

РЕШЕНИЕ

№ 3

гр. Средец, 13.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – СРЕДЕЦ, III СЪСТАВ, в публично заседание на
тринадесети януари през две хиляди двадесет и трета година в следния
състав:

Председател: ВЕНЕТА Д. С.ОВА

при участието на секретаря Костадинка Т. Лапова
като разгледа докладваното от ВЕНЕТА Д. С.ОВА Административно
наказателно дело № 20222170200158 по описа за 2022 година

за да се произнесе взе предвид следното:

Производството пред РС-Средец е по реда на чл. 58д-63 от ЗАНН и е образувано по жалба на И. П. Ж., ЕГН *****, чрез пълномощника адв.К., срещу наказателно постановление № 11-01-157/29.07.2022г., издадено от С. А. Б. – Директор на Агенция държавна финансова инспекция – гр.София, с което на основание чл.247, ал.1 от Закона за обществените поръчки / ЗОП/ на И. П. Ж., ЕГН *****, е наложена глоба в размер на 6 370,13 лева за нарушение по чл.2, ал. 2 от ЗОП.

Във въззивната жалба се излагат основания за материална и процесуална незаконосъобразност на наказателното постановление и се претендира цялостната му отмяна.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован, не се явява. Същият се представлява от пълномощника адв.К.. Поддържа се жалбата.

В съдебно заседание за административнонаказващия орган се явява гл.юрк. К., който оспорва жалбата. В писмено становище се сочи, че вмененото нарушение е доказано по безспорен начин. Твърди се, че са спазени процедурите и сроковете на ЗАНН, като самото нарушение е описано изчерпателно и коректно, поради което и моли за потвърждаване на наказателното постановление.

Жалбата е подадена в срока по чл.59,ал.2 ЗАНН от заинтересовано да обжалва лице и съдържа необходимите реквизити, поради което е допустима.

Районен съд - Средец, след като анализира събраните по делото доказателства и съобрази закона, намира за установено следното от фактическа страна:

Община Средец е бюджетна организация с ЕИК 000056878 и адрес: гр. Средец, пл. „България“ №8 и попада в обхвата на държавната финансова инспекция като бюджетна организация по смисъла на чл. 4, т. 1 от Закона за държавната финансова инспекция.

Кметът на община Средец е първостепенен разпоредител с бюджет, съгласно чл. 11, ал. 3 от Закона за публичните финанси (ЗПФ) и е възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 9 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, обн., ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от

15.04.2016 г.).

На основание чл. 10, ал. 1, т. 3 и чл. 5, ал. 2 от Закона за държавната финансова инспекция, във връзка с утвърден Годишен план за 2021 година, със заповеди № ФК-10- 1342/09.11.2021 г., № ФК-10- 1478/16.12.2021 г. и № ФК-10-41/13.01.2022 г. , издадени от Директора на Агенцията за държавна финансова инспекция е възложена финансова инспекция на Община Средец. Проверката била със следните задачи: проверка за законосъобразност при разходването по предназначение на предоставената целева субсидия за капиталови разходи за 2019г. в т.ч. трансформираната в целеви трансфер за финансиране на неотложни текущи ремонти на уличната мрежа и на общински пътища и достоверното им отразяване по разчетите за финансиране на капиталовите разходи и по справките за текущи ремонти, както и проверка за законосъобразност при разходването по предназначение на допълнително представените през 2019г. целеви трансфери на общините в изпълнение на постановления на Министерския съвет и достоверното им отразяване по разчетите за финансиране на капиталовите разходи и по справките за текущите ремонти. В тази връзка проверката включвала и проверка за спазване на нормативната уредба в областта на обществените поръчки и сключените договори за изпълнението им.

За проверявания период и към момента на извършване на финансовата инспекция, Община Средец се представлява от И. П. Ж. - кмет.

Проверката била извършена в периода от 12.11.2021г. до 21.03.2022г.

В хода на същата било установено следното:

Община Средец организира дейността си по възлагане на обществените поръчки въз основа „Вътрешни правила за управление на цикъла на обществените поръчки в Община Средец“, утвърдени със Заповед № 117/06.03.2017 г. на кмета на Община Средец. Община Средец има регистрация, като възложител в Агенция по обществени поръчки, с идентификационен номер на партида на възложителя в Регистъра на обществените поръчки № 00053.

