

РЕШЕНИЕ

№ 69

гр. Смолян, 17.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – СМОЛЯН в публично заседание на седемнадесети май през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Сийка Златанова

при участието на секретаря Сирма Купенова
като разгледа докладваното от Сийка Златанова Административно
наказателно дело № 20215440200419 по описа за 2021 година

и за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по чл. 59 и сл. от ЗАНН.

Постъпила е жалба от М. ХР. Н., ЕГН *****, от гр. Смолян, ул. „****“ № 38 срещу Наказателно постановление № 11-01-9/01.07.2021 г. на зам. Директора на *** - София. Жалбоподателят твърди, че НП е незаконосъобразно, тъй като не е извършено нарушение, а санкционираното такова не представлява административно нарушение. Изложените възражения се свеждат до следното: допуснати са съществени процесуални нарушения при издаването на НП по чл. 27, ал. 1, т. 5 ЗАНН, тъй като не е посочена датата на нарушението, което е съществено, тъй като се касае за изпълнително деяние под формата на бездействие и е необходимо посочването на периода на бездействие; неясен е начинът на определянето на санкцията; налице е неяснота относно начина на осъществяване на изпълнителното деяние на нарушението; налице е противоречие между описанието на деянието в АУАН и в НП. Всички тези нарушения нарушават правото на защита на жалбоподателя. Отделно счита, че са налице условията на чл. 8 ЗАНН, вр. чл. 11 НК за приложението на института на крайна необходимост, изключваща обществената опасност на нарушението. Алтернативно счита, че са налице условията на чл. 28, б., а“ ЗАНН за приложение на института на маловажен случай.

От Съда се иска да бъде отменено обжалваното наказателно постановление като незаконосъобразно.

В съдебно заседание жалбоподателят не се явява, вместо него адв. *** и адв. *** поддържат жалбата и молят наказателното постановление да бъде отменено по изложените в

пледоарията и в писмените бележки съображения.

Въззиваемият представляван от гл.юр. К оспорва жалбата като неоснователна, счита нарушението за безспорно доказано, моли Съда да потвърди обжалваното НП по изложените в писмени бележки съображения.

След преценка на събраните по делото писмени и гласни доказателствени средства Съдът направи следните фактически и правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима и разгледана по същество е основателна.

Със Заповед № ФК-10-1044/23.07.2020 г. на директора на *** е възложено на Й. Г. КР. – гл.финансов инспектор да извърши финансова инспекция на „****“ ЕООД – гр. Смолян с конкретно посочени в три точки задачи, свързани с проверка на законосъобразност на разходите за строителство, доставки и услуги при осъществени обществени поръчки през 2018 и 2019 г.

За периода на проверката управител на „****“ ЕООД – гр. Смолян е жалбоподателят М. ХР. Н., назначен по договор № РД-02-16ф-2/19.01.2015 г..

В резултат на извършената проверка от свид. К. по документи е установено, че прогнозната стойност на сключения договор е 612 975 лв., а в периода 04.06.2018 – 31.10.2019 г. по издадени 17 бр. фактури общата стойност 908 039,17 лева попада в най-високия праг по ЗОП, поради което е следвало да бъде проведена открита процедура, с което е нарушен предвидения ред за възлагане на обществена поръчка с открита процедура въпреки наличните основания за това.

