

# РЕШЕНИЕ

№ 1289

гр. София, 20.03.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**СОФИЙСКИ РАЙОНЕН СЪД, 131-ВИ СЪСТАВ**, в публично заседание на двадесети декември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: ВЕСЕЛИНА ИВ. НЯГОЛОВА

при участието на секретаря МАЯ Г. КАРГОВА  
като разгледа докладваното от ВЕСЕЛИНА ИВ. НЯГОЛОВА  
Административно наказателно дело № 20221110213060 по описа за 2022 година

Производството е по реда на чл.58д и сл. от ЗАНН.

С наказателно постановление (НП) № 11-01-265 от 16.09.2022 година директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция е наложил на Т. Б. Д., с ЕГН \*\*\*\*\* наказание глоба в размер на 16 023, 48 /шестнадесет хиляди двадесет и три лева и четиридесет и осем стотинки/ лева на осн. чл.256, ал.1 от ЗОП за извършено нарушение на чл.17, ал.1, вр.чл.20, ал.1, т.1 б.Б от ЗОП.

Недоволен от издаденото наказателното постановление е останало санкционираното лице, което в срочно подадена жалба го атакува с искане за отмяна. В жалбата най-напред се излагат съображения за неправилно приложение на материалния закон, като се изтъква, че търговско дружество „М.“ ЕАД не е публичноправна организация по смисъла на ЗОП, респективно, жалбоподателят като негов представляващ не е възложител по смисъла на чл.5, ал.2, т.14 ЗОП, доколкото същото е търговско дружество, което действа в конкурентна среда, не е зависимо от едноличния собственик на капитала „ДКК“ ЕАД. Изрично се акцентира върху факта, че дружеството е получавало финансови средства на договорно основание, а не в условията на пряко финансиране с публични средства, предвид на което по отношение на „М.“ ЕАД не са изпълнение кумулативните предпоставки на §2, т.43, б. Б от ЗОП за определянето му като „публичноправна организация“. Наред с това се сочи, че не е налице и другия изискуем признак, а именно дружеството да е създадено е 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. Освен това жалбоподателят се позовава и на Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021г. на АДФИ, в който при проверка на идентични обстоятелства е обективизиран извод, че дружеството не е публичноправна организация по смисъла на ЗОП.

На следващо място, са прави възражение за неспазване на сроковете по чл.34, ал.1 ЗАНН, както и на база предходната проверка завършила с цитирания доклад от 01.06.2021г.

се прави възражение за нарушаване на срока по чл.261, ал.1 ЗОП, както и се поставя и въпроса за противоречията в изводите на контролната администрация, и нарушение на принципа за еднакво прилагане на закона от страна на проверяващия орган. В допълнение се сочат процесуални нарушения, а именно, че не е спазено специфичното изискване на чл.241 ЗОП, като АУАН е съставен преди приключване на втората проверка и изготвяне на доклад по нея, както и, че в обжалваното наказателно постановление не са посочени по безспорен начин датата на нарушението и стойността на поръчката, което се сочи като съществено процесуално нарушение. В заключение се излагат доводи за липса на виновно поведение на жалбоподателя Т. Б..

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован не се явява, не изпраща представител. Заявено е желание за представяне на писмени бележки, но такива не са депозирани нито в определения от съда срок, нито до настоящия момент.

В съдебно заседание въззиваемата страна-редовно призована, се представлява от юрисконсулт Я., която, пледира за потвърждаване на НП, доколкото нарушението е установено по безспорен начин, а материалният закон е приложен правилно. Претендира за присъждане на юрисконсултско възнаграждение. В допълнение е представено и подробно писмено становище, като в същото най-напред се акцентира върху процесуалната законосъобразност на АУАН и НП, в частност спазването на сроковете за съставяне на АУАН по чл.261, ал.1 ЗОП, а наред с това подробно се аргументира качеството на публична организация на „М.“ ЕАД, на база конкретно извършваните от дружеството дейности, както и произхода на средствата за финансирането им, които са изцяло от публичен източник.

Съдът, като обсъди събраните по делото доказателства, доводите на страните и извърши служебна проверка на развитието на административнонаказателното производство, приема за установена следната **фактическа обстановка**:

Жалбоподателят Т. Б. Д., ЕГН \*\*\*\*\*, с постоянен адрес гр.Стара Загора, ул.\*\*\*\*\* № 40, заемал длъжност изпълнителен директор в търговско дружество „М.“ ЕАД- еднолично акционерно търговско дружество по смисъла на чл. 64, ал. 1, т. 4, във връзка с чл. 158 и следващите от Търговския закон, със седалище и адрес на управление в гр. София, район „Изгрев“, ул. „\*\*\*\*\*“ № 9, ЕИК \*\*\*\*\*.