При извършена проверка за законосъобразност на възложена обществена поръчка с предмет: „Основен ремонт на улици и тротоари в град Средец“, процедурата, по която е открита с Решение № 724 от 02.07.2019 г. на И. П. Ж. -кмет на Община Средец, било установено, че не са спазени изискванията на ЗОП, а именно не е съобразена разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като незаконосъобразно били заложили следните изисквания към участниците:

- годност (правоспособност) за упражняване на професионална дейност, точка III. 1.1) от обявлението за обществена поръчка и раздел IV., т. 2.1.) от документацията за участие- участникът да е вписан в Централния професионален регистър на строителя, за изпълнение на строеж II -ра група, III-та категория, като „при участие на обединение, което не е юридическо лице, изискването за регистрация се доказва от всеки участник в обединението, който ще извършва строителство съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в документа за създаване на обединението;
- минималните изисквания за професионална компетентност на експертите Технически ръководител на обекта и Специалист част Пътна - Висше образование, квалификация: инженер пътно/транспортно строителство или еквивалентно, посочени в раздел II. ТЕХНИЧЕСКИ СПЕЦИФИКАЦИИ, т. 8 от документацията за участие в обществената поръчка;
- критерия за възлагане на обществена поръчка, при оценяване по показател П 1 — „Професионалната компетентност на персонала“, „ще бъдат оценявани предложените експерти на Участниците, чийто общ професионален и специфичен опит надграждат минималните изисквания на Възложителя, описани в Техническата спецификация. Участник, който не покрива изискванията за надграждане по подпоказател ПП1 и ПП2, но в същото време покрива минималните изисквания на Възложителя, съгласно техническата спецификация, не получава точки по съответния подпоказател“.

Така поставените изисквания според проверяващите дават необосновано предимство и необосновано ограничават участието на стопанските субекти в обществената поръчка, както и не са съобразени с предмета, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Според тях с тези си действия кметът Ж. е нарушил императивно изискване на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

С Решението за открИ.е на процедурата било одобрено и обявлението за оповестяване открИ.ето на процедурата и документацията към нея. Решението за открИ.е на процедура с ID

919882 и обявлението за откритие на поръчка с ID 919881 са публикувани в РОП на 02.07.2019 г. и на същата дата са публикувани и в електронното досие на обществената поръчка в Профила на купувача, както и цялата документацията за обществената поръчка.

При така посочените изисквания от възложителя за участие в обществената поръчка са подадени две оферти: с вх. № 12-00-311/01.08.2019г. от „Технопътнострой“ ЕООД гр.Ямбол и оферта с вх.№ 12-00-312/01.08.2019г. от „ЕИВ“ ЕООД гр.Бургас, от които само първата е допусната до оценяване, като е получила 5 точки по показател П1 „Професионалната компетентност на персонала“, отразено в Протокол № 1 и Протокол № 2 от работата на комисията назначена със заповед № 788/А/02.08.2019 г. на кмета на Община Средец. В резултат на проведената обществена поръчка с определения за изпълнител „ТЕХНОПЪТСТРОЙ“ЕООД е сключен договор № ZOP 5/2019 от 30.09.2019 г. на стойност 265 422,15 лв. без ДДС (318 506,58 лв. с вкл. ДДС).

Предвид гореизложеното, проверяващите са заключили, че на 02.07.2019 г. в Община Средец, гр. Средец, област Бургас И. П. Ж. - кмет на Община Средец и Възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 2, т. 9 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, обн., ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г.) е открил възлагането на обществена поръчка по реда на чл. 18, ал. 1, т. 12 от ЗОП с предмет: „Основен ремонт на улици и тротоари в гр. Средец“, като в документацията към обществената поръчка е включил изисквания, с които необосновано се ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка и не са съобразени с предмета, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. С деянието се счита, че е нарушен чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ДВ, бр. 13 от 16.02.2016г., в сила от 15.04.2016 г.).