Същата съставила АУАН № 11-01-9/05.01.2021 г. в присъствието на свид. М. и на експерта по обществени поръчки във „****“ ЕООД дружеството – Д.Щ. за нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 1, т. 3, б. „б“, вр. чл. 3, ал. 1, т. 2 ЗОП, редакция ДВ бр. 83/22.10.2019 г., изразяващо се в това, че М. ХР. Н. в качеството си на управител на „****“ ЕООД – Смолян и секторен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5, ал. 4, т. 2 ЗОП, вр. чл. 123, т. 3 ЗОП не е приложил предвидения в закона ред за възлагане на обществена поръчка за доставка на нетна активна енергия чрез открита процедура по чл. 18, ал. 1, т. 1 ЗОП, въпреки наличието на законови основания за това, а на 09.01.2018 г. с решение № РД-ЗА-10/09.01.2018 г. е открил процедура по възлагане на обществена поръчка чрез публично състезание, завършила с определяне на изпълнител, като е възложил поръчката при по-облекчен ред от предвидения съобразно нейната стойност. В мотивите на АУАН е записано, че към 30.11.2019 г. – датата на извършена доставка е превишен стойностния праг от 860 000 без ДДС, съгласно фактура № 1622/30.11.2019 г., издадена от „****“ ЕООД М.Н. в качеството си на управител на „****“ ЕООД и секторен възложител на обществени поръчки е извършил разходи за доставка на нетна активна електрическа енергия до обекти на „****“ ЕООД, присъединени към ниско или средно напрежение в общ размер на 908 039,17 лв. без ДДС, акциз и такса задължение към обществото, надвишаващи минималния стойностен праг от 860 000 лв. по чл. 20, ал. 1, т. 3, б. „б“ от ЗОП. АУАН е връчен срещу разписка на жалбоподателя на 05.01.2021 г..

Жалбоподателят е подал писмено възражение срещу съставения АУАН, в което е изложил съображения, че с анекс към договор 689 е била променена цената във връзка с определените от БНЕБ нови цени на ел.енергията – за м. октомври 2018 – 102,50 лв/МВтч без ДДС, за м. септември – 93,78 лв./МВтч, апрел юни 2018 г. цената е била 72,86 МВтч, а и предвид отказа на участника „****“ АД да сключи новия договор през 2019 г. Възложителят „****“ ЕООД е секторен възложител по смисъла на ЗОП и не може да не ползва ел.енергия, за да не се остави населението без водоснабдяване и канализационни услуги.

Въз основа на така съставения АУАН е издадено и обжалваното НП, с което на жалбоподателя М. ХР. Н. е наложена глоба в размер на 10 000 лв. на основание чл. 256, ал. 1 ЗОП. НП е връчено с известие за доставяне на 02.08.2021 г..

С решение № РД-ЗА-10/09.01.2018 г. е открита процедура за обществена поръчка чрез публично състезание по чл. 18, ал. 1, т. 12 ЗОП за „Доставка на нетна активна електрическа енергия за свободен пазар, за нуждите на обекти, присъединени на ниско и средно напрежение, собственост на „****“ ЕООД – гр. Смолян“.

С решение № РД-ЗА-162/25.04.2018 г. на управителя М.Н. са класирани участниците, съответно на първо място – „****“ АД по предложената от същото цена от 588 825 лв. без ДДС, на второ място – „****“ ЕООД по предложената от същото цена от 612 975 лв. без ДДС и още четири други дружества на място от трето до шесто. Поради депозиран писмен отказ от първия класиран участник, с т. III на решението за изпълнител на обществената поръчка е определен „****“ ЕООД на осн. чл. 112, ал. 3 ЗОП.

След влизане в сила на решението е сключен договор №689/04.06.2018 г. между на „****“ ЕООД – гр. Смолян, представлявано от управителя М.Н. като възложител и „****“ ЕООД като изпълнител за доставка на нетни количества активна електрическа енергия по обекти на възложителя по представен списък срещу цена от 81,73 лева/MWh без ДДС. Срокът на договора е една година, считано от първата доставка.

С допълнително споразумение от 30.11.2018 г. договорът е изменен в частта на договорената цена, считано от 01.11.2018 г. и същата е увеличена на 89,90 лв. без ДДС за един MWh.

С друго решение № РД-ЗА-409/26.07.2019 г. е открита процедура за обществена поръчка чрез публично състезание по чл. 18, ал. 1, т. 12 ЗОП за „Доставка на нетна активна електрическа енергия за свободен пазар, за нуждите на обекти, присъединени на ниско и средно напрежение, собственост на „****“ ЕООД – гр. Смолян“.