Едноличен собственик на капитала на „М.“ ЕАД е „Държавна консолидационна компания“ ЕАД, която е дружество със 100 % държавен капитал, чийто принципал е министърът на икономиката, който упражнява правомощията на едноличния собственик на капитала- държавата, като дружеството е с едностепенна система на управление, включваща само Съвет на директорите. Съгласно чл.15, ал.2, б. „г“ и чл. 17, ал.2 от Устава на дружеството (публично достъпен по партидата на дружеството в ТРРЮЛНЦ), всички членове на Съвета на директорите, се избират и освобождават от едноличния собственик на капитала-„ДКК“ ЕАД, който по всяко време може да промени броя на членовете и персоналия състав на Съвета на директорите в „М.“ ЕАД. Жалбоподателят Д. заемал посочената по-горе длъжност изпълнителен директор, по силата на договор №49/30.11.2017г. за възлагане на управлението на еднолично акционерно дружество с едностепенна система на управление и Протокол от 30.11.2017г. от заседание на Съвета на директорите на „М.“ ЕАД, с който е избран за изпълнителен член на СД, съобразно чл.244, ал.4 ТЗ и овластен да представлява дружеството на основание чл.235, ал.2 ТЗ, като на 07.12.2017г. е вписан като единствен представляващ дружеството по партидата на същото в ТРРЮЛНЦ. Видно от договор №49/30.11.2017г. за възлагане управлението на еднолично акционерно дружество с едностепенна система на управление, „М.“ ЕАД, гр. София, представляващия „Държавна консолидационна компания“ ЕАД като едноличен собственик на капитала на „М.“ ЕАД, възлага, а Т. Б. Д. приема да управлява и представлява „М.“ ЕАД, в съответствие с действащата нормативна уредба, устава на „М.“ ЕАД и клаузите на

договора.

На 06.02.2020г. между Областна администрация Перник и областна администрация София, представлявани от областния управител на Перник, в качеството на възложител по смисъла на ЗОП, от една страна, и „М.“ ЕАД, представлявано от жалбоподателя Б., в качеството на изпълнител, от друга бил сключен Договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5, със следния предмет – ВиК инженеринг на следния обект, „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“ на стойност 26 557 968 лева с ДДС. Съгласно чл.1, ал.2 от договора, изпълнителят „М.“ ЕАД, следвало да извърши дейността със своя работна сила, нови материали и съоръжения, собствени или наети средства за работа(инструменти, механизация и други подобни), в съответствие с ценовото предложение и графика за строителство, представени от дружеството, като съгласно чл.10 от договора, срокът за изпълнение на възложените дейности е 60 дни. В последствие между Областна администрация Перник и „М.“ ЕАД били сключени пет анекса към същия договор, като с четири от тях, а именно Анекс № 1 от 03.04.2020г., Анекс № 2 от 05.06.2020г., Анекс № 4 от 07.02.2021г. и Анекс № 5 от 29.09.2021г., срокът за изпълнение на договора бил удължен до 07.06.2022г.

От своя страна "М." ЕАД изпълнител по посочения договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5/06.02.2020г., действащо чрез своя изпълнителен директор и представител по закон- жалбоподателя Т. Д., на 07.02.2020г. сключило Договор със "С." ЕООД, с предмет временно и възмездно ползване на транспортни средства, строителна механизация и оборудване, ведно с обслужващ персонал за поддръжката и експлоатацията им, както и доставка на материали и изделия за посочения по-горе строителен обект. Няма данни същият да е резултат от проведена процедура за избор на изпълнител по обществена поръчка. Последното се установява при справка в публичния регистър поддържан на сайта на Агенцията за обществени поръчки, видно от който „М.“ ЕАД въобще не е обявявало такава обществена поръчка.

На 06.04.2020г., между "М." ЕАД и "С." ЕООД бил изготвен Протокол за извършени действия с механизация", въз основа, на който от страна на последното била издадена фактура №807/07.04.2020г. на стойност 374 990 лева без ДДС(449 988 лева с ДДС), като сумата била заплатена от "М." ЕАД по банков път, с платежно нареждане от 15.04.2020г.

На 04.05.2020г., между "М." ЕАД и "С." ЕООД бил изготвен Протокол за извършени действия с механизация", въз основа, на който от страна на последното била издадена фактура №812/04.05.2020г. на стойност 292 655 лева без ДДС(351 186 лева с ДДС), като сумата била заплатена от сметка на "М.-София" ЕАД по банков път, с платежно нареждане от 29.05.2020г.

Със Заповед № ФК-10-968 от 23.07.2021г., директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция възложил извършването на проверка за законосъобразността на сключването и изпълнението на договори на „М.“ ЕАД с контрагенти, включително с едноличния собственик на капитала в периода 01.01.2017г. -30.04.2021г. Проверката следвало да се извърши в периода 26.07.2021- 20.08.2021г., като с няколко заповеди срокът бил удължен до 07.03.2022г. Проверката завършила с Доклад № ДИД2-СФ-43/04.04.2022г., видно, от който в предметния ѝ обхват е включено и изпълнението на посочения по-горе Договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5, със следния предмет – ВиК инженеринг на следния обект „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“ (т. 1.2.2. от Доклада).