Във връзка с установеното на 28.02.2022г. П. К. Н. - старши финансов инспектор съставила АУАН № 11-01-157/28.02.2022г. против И. Ж., в негово присъствие и в присъствието на двама свидетели, който жалбоподателят подписал.

На 07.03.2022 г. жалбоподателят е депозирал възражение против акта за установяване на административно нарушение, като същото е регистрирано под № 92-00-247/07.03.2022 година. На 10.03.2022г. нарушителят е отправил и предложение за сключване на споразумение за приключване на административнонаказателното производство по чл. 58г от ЗАНН.

Изготвен бил проект на споразумение № 11-01-157/30.06.2022 г. за приключване на АНП. Проектът бил изпратен на И. Ж. по пощата с препоръчано писмо с обратна разписка, в приложение на уведомително писмо. Видно от обратна разписка, приложена в АНП, проектът на споразумение е получен от И. Ж. на 04.07.2022 година. В 14- дневен срок от получаване на проекта, нарушителят не е върнал подписан екземпляр от споразумението, нито е платил размера на глобата, определена в проекта на споразумение.

Във връзка с посоченото АНО установил, че са налице предпоставките по чл. 53, ал. 1 и ал. 2 от ЗАНН за издаване на наказателно постановление против лицето, посочено като нарушител. Към датата на издаване на наказателното постановление няма постигнато споразумение между страните за приключване на АНП по АУАН № 11-01-157/28.02.2022 година, както и не е платен размера на определената в проекта на споразумение глоба. В издаденото НП е обсъдено подаденото възражение от жалбоподателя и същото е намерено за неоснователно. Според АНО извършеното нарушение няма основание да се квалифицира, като маловажен случай на административно нарушение по смисъла на § 1, ал. 1, т. 4 от ДР на ЗАНН, доколкото описаното в акт за установяване на административно нарушение № 11-01-157/28.02.2022 г. деяние, не се характеризира с по-ниска степен на обществена опасност, в сравнение с обикновените случаи на нарушения от същия вид.

Изложената фактическа обстановка съдът прие за установена въз основа на събраните по делото доказателства, обективирани в гласните и в писмените доказателства и доказателствени средства, които са непротиворечиви и допълващи се. По делото не се събра доказателствен материал, който да поставя под съмнение така установените факти. Жалбоподателят не оспорва фактическите констатации на проверяващите, но счита, че действията му не нарушават цитираната разпоредба.

Административнонаказателното производство е строго формален процес, тъй като чрез него се засягат правата и интересите на физическите и юридически лица в по-голяма степен. Предвиденият в ЗАНН съдебен контрол върху издадените от административните органи наказателни постановления е за законосъобразност. От тази гледна точка съдът не е обвързан нито от твърденията на жалбоподателя, нито от фактическите констатации в акта или в наказателното постановление, а е длъжен служебно да издири обективната истина и приложимия по делото закон. В тази връзка на контрол подлежи и самият АУАН по отношение на неговите функции - констатираща, обвинителна и сезираща.

Наказателното постановление е издадено в рамките на преклузивния срок по чл. 34, ал. 3 от ЗАНН от материално и териториално компетентен орган в лицето на директора на АДФИ, видно от приложената Заповед № ЗМФ - 30/19.01.2022 г. на Министъра на финансите .

Съдът намира, че е осъществен съставът на административното нарушение, за което е ангажирана отговорността на жалбоподателя.

Същият е кмет на Община Средец и публичен възложител по смисъла на закона и като такъв е открил процедура за възлагане на обществена поръчка по ЗОП в нарушение на законовите изисквания.

