

РЕШЕНИЕ

№ 54

гр. Балчик, 15.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – БАЛЧИК в публично заседание на двадесет и пети ноември през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател: ДАНИЕЛА Й. ИГНАТОВА

при участието на секретаря СНЕЖАНКА Ж. ДЖАМБАЗОВА
като разглежда докладваното от ДАНИЕЛА Й. ИГНАТОВА Административно наказателно дело № 20213210200179 по описа за 2021 година

Производството е образувано по Жалба на Н. Д. А. с ЕГН***** от гр.Б. **,с месторабота Община-Балчик,на длъжност Кмет на Община-Балчик, срещу Наказателно Постановление №ЗОП-НП-1/02.07.2020г./2019г. на Председателя на Сметната Палата на Република България, с което на осн.247,ал.1,предл.първо ,във вр.с чл.260,ал.2 от ЗОП е наложено административно наказание ”Глоба”в размер на 6446,32лева ,за административно нарушение по чл.чл.2,ал.2,във вр.с чл.187,ал.1 и чл.195 от ЗОП/ДВ ,бр.13/2016г./

Жалбоподателя редовно призован, в с.з не се явява, представлява се от юр.к.М. .

В жалбата се навеждат доводи за отмяна на НП като неправилно и незаконосъобразно,постановено при съществени нарушения при съставяне на АУАН и издаване на НП.

В същата насока са и доводите на процесуалния представил по същество.

Съдът следва да посочи,че процесуалното представителство на жалбоподателя на юр.к.М., в настоящото дело чиито правомощия са уредени съгл.приложено по делото пълномощно,даващо му право да представлява Н.А. в лично качество и в качеството на едноличен административен орган-Кмет на Общината,доколкото последния, е наказан именно в качеството му ,по месторабота ,на длъжност ,, Кмет на Община-Балчик ”,поради което според съда може да бъде представляван от юрисконсулт,като в този смисъл съдът е допуснал представителната власт на юр.к.М. ,в разглеждане на делото.

Въззиваемата страна- се представлява от юр.к.Б. ,който по същество изразява становище ,че АУАН и НП са правилни и законосъобразно издадени

при спазване разпоредбите на ЗАНН и като такива пледира за потвърждаването им.

В подкрепа на твърденията си представя писмени бележки,приложени към делото.

По делото е призован и разпитан актосъставителя Д.К.-главен одитор в Сметната Палата на Република България ,чийто показания съдът кредитира като обективни и кореспондиращи с възприетата фактическа обстановка .

Съдът, като разгледа жалбата,изложените в нея доводи и като се запозна с материалите по делото,намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Възложителят-Община Балчик,представявана от Кмета Н.А. е открил възлагането на обществена поръчка на стойност по чл.20,ал.3 от ЗОП до АОП-София с публикуване на профила на купувача на Обява за събиране на оферти под № 19.

Обявата за възлагане на поръчката с предмет „Основен ремонт на сградата на МБАЛ-БАЛЧИК, Община Балчик“ е публикувана на профила на АОП на 06.10.2017 година.

Към обявата са приложени-пълно описание на ОП-Обект на поръчката,прогнозната ѝ стойност до 269900,00лева без ДДС,място и срок на изпълнението ѝ, кои лица имат право на участие в нея,изисквания към изпълнение на услугата,изисквания към съдържанието на офертата изискване за срок на валидност на офертите,изискване за посочване на цени без ДДС,указания за подготовка на офертата за участие, подаване и получаване на офертите,предпоставки за отстраняване на кандидат от ОП и сключване на договора.Приложени са Образци от Декларации по чл.97,ал.5 от ППЗОП-2бр.,Декларация по чл.101,ал.11 от ЗОП,декларация по чл.6,ал.2 от ЗМИП,декларация за приемане клаузите на проекта на договора,,Приложение №1,с образец от оферта,Приложение №2,Приложение №4,образец от проекто- договор,приложени към кориците на делото.

По делото не са представени доказателства относно това колко кандидата са подали оферти във вр.с ОП.

Приложена е единствено и само Оферта на ДТ“Билдинг“ЕООД със седалище и адрес на управление гр.Д ул.*0 ,представявано от управителя А.П..

