



ЮГОЗАПАДЕН УНИВЕРСИТЕТ „НЕОФИТ РИЛСКИ“- БЛАГОЕВГРАД



ПРАВНО-ИСТОРИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ
КАТЕДРА“ПУБЛИЧНОПРАВНИ НАУКИ“

АЛБЕНА ГЕОРГИЕВА ИВАНОВА

ПРАВНИ МЕХАНИЗМИ ЗА КОНТРОЛ НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

АВТОРЕФЕРАТ

на дисертационен труд за присъждане на образователна и научна степен „доктор“

Област на висше образование: 3. Социални, стопански и правни науки

Професионално направление: 3.6. Право

Докторска програма: Административно право и административен процес

Научен ръководител: доц. д-р Веселина Канатова-Бучкова

Благоевград, 2020 г.

СЪДЪРЖАНИЕ

I. Обща характеристика на дисертационния труд	3
1. Актуалност на изследването.....	3
2. Предмет на изследването	5
3. Цели задачи на изследването.....	5
4. Методология на изследването	6
5. Нормативна основа на изследването	6
6. Обем и структура на дисертационния труд.....	6
II. Съдържание на дисертационния труд	6
1. Увод	6
2. Глава първа	7
3. Глава втора	13
4. Глава трета	20
5. Заключение	24
III. Практическо значение на по-важни приноси на дисертационния труд.....	24
IV. Публикации	26

I. Обща характеристика на дисертационния труд

1. Актуалност на темата

Актуалността на научното изследване е обусловена от променената правна уредба в областта на обществените поръчки и в частност в разпоредбите за техния контрол с влизането в сила на новия Закон за обществените поръчки (ЗОП), с който се транспонира Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18 в българското законодателство. Тя е част от новия пакет от Директиви на Европейския съюз в тази област, приети на 26 февруари 2014 г.¹ Те влязоха в сила на 17 април 2014 г. и определиха срок за транспониране в националното законодателство до 18 април 2016 г. от всички държави — членки на Европейския съюз (ЕС).

На пръв поглед новата правна уредба не се отличава съществено от предходната, но извършените промени както във вторичното право на ЕС, така и в националната уредба са вследствие на натрупания опит от прилагането на законодателството, включително и на практиката на Съда на ЕС по различни базови проблеми и въпроси, възникнали при прилагането на правилата за обществените поръчки. Поначало режимът на ЕС за възлагане на обществени поръчки, основан на принципите за прозрачност, недискриминация, равно третиране и пропорционалност, не е статичен. Той се променя от развиващата се европейска и национална съдебна практика, както и от съобщенията на Европейската комисия (ЕК) в тази област.

Важно е да се отбележи, че Директивите не се стремят да налагат общ регулаторен режим на държавите членки в областта на обществените поръчки. В този смисъл те могат да продължат да използват своите национални процедури, като ги адаптират, доколкото тези правила не са в противоречие с разпоредбите на директивите или на Договорите на ЕС. Държавите членки остават свободни да регулират редица въпроси главно от практическо естество. Това в доста висока степен се отнася до механизмите за контрол на обществените поръчки, тъй като Директива 24/2014 почти не съдържа разпоредби относно него.

Характерна особеност на законодателството за обществените поръчки е особената чувствителност към регулацията на правилата за осъществяване на контрол върху процедурите, доколкото тази област е сред дейностите на правителствата, които са най-уязвими от корупция. Въпреки въведените контролни механизми, в практиката непрекъснато са налице аномалии, дори измами с цел злоупотреба с публични средства или корупция. Голям процент подобни пороци могат да бъдат обяснени и с недостатъчната осведоменост на участниците в процедурите по определени специфични въпроси, което се свързва с липсата на компетентни консултанти с познания за провеждане на процедурите или в съответните области, предмет на обществените поръчки. В тези случаи проблемът може да бъде преодолян чрез подходящо обучение. В другия случай обаче, когато поведението на възложителите и участниците е насочено към заобикаляне на правилата с цел постигане на определени резултати в отклонение от целта на закона, решаването на проблема е свързано със създаването на добре изградена и ефективно функционираща система за контрол.

ЗОП регламентира една сложна система на контрол в областта на обществените поръчки на национално ниво, която обхваща всички форми на административен контрол, осъществяван както от органите на изпълнителната власт — Министерството на финансите, Агенцията за обществените поръчки (АОП) и Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), така и този, осъществяван от Сметната палата (СП). Всички видове контрол в областта на обществените поръчки са насочени към осигуряване на законосъобразно и правилно провеждане на процедурите по обществени поръчки, като всеки един от тях има характерни специфики, които го отличават от

¹ Другите две са Директива 2014/23 / ЕС относно възлагането на концесионни договори и Директива 2014/25/ЕС относно възлагането на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2014/17 / ЕО, но те не са предмет на настоящото изследване, тъй като имат различен специфичен предмет и са транспонирани с други закони.

останалите – по етапа на процедурата, органите, които го извършват, правомощията им, методите, които използват, и по резултатите. При осъществяване на своите контролни правомощия органите влизат и в сложни взаимоотношения с цел повишаване ефикасността от контрола и уеднаквяване на практиките в областта на обществените поръчки. Следва да се подчертае, че въвеждането на множество механизми за контрол е обусловено и от големия брой видове процедури по обществени поръчки, посочени в чл. 18, ал. 1 от ЗОП², всеки от които се отличава с определени особености.

Специално внимание заслужава правораздавателният контрол над актовете, действията, респективно бездействията на възложителите, който обезпечава тяхната законосъобразност и е още една гаранция за спазването на принципите на лоялна конкуренция, равно третиране и недискриминация, както и публичност и прозрачност на процедурите, които са заложили в Директивата за обществените поръчки и в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Контролът се осъществява от две институции, като особеност в случая е това, че едната е административен орган, носещ белезите на административна юрисдикция – Комисията за защита на конкуренцията, а контролът върху нейните решения се осъществява от Върховния административен съд по реда на касационното производство. Предвид широкия кръг от актове, които се оспорват, тъй като предмет на обжалване са решенията, действията/бездействията на възложителите на всеки етап от процедурите по обществени поръчки, решенията на тези органи са от изключително значение за практиката, както и за практикуващите юристи и стопанските субекти в страната.

