба и предлага решението на първата съдебна инстанция да бъде оставено в сила.

Административен съд – Перник, касационен състав, като разгледа делото по реда на чл. 217 и сл. от АПК, обсъди доводите на жалбоподателя, доказателствата по делото и извърши служебна проверка по реда на чл. 218, ал. 2 от АПК въз основа на фактическите заключения на първата съдебна инстанция приема следното:

Касационната жалба е процесуално допустима, като подадена в срок и от страна в административнонаказателното производство, поради което се дължи нейното разглеждане.

Решението на районен съд – Перник е валидно. Постановено е в необходимата писмена форма, постановено и подписано от съдията, разгледал делото. Правният спор е местно подсъден на Районен съд – Кюстендил, но разгледан от Районен съд – Перник по силата на определение №7 от 16.01.2013 г. на ВКС, НК, II НО по н. дело №33/2013, постановено на основание чл. 43, т. 3 от НПК. Решението на първата съдебна инстанция е постановено от едноличен съдебен състав, съгласно правилата на ЗАНН. Провереният съдебен акт е и допустим, тъй като съдът е бил надлежно сезиран с редовна и допустима жалба срещу подлежащ на обжалване акт на правораздаване.

Вследствие на извършената проверка касационният съд намира жалбата за неоснователна, като съображенията за това са следните:

За да постанови обжалваното решение Районен съд – Перник е приел за безспорно от фактическа страна, че на 09.09.2009 г. П.Г.П.***, като възложител на обществени поръчки в качеството му на Кмет на Община Кюстендил, след проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Избор на изпълнител за „Техническа помощ за изготвяне на инвестиционен проект за пречиствателна станция и канализация отпадни води в село Коняво, община Кюстендил“ по проект рег. №58-131-92-92 оперативна програма „Околна среда 2007-2013 година“ е сключил договор с участника, определен за изпълнител – Обединение „Коняво проджект“, представляващо обединение на „вир Инженеринг“ ООД, гр. София и „Проджект партнерс“ ООД, гр. София, които при сключване на договора не са представили документ от съответния компетентен орган за удостоверяване липсата на задължения по смисъла на чл. 162, ал. 2 от Данъчноосигурителния

процесуален кодекс (ДОПК). За това нарушение е съставен акт, въз основа на който е издадено процесното НП.

От правна страна при извършената служебно проверка районният съд е приел актът и издаденото въз основа него наказателно постановление за издадени от компетентни органи, за съставени при спазване изискванията на ЗАНН, заложи в чл. 42 и чл. 57 от ЗАНН, в производство по налагане на административно наказание, протекло без допуснати съществени процесуални нарушения.

Разгледал спора по същество районният съдия е постановил, че безспорно и във връзка с доказателствата, именно лицето посочено за нарушител е извършило виновно вмененото му за извършено административно нарушение на разпоредбите на ЗОП, за което правилно е административно наказан. Единствено във връзка със справедливостта на определеното административно наказание, конкретно неговия размер, районният съд е установил незаконосъобразност на НП, като мотивирано го е изменил в тази му част, намалявайки размера на наложената глоба, чрез редуцирането ѝ в размер на минимума, предвиден за съответното нарушение.

Административен съд – Перник споделя изцяло позицията на първата съдебна инстанция, като намира следното:

По отношение възражението за изтекла към настоящия момент абсолютна погасителна давност за наказателно преследване по чл. 81, ал. 3 от НК и чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК във вр. с чл. 11 от ЗАНН:

По силата на препращащата норма на чл. 11 от ЗАНН за неуредените в закона случаи по отношение на вината, вменяемостта, обстоятелствата, изключващи отговорността и др. се прилага Наказателният кодекс (НК). Институтът на абсолютната погасителна давност не е уреден изрично в ЗАНН, поради което приложение ще намерят правилата на НК. В настоящия случай прилагането следва да бъде сторено обаче не във връзка с правилата и сроковете установени в чл. 80 от НК, а във връзка с правилата и сроковете, установени в чл. 34 от ЗАНН, респективно чл. 127, ал. 1 от ЗОП. Посоченият текст на ЗОП съдържа изчерпателна правна уредба на давностните срокове, специална по отношение на сроковете по чл. 34, ал. 1 на ЗАНН – т.е. в случая не налице непълнота на тази част на уредбата и именно тези срокове следва да се съобразят във връзка с препратката към НК по отношение приложението на абсолютната давност (неуредена в ЗАНН) по реда на чл. 81, ал. 3 от НК.

В случая е безспорно, че отговорността на възложителя е била ангажирана за нарушение, извършено на 09.09.2009 г. При това положение абсолютната погасителна давност по чл. 81, ал. 3 от НК във вр. с чл. 127, ал. 1 от ЗОП е четири години и половина и изтича на 09.03.2015 г., поради което срокът за образуване на административнонаказателно производство не е изтекъл дори към настоящия момент.

По съществото на спора и приложимия материален закон:

Не се споделят доводите на жалбоподателя за неправилност на изводите на първата съдебна инстанция.