С Договор № 639/03.11.2017 г. е сключен от Н.А., в качеството му на кмет на община Балчик и публичен възложител по чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП, с ДТ „Билдинг“ ЕООД, с предмет „Основен ремонт на сградата на МБАЛ- Балчик, Община Балчик“. Общата цена за изпълнение на договора и е на стойност 268596,47лева. без ДДС.

Никъде в клаузите по договора,страните не са уговорили компетентност на строителния надзор да се осъществява от строителен инженер с изискуем стаж от десет години на обекти подобен с договорения.

Със заповед №ОД-02-03-014/20.06.2018г. на Зам.Председателя на СП на одитен екип е възложено да извърши одит за съответствието при управлението на публичните средства и общинските дейности на Община-Балчик за периода от 01.01.2016г. до 31.12.2017г.,който следва да бъде извършен в Община-Балчик.

В следствие на проверката на 30.01.2019г. С представителите на СП в лицето на св.К. и в лицето на Община-Балчик,кмета А. и Директора на

дирекция „МДТХСД и БФС” е изготвен КП в който са отразени констатирани от органите на СП пропуски и нарушения на ЗОП при обявяването и изготвянето на процесната обществена поръчка, начина на сключване на договора .

КП е подписан от представителите на Сметната Палата ,от Кмета на Община-Балчик и Директора на дирекция „МДТХСД и БФС”.

Гореописаната фактическа обстановка се установява от събраните по делото доказателства по административно-наказателната преписка, които като последователни, безпротиворечиви и взаимно обвързани съдът кредитира изцяло.

От показанията на св.К. се установява ,че нарушението е констатирано при извършване на проверка на документацията на Общината.

По административно наказателната преписка са приложени - НП, разписка за връчване на НП, АУАН с отбелязване датата на връчване, Обява за ОП по чл.20, ал.3 от ЗОП, ведно с документация за участие-образец, КП от 30.01.2019г., Договор №639/03.11.2017г., оферта от ДТ“Билдинг“ЕООД-Добрич, както и преписки относно връчване на АУАН и НП. Резолюция за спиране на административното производство, Справка за отговорните длъжностни лица в Община-Балчик за периода от 01.01.2016г. до 31.12.2017г., заповед №ОД-02-03-014/20.06.2018г., заповед №ОДР-02-03-021/24.10.2018г., заповед №ОДР-02-03-001/11.01.2019г. на зам.председателя на Сметната Палата ,както и Заповед №135/26.04.2016г. на Председателя на Сметната Палата ,които кореспондират с показанията на св.К..

При така установената по делото фактическа обстановка и въз основа на императивно вмененото му задължение за цялостна проверка на издаденото НП относно законосъобразността му, неговата обоснованост, справедливостта на наложеното наказание ,съдът прави следните правни изводи:

Въз основа на констатираното от проверката ,св.К. съставила АУАН № ЗОП-41/29.07.2019г. срещу Жалбоподателя като е приела, че същият е нарушил разпоредбите на чл.2, ал.2 от ЗОП във вр.с чл.187, ал.1 и чл.195 от ЗОП ,в качеството му на кмет на Община-Балчик и публичен възложител на ОП по чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП е открил възлагане на ОП с предмет“Основен ремонт на сградата на МБАЛ-Балчик, Община-Балчик, с публикуване на профила на купувача на обява за събиране на оферти №19/06.10.2017г., като е приела, че последния е ограничил конкуренцията при възлагане на ОП чрез включване на условие, което необосновано ограничава участието на стопански субекти в нея в частта в която е поставено условие „техническият ръководител да бъде строителен инженер с 10 г.стаж с обект, подобен като поръчката.“

АУАН е съставен в присъствието на двама свидетели, участвали и при извършване на проверката в Община-Балчик-лицата А. и К., служители на СП.

АУАН бил съставен ,според показанията на св.К. дадени в с.з. пред настоящият състав на съда в отсъствие на нарушител, т.к. не последния не се е явил въпреки ,устното уведомление за явяване.