Изложените по-горе обстоятелства били констатирани при извършената от АДФИ, проверка, като в тази връзка на 25.03.2022 година бил съставен акт за установяване на административно нарушение № 11-01-265 от страна на Д. П.-Г.- финансов инспектор при

АДФИ, с който срещу Т. Б. Д. било повдигнато административнонаказателно обвинение за това, че на 15.04.2020г., в качеството си на възложител по чл.5, ал.2, т.14 от ЗОП, като е извършил разход в размер на 374 990 без ДДС, по договор със "С." ЕООД е възложил обществена поръчка за ползване на транспортни средства, строителна механизация и оборудване за обект „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“ без да приложи процедурата по чл.18, ал.1 ЗОП, при наличието на основание за това. Извършеното било квалифицирано от актосъставителя като нарушение на чл.17, ал.1, вр. чл.20, ал.1, т.1, б.Б от ЗОП.

Акът, съставен в присъствието на нарушителя, връчен на същия, като последния от своя страна се е възползвал от правото си на възражения в законоустановения срок.

На база така съставения АУАН било издадено процесното наказателно постановление (НП) № 11-01-265 от 16.09.2022 година директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция е наложил на Т. Б. Д., с ЕГН \*\*\*\*\* наказание глоба в размер на 16 023, 48 /шестнадесет хиляди двадесет и три лева и четиридесет и осем стотинки/ лева на осн. чл.256, ал.1 от ЗОП за извършено нарушение на чл.17, ал.1, вр.чл.20, ал.1, т.1, б.Б от ЗОП.

Изложената фактическа обстановка, съдът прие за установена въз основа на показанията на свидетеля Д. П.-Г., депозиран в хода на съдебното следствие и приложените писмените доказателства, приобщените по реда на чл.283 от НПК - АУАН № 11-01-265/25.03.2022 година; наказателно постановление (НП) № № 11-01-265 от 16.09.2022 година, заповед №ФК-10- 968/23.07.2021 г.; заповед №ФК-10-1040/12.08.2021 г.; заповед №ФК-10-1148/16-09.2021 г.; заповед №ФК-10-1278/25.10.2021 г.; заповед №ФК-10-14/06.01.2022 г. – всичките на директора на АДФИ; справка за отговорните длъжностни лица в „М.“ ЕАД, гр. София, с изх. №93-00-984/27.07.2021 година; договор №49/30.11.2017 г. за възлагане управлението на еднолично дружество с едностепенна система на управление и Протокол №147/30.11.2017 г. от заседание на Съвета на директорите на „М.“ ЕАД; справка за сключените договори с контрагенти, по които „М.“ ЕАД е изпълнител, за периода 01.01.2017 г. до 30.04.2021 година; справка за сключените договори между „М.“ ЕАД и ДКК за периода 01.01.2017 г. до 30.04.2021 година; Отчети за собствения капитал на „М.“ ЕАД към 31.12.2017 г., към 31.12.2018, към 31.12.2019 г. и към 31.12.2020 година; доклади на независимия одитор за финансовото състояние и финансовите резултати към 31.12.2018 г., 31.12.2019 г. и 31.12.2020 година, Договор от 07.02.2020г. между „М.“ ЕАД и „С.“ ЕООД, Протокол за извършени действия по механизация от 06.04.2020г., Фактура № 807/07.04.2020г., платежно нареждане от 15.04.2020г., Протокол за извършени действия по механизация от 04.05.2020г., Фактура № 812/04.05.2020г., платежно нареждане от 29.05.2020г., писмо изх. № 3-00-2020/15.02.2022г. по описа на „М.“ ЕАД, и останалите документи приложени по административно-наказателната преписка, Доклад № ДИД2-СФ-43/04.04.2022г. от извършена финансова инспекция, Доклад ДИД2-СФ-22/01.06.2021г., известие за доставяне и останалите документи, приложени по делото, включително представени от въззиваемата страна в хода на съдебното следствие, документи, съгласно приложен опис.

Събраните по делото гласни и писмени доказателства са непротиворечиви и единно изграждат възприетата от съда фактическа обстановка. Съдът кредитира напълно показанията на свидетеля П.-Г., които са изчерпателни, последователни в излагането на фактите, като свидетелят обективно и добросъвестно излага своите възприятия относно обстоятелствата от предмета на доказване, в частност извършената с нейно участие проверка, като същите са съответни на останалите, приложени по делото доказателства.

Писмените доказателства, приобщените по делото по реда на чл.283 от НПК, съдът възприема в цялост, тъй като същите са логични, последователни съответни и не се опровергават при преценката им, както по отделно, така и в тяхната съвкупност, като не са

налице основания за дискредитиране, на който и да е от доказателствените източници, събрани в хода на административнонаказателното производство и съдебното следствие. Следва да се посочи, че в преимуществената си част те са официални документи, като не са налице основания за съмнение в автентичността или достоверността, на което и да е от приложените писмени доказателства. При това и като отчете, че доказателствените източници са еднопосочни, както и предвид обстоятелството, че отсъства спор по фактите, и по аргумент от чл.305, ал.3, изр.2 НПК, съдът намери, че не дължи обсъждането на всеки от доказателствените източници поотделно. Следва единствено да се отбележи, че от събраните доказателства по безпротиворечив начин се установява фактическата обстановка, така както е възприета от съда, като същата не се оспорва от страна на жалбоподателя, чийто аргументи са свързани с приложението на материалния закон.