ЗОП съдържа съвсем малко разпоредби относно контрола, упражняван от Европейската комисия, а именно чл. 221 до чл. 223 и те са свързани с осъществяването на предварителната, административна фаза от производството по установяване на нарушения на правото на ЕС, извършени от българската държава чрез нейните органи и евентуалните мерки, които държавата е предприела при установено нарушение, извършено от възложител. Ако на този етап не се преустанови евентуалното нарушение, Комисията би могла да заведе пред Съда на ЕС иск срещу Република България за установяване на нарушение и по-късно иск за налагане на санкции. Но това е само една много малка част от контролните функции и на двете институции по прилагането на европейското законодателство в областта на обществените поръчки. На Комисията е възложено да прави преглед на последиците за Вътрешния пазар, произтичащи от прилагането на праговете за съответните доставки и услуги, и да докладва за това на Европейския парламент и на Съвета. Също така тя следва да обобщава отделни специфични фактори като равнището на трансграничните обществени поръчки, разходите по сделките и съотношението между разходи и ползи. Именно това Комисията прави редовно с мониторинга си и докладите, в които се анализират получените от него резултати. От събраните данни тя може да изготви предложение за правен акт за изменение на праговете на обществените поръчки, което се е случило и с предвидените такива в настоящата директива. Съдът на ЕС (СЕС) разполага с изключителни правомощия, чиято основна цел е осигуряване на еднообразното тълкуване и прилагане на правото на ЕС на територията на всички държави членки. В областта на обществените поръчки в решенията си, предимно в делата по преюдициално запитване, той е извел основните принципи за

² Чл. 18. (1) Процедурите по този закон са:

1. открит процедура;
2. ограничена процедура;
3. състезателна процедура с договаряне;
4. договаряне с предварителна покана за участие;
5. договаряне с публикуване на обявление за поръчка;
6. състезателен диалог;
7. партньорство за иновации;
8. договаряне без предварително обявление;
9. договаряне без предварителна покана за участие;
10. договаряне без публикуване на обявление за поръчка;
11. конкурс за проект;
12. публично състезание;
13. пряко договаряне.

тяхното осъществяване, формулирал е основни понятия, включително това за обществена поръчка, които са включени в най-новата Директива за обществените поръчки като действащо законодателство. В исковите производства по установяване на нарушение и налагане на санкции СЕС осъществява контрол върху законосъобразното и точно прилагане на европейските норми в съответната област. Дейността и на двете институции изисква задълбочено познаване на нейните механизми от държавите членки в лицето на техните компетентни органи в областта на обществените поръчки.

Актуалността на дисертационния труд се определя и от наличието на ограничен брой задълбочени самостоятелни изследвания, поставящи акцент върху контрола на обществените поръчки. В съществуващите до момента публикации доминира интересът към частноправни или изцяло икономически аспекти, свързани с обществените поръчки. За първи път в българската научна литература е извършен цялостен анализ върху публичноправните характеристики на многобройните форми на контрол на обществените поръчки. Изоставен е ретроспективният подход, като изследването е съсредоточено изключително върху действащата уредба след влизането в сила на Директива 2014/24/ЕС и нейното транспониране в националната правна система посредством приемането на новия ЗОП.

Следва да бъде пояснено, че изследването обхваща периода от средата на 2016 г., когато влиза в сила новият ЗОП, до края на 2018 година, доколкото се отнася за анализа на дейността на Агенцията за обществени поръчки, Агенцията за държавната финансова инспекция, Сметната палата, Комисията за защита на конкуренцията и Върховния административен съд, тъй като годишните доклади за дейността на тези органи за 2019 година все още не са публикувани към настоящия момент.

2. Предмет на изследването

Предмет на представеното изследване са правните механизми за контрол на обществените поръчки и тяхното функциониране. Многообразието на видовете контрол, предвиден в ЗОП и органите, които го осъществяват, предпоставят необходимост от терминологично изясняване на понятията, както и на статута, правомощията и механизма на функциониране на компетентните институции при осъществяване на контролните им функции, а също и на правния характер и значението на актовете им в тази област и именно те са предмет на дисертационния труд. Извършен е необходимият сериозен анализ на контролната им дейност с оглед на нейната ефективност и значимост за развитието на практиката и законодателството — национално и европейско, в областта на обществените поръчки. Тези съображения определят целта и задачите на настоящето цялостно изследване на механизмите на контрол на обществените поръчки в дисертационната разработка.

3. Цел и задачи на изследването

Целта на дисертационния труд е в теоретико-концептуален аспект да се изяснят същностните характеристики на правните механизми за контрол върху обществените поръчки — административен, юрисдикционен и упражняваният от Европейската Комисия и от Съда на ЕС в тази област, както и на правното значение на последиците от него за спазването на законосъобразността на процедурите по обществени поръчки. За осъществяване на поставената цел в дисертацията са формулирани следните научноизследователски задачи:

1. Терминологично изясняване на понятията за различните видове контрол на обществените поръчки, съпоставка и анализ на значението им.

2. Анализ на статута и компетентността на съответните контролни органи по повод на обществените поръчки, както и различните процедури, които се развиват от и пред тях, за да се изведат спецификите на дейността им.

3. Анализ на правния режим на актовете на компетентните органи при осъществяване на контрола на обществените поръчки, както и тяхното значение.

4. Анализ и задълбочено изследване на практиката на компетентните контролни органи с оглед нейната значимост за повишаване на ефективността от контрола и за развитието на нормативната уредба в областта на обществените поръчки, като се идентифицират основните проблеми в контролните механизми и се направят изводи и предложения за преодоляването им с оглед гарантирането на законосъобразното функциониране на системата на обществените поръчки.

4. Методология на изследването

За постигането на поставените научноизследователски задачи в дисертационния труд е приложена комплексна методология за правен анализ, при която съчетано са използвани класическите подходи за правни изследвания, а именно логическият, правно-историческият, правно-догматичният метод, сравнително-правният и нормативният метод. Правно-историческият и логическият метод намират приложение при представяне на тезите на административноправната доктрина относно основните видове административен контрол, необходими за теоретичното изясняване на понятията за тях, които са отправна точка в изследването. Нормативният метод намира приложение при анализиране на действащите национални правни норми и тези от законодателството на Европейския съюз относно статута, правната уредба на дейността и функционирането на контролните органи на съответното равнище. Сравнително-правният метод е използван при анализиране на резултатите от дейността на административните органи.

5. Нормативна основа на изследването

Нормативна основа на изследването са Конституцията на Република България, Законът за обществените поръчки и Правилникът за прилагането му, нормативните актове, регулиращи видовете административен контрол, дейността, устройството и функциите на органите, които го осъществяват, Директивите на Европейския съюз за обществените поръчки и за правните средства за защита, пряко приложимите норми на правото на ЕС и други относими към предмета на изследване на дисертационния труд законови и подзаконови нормативни актове.