Следва да бъде посочено, че в кориците на делото е приложена кореспонденция както на Сметната палата с Община-Балчик, така и с ОД на МВР-Добрич и РУ на МВР-Балчик, относно съставянето на АУАН, в цялост от която може да бъде направен извод, че лицето не е било намерено за

връчването на книгата. Подобна кореспонденция е била водена и по повод връчването на АУАН.

Като краен резултат АУАН е връчен лично на жалбоподателя, като в графата за възражения не е направил такива.

Такива, писмени, не са депозираны пред наказващият орган и в срока по чл.44, ал.1 от ЗАНН.

В този смисъл съдът следва да посочи, че при съставяне и връчване на АУАН не са допуснати нарушения на процесуалните правила, регламентирани в ЗАНН, които да са от категорията на съществени и да са основание за отмяната му.

Независимо от това за съда буди недоумение как едно лице, изпълняващо публична държавна длъжност, каквато е Кмета на една Община не би могло да бъде намерено, не само от служителите на Сметната Палата, но дори и от органите на МВР за да му бъде връчен АУАН или книга, във връзка с съставяне и връчване на АУАН, за да се стигне до спиране на административното производство по АУАН.

Същият е съставен от компетентно длъжностно лице съгл. заповед №135/26.04.2016г., на Председателя на Сметната палата и съгл. чл.260, ал.1 от ЗОП, а самата проверка извършена въз основа на Заповед №№ОД-02-03-014/20.06.2018г., №ОДР-02-03-021/24.10.2018г. и №ОДР-02-03-001/11.01.2019г. на Зам. Председателя на СМРБ.

В АУАН подробно е описано констатираното нарушение, индивидуализиран е субекта му, посочени са нарушените правни норми, както и неговият издател, дадена е възможност на субекта да направи възражения, вкл. и чрез депозираны не писмени такива.

В този смисъл съдът приема, че не е нарушено правото на защита на А..

Въз основа на АУАН, наказващият орган, в лицето на Председателя на Сметната палата на Република България е издал процесното НП.

Наказващият орган е приел, че А. е осъществил състав на административно нарушение по смисъла на чл.2, ал.2, във връзка с чл.187, ал.1 и чл.195 от ЗОП /ДВ, бр.13/2016г./ и на осн. чл.247, ал.1, предл. първо от ЗОП, във връзка с чл.260, ал.2 от ЗОП е наложил административно наказание "Глоба" в размер на 6446,32 лева, явяващо се в размер 2 на сто от стойността на сключения договор №639/03.11.2017г. с включен ДДС в размер на 322315,76 лева.

За да издаде процесното НП, наказващият орган е приел, че в т.2 от Изискуемите документи и информация от Раздел "Условия на които трябва да отговарят участниците от обява №19/06.10.2017г., за събиране на оферти по чл.187 от ЗОП с предмет "Основен ремонт на сградата на МБА-Балчик, община Балчик", както и в т.6 от „Изискванията към изпълнение на поръчката“, т.6.2.2 по отношение на техническите възможности на участниците било поставено изискване за представяне на Списък на техническите лица, които участникът ще използва при изпълнението на ОП, като било поставено условия "техническият ръководител на бъде строителен инженер с 10 годишен стаж с обект подобен като поръчката. Посочил е че в чл.163а от ЗУТ е регламентирано определението за технически правоспособни лица, като последния е предвидил по-широк кръг от лица, които са технически правоспособни и са годни да извършват техническо ръководство на строеж.

Доводите на наказващият орган, че специалния по отношение на ЗОП, закон-ЗУТ, определя компетентността на „техническият ръководител“ и изискванията на които да отговаря, при поставяне на изискване за стаж и образование в обявата за ОП, жалбоподателя бил поставил ограничение във възможността, в състава на потенциалните участници да имат технически правоспособно лице с друга квалификационна степен, заложеното от жалбоподателя, в качеството му на възложител на ОП имало разубеждаващ ефект върху потенциалните участници в процедурата. Наказващият орган е приел че предмета на ОП е строителство по чл.3, ал.1, т.1 от ЗОП с предмет „Основен ремонт на сградата на МБАЛ-Балчик, Община-Балчик“, като в обявата възложителят не бил посочил причини които да обосноват постановеното условия, както и други изпълнителни отговорности, извън разписаните в чл.163а, ал.4 от ЗУТ, на които техническият ръководител следва да отговаря и които да са обосновали поставеното условие за по-висока образователна степен с конкретна квалификация, т.к. в описанието на ОП не се съдържат данни за наличие на сложност или специфика, която да обосновава ограничаващото условие.