Въз основа на установените фактически обстоятелства съдът направи следните **правни изводи**:

Жалбата изхожда от процесуално легитимирано лице, депозирана е в срока по чл.59, ал.2 от ЗАНН и срещу акт, подлежащ на съдебен контрол, поради което същата е процесуално допустима, а разгледана по същество и в рамките на правомощията на съда да извърши цялостна проверка на обжалвания акт, е основателна в искането за отмяна на наказателното постановление, по изложените по-долу съображения. Съгласно разпоредбата на чл.63, ал.1 от ЗАНН, в настоящото производство районният съд следва да провери изцяло законността на обжалваното НП, т.е. дали правилно е приложен както процесуалния, така и материалния закон, независимо от основанията, посочени от жалбоподателя - аргумент от чл.314, ал.1 от НПК, вр. чл.84 от ЗАНН.

Административнонаказателното производство е образувано и срещу нарушителя е повдигнато административнонаказателно обвинение въз основа на АУАН 11-01-265/25.03.2022 година, който е съставен от компетентен орган- финансов инспектор в АДФИ, в рамките на материалната и териториална компетентност на последния, съгласно чл.261, ал.1 ЗОП, като същият е съставен в рамките на сроковете по чл.261, ал.1 ЗОП, които се явяват специални спрямо общата уредба на чл.34, ал.1 ЗАНН.

Съдът не споделя направеното в жалбата оплакване за съставяне на акта след изтичане на посочения в чл.261, ал.1 ЗОП шестмесечен срок от откриване на нарушителя от органите на АДФИ, аргументи, за което се черпят от изготвения в резултат на предходна проверка Доклад ДИД2-СФ-22/01.06.2021г. Съгласно същия от страна на АДФИ, на основание чл. 10, ал. 1, т. 3 и чл. 5, ал. 1, т. 4 от ЗДФИ, на „М.“ ЕАД е била извършена финансова инспекция с предмет: „Проверка за законосъобразност на отчетените разходи от „М.“ ЕАД за доставки, услуги и строителство за периода от 01.01.2017г. до 30.04.2021г., в т. ч. сключените договори и тяхното изпълнение“, като видно от съдържанието на доклада, в рамките на посочената проверка са били изследвани само отчетените от „М.“ ЕАД разходите, които дружеството е извършило, във връзка с възложени дейности от посоченото естество, и по-специално утвърдения ред и критерии за избор на контрагенти и доставчици на суровини, и материали, въведен в дружеството.(стр.5, §4 и §5 от доклада). Обект на тази проверка и доклад не е било разглеждането договорите, по които „М.“ ЕАД е изпълнител, в т. ч. договорите, сключени със собственика на капитала- „ДКК“ ЕАД или с други юридически лица, които са възлагали дейности на „М.“ ЕАД, респективно законосъобразността на юридическите и фактически действия предприети по тяхното изпълнение. В частност, видно от отразеното в приложения към жалбата доклад от тази предходна проверка в рамките на същата, не е бил конкретно изследван и обсъждан, нито Договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5, с предмет – ВиК инженеринг на следния обект „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“, нито конкретно визираното в АУАН и НП

плащане по фактура № 807/07.04.2020г., извършено в полза на "С." ЕООД за наетата във връзка с изпълнението на договора техника.

Деянието предмет на настоящото производство е било установено именно в резултат на проверката, възложена със Заповед № ФК-10-968/23.07.2021 г. на директора на АДФИ, с крайна дата на проверката 07.03.2022г., съгласно Заповед № ФК-10-14/06.01.2022г. на директора на АДФИ, с предмет с предмет, съгласно заповедта за възлагане- „Проверка за законосъобразност на сключването и изпълнението на договори на дружеството с контрагенти, в т. ч. със собственика на капитала на дружеството за периода от 01.01.2017 г. до 30.04.2021 година“, в хода на която за пръв път е изследвана законосъобразността на изпълнението на договора с Областна администрация Перник, видно и от приложения Доклад № ДИД2-СФ-43/04.04.2022г. При това при съпоставяне на заповедите за възлагане и заключителния доклад на двете проверки, се налага извода, че е налице припокриване единствено в проверявания период, но не и в предметният обхват и обема на двете финансови инспекции, който е различен, както поради разликата в задачите им, така и в техния обем. В този смисъл жалбоподателят не може да се позове на Доклад № ДИД2-СФ22/01.06.2021 г. на АДФИ (изготвен от длъжностни лица, различни от тези при втората проверка), за да претендира пропускане от страна на наказващата администрация на срока по чл. 261, ал. 1 от ЗОП, предвид посочената разлика между двете проверки. Доколкото срокът на втората проверка е удължен до 07.03.2022г., а доклада по същата е изготвен на 04.04.2022г., а доказателства във връзка с конкретното нарушение са събирани поне до 15.02.2022г.(писмо изх. № 93-00-220/15.02.2022г.), то АУАН № 11-01-265 от 25.03.2022г., е съставен в рамките на шестмесечния срок от откриване на нарушителя, респективно в рамките на тригодишния срок от датата на извършване на нарушението, посочена в него- 15.04.2020г.