6. Обем и структура на дисертационния труд

Обемът на дисертацията е 251 страници, включително съдържание, библиография и приложения. Съдържа 399 бележки под линия. Библиографията включва 216 източници, от които научни публикации са 184, от които 128 на български език и 56 на чужд език: 49 на английски език, 5 на немски език и 2 на френски език и 32 други източници, от които 14 на български език и 18 на английски език. Има 2 приложения. Използвана е практика на Комисията за защита на конкуренцията, съдебна практика на Върховен административен съд, административните съдилища, районните съдилища и практика на Съда на Европейския съюз.

Използвани са достъпните в интернет чуждестранни закони, като са изследвани законодателствата на държавите — членки на ЕС и по-конкретно на Румъния, Унгария, Полша, Чешката република, Словения, Испания и др. Анализирана е практиката по правни въпроси на Комисията за защита на конкуренцията, Върховния административен съд, Съда на Европейския съюз и дейността на Европейската комисия в областта на контрола на обществените поръчки.

В структурно отношение дисертационният труд се състои от увод, изложение, развито в три глави, и заключение. Главите съдържат по няколко раздела, в които отделните въпроси от изследването са обособени тематично в заглавия, означени с арабски цифри. След заключението е посочена библиография, съдържаща научна литература и други използвани източници, има и две приложения.

II. Съдържание на дисертационния труд

1. Увод

В него са посочени актуалността на темата за правните механизми на контрол на обществените поръчки, предметът на изследване, методологията, целите и задачите на дисертационния труд и неговата структура, както и хронологията на изложението, подробно описани по-горе в раздел I.

2. Глава първа

Административен контрол в областта на обществените поръчки

Първата глава изследва видовете административен контрол в областта на обществените поръчки. В раздел първи – „Същност на контрола, осъществяван в сферата на обществените поръчки. Видове и функции на контрола“ са разгледани и изяснени основните понятия за административен контрол и надзор съобразно разбиранията на правната доктрина, въпросите за видовете и функциите им. В началото на раздела е изяснено, че обществените поръчки по българското право са административни договори, които се отличават с редица особености и имат смесен фактически състав. По-нататък подробно са разгледани понятието за административен контрол, който е функция на управлението и средство за проверка, наблюдение и преценка на определена законово регламентирана дейност, в случая на обществените поръчки – на операциите по извършване на доставка или обществена услуга, което от една страна осигурява, а от друга страна гарантира законосъобразното и правилното ѝ извършване. Той е част от административната дейност, която е държавна, защото се упражнява предимно от държавни органи или субекти, на които изрично чрез нормативен акт е възложена. Разгледани са основните функции на контрола – информационна, установителна, оценъчна, санкционираща, регулативна и превантивна. Изяснено е какво представлява контролът в широк и тесен смисъл и са открити разликите между него и надзора. При надзора контролиращият орган стои вън от системата на контролирания орган, докато контролът се осъществява от орган в същата система. При надзора контролиращият орган преценява само законосъобразността на акта, респективно действието, докато при контрола той следи както за тяхната законосъобразност, така и за тяхната правилност. От гледна точка на момента, в който се осъществява – надзорът се извършва по правило след издаване на контролираните актове, т.е. може да бъде определен като последващ, докато контролът се упражнява непрекъснато през целия процес на вземане на управленските решения, като в зависимост от момента, в който се упражнява, може да бъде предварителен, текущ или последващ контрол. Отделено е внимание и на видовете административен контрол – контрол на представителните органи на държавната власт, юридическия контрол, централистичния (ведомствен), специализирания и финансовия контрол като негово проявление в областта на обществените поръчки. В края на раздела е направен извод, че в областта на обществените поръчки намират проявление всички от разгледаните видове административен контрол. На различните нива на управление той се осъществява от институции, които имат правомощия или са изрично овластени за извършването му. Така се изгражда една сложна система с множество механизми за контрол, които не са в еднаква степен ефикасни, а в повечето случаи е трудно да се прецени тяхната ефективност, доколкото в процесите има силно влияние на външни фактори.

Във втората част на първи раздел е изследван и анализиран административният контрол на обществените поръчки. Посочени са органите, които го осъществяват, и е изследван статутът им. Административният контрол върху възлагането на обществени поръчки, предвиден в разпоредбите на новия ЗОП, може да бъде класифициран като предварителен, текущ контрол (мониторинг) и последващ контрол. Административният контрол по ЗОП се осъществява за обществени поръчки без оглед източника на тяхното финансиране (както обществени поръчки с европейско финансиране, така и с национално), провеждани чрез всякакви видове процедури

независимо от факта, че някои видове се провеждат доста рядко. На контрол подлежат и договори, които са сключени без провеждане на процедури по обществени поръчки, както и измененията на вече сключени договори въз основа на конкретно посочени в закона правни основания. Органите, които осъществяват административен контрол в областта на обществените поръчки, са Министърът на финансите, Агенцията за обществените поръчки, Сметната палата, Агенцията за държавната финансова инспекция и Експертен (Методически) съвет, като е разгледан статутът им.

В раздел втори на глава първа са систематизирани видовете административен контрол, осъществяван от АОП – предварителен и мониторинг на процедурите по обществените поръчки, изяснени са правомощията и механизмите, по които се извършва. Предварителният контрол в сферата на обществените поръчки е насочен към повишаване законосъобразността при провеждането на процедурите. Той подпомага възложителите в тази насока и е вид гаранция, че няма да бъдат допускани нарушения, които биха довели до сключване на договори за възлагане в рамките на опорочена процедура. Предварителният контрол на обществените поръчки е за законосъобразност. При провеждането му не се извършва проверка дали възлаганата доставка, услуга или строителство е принципно необходима на съответния възложител, а се изследва дали поставените условия във връзка с придобиването ѝ са съобразени с правилата за възлагане. За резултатите от проверката се изготвя становище, което не е задължително за възложителя. Стремежът на АОП е към увеличаване на броя на процедурите, подлежащи на проверка. Предварителният контрол е регламентиран в чл. 232 до 235 от ЗОП, както и в чл. 115 до 120 от ППЗОП. Следва да се отбележи, че с последните изменения на ЗОП е разширен обхватът на методическите функции на АОП и упражняването на различните видове предварителен контрол е предвидено като инструмент на методическа помощ на възложителите, а не толкова като контролна функция на агенцията. Контролът се осъществява под ръководството на изпълнителния директор на АОП, доколкото оказва методическа помощ на възложителите чрез случаен избор на процедури за възлагане на обществени поръчки, контрол на процедури на договаряне и контрол на изменения на договори за обществени поръчки на основание чл. 116, ал. 1, т. 2 (чл. 229, ал.1, т. 2, букви „г“, „д“ и „е“). Видовете предварителен контрол, които се осъществяват съгласно ЗОП, са:

- контрол чрез случаен избор на процедури за възлагане на обществени поръчки, извършван по реда на чл. 232 от ЗОП;

- контрол върху процедури на договаряне без предварително обявление и процедури на договаряне без предварителна покана за участие, извършван по реда на чл. 233 от ЗОП;

- контрол при изменения на договори за обществени поръчки на основание, извършван по реда на чл. 235 от ЗОП.