В случая отговорността на възложителя на обществената поръчка е ангажирана за неспазване правилата на ЗОП (ред. към 09.09.2009 г.), заложи в чл. 42, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 47, ал. 9 във вр. с чл. 48, ал. 2, във вр. с чл. 47, ал. 2, т. 3. Съгласно посочените

текстове възложителят не следва да сключва договор с участник, определен за изпълнител, който при подписване на договора не е изпълнил задължението си по чл. 47, ал. 9 и не е представил при подписване на договора документи *от съответните компетентни органи* за удостоверяване липсата – в случая – на посочените в обявлението обстоятелства, а именно – липса на парични задължения към държавата или към община по смисъла на чл. 162, ал. 2 от ДОПК, установени с влязъл в сила акт на компетентен орган, освен в случаите на допуснато отсрочване или разсрочване, или парични задължения, свързани с плащането на вноски за социално осигуряване. Когато се установи, че липсват изискуемите документи, издадени от компетентни органи, възложителят не може да сключи договор с участника, определен за изпълнител. Съществуването и прилагането на посочените документи, установяващи липсата на посочените обстоятелства е положителен юридически факт, който подлежи на доказване от страна на възложителя, като съответно тяхната липса не подлежи на такова доказване. По настоящото дело е категорично установено, че при сключване на договора с Обединение „Коняво проджект“ пред възложителя не са представени документи, издадени от компетентни органи, установяващи липсата на посочените по-горе обстоятелства. Наказаното лице твърди, че в утвърдената за участие документация било посочено, че участникът следва да предостави декларации по чл. 47, ал. 2 от ЗОП и по чл. 47, ал. 5 от ЗОП – обр. 4 и 5 от утвърдената документация. Такива декларации ЗОП не споменава, съответно не изисква. Законът е ясен в своето изискване – документи, съставени от компетентни органи, удостоверяващи липсата на посочените обстоятелства. А именно в обявлението за обществена поръчка възлагащият орган, в раздел III, т. 2.1, пункт 6, поставя в пречка за участие в процедурата наличието на парични задължения към държавата или община на участник. Фактът, че при тълкуване на волята на законодателя възложителят си е позволил да дерогира ясно заложеното в закона изискване за удостоверяване липсата на посочените обстоятелства *посредством документи, издадени от компетентни органи*, а не чрез декларации, не е достатъчен за да се приеме, че изискванията на закона са спазени. В този смисъл съдът не споделя тезата на жалбоподателя, че „категорично не би могло да се възприеме за правилен и обоснован извода на районния съд, че представянето на декларация не е достатъчно.“ Законосъобразни са мотивите на първата съдебна инстанция относно наличие към момента на извършване на нарушението на законово уреден способ за установяване (деклариране) липсата на парични задължения към държавата и общината, и това е удостоверението за наличие или липса на задължения по чл. 87, ал. 6 от ДОПК, отразени в данъчноосигурителната сметка на всяко регистрирано лице – това е документът, издаден от компетентен орган по приходите, който се изисква от ЗОП.

Не се приема и твърдението на жалбоподателя, че тъй като посочването на конкретни обстоятелства по чл. 47, ал. 2 от ЗОП било правна възможност за възложителя, то нарушение не е извършено. Законът е безпротиворечив – възложителят избира дали да посочи наличието на кои обстоятелства по чл. 47, ал. 2 от ЗОП, ще доведат до отстраняване на кандидат или участник, тъй като на това

основание може да го отстрани. Твърдението, че в обявлението не е посочено дали наличието или не на обстоятелства по чл. 47, ал. 2 ще доведат до отстраняване на участник или кандидат не се приема. Изискването за представяне на доказателства относно липсата на обстоятелства по чл. 47, ал. 1, 2, 4, 5 от ЗОП, съдържащо се в раздел III, т. 2, пункт 2.1 на обявлението, като е посочено че ще бъде отстранен от участие в процедурата участник, който: т. 6 „има парични задължения към държавата или към община...” е именно посочване в смисъла на чл. 47, ал. 3 от ЗОП. Наличието на въведено такова изискване, означава че възложителят се възползвал от възможността, дадена му от законодателя и предполага удостоверяване на липсата на пречка посредством представянето на определени по вид и издател документи. Непредставянето на тези документи автоматично попада в приложното поле на императива, въведен за възложителя с чл. 42, ал. 1 във вр. с т. 2 от ЗОП.

Предвид горното, доколкото е правилно решението на районния съд и в частта му да намали размера на наложената глоба в стойност на минимума за съответното нарушение, касационния съд намира атакувания съдебен акт за правилен и съобразен и с материалния закон, поради което следва да бъде оставен в сила.

Мотивиран така и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 1 от АПК Административен съд – Перник

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение №285 от 15.05.2013 г. на Районен съд – Перник, постановено по НАХД №83 по описа на съда за 2013 г., с което е изменено наказателно постановление №11010284 от 04.07.2012 г. на Директор на Агенцията за държавна финансова инспекция – София, издадено срещу П.Г.П.*** като възложител по смисъла на ЗОП в качеството му на Кмет на Община Кюстендил, като за същото нарушение по чл. 42, ал. 1, т. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) във вр. с чл. 47, ал. 9 във вр. с чл. 48, ал. 2, във вр. с чл. 47, ал. 2, т. 3 във вр. с чл. 7, т. 1 от ЗОП, определеното да му бъде наложено на основание чл. 131, ал. 3 от ЗОП административно наказание „глоба“ е намалено от 3000 (три хиляди) на 2000 (две хиляди) лв.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/

ЧЛЕНОВЕ: 1. /п/

2. /п/