С последващо решение № РД-ЗА-528/16.09.2019 г. е определен за изпълнител на обществена поръчка със същия предмет „****“ АД, което трикратно е било канено писмено от възложителя за сключване на договор за доставка и му е била определена дата 18.10.2019 г. за сключване на договора, но същият не се е отзовал на поканите, с което възложителят е приел, че е налице отказ от страна на избрания изпълнител.

Поради неизпълнение на решението за изпълнител от „****“ АД е класиран

вторият кандидат „****“ ЕАД, съгласно решение № РД-ЗА-612/22.10.2019 г.. Същият е бил поканен за сключване на договор.

На 14.11.2019 г. е сключен договор за обществена поръчка № 762 между „****“ ЕООД – Смолян и „****“ ЕАД за доставка на нетни количества активна електрическа енергия по обекти на възложителя по представен списък срещу цена от 109,11 лева/MWh без ДДС.

Според представена справка за изразходвана ел.енергия на обекти на *** – Смолян за 2017 г. същата е в размер на 7074,9 MWh, на обща стойност 461 492,50 лева

Според справката за изразходваната ел.енергия от „****“ ЕООД за 2018 г. същата е в размер на 6461,1 MWh.

Според справката за изразходваната ел.енергия от „****“ ЕООД за 2019 г. същата е в размер на 3487,7 MWh.

Съгласно справка за издадените фактури от „****“ ЕООД по договора за обществената поръчка в периода 01.08.2018 – 30.11.2019 г. възлизат на обща стойност 908 039,17 лева, като стойността на последната фактура № 0000001622/30.11.2019 г. е на стойност 77 701,08 лв. без ДДС или 93 241,30 лв. с ДДС, като стойността на ел.енергията, без ДДС, акциз и такса задължение към обществото е 67 127,54 лв..

Видно от фактура № 0000001232/31.08.2019 г., издадена от „****“ ООД стойността на доставената ел.енергия е в размер на 84 803,68 лв. без ДДС или 101 764,42 лв. с ДДС; според фактура № 0000001417/01.10.2019 г., издадена от „****“ ООД стойността на доставената ел.енергия е в размер на 104 205,71 лв. без ДДС или 125 046,85 лв. с ДДС и видно от фактура № 0000001472/31.10.2019 г., издадена от „****“ ООД стойността на доставената ел.енергия е в размер на 105 443,06 лв. без ДДС или 126 531,67 лв. с ДДС.

Установената фактическа обстановка се подкрепя от показанията на разпитаните свидетели К. и Щ.. Според свид. Щ. датата на първата доставка се установява с първата фактура, след смяната на доставчика и прехвърляне на обектите към новия доставчик, като от първата доставка започва да тече и срокът на договора. Според свид. К. първият регистриран трафик по чл. 2, ал. 1 от договора може да бъде взет от фактура № 352/31.08.2018 г..

Според писмото на л. 137, измервателните данни за посочените по списък обекти на *** Смолян са изпратени на „****“ ЕООД за първи път на 07.08.2018 г. с период 01-05.08.2018 г..

Няма спор, че съгласно чл. 5, ал. 4, т. 2 ЗОП М.Н. като законен представител и представляващ „****“ ЕООД – Смолян, което не е публично предприятие, но извършва секторна дейност, представлява секторен възложител на обществена поръчка и е подчинен на реда на провеждане на обществените поръчки, предвиден в ЗОП.

Съгласно чл. 17, ал. 1 ЗОП Възложителите са длъжни да приложат предвидения в закона ред за възлагане на обществена поръчка, когато са налице основанията за това.

В чл. 18, ал. 1 са описани видовете процедури по ЗОП, като по т. 1 е открита процедура, а по т. 12 е публично състезание.

Според чл. 19, ал. 2 При възлагане на обществени поръчки секторните възложители прилагат процедурите по [чл. 18, ал. 1, т. 1](#), 2, 4, 6, 7, 9 и 11 – 13.

Разпоредбата на чл. 20, ал. 1, т. 3, б.,б“, редакция ДВ бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г. предвижда, че секторните възложители възлагат обществени поръчки по чл. 18, ал. 1, т. 1-11 с прогнозна стойност по-голяма или равна на 860 000 лв. – за доставки и услуги.