Към механизмите за предварителен контрол следва да се добави и способът за проследяване възлагането на обществените поръчки чрез преглед на конкретни процедури посредством мониторингови проверки. Условиата и редът за осъществяване на тези проверки са регламентирани във Вътрешни правила, утвърдени от министъра на финансите. Всички видове предварителен контрол са само за законосъобразност, като според предмета той засяга различни етапи от процедурата по обществените поръчки, подробно регламентирани в методическите указания, издадени от Изпълнителния директор на АОП. Във връзка с измененията на процедурата по контрол от случаен избор, влезли в сила от 01.01.2020 г., е разгледано на кратко въвеждането на Централизираната електронна платформа за обществени поръчки, чрез която ще се реализира този процес на поэтапното преминаване към изцяло електронно възлагане на обществените поръчки, довело и до изменението на чл. 39а от ЗОП, включително и по отношение на предварителния контрол. С нея следва да се постигне пълна видимост на процедурите по обществени поръчки от началото до края им, което е в унисон с основните принципи за провеждането им – публичност и прозрачност, както и в максимална степен да се намалят възможностите за порочни практики, водещи до злоупотреби с публични средства. На официалния сайт на АОП вече функционира нов Портал за обществени поръчки и е представена новата система. Електронното възлагане е качествено нов етап в развитието на системата на обществените поръчки в България. Предимствата и ползите от Централизираната автоматизирана информационна система „Електронни обществени поръчки“ (ЦАИС ЕОП) са свързани с осигуряване на по-висока

ефективност при разходване на публичните средства, осигуряване на публичност и прозрачност, по-добър мониторинг върху пазара на обществените поръчки в страната и проследяване на възлагателните процеси.

Подробно са описани процедурите и механизмите по извършване на посочените видове контрол и са анализирани резултатите от дейността на АОП от годишните й доклади за 2017 г. и 2018 г. от контрола. Констатирано е, че от данните в двата доклада за всички видове предварителен контрол и мониторинг прави впечатление, че параметрите на извършените от възложителите нарушения са приблизително в едни и същи граници, в смисъл на брой процедури, избрани за контрол, констатирани нарушения и грешки, дори видовете такива са приблизително едни и същи и като вид, и като ниво. Това позволява да се направи извод, че различните видове предварителен контрол, осъществяван от АОП, не са достатъчно ефективни. Разбира се, трябва да се вземе предвид фактът, че правната уредба е доста нова и все още се търси правилният механизъм, който ще доведе до по-добри резултати, както и че материята е доста сложна. Това само още веднъж показва, че Агенцията следва да оптимизира дейността си в тази насока, като вземе още мерки за увеличаване на предварителния контрол с цел повишаването на неговата ефективност спрямо възложителите и процедурите, дори ако за това е необходимо да препоръча законодателни изменения на ЗОП и ППЗОП, с които да се променят правомощията й. Следва да се отбележи, че в рамките на осъществяваната от нея методическа помощ и с цел да бъдат преодолені в някаква степен трудностите, които възникват от сложността на материята, АОП би могла да изготви конкретни указания/правила и евентуално образци на документи с цел да станат ясни и точни изискванията на възложителите, дори ако за това е необходимо те да се детайлизират по сектори, като се отчита спецификата на конкретни доставки или услуги. Естествено, че не съвсем всички случаи могат да бъдат обхванати, но би могло след класификация по определени общи характеристики на различните видове доставки и услуги да се унифицират необходимите за процедурите по обществени поръчки основни документи или параметри. Това ще доведе до чувствително намаляване на грешките и нарушенията. В този смисъл авторът на настоящата дисертация *de lege ferenda* предлага изменение на чл. 229, ал. 1 от ЗОП: Изпълнителният директор на Агенцията по обществени поръчки: т. 2 оказва методическа помощ на възложителите чрез: *бук. "б": предоставяне на разяснения по прилагане на закона и изготвяне на правила (указания) за групирани по общи признаци дейности и услуги относно изискванията към възложителите при изготвяне на обявленията за обществени поръчки, с приложени към тях образци на документи за всяка група дейности и услуги.*

В раздел трети е изследван последващият контрол на процедурите по обществени поръчки, извършван от Сметната палата и АДФИ. Той е външен, осъществяван от органи външни за възложителите и независими и основните му цели са да установи дали поведението на възложителите на обществени поръчки съответства на законовите изисквания и дали принципите, заложи в чл. 2 от ЗОП (равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност и публичност и прозрачност), са спазени.

Правомощията на АДФИ и СП произтичат от техните устройствени актове, както и от чл. 238 и сл. от ЗОП и подзаконовите актове. АОП уведомява Сметната палата и АДФИ за установени нарушения на процедурите, включително и за случаи, при които е установила, че в Регистъра за обществените поръчки е публикувано уведомление за изменение, което подлежи на контрол по чл. 235 от ЗОП, но такъв не е осъществен поради неспазване на чл. 235, ал. 2 от ЗОП – възложителят не е изпратил мотиви и доказателства преди сключване на допълнителното споразумение. В раздела подробно са изследвани и анализирани правомощията на органите и механизмите, по които го осъществяват, актовете им и резултатите от дейността им през 2017 и 2018 години.

СП осъществява дейността си въз основа на Годишна програма за одитната дейност, в която е включен и контролът върху обществените поръчки и тя се публикува на официалната страница на СП в интернет. Единствено Народното събрание има право да възлага на Сметната палата извършването на до 5 одита годишно. СП осъществява правомощията си в областта на последващия външен контрол върху обществените поръчки посредством единствената форма,

регламентирана в Закона за Сметната палата (ЗСП) – одитът, и в дисертационния труд подробно е разгледано как СП го извършва. Одитът обхваща субектите, подлежащи на контрол, определени съгласно чл. 6 от ЗСП, когато те са възложители на обществени поръчки. Тя може да одитира всички бюджетни организации, държавните предприятия по чл. 62, ал. 3 от Търговския закон, както и търговските дружества с повече от 50% държавно или общинско участие в капитала отново в хипотезата, при която те са възложители по чл. 5, ал. 2 и ал. 3 от ЗОП. Извън контрол остават секторни възложители по чл. 5, ал. 4 от ЗОП, при които не е налице повече от 50% държавно или общинско участие в капитала.