По силата на чл.2,ал.1 ЗОП обществените поръчки следва се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и осигуряването на свободна и лоялна конкуренция. Гаранция за спазването на тези принципи е ограничението по чл. 2, ал. 2 ЗОП, което в случая е нарушено. Оперативната самостоятелност на възложителя относно определянето на параметрите е ограничена от законовите разпоредби на чл.2,ал.2 от ЗОП. Съгласно тази разпоредба при възлагането на обществени поръчки, възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В конкретния случай наложените ограничителни условия за участниците в процедурата за обществената поръчка са незаконосъобразни по следните съображения:

По отношение на поставеното изискване „годност (правоспособност) за упражняване на професионална дейност, точка III. 1.1) от обявлението за обществена поръчка и раздел IV., т. 2.1.) от документацията за участие- участникът да е вписан в Централния професионален регистър на строителя, за изпълнение на строеж II -ра група, III- та категория, като „ при участие на обединение, което не е юридическо лице, изискването за регистрация се доказва от всеки участник в обединението, който ще извършва строителство съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в документа за създаване на обединението" е незаконосъобразно по следните съображения: Съгласно чл. 59, ал. 6 от ЗОП, при участие на обединения, които не са ЮЛ, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответната регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидени в договора за създаване на обединението. В чл. 3, ал. 2 от Закона за камарата на строителите /ЗКС/ е предвидено, че строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция „Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. Съгласно чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите, когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва

да е вписан в регистъра. В конкретния случай, ЗКС като нормативен акт не предвижда изискване всеки от участниците в обединението да е вписан в ЦПРС. Поради това не са налице предпоставките, предвидени в изключението на чл. 59, ал. 6 от ЗОП, за да се изисква от всеки участник в обединението да е вписан в ЦПРС, каквото изискване е заложено в обществената поръчка. Това изискване на възложителя необосновано ограничава участието на стопански субекти непритежаващи регистрация в ЦПРС, но участващи в обединения, което изискване не е съобразено с предмета на обществената поръчка.

По отношение на второто ограничително условие, заложено в документацията за участие: в раздел II., т. 8, „професионалната компетентност на персонала, на който е възложено строителството“, е посочено участниците да имат експерти - „технически ръководител на обекта“ и „специалист част Пътна“, отговарящи на минималните изисквания за „висше образование, квалификация: инженер пътно/транспортно строителство или еквивалентно“: Съгласно чл. 163а, ал. 2 от Закон за устройство на територията (ЗУТ), строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите, като ал. 2 предвижда, че технически правоспособни са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“, както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“. В съответствие чл. 163а, ал. 4 от ЗУТ, техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1 - 5, а за строежите от пета категория - и отговорностите по чл. 168, ал. 1 и по чл. 169б, ал. 1. Тоест видно от изложеното законът допуска лица с квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“ да бъдат „технически ръководители“, както и че по отношение на „строителен инженер“ и „инженер“ не е поставено изискване да притежават конкретна специалност, поради което поставените от възложителя изисквания се явяват ограничителни по смисъла на закона, тъй като е налице необосновано ограничение на технически правоспособни лица, годни да изпълняват длъжността технически ръководител на обекта и специалист част „Пътна“ съгласно изискванията на чл. 163а, ал. 2 и, ал. 4 от ЗУТ. Щом специалният закон определя компетентността на лицата в строителството, стесняването на техния кръг води до създаване на ограничително условие за участието в обществените поръчки. Съгласно чл. 59, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, възложителят може да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до: годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност, икономическото и финансовото състояние, техническите и професионалните способности. Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва обаче да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Законодателят ясно указва (чл.59 ал.3 от ЗОП), че като критерий за подбор не може да се включват условия или изисквания, които не са необходими за изпълнение на поръчката или не са нормативно установени. Възложителят може да определя по отношение на кандидатите /участниците критерии за подбор, които се отнасят до техническите и професионалните им способности (чл.59 ал.1 т.3 ЗОП), вкл. критерии, въз основа на които да установява, че те разполагат с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, в случай, че изискването не се използва като показател за оценка на офертите (чл.63 ал.1 т.5 ЗОП). Това правомощие се упражнява в условията на оперативна самостоятелност, но неговите предели (границите на тази самостоятелност) са очертани в чл. 59 ал. 2 и чл. 2 ал.2 ЗОП. Неправомерно е това изискване, което води или до неравнопоставеност, или до неоправдано ограничаване на потенциалните участници. Предвид изложеното посоченото от възложителя изискване необосновано ограничава участието на стопански субекти, които нямат екип от специалисти с професионална квалификация различна от посочената от възложителя, но в съответствие с изискванията на чл. 163а от ЗУТ, съответно с професионална компетентност в областта на строителството, което изискване не е съобразено с предмета на обществената поръчка.