Тук е мястото да се отбележи, че съгласно константната съдебна практика, намерила отражение и в Тълкувателно решение № 48 от 1981г. на ВС, началото на тримесечния срок от откриване на нарушителя регламентиран в чл.34, ал.1 ЗАНН, респективно специалния шестмесечен такъв по чл.261, ал.1 ЗОП, се предпоставя от откриването от страна на контролните органи на всички факти и доказателства въз основа, на които може да се направи констатация за извършено нарушение, което в настоящия случай е направена едва при извършването на проверката, възложена със Заповед № ФК-10-968/23.07.2021г.

Предвид на изложеното съдът не констатира нарушение на сроковете за съставяне на АУАН и издаване на НП, като същите попадат както в рамките на специалната давност по чл.261, ал.1 ЗОП и чл.34, ал.3 ЗАНН, така и в срока на общата погасителна давност за констатираното нарушение, определена по правилата на чл.80, ал.1, т.5 НК и чл.81, ал.3 НК, вр. чл.11 ЗАНН.

На следващо място при съставянето на акта са спазени изискванията на чл.40 ЗАНН, като същото е извършено с участието на нарушителя, както и на един свидетел, като актът отговаря по форма и съдържание на изискванията на чл.42 ЗАНН, като съдът не констатира процесуални нарушения от категорията на съществените, които да са свързани със съставения АУАН. Не е налице процесуално нарушение от категорията на съществените във връзка с разпоредбата на чл.241 ЗОП, като в същата единствено се изброяват необходимите и възможни действия, които следва да се предприемат след приключване на проверка от страна на АДФИ, без да се уреждат правила за тяхната поредност още по-малко императивни такива. Съгласно чл.241, ал.3 ЗОП едно от тези действия е съставянето на АУАН, в случай на констатирани административни нарушения, но същото не се предпоставя от изготвяне на доклад за проверката, като такова изискване не се съдържа нито в цитираната разпоредба, нито в друг текст на ЗОП, а още по-малко в ЗАНН. Не на последно място, поредността в съставянето на АУАН и доклада по никакъв начин не се отразява на правото на защита на нарушителя, ergo не може да се третира като процесуално нарушение

от категорията на съществените.

Наказателното постановление също е издадено от компетентен орган, като със Заповед № ЗМФ-674/05.08.2022г. на основание чл.261, ал.2 ЗОП правомощията на наказващ орган са предоставени на директора на АДФИ. Същото отговаря по форма и съдържание на изискванията на чл.57, ал.1 ЗАНН, като съдържа пълно и ясно описание на нарушението, обстоятелствата, при които е извършено, както и съответна на фактите правна квалификация, и не се констатира процесуални нарушения от категорията на съществените, които да обусловят отмяната му. Следва изрично да се посочи, че в наказателното постановление е посочена датата на плащане, т.е. на извършване на разхода, в което именно действие се е изразило противоправното деяние, и не е налице неяснота относно времето на нарушението. Наред с това в АУАН и НП категорично е посочена стойността на конкретното плащане, а най-сетне в наказателното постановление надлежно са посочени доказателствата, от категорията на писмените въз основа, на които е направен извода за извършено нарушение, поради което не могат да бъдат споделени оплакванията на жалбоподателя за празноти в съдържанието на наказателното постановление.

В обобщение съдът намира, че в хода на административно-наказателното производство не са допуснати процесуални нарушения от категорията на съществените, които да обосноват отмяна на наказателното постановление.

В хода на административнонаказателното производство на жалбоподателя е било повдигнато обвинение за осъществено от негова страна административно нарушение, изразило се в това, че в качеството му на възложител на обществени поръчки, по силата на чл.5, ал.2, т.14 ЗОП, същият с извършеното на 15.04.2020г. в полза на „С.“ ЕООД плащане в размер на 374 990 лева без ДДС( 449 988 лева с ДДС), по фактура № 807/07.04.2020г., с което е надвишен минималния стойностен праг по чл.20, ал.1, т.1, б.Б ЗОП, е възложил обществена поръчка, без провеждане на процедура по чл.18, ал.1, ЗОП, въпреки, че са били налице условията за това. Фактическите рамки на отговорността се базират на твърдението, че въпреки наличието на задължение за провеждане на процедура по обществена поръчка произтичащо от предмета и стойността на работата, съгласно чл.17, ал.1, вр. чл.20, ал.1, т.1, б. Б ЗОП, възлагането на доставка и услуги е извършено без провеждане на процедура по обществена поръчка, в която и да е от изброените в чл. 18, ал.1 ЗОП, форми.