В рамките на контролните си функции СП може да проверява всички проведени процедури и други действия по възлагане на обществени поръчки, включително сключените договори и тяхното изпълнение, когато са извършени горепосочените възложители. При извършването на проверки в областта на обществените поръчки СП се произнася по законосъобразността, т.е. за съответствие на поведението на възложителите с действащите към определен момент нормативни изисквания за възлагане на обществени поръчки, както и за сключени договори. При извършване на одит на изпълнението, заедно с преценката за законосъобразност, могат да се правят оценки относно ефективност, ефикасност и икономичност на действията по възлагане на обществени поръчки. При наличие на констатации за установени нарушения на Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки (ППЗОП), съответните части от одитния доклад се изпращат на АДФИ за търсене на административнонаказателна отговорност.

В дисертационния труд са направени изводи за дейността на Сметната палата въз основа на Годишните отчети за дейността ѝ за 2017 г. и 2018 г. в областта на възлагане на обществени поръчки, в които се прави сравнение и с данните от 2016 г. В одитираните организации са установени съществени отклонения и несъответствия, като прави впечатление, че доста от нарушенията са констатирани както за двете отчетни години, така за сериозна част от тях е отбелязано, че ги е имало и през 2016 година, а вероятно някои и в предходните години. Това позволява да се направи обоснованият извод, че дадените препоръки или не са достатъчно ясни и ефикасни, и/или не се изпълняват от възложителите. С оглед на обективността на изследването следва обаче да се отбележи, че в докладите липсват данни колко препоръки са дадени конкретно в областта на обществените поръчки и респективно колко от тях са изпълнени – изцяло или частично, или изобщо не са изпълнени. В този смисъл данните не позволяват да се направи обоснована реална оценка на резултата от дейността на СП в областта на контрола на обществените поръчки. За препоръки, които не са изпълнени, изпълнени са частично или са в процес на изпълнение Сметната палата е уведомявала съответно Народното събрание, Министерския съвет или общинския съвет за предприемане на действия за изпълнението им.

Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) осъществява дейността си, включително в областта на обществените поръчки, въз основа на ЗДФИ (при финансовите инспекции) и на ЗОП (при проверката по чл. 238, ал. 4 от ЗОП). Финансовата инспекция се осъществява по ред и при процедури, предвидени в ЗДФИ и ППЗДФИ, подробно разгледани в дисертацията. В сферата на контрола попадат възложителите на обществени поръчки, попадащи в обхвата на чл. 4 от ЗДФИ (бюджетните организации; държавните предприятия по чл. 62, ал. 3 от Търговския закон, както и в общинските предприятия; търговските дружества с блокираща квота държавно или общинско участие в капитала и др.), като след анализ на разпоредбата може да се направи извод, че това са всички публични възложители по чл. 5, ал. 2 и 3 от ЗОП, както и част от секторните възложители по чл. 5, ал. 4 от ЗОП.

Различията в статута и собствеността на капитала на възложителите се отразява върху формата, чрез която АДФИ упражнява контролните си правомощия в областта на обществените поръчки – финансова инспекция или проверка по чл. 238, ал. 4 от ЗОП, като следва да се отбележи, че тя е регламентирана в чл. 239–241 от ЗОП и се отнася не само до дейността по възлагане на обществени поръчки, но включва и контрол по изпълнение на договорите за обществени поръчки и на рамковите споразумения.

В съответствие с чл. 18 от ЗДФИ, в зависимост от резултатите от извършената инспекционна дейност директорът на агенцията или упълномощени от него длъжностни лица дават писмени

указания на ръководителя на проверяваната организация или лице за преустановяване извършването на нарушения и/или за отстраняване на вредните последици от тях и могат да правят предложения пред компетентните органи за спиране на действия, които водят до извършване на нарушения или до причиняване на вреди на проверяваните организации и лица. Също така те могат да правят предложения пред компетентните органи за отмяна на незаконни актове на ръководители на проверяваните организации и лица, както и да предлагат на компетентните органи търсене на имуществена и/или дисциплинарна отговорност по съответния ред. И не на последно място, те имат възможност да предлагат на министъра на финансите да преустанови трансфера на определените със закона за държавния бюджет на Република България за съответната година субсидии или да блокира сметките на бюджетни организации до отстраняване на нарушенията.

При наличие на данни за извършено престъпление копие от доклада по финансовата ревизия заедно с доказателствата към него, становищата по него на ръководителя на инспектираната организация и на лицата, чиято дейност е била обект на финансовата инспекция, както и заключението на финансовия инспектор се изпращат на органите на прокуратурата в срок 7 работни дни.

Когато в хода на извършване на финансовата инспекция са установени нарушения на нормативните актове в областта на обществените поръчки (без изключения) и не са изтекли сроковете за търсене на административнонаказателна отговорност, финансовите инспектори съставят и актове за установяване на административни нарушения.

В годишните отчети за дейността на АДФИ за 2017 г. и 2018 г. е отбелязано, че от 2012 г. органите на АДФИ осъществяват контрол в областта на обществените поръчки въз основа на годишен план, изготвен след анализ и оценка на определени рискови фактори.

Установените нарушения в областта на обществените поръчки през двете години според техния характер могат да бъдат систематизирани по следния начин: 1. Нарушения на законодателството в областта на обществените поръчки, които водят до неспазване на принципите на ЗОП за публичност и прозрачност; свободна конкуренция; равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. Нарушения, свързани с неспазване на предвидените срокове, непубликуване на задължителна информация, пропуски при оформянето на документацията и други; 3. Нарушения, свързани с непровеждане на законоустановената процедура. Отново, както и при другите органи за последващ контрол прави впечатление повторемостта на констатираните нарушения. Само 50% от актовете за установяване на нарушения, издадени от АДФИ, са били потвърдени от съда, като е имало случаи на постановени различни решения по сходни казуси. Актовете за административни санкции в повечето случаи са били отменени или поради промяна в законодателството, или поради допуснати процесуални грешки. Констатирано е още, че различните решения по сходни казуси, както и допуснатите процесуални нарушения са чести явления в българската действителност не само по отношение на обществените поръчки. Предложено е да се помисли за анализ на съдебните решения по въпросите, свързани с обществените поръчки, с цел да се определи делът на противоречивите решения по сходни казуси, което би могло да доведе до изработване на подходящи мерки за осигуряване на единен подход. Според автора на настоящото изследване това предложение би могло да се разшири в посока систематизирането на най-често повтарящите се нарушения с цел изработване на детайлни препоръки/указания за преодоляването им, включително и предложения за законодателни изменения, насочени към повишаване на процента на контролираните процедури, както и увеличаване на случаите, подлежащи на санкциониране, както и размерът на санкциите, налагани от контролните органи. Особено в случаите на повтарящи се едни същи нарушения от едни и същи възложители.