Имайки предвид характера на обществените поръчки, касаещи доставки и услуги в един бъдещ период спрямо периода на провеждане на съответната процедура, като критерий за избор на вида обществена поръчка е заложена прогнозна стойност. В случая към момента на провеждане на процедурата за обществена поръчка чрез публично състезание и на избор на спечелилия изпълнител и сключването на договор № 689/04.06.2018 г., прогнозната стойност по справка за ел.енергия за 2017 е била съответно 461 492,50 лв., а предвидената в договора – 612 975 лева, т.е. далеч по-малка от 860 000 лв.. Следователно правилно е избран видът на процедурата с оглед на тези данни и е сключен договор след проведена процедура, съответна на прогнозната стойност на доставката на нетна ел.енергия по договора. С това е спазено условието на чл. 20, ал. 1, т. 3, б.,б“, вр. чл. 18, ал. 1, т. 12 и възложителят е изпълнил задължението си по чл. 17, ал. 1.

В следствие и поради независещи от възложителя причини, пазарната стойност на ел.енергия значително е увеличена в рамките на самия договор.

Съгласно санкционната разпоредба на чл. 256, ал. 1 от ЗОП, редакция ДВ бр. 86/2018 г., приложима към настоящия случай, възложител, който възложи обществена поръчка, като сключи договор или извърши разходи или поеме задължение за извършване на разходи, с което се достига или надвишава минималния стойностен праг по чл. 20, ал. 1 или ал. 2, без да приложи процедура по чл. 18, ал. 1 съобразно стойността на поръчката при наличие на основания за това, се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а когато няма писмен договор - от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но не повече от 10 000 лв..

Според ал. 2 Възложител, който възложи обществена поръчка, като сключи договор или извърши разходи или поеме задължение за извършване на разходи, с което се достига или надвишава минималния стойностен праг по чл. 20, ал. 3, без да приложи предвидения в закона ред за възлагане на обществената поръчка съобразно стойността на поръчката при наличие на основания за това, се наказва с глоба в размер 1 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а когато няма писмен договор – от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но не повече от 3000 лв.

В текста на ал. 1 санкционната норма предвижда няколко отделни изпълнителни действия, които административният орган, който следи за изпълнението на закона, а след това и административнонаказващият орган, следва ясно и точно да диференцират, като опишат

основните елементи на конкретното установено, респ. санкционирано нарушение.

В случая липсва яснота за какво конкретно нарушение по конкретно изпълнително деяние е наказан жалбоподателят – дали за сключен договор за обществена поръчка, надвишаваща съответния максимален стойностен праг, дали за извършване на разходи, без да е извършена процедура по обществена поръчка и сключен договор за такава или пък е поел задължение за извършване на такива разходи, надвишаващи съответния максимален стойностен праг. Налице е смесване на фактически твърдения за изпълнителното деяние на нарушението – от една страна се твърди, че жалбоподателят е извършил разходи за доставка на нетната ел.енергия, надвишаващи минималния стойностен праг, но без да е приложил реда за възлагане на обществена поръчка, а от друга страна се твърди, че открил процедура за обществена поръчка чрез публично състезание, като е възложил поръчка по облекчен ред, вместо предвидения такъв за процедура за обществена поръчка чрез открита процедура, с оглед стойността на поръчката. Едното нарушение се изразява в неправомерно действие, а другото в неправомерно бездействие. Мотивите, изложени в обстоятелствената част на АУАН и на НП водят до извода, че се касае за нарушение на закона, изразяващо се в непроведена открита процедура, а вместо това е проведена процедура чрез публично състезание.

Както се установи от предоставената информация от ***Н, изпълнението на договора за доставка на ел.енергия, сключен с „***“ ЕООД е започнало на 01.08.2018 г., когато за първи път към него са изпратени измервателните данни за ел.енергия от обектите на „***“ ЕООД. Съгласно договорения в чл. 20, ал. 1, т. 2 от договора за обществена поръчка срок, същият изтича на 01.08.2019 г., с което се прекратява неговото действие. По този начин издадените след тази крайна дата фактури не могат да обосноват нарушение, изразяващо се в надвишаване на минималния стойностен праг на обществена поръчка чрез публично състезание.