При това съдът намира, че при правилно установена фактическа обстановка, материалният закон е приложен неправилно, като не са налице основания за ангажиране на отговорността на жалбоподателя Т. Д. за извършено нарушение по чл.256, ал.1 ЗОП. Посочения текст предвижда санкция за възложител, който сключи договор за възлагане на обществена поръчка, включително като извърши разход, без да приложи процедурата, което в настоящия случай не е осъществено, доколкото при извършване на процесното плащане, жалбоподателят Д. не е действал като възложител по смисъла на ЗОП.

Най-напред и във връзка с доводите в жалбата и писмените бележки на въззиваемата страна, следва да се отбележи, че съдът намира, че дружеството представлявано от жалбоподателя Т. Д., а именно „М.“ ЕАД по правило се явява публичноправна организация по смисъла на ЗОП, респективно неговия представляващ може да бъде възложител съгласно чл.5, ал.2, т.14 ЗОП, следователно субект на задължението за провеждане на процедура по обществена поръчка, и субект на отговорността за нарушение по чл.256, ал.1 ЗОП. Понятието за публичноправна организация е легално определено в §2, т.43 от ДР на ЗОП, като това е всяко юридическо лице, което кумулативно отговаря на 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. ЗОП.

На първо място дружеството „М.“ ЕАД без съмнение изпълва обективния признак по б.„Б“ на цитираната дефиниция, при това и в двете възможни алтернативи. Капиталът на същото е 100 % собственост на „Държавната консолидационна компания“ ЕАД, която от своя страна е държавно предприятие и публично-правна организация. Наред с това видно от Справката за сключени договори, по които дружеството е изпълнител за периода 01.01.2017г.- 30.04.2021г., 294 от всички общо 306 договори са сключени отново с „ДКК“ ЕАД, респективно 96, 92% от приходите на дружеството, т.е. от неговото финансиране е получено именно по тези договори, т.е. от друга публично-правна организация, каквото без съмнение е „ДКК“ ЕАД. Освен това всички членове на Съвета на директорите-управителния орган на „М.“ ЕАД, се назначават отново от „ДКК“ ЕАД т.е. от публичен възложител по чл.5, ал.2, т.14 ЗОП. С оглед на това дружеството отговаря и на двата алтернативно очертани признака по §2, т.43, б.Б от ДР на ЗОП.

На следващо място, по основния спорен момент в производството, съдът намира, че „М.“ ЕАД, независимо от правно-организационната си форма на търговско дружество, е юридическо лице, създадено с конкретна цел, за задоволяване на нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, т.е. отговаря и на второто кумулативно изискване за публичноправна организация, посочено в §2, т.43, б.А от ЗОП. Съгласно даденото в закона изрично разяснение, „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“. При анализ на дейността на „М.“ ЕАД, не се констатира нито едно от посочените изисквания, и по аргумент за обратното, извършваната от него дейност не може да се определи като такава с промишлен или търговски характер, съобразното специфичните критерии, залегнали в ЗОП. Най-напред съдът намира, че от наличните по делото данни може да се заключи, че дружеството не действа нормални пазарни условия т.е. в конкурентна среда, като видно от представената справка за сключените от него в качеството на изпълнител договори, за период от повече от три години, негови съконтрагенти са едноличния собственик на капитала- „ДКК“ ЕАД, на което се падат 294 от общо 306 договора, т.е. преимуществената част от работата и финансирането си „М.“ ЕАД получава от своя собственик, а други двама възложители - „ВМЗ“ ЕАД и „ЕКО АНТРАЦИТ“ ЕАД, са дъщерни дружества на едноличния собственик на капитала. Иначе казано, независимо от вписванията си в различни регистри, като например Списък на строителите от област София, София град и София област, или в Централния професионален регистър на строителите одобрени за строежи от първа до пета категория, то дружеството не е участвало реално на пазара на строителни услуги. От една страна същото не се е конкурирало с други строители и не е предлагало или предоставяло услугите си на възложители по смисъла на ЗУТ, които не се финансират с публични средства, няма данни същото да предлага услугите си на пазара, да търси възлагане на СМР от трети лица, а от друга страна, по отношение на всички поръчки посочени в Справката за сключени договори, по които дружеството е изпълнител за периода 01.01.2017г.- 30.04.2021г., е налице изключението на чл.14, ал.1, т.5 ЗОП, т.е. е получило възлагането директно, без провеждане на процедура по ЗОП и без да се състезава с други изпълнители. Предвид на това през проверявания период, в който попада и допълнителното споразумение предмет на нарушението, „М.“ ЕАД категорично не е реализирало дейността си в нормални пазарни условия, и не е било участник на конкурентен пазар.