Обърнато е внимание и на важното и необходимо взаимодействие между АОП, АДФИ и СП с цел уеднаквяване на практиката в областта на обществените поръчки. В тази връзка е разгледан създаденият на основание чл. 246 от ЗОП постоянно действащ Експертен съвет (Методически съвет преди измененията на ЗОП от 2018 г.) за унифициране на практиките по прилагане на контролната дейност по закона, с участието на Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки и Агенцията за държавна финансова инспекция, който приема насоки за осъществяване

на предварителен и последващ външен контрол по закона, както и за вътрешния контрол, упражняван в организациите на възложителите. Подробно са описани неговият състав, дейност, правомощия и функции. Одобрените насоки стават задължителни за прилагане при осъществяването на контролните правомощия на институциите, както и от звената за вътрешен контрол в организациите на възложителите.

В четвъртия раздел са разгледани процедурите за установяване на административните нарушения и санкциите, които се налагат в случай, че в рамките на осъществявания на административен контрол в областта на обществените поръчки бъдат установени такива, както и на практиката на компетентните съдилища при обжалване на наказателните постановления. Ангажирането на административнонаказателната отговорност на възложителите при нарушаване на законовите разпоредби е главната последица от упражняването на административен контрол в обществените поръчки. В началото на раздела са изяснени понятията за административно нарушение и административнонаказателна отговорност. Субектите на административнонаказателната отговорност в областта на обществените поръчки са лицата, които са задължени да спазват разпоредбите на ЗОП, но са извършили деяния – действия или бездействия, обявени от закона и ППЗОП за административни нарушения. Съгласно разпоредбите на действащия ЗОП към административнонаказателна отговорност могат да бъдат привлечени само физически лица. По ЗОП това са извършилите нарушение възложители по смисъла на чл. 5, ал. 2 и 3 от закона и длъжностните лица, на които са делегирани правомощия по чл. 7 от него. Следва да се отбележи, че не са редки случаите, при които към момента на извършване на проверка на последващ контрол извършителите на нарушението вече нямат качеството, което ги прави субект на административнонаказателна отговорност за дадено нарушение. В тези случаи те биха могли да бъдат привлечени към такава, ако не са изтекли сроковете за образуването на административнонаказателно производство.

Разгледани са съставите на нарушенията по ЗОП, процедурата за установяването им и налагането на санкции. Съставите на административните нарушения се съдържат в административнонаказателните разпоредби на ЗОП (чл. 247–259). Те описват изчерпателно конкретните деяния, извършването, на които е обявено за наказуемо с глоба като вид наказание. В ППЗОП е предвидено виновните лица и тези, които са допуснали извършването на нарушението, да бъдат наказвани при всяко нарушение на императивна разпоредба на правилника по чл. 32 от Закона за административните нарушения и наказания. Следва да се отбележи, че с промените на ЗОП (ДВ бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) са направени редица допълнения в съставите на административните нарушения, които водят до разширяване на обхвата на административнонаказателната отговорност.

Според техния характер нарушенията в областта на обществените поръчки могат да бъдат систематизирани в следните групи: 1. Нарушения в законодателството, които водят до неспазване на принципите на ЗОП, включително и на свободната конкуренция – нарушенията по чл. 247; 2. Нарушения в законодателството, които са направени с цел заобикаляне на закона- нарушенията по чл. 247, 248, 250, 255а, 256, 256; 3. Нарушения в законодателството, които имат процедурен характер – нарушенията по чл. 249, 253, 254, 255, 256, ал. 2; 256а и 256в. Трите групи нарушения са подробно анализирани в дисертационния труд, като е обърнато внимание на новите състави и нововъведения повишен размер на глобите.

Изследвана и анализирана е и практика на районните и административните съдилища по обжалване на наказателните постановления, издадени за констатирани нарушения по ЗОП. В много случаи административнонаказващите органи са установявали извършване на нарушение по чл. 247 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал.1 и 2 от ЗОП за нарушаване на принципите за провеждане на процедурите за обществени поръчки, най-често чрез въвеждане на дискриминационни изисквания в условията на обществената поръчка – изискване на ненужни документи или на такива, които дават предимство на определен кандидат. И в повечето случаи наказателните постановления се потвърждават и влизат в сила. Но има и случаи, в които съдът приема, че въвеждането на определено изискване, което наказващият орган е счел за дискриминационно и е нарушение, всъщност „...нито дава предимство, нито ограничава определени участници да

участват в обявената обществена поръчка, още повече това ограничение не е необосновано. Това не е ограничение, а изискване за качествено изпълнение на дейностите, възложени с обществената поръчка. Същото е съобразено с предмета и сложността на обявената обществената поръчка“ и отменя наказателното постановление. Друга група нарушения са свързани със заобикаляне на ЗОП, като възложителите се възползват от изключенията предвидени в него, за да не откриват процедура по обществена поръчка, като следва да се отбележи, че и наказателните постановления за тези нарушения във висока степен се потвърждават. В един интересен случай жалбоподателят е санкциониран именно за такова нарушение, но съдът установява наличието на друго и приема, че „Съгласно чл. 17, ал. 1 от ЗОП възложителите са длъжни да приложат предвидения в закона ред за възлагане на обществена поръчка, когато са налице основанията за това. Съгласно чл. 256, ал. 2 от ЗОП 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... В случая жалбоподателя е нарушил забраната на чл. 17, ал. 1 като не е приложил предвидения ред за възлагане на обществена поръчка. Ето защо според съда чл. 247, ал. 1 се явява специален спрямо чл. 256, ал. 2 от ЗОП и именно той е следвало да бъде приложен. Налагайки наказание по чл. 256, ал. 2 от ЗОП наказващия орган е наложил санкция като неправилно е приложил материалния закон“. И отменя наказателното постановление. Разгледана е и друга интересна практика. От анализа на съдебните решения може да се направи обоснован извод, че най-честите нарушения, извършвани от възложителите, са тези, свързани с използването на дискриминационни изисквания по отношение на кандидатите за участие в процедурите за обществени поръчки с цел ограничаването им или дори фаворизирането на определен участник и заобикалянето на законовите изисквания за откриване на процедура, като незаконосъобразно се позовават на изключенията, предвидени в чл. 13-15 от ЗОП. Законодателят е отчел тези тенденции в практиката и е приел редица изменения на съставите на предвидените в ЗОП нарушения с промените, влезли в сила от 01.03.2019 г., които са описани подробно по-горе. Ефектът от тях обаче е твърде рано да бъде преценяван.