В НП още е посочено, че при издаването му не са били налице основания за прилагане на чл.28 от ЗАНН, т.к. нарушението засяга важни обществени отношения, свързани с разходването на публични средства. Нарушени са основните принципи за свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, чието спазване гарантира крайната цел на закона-ефективното разходване на средствата, с оглед на което не може да бъде прието за малозначително.

НП е издадено от компетентен орган – Председателя на Сметната палата, по силата на чл.260, ал.2 от ЗОП. Спазени са предвидените в ЗАНН срокове както по съставяне на АУАН, така и по издаване на НП.

В този смисъл съдът счита, че обжалваното НП и издаденият АУАН са правилни и законосъобразни, но само от формална страна.

НП е връчено на жалбоподателя А. на 30.06.2021г., видно от приложената към делото разписка.

Жалбата срещу него е депозирана на 07.07.2021г. в деловодството на РС-Балчик, заведена с вх.№946/07.07.2021г., поради което съдът счита, че същата е подадена в срок, от надлежно лице, имащо право от подаването ѝ и интерес от изхода на спора, пред компетентният да я разгледа първоинстанционен съд, поради което е и процесуално допустима. Разгледана по същество се явява и основателна.

Жалбоподателя е санкциониран за това, че в качеството си на кмет и публичен възложител на ОП по чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП е открил възлагане на ОП с предмет „Основен ремонт на сградата на МБАЛ-Балчик, Община-Балчик“, с публикуване на профила на купувача на обява за събиране на оферта №19/06.10.2017г., в която е поставил условие за по-висока образователна степен с конкретна квалификация, на която трябва да отговаря техническият ръководител, което необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка.

В този смисъл жалбоподателя попада в обхвата на чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП, т.е. има функциите на възложител на ОП.

Тези изводи, на наказващият орган, според разбиранията на настоящият състав на съда са несъстоятелни и неправилни.

Същественото в настоящият казус е освен дали са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила по съставяне на АУАН и издаване на НП и това дали жалбоподателя е извършил вмененото му нарушение .

Според настоящият състав на съда по делото не се събраха доказателства от които да се направи извод ,че А. е осъществил състав на вмененото му нарушение.

На първо място, според съда така предявеното му нарушение по чл.187,ал.1 от ЗОП,във вр.с чл.195 от ЗОП е напълно неясно и нарушава правото на защита на А., защото в разпоредбата на чл.187,ал.1 от ЗОП се съдържа задължение на възложителя на ОП ,да изготви обява за събиране на оферти,която следва да бъде изготвена по образец и да съдържа най-малко информацията по приложение № 20.

В случая видно от наличните в делото писмени доказателства обявата е изготвена съобразно изискванията на чл.187,ал.1 и Приложение №20 от ЗУТ.

Очевидно обявата по своето съдържание съответства на изискванията на закона и в този смисъл съдът не приема,че от страна на А. е осъществено нарушение в тази му част на НП.

Що се отнася до разпоредбата на чл.195 от ЗОП,то нормата е бланкетна и като такава препраща към съдържащите се в Части Първа и Втора от ЗОП разпоредби ,а в случая,наказващият орган се е ограничил само до това да посочи правната норма на чл.195 ,но не и коя правна разпоредба от Части Първа и Втора на ЗОП жалбоподателя е нарушил.

Очевидно е че не са нарушени всички разпоредби на Части Първа и Втора от ЗОП,а само тези които поставят в ограничение и под условие останалите участници в ОП,но както съдът посочи,в НП липсва посочена правна норма.съдът няма задължението да предявява обвинение в нарушение ,нито да променя правната му квалификация.това е единствено и само от компетентността на наказващият орган.