По отношение на залегналите в Техническата спецификация към документацията за участие, наред с изискванията за професионалната компетентност по отношение експертите (технически ръководител на обект, специалист Част пътна и Част Геодезия) на участниците и изисквания за общ професионален опит по специалността - 3 години и специфичен професионален опит, но не в частта на техническото предложение на поръчката, а като показател за оценка: Така

посочените надграждащи изисквания не дават възможност на участници, които разполагат с експерти отговарящи на минималните изисквания на възложителя, но непокриващи надграждащите да бъдат оценени, което ограничава вероятността да бъдат оценени с максимален брой точки и класирани на първо място. Надграждащите изисквания не са обвързани с качеството на поръчката, и не дават отражение върху качеството на изпълнение на поръчката, а единствено водят до ограничаване на потенциални участници в нея, както правилно е констатирал административнонаказващият орган. Изложеното води до извода, че поставеното изискване, изпълнението на което допринася за получаване на максимален брой точки, не осигурява по-добро ниво на качеството на изпълнение на обществената поръчка. Обаче, същото необосновано ограничава участието на заинтересовани лица в процедурата и ги поставя в неравнопоставено положение.

Съгласно чл.247, ал.1 от ЗОП възложителят, който наруши забраната на чл. 2, ал. 2, чл. 11, ал. 5, чл. 16, чл. 21, ал. 14, 15 или 17, чл. 149, ал. 8 или чл. 150, ал. 4, се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв.

Предвид това правилно кметът на Община Средец И. Ж. като възложител е определен като субект на нарушението и носител на административнонаказателна отговорност. По изложените съображения настоящият съд приема, че са налице всички елементи от състава на описаното в НП нарушение.

Направеното възражение, че поставените в обществената поръчка условия и изисквания на възложителя са били многократно залагани в годините в други обществени поръчки, съответно били са обект на проверка от други контролни органи, и не са установени нарушения и нередности, е ирелевантно за установеното от органите на АДФИ в процесния случай нарушение.

Извършвайки цялостен съдебен контрол в т. ч. и за законосъобразността на преценката за маловажност на случая, настоящият съд установява, че наказващия орган правилно не е приложил чл. 28 от ЗАНН, имайки предвид тежестта на нарушението и значимостта му. Като се имат предвид значимостта на обществените отношения, които се уреждат със ЗОП, настоящият съд не намира, че спрямо процесното административно нарушение може да се приложи чл.28 от ЗАНН. Нарушението е формално и не е свързано с настъпване на вредоносен резултат, поради което правилно е санкционирано и правилно не е бил приложен от АНО чл.28 от ЗАНН.

Съдът установява, че не са налице условия и за изменение размера на наложената глоба. В случая глобата е наложена съгласно чл. 247, ал. 1 от ЗОП, като 2 на сто от стойността на сключения договор на процесната обществена поръчка с включен ДДС е именно сумата 6 370,13 лева, без да съществува правна възможност същата да се намали по размер.

Предвид заявеното искане от пълномощника на въззиваемата страна за присъждане на разноски по делото и с оглед неговия изход, жалбоподателят следва да бъде осъден да заплати на въззиваемата страна сторените разноски за юрисконсултско възнаграждение, които настоящият съд определя в размер на 80 (осемдесет) лева.

Предвид изложеното и на основание чл.63,ал.1 от ЗАНН, Средецкият районен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА наказателно постановление № 11-01-157/29.07.2022г., издадено от С. А. Б. – директор на Агенция държавна финансова инспекция – гр.София, с което на основание чл.247, ал.1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ на И. П. Ж., ЕГН *****, е наложена глоба в размер на 6 370,13 лева за нарушение по чл.2, ал. 2 от ЗОП.

ОСЪЖДА И. П. Ж., ЕГН *****, **ДА ЗАПЛАТИ** на Агенция за държавна финансова инспекция - гр.София СУМАТА от 80. 00 /осемдесет/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Административен съд - гр. Бургас в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

Съдия при Районен съд – Средец: _____