При обществените поръчки обаче, особено тези на огромна стойност (милиони левове) и висока степен на обществен интерес, глобите, колкото и големи да са по размер, не са достатъчна превенция и гаранция за намаляване на нарушенията и злоупотреба със служебно положение. В този смисъл авторът на дисертационния труд *предлага de lege ferenda въвеждане на ал. 2 (или разширяване хипотезата на ал. 1) на чл. 257а от ЗОП: Когато нарушенията по този закон са извършени повторно, лицето по чл. 7, ал. 1 и 2 или при липсата на такова ръководителят на възложителя да не може да организира и/или да възлага процедури по обществена поръчка за период от 1 година от установяване на нарушението.*

Актовете за установяване на нарушения по ЗОП, констатирани от органи на Сметната палата, се съставят от оправомощени одитори в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършване на нарушението. Наказателните постановления се издават от председателя на Сметната палата или от оправомощени от него длъжностни лица.

В останалите случаи актовете за установяване на нарушения по ЗОП и ППЗОП се съставят от длъжностни лица на Агенцията за държавна финансова инспекция в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит от органи на агенцията при извършване на финансова инспекция или проверка, но не по-късно от три години от извършването на нарушението. Наказателните постановления се издават от министъра на финансите или от оправомощени от него длъжностни лица.

Установяването на нарушенията, издаването, обжалването и изпълнението на наказателните постановления и в двете хипотези се извършват по реда на Закона за административните нарушения и наказания.

Като административно нарушение в ЗОП е регламентирано и неизпълнението на влезли в сила решения и определения на Комисията за защита на конкуренцията или на задължението по

чл. 208, ал. 5 от ЗОП – за оказване съдействие на Комисията при изпълнение на възложените и със закона задължения. В тези случаи тя установява извършеното нарушение и налага наказанията (глоба на физическите лица в размер от 1000 до 5000 лв., съответно имуществена санкция на юридическите лица и едноличните търговци в размер от 2000 до 10 000 лв.) с решение, което подлежи на обжалване пред Върховния административен съд.

3. Глава втора

Юрисдикционен контрол в областта на обществените поръчки

В тази глава се разглеждат статутът и правомощията на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) и Върховния административен съд (ВАС) по отношение на контрола, който те осъществяват в рамките на своята компетентност в областта на обществените поръчки. Както беше посочено по-горе в увода, това са органите, пред които се развиват спорните производства по контрол в тази област. Не са единодушни мненията в доктрината, нито тези на практикуващите юристи относно въпросите за статута на КЗК – дали тя е само административен орган или има и правораздавателни функции и в този смисъл дали в случая правораздавателният контрол е едноинстанционен или двуинстанционен. Още в началото обаче е посочено, че важно значение за формиране на становището, че комисията е административна юрисдикция и производството е двуинстанционно, е Решение №6 от 11.11.2008 г., анализирано подробно в дисертацията, постановено по конституционно дело №5/2008 г. на Конституционния съд на РБ (КС), образувано по искане на петчленен състав на ВАС за обявяване за противоконституционни на някои от нормите на ЗОП поради несъответствие между § 128, 130, 131, 132 и 133 ЗИДЗОП, с които законодателят е възложил на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) правомощие да се произнася по законосъобразността на решенията, действията и бездействията на възложителите на обществени поръчки и разпоредбата на чл. 119 от Конституцията, която предвижда, че правораздаването в Република България се осъществява от Върховния касационен съд, Върховния административен съд, апелативни, окръжни, военни и районни съдилища. В решението също така се подчертава, че не се нарушава разпоредбата на чл. 119 от Конституцията, а чрез нейното тълкуване се достига до извода, че “съдът е този орган, който е компетентен да разреши конкретен правен спор, но със същественото уточнение, че доколкото осъществяването на правораздаването означава окончателно разрешаване на правния спор, то изискването на тази разпоредба ще се удовлетвори, щом законът допуска произнасяне и от друг несъдебен орган, но така, че окончателното решение ще може, ако заинтересованите страни пожелаят, по пътя на обжалването в качеството му на редовен способ за защита, да бъде взето от съд.”

В началото на раздел първи е разгледано понятието за административно правораздаване от гледна точка на правната доктрина, неговите предмет, характеристики, видове и значение. Направен е обоснован извод от изложеното, че административното правораздаване се отличава с редица особености, които основно произтичат от специфичните отношения на власт и подчинение, определящи за неговите предмет, субекти и цели, които го отличават от другите видове правораздаване – гражданско и наказателно. Административното правораздаване е предназначено да разрешава правни спорове в областта на държавното управление, като осигурява неговата законност чрез отмяната на незаконосъобразните актове на администрацията и ѝ налага да издаде законосъобразни такива. То е форма на принуда, доколкото защитава субективните права на засегнатите от правонарушението на административните органи граждани и организации и същевременно санкционира неговото извършване. Осъществява се от неутрален независим орган, който в определени случаи е съд, който се произнася с актове със сила на присъдено нещо, като това се определя като административно правосъдие. Може обаче органът да е несъдебен, административен, на който са възложени със закон правораздавателни функции и правомощия, т.нар. административна, особена юрисдикция. В този смисъл в правната доктрина е прието, че понятието административно правораздаване, доколкото не конкретизира органа, който го осъществява, е по-широко от това за административно правосъдие.

Посочени и анализирани са органите на юрисдикционен контрол – правораздавателните органи, т.е. тези, които са овластени да осъществяват правораздавателна дейност. Понятието „правораздавателни органи“ обхваща както съдилищата, така и особените юрисдикции. Настоящата Конституция възлага правораздаването на съдебните органи и не урежда изрично административните юрисдикции, за разлика от предходната. Това е причината редица юристи да считат, че тя не ги допуска или дори забранява, което мнение авторът на настоящия труд не споделя, като счита, че разпоредбата на чл. 119, ал. 3 от КРБ: „Извънредни съдилища не се допускат“ е неотнормирана към административните юрисдикции, доколкото те не са извънредни съдилища в съдебната система, нито поначало са извънредни, а са част от изпълнителната власт, като техните решения в повечето случаи, както е и при КЗК, подлежат на съдебен контрол. Изяснено е и понятието за административна юрисдикция от гледна точка на правната теория.