Съдът счита,че така посоченото административно нарушение по чл.195 от ЗОП нарушава правото му на защита,т.к.същият следва да знае ,която именно правна разпоредба от Части Първа и Втора на ЗОП е ангажирана административно наказателната му отговорност ,за да може въз основа на това да изгради правото си на защита.

Отделно от това за да се приеме че с поставянето на изискване за професионална квалификация,опит и образование относно длъжността на технически ръководител в офертата за ОП се поставя условие ,което необосновано ограничава участието на стопански субекти в ОП,следва в кориците на делото да са приложени офертите на други участници .

В случая това не е сторено .Също така за съда е неясно дали изобщо е имало други участници в ОП ,какви са били техните оферти ,за да се направи обоснован извод,че този критерий ограничава участието им до ОП.

Също така по делото липсват доказателства стопански субект ,който да е обжалвал резултата от ОП ,вкл.и поради наличие на сочения критерий от което да се направи извод за ограничение,такива очевидно не е имало.

Отделно от това съдът не може да приеме ,изобщо този довод на наказващият орган ,извън соченото по-горе ,че се ограничава конкуренцията при възлагане на ОП ,посредством включване на такова условия ,т.к. на

възложителят на обществената поръчка е дадена възможност за определи критерия за възлагане, включително показателите за оценка и тяхната тежест, както и специфика на извършването на дейността. Дадено е право на възложителя да прецени на какви условия следва да отговарят участниците в ОП, това е въпрос на негова преценка, предвид вида, обема и спецификата ѝ. Съда не намира за правни доводи на наказващият орган, че в ОП не се съдържат данни за наличие на сложност или на някаква специфика, която да обосновава ограничаващото условия. По аргумент на противното съдът би могъл да приеме, че тази ОП съдържа достатъчно сложност на извършването на ремонта, която в действителност да налага участие на технически ръководител, притежаващ квалификация, опит, стаж и образование и да не поставя в условия на ограничения другите участници. Ако наказващият орган е имал съмнения относно спецификата и сложността на ОП е следвало да ползва становище на компетентни лица и да го приложи към кориците на делото. С такава компетентност не разполага и съда.

От това съдът прави извод, че доводите на наказващият орган не са подкрепени с безспорни доказателства, от които е направил своите изводи, т.к. приема, че същият не притежава такива специални знания и компетентност за да ги прецени. Тълкувайки неправилно разпоредбите на закона, според съда наказващият орган е допуснал процесуални нарушения при издаване на НП, които са основание за неговата цялостна отмяна.

Всичко това е следвало да бъде анализирано от наказващият орган, а не да бъдат интерпретирани фактите в обратната насока, още повече, че по аналогични казуси има множество актове на съдилищата в Република България, вкл. и на ВАС, с които наказващият орган е следвало да бъде запознат, преди да издаде НП. Очевидно посочените такава в писмените бележки на процесуалният му представител са такива които ползват неговата теза, но не кореспондират с фактите, налични в настоящото дело.

Поради изложеното по-горе, съдът ще отмени издаденото НП като неправилно и незаконосъобразно.

От страна на жалбоподателя не се претендират разноски, а при този ход на делото такива не се дължат на наказващият орган.

Мотивиран от гореизложеното и на основание чл.63 от ЗАНН, СЪДЪТ,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Наказателно Постановление №ЗОП-НП-1/02.07.2020г./2019г. на Председателя на Сметната Палата на Република България, с което на Н. Д. А. с ЕГН***** от гр.Б. **, с месторабота Община-Балчик, на длъжност Кмет на Община-Балчик, на осн.247, ал.1, предл.първо, във вр.с чл.260, ал.2 от ЗОП е наложено административно наказание "Глоба" в размер на 6446,32 лева, за административно нарушение по чл.2, ал.2, във вр.с чл.187, ал.1 и чл.195 от ЗОП/ДВ, бр.13/2016г./, като неправилно и незаконосъобразно!

Решението подлежи на касационно обжалване или протестиране пред Административен Съд гр.Добрич в 14-дневен срок от получаването му от страните.

Съдия при Районен съд – Балчик: _____