На следващо място отсъстват и другите две предпоставки, а именно дружеството да се стреми да реализира печалба, както и самостоятелно да понася загубите от дейността си. Действително съгласно чл. 1, ал. 3 от Устава на „М.“ ЕАД, дружеството отговаря за своите задължения с имуществото, което притежава и не носи отговорност за задълженията на едноличния собственик на капитала, както и обратното- съгласно чл.1, ал. 4 от Устава



едноличният собственик на капитала не отговаря за задълженията на дружеството. Посоченото съдържание на учредителния акт обаче, единствено разграничава отговорността на дружеството, и едноличния собственик на капитала му, спрямо трети лица, кредитори, на който и да е от тях. Иначе казано по силата на посочените разпоредба, както и на основните правила на Търговския закон относно капиталовите дружества, чието имущество(права и задължения) е изцяло отделено от това участниците в дружеството, нито кредитор на "М." ЕАД може да насочи вземането си към "ДКК" ЕАД, нито обратното. Това обаче съвсем не означава, че дружеството самостоятелно понася загубите си, напротив обратното е вярно. Видно от докладите на независим одитор за финансовото състояние и финансовите резултати към 31.12.2018г., 31.12.2019г. и 31.12.2020г., собственият капитал на дружеството не само е под регистрирания, а и е отрицателна величина. Съгласно изричното отбелязване в докладите за 2018 и 2019г., "...е налице несигурност, която би могла да породви съмнение относно способността на дружеството да продължи да функционира като действащо предприятие, без подкрепата на едноличния собственик на капитала", която констатация се запазва и в доклада за 2020г., който гласи "Чистата стойност на имуществото (собственият капитал) на дружеството към 31.12.2020 г. е минус 1 911 хил. лева, отрицателна величина, като стойността на този показател е под размера на вписания капитал повече от година .... Това обстоятелство показва наличието на значителна несигурност, която може да породви съществено съмнение относно способността на дружеството да функционира като действащо предприятие без подкрепата на едноличния собственик. Едноличният собственик на капитала е изразил своето намерение да оказва финансова подкрепа на Дружеството, ако това е необходимо". Иначе казано при упражняване на своята дейност "М." ЕАД трупa загуби, които не е в състояние да посреща само и без подкрепа на едноличния собственик на капитала - публичноправната организация "ДКК" ЕАД, като отсъстват каквито и да е данни или дори индикации, че дружеството се стреми да реализира печалба.

Най-сетне, следва да се посочи, че горните обстоятелства относно финансовите резултати на дружеството, са свързани именно с факта, че то съществува, за да задоволява нужди от общ интерес, а не такива с търговски характер т.е. да извърши определени СМР, при които генерирането на търговска печалба не е водеща причина за осъществяването им, а такава се явява интереса на обществото и държавата. Посоченото обстоятелство категорично се установява при анализа на дейностите, които е извършвало дружеството, към периода, за който се отнася договора, предмет на нарушението, включително и самия той. Същите включват примерно, но не изчерпателно следното: дейности, свързани с проектиране, ремонт и реконструкция на язовирни стени и съоръженията към тях на язовири, които са общинска или държавна собственост и които се нуждаят от спешен ремонт; дейности, свързани с техническа ликвидация и преодоляване на вредните последици при въгледобив и пречистване на вода на различни обекти; дейности, свързани с изпълнението на решения на Министерски съвет за изграждане на нов правителствен комплекс и други подобни.

С оглед на това съдът намира, че "М." ЕАД изпълва предпоставките и изискването на §2, т.43, б.А от ЗОП, а именно да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, като изложените в тази връзка възражения на жалбоподателя не могат да бъдат споделени. Тук е мястото да се посочи, че обстоятелството, че при предходна проверка на АДФИ, резултатът, от която е обективиран в Доклад № ДИД2-СФ-22/01.06.2021г. от страна на проверяващия екип е бил направен извод в обратната насока, не променя действителното положение на нещата, още повече, че посоченият доклад съдържа единствено обща бланкетна констатация, че "М." ЕАД не покрива изискванията по §2, т.43, б.А от ЗОП, без да се излагат конкретни съображения. Причините за изводите на този доклад могат да с търсят както в различния предмет и обхват на самата проверка, така и в различната степен на подготовка на служителите, които са я извършили, или в тяхната непрецизност, но същите са ирелевантни за съда, който извършва автономна преценка за всички признаци от състава на нарушението. Нито крайните изводи на цитирания от

жалбоподателя доклад на АДФИ, нито отразените в него твърдения имат задължителен характер, поради което макар непоследователността на наказващата администрация да е основание за критика, то това не променя становището на съда относно естеството и характеристиките на дейността на "М." ЕАД.