Към посочената дата 30.11.2019 г. за дата на извършване на нарушението поради извършената доставка по фактура № 1622/30.11.2019 г. вече договор № 689/04.06.2018 г., сключен с „***“ ЕООД, е бил прекратен поради изтичането на срока, а новият договор с „***“ ЕАД е бил сключен едва на 14.11.2019 г..

Следователно в периода от 01.08.2019 г. до датата на първото изпращане на измервателните данни по договора от 14.11.2019 г., издадените фактури и извършени плащания по тях, са такива без сключен писмен договор.

Ето защо е налице несъответствие между фактическото описание на нарушението и неговата правна квалификация, което е довело и до неправилното определяне на размера на глобата.

В първата хипотеза на чл. 256, ал. 1 от ЗОП, глобата следва да се определи в размер на 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, а във втората, респ. третата в размер на 2 на сто от извършения разход или от поетото задължение за извършване на разход, но не повече от 10 000 лв.. Административнонаказващият орган не е

изложил мотиви как е определил размера на наложената глоба. Едва в писмените бележки процесуалният представител формулира начина на определяне на глобата, но същият съответства на първата хипотеза на нормата на чл. 256, ал. 1 ЗОП, а не на действително установената фактическа обстановка за извършеното нарушение в третата хипотеза на санкционната норма.

При това положение съдът приема за извършено съществено нарушение на процесуалните правила, тъй като не е налице пълно, точно и ясно описание на вмененото на жалбоподателя нарушение както в АУАН, така и в НП, с което е създадено несъответствие между санкционираното нарушение и правната му квалификация. Налице е и неправилно приложение на материалния закон с оглед подвеждането на изпълнителното деяние на нарушението под съответната правна норма, която е нарушена. По начина, по който контролният орган и АНО са описали от обективна страна извършеното нарушение не кореспондира с посочената за нарушена правна норма.

Всички тези нарушения са поставили в невъзможност нарушителя да узнае какво точно нарушение е извършил и за какво конкретно неправомерно поведение е наказан. Наказаното лице следва да може да разбере от изложеното в АУАН и в НП какво точно административно нарушение е извършил, кои конкретни норми е нарушил, според административнонаказващия орган и съответната на извършеното нарушение санкция, определена по вид и размер.

За пълнота на изложението следва да се отбележи, че в диспозитива на обжалваното наказателно постановление не е посочено специалното качество на нарушителя, тъй като не физическото лице М.Н. носи отговорност по ЗОП, а Същият в специалното му качество на секторен възложител, представляващ юридическото лице, осъществяващо специфична секторна дейност.

Тъй като жалбоподателят не е заявил искане за присъждане на деловодните разноси, то такива не му се следват.

С оглед изхода на спора на въззиваемия също не се дължат разноси за юрисконсулт.

Мотивиран от изложеното и на основание чл. 63, ал. 1, изр. първо, предл. трето ЗАНН, във връзка с чл. 260, ал. 3 ЗОП, Смолянският районен съд

РЕШИ:

ОТМЕНЯ като незаконосъобразно Наказателно постановление № 11-01-9/01.07.2021 г., издадено от заместник-директора на *** – гр. София, с което на М. ХР. Н., ЕГН *****, от гр. Смолян, ул. „***“ № 38, на основание чл. 256, ал. 1 от Закона за

обществените поръчки е наложена глоба в размер на 10 000 лв. за нарушение на чл. 17, ал. 1, вр. чл. 20, ал. 1, т. 3, б.,б“, вр. чл. 3, ал. 1, т. 2 ЗОП.

Решението подлежи на касационно обжалване на основанията, предвидени в НПК, в 14-дневен срок от съобщаването му пред Административен съд - Смолян.

Решението да се съобщи на страните, като на жалбоподателя чрез адв. *** и адв. ***

Съдия при Районен съд – Смолян: _____