Предвид на всичко изложено съдът намира, че са налице кумулативно предвидените в легалната дефиниция на §2, т.43, букви "а" и "б" от ЗОП, предпоставки и "М." ЕАД е публичноправна организация по смисъла на закона, а неговият представляващ, се явява публичен възложител съгласно изричната разпоредба на чл.5, ал.2, т.14 ЗОП. Именно в това му качество е била ангажирана административно-наказателната отговорност на жалбоподателя Д. и в настоящото производство. В случая обаче от наказващата администрация е игнориран факта, че при сключването на договор със „С.“ ЕООД, и при извършване плащания по същия, дружеството е действало не като възложител, а като изпълнител по ЗОП, като разходът е извършен във връзка с изпълнението на дейностите по Договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5/06.02.2020г. сключен с възложителя Областна администрация-Перник. Никъде в текста на ЗОП не се съдържа изискване, изпълнителят по договор за възлагане на обществена поръчка(включително в случаите, когато сам той може да бъде възложител по чл.5, ал.2 -4 ЗОП) да провежда на свой ред процедура по чл.18, ал.1 ЗОП при разходване на сумите договора. Подобен подход на каскадни обществени поръчки, освен, че не е нормативно установен, би обезсмислил и първоначалната процедура, в която именно следва да се изясни и възможността за използване на подизпълнители, респективно да се установят правилата за избора им.

Предвид на това, съдът намира, че тезата на наказващия отговорност относно необходимостта от прилагане на процедура по ЗОП в конкретния случай не само не почива на закона, но и е абсурдна.

Действително съгласно чл.1, ал.2 от договора с Областна администрация Перник, изпълнителят „М.“ ЕАД, е следвало да извърши дейността със своя работна сила, нови материали и съоръжения, собствени или наети средства за работа(инструменти, механизация и други подобни), в съответствие с ценовото предложение и графика за строителство, представени от дружеството, като в офертата си за участие по обществена поръчка с предмет „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“, дружеството не е посочило, че ще ползва подизпълнители. След сключване на договора и в хода на изпълнение на дейностите по същия не уведомило възложителя- Областна администрация – Перник, че е възложило на трети лица изпълнението на дейностите по обществената поръчка, нито пък е предоставило данни за подизпълнителите, макар при извършената от страна на АДФИ проверка да е установено, че „М.“ ЕАД изцяло е превъзложило дейностите по извършване на СМР, с което без съмнение от страна на изпълнителя са нарушени редица разпоредби на ЗОП, но това не дава основание законният представител на същия да носи отговорност за нарушение по чл.256, ал.1 ЗОП.

Обстоятелството, че съгласно сключения Договор за възлагане на обществена поръчка № ДГ-5, с предмет – ВиК инженеринг на следния обект: „Аварийно изграждане на водопровод от Мало Бучино до гр.Перник ведно с помпена станция и резервоар, с цел аварийно водоснабдяване на гр. Перник“, избраният въз основа на проведена процедура по договаряне без предварително обявление, изпълнител – „М.“ ЕАД не е изпълнил задълженията си по договора и закона, като не е извършило само дейностите, включени в предмета на поръчката, а е използвало подизпълнители не е основание за третирането му като възложител. В конкретния случай отговорността е следвало да се реализира било чрез разваляне на договора, било чрез отказ за плащане поради ненадлежно изпълнение, било чрез претендиране на неустойка т.е. на плоскостта на отговорността за договорно неизпълнение със спецификите, произтичащи от договора за обществена поръчка. И това е така доколкото законният представител на ЮЛ- изпълнител по договор за възлагане на

обществена поръчка, пък било то и публичноправна организация по смисъла на §2, т.43 от ЗОП, не следва на свой ред да се третира като възложител по смисъла на закона, доколкото същият в нито един текст не предвижда превъзлагане, или избиране на подизпълнители да се извършва чрез някоя от процедурите по чл.18, ал.1 ЗОП.

Предвид на това съдът намира, че доколкото нито за жалбоподателят в качеството му на законен представител на "М." ЕАД, нито за самото дружество като изпълнител по договор за възлагане на обществена поръчка е съществувало нормативно установено задължение за провеждане на процедура по чл.18, ал.1 ЗОП във връзка с дейностите по изпълнение на договора, то не са налице основания за ангажиране отговорността на жалбоподателя Д. за извършено чрез плащането от 15.04.2020г., нарушение на чл.256, ал.1 ЗОП или друг текст от ЗОП, с оглед, на което материалният закон се явява приложен неправилно и наказателното постановление следва да бъде отменено на това именно основание.

От страна на жалбоподателя не се претендират разноски, а при този изход на производството въззиваемата страна няма право на такива.

Воден от гореизложеното и на основание чл.63, ал.2, т.1 ЗАНН, СЪДЪТ

## **РЕШИ:**

ОТМЕНЯ наказателно постановление (НП) № 11-01-265 от 16.09.2022 година директорът на Агенцията за държавна финансова инспекция е наложил на Т. Б. Д., с ЕГН \*\*\*\*\* наказание глоба в размер на 16 023, 48 /шестнадесет хиляди двадесет и три лева и четиридесет и осем стотинки/ лева на осн. чл.256, ал.1 от ЗОП за извършено нарушение на чл.17, ал.1, вр.чл.20, т.1 б.Б от ЗОП.

Решението подлежи на обжалване пред АС-гр.София с касационна жалба по реда на АПК в четиринадесетдневен срок от получаване на съобщението, че решението е изготвено.

**Съдия при Софийски районен съд:** \_\_\_\_\_