В раздел втори са посочени органите на юрисдикционен контрол в областта на обществените поръчки – Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) и Върховен административен съд (ВАС). Още в началото е изтъкнато е, че отговорът на въпроса колко инстанционно е производството по жалбите срещу решения на възложителите се съдържа в самите разпоредби на ЗОП, доколкото той определя по какви правила работи Върховен административен съд при разглеждане на жалбите срещу решения на КЗК. Първоначално в предходния ЗОП това не е регламентирано. По-късно, с изменения от месец февруари 2012 г. се въвежда нова ал. 3 на чл. 122“е“, която предвижда, че за неуредените въпроси относно обжалването на решението на КЗК пред тричленния състав на ВАС да се прилага глава дванадесета от АПК – „Касационно производство“. С това изменение проф. Дончо Хрусанов счита, че се слага край на спора относно това едноинстанционно или двуинстанционно е производството по ЗОП, доколкото в случая законът определя, че ВАС действа като касационна инстанция, а не като първа. Двуинстанционността на производството произтича и от правораздавателния характер на акта, с който КЗК се произнася по жалбите срещу актовете на възложителите. Следва да се отбележи, че аналогична разпоредба се съдържа и в сега действащия ЗОП – чл. 216, ал. 7. Още доводи по въпроса са посочени и при изясняване на статута на КЗК. Посочени и анализирани са съставът, правомощията и актовете ѝ. Комисията за защита на конкуренцията има призната от Конституционния съд правораздавателна компетентност и притежава всички белези на административна юрисдикция, въпреки че няма изрична законодателна уредба за този вид органи в настоящия момент. Комисията не е единствената институция с такива правомощия. В мотивите на решение №6 от 11.11.2008 г. КС посочва, че Директива 89/665/ЕИО и Директива 2007/66/ЕО (свързани с правните средства на защита при обществените поръчки) допускат процедурата по обжалване на решенията на възлагащите органи да се развие не само пред съд, но и пред друг правораздавателен орган в зависимост от националното законодателство на държавите членки. Те предвиждат на органа, който упражнява контрол върху процедурата по възлагане на обществени поръчки, да се предоставят различни по характера си правомощия, някои от които не притежават белезите на правораздаване, като например постановяване на временни мерки с оглед премахването на твърдяно нарушение или да се предотврати нанасянето на вреди, отмяна на незаконосъобразни решения, присъждане на обезщетение. Именно транспонирането на тези Директиви в българското законодателство е изтъкнато като довод в мотивите на законопроекта за изменение и допълнение на ЗОП през 2006 г. Както правилно посочва проф. Нели Огнянова, Решение №6 от 2008 на КС едва ли би било възможно преди години, тъй като то е свързано с членството на България в ЕС и прилагане на правото му в българското законодателство, в случая, както беше посочено по-горе, на Директива 2007/66/ЕО. Статутът на Комисията за защита на конкуренцията като административна юрисдикция и първа инстанция в процедурата по обжалване на актовете на възложителите по ЗОП се потвърждава и от трайната практика на Съда на ЕС. По дело *C 296/15 – Medisanus*, в Решението си от 08.07.2017 той прави преценка дали *Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil* (Национална комисия за преразглеждане на процедурите за възлагане на обществени поръчки на Словения) отговаря на критериите, за да може да се счита за „национална юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС. След като подробно анализира признаците ѝ, той констатира, че словенският орган отговаря на всички критерии и в качеството си на юрисдикция

може да отпрати преюдициално запитване. При съпоставката на съвкупността от признаци, посочени в решението и характеристиките на КЗК, за пореден път може да се направи обоснованият извод, че тя е национална административна юрисдикция. Всъщност случаят с Националната комисия за преразглеждане на процедурите за възлагане на обществени поръчки на Словения е специфичен, тъй като тази държава все още се счита за единствената държава членка, в която контролът на обществените поръчки е едноинстанционен, което е още едно потвърждение, че юрисдикционният контрол, регламентиран в ЗОП, е двуинстанционен. Направен е и сравнителен анализ в тази насока на уредбата на обжалването на решенията на възложителите по обществените поръчки с някои от другите държави членки на Европейския съюз – Полша, Румъния, Унгария, Чешката република, Словения, Испания. От него прави впечатление, че в доста от тях срещу решенията на възлагащите органи следва най-напред да се възрази пред самите тях и те в кратки срокове могат да поправят/изменят решението си, ако приемат, че то действително представлява нарушение, а на обжалване по административен или съдебен ред (в зависимост от националните разпоредби) подлежи отказът на възложителя да отмени съответното решение и да се произнесе със законосъобразно такова. В ЗОП се съдържа подобна разпоредба в член 202, която предвижда възможност възложителят сам да отстрани нарушението си до получаване на съобщението по чл. 209, ал. 3 за приключване на проучването по жалбата от Комисията за защита на конкуренцията. С оглед на процесуалната икономия обаче авторът на настоящото изследване счита, че ако тази възможност бъде въведена на по-ранен етап, това ще доведе до намаляване на подадените жалби, тъй като при евентуално произнасяне по възражението срещу определено решение, възложителят ще съобрази своето поведение и с утвърдената практика на КЗК и ВАС относно съответните нарушения и в случай, че отмени незаконосъобразното си решение, процедурата по обществена поръчка ще продължи без да се стига до обжалване. *В този смисъл авторът на настоящото изследване прави следните предложения de lege ferenda: Чл. 196 следва да добие следната редакция: Чл. 196. (1) На възражение и обжалване по реда на тази глава подлежи всяко решение на възложителите по процедура....*

Да се създаде нов член 196б: Възражения срещу незаконосъобразните решения на възложителите се подават пред тях, като в 3-дневен срок те са задължени да се произнесат. Отказът за отмяна на съответното решение подлежи на обжалване пред Комисията за защита на конкуренцията.

Сроковете, предвидени в чл. 197, ще се отнасят за тридневния срок за възражението по чл. 196а.

Следва да бъде въведен нов член 197а: Жалба срещу отказа на възложителя да отмени/измени решението си може да се подава пред Комисията за защита на конкуренцията в 7-дневен срок от съобщаването за него на участника, подал възражението.

Чл. 202 следва да отпадне.

Във втория раздел от главата много подробно са разгледани и анализирани производството по обжалване по ЗОП, актовете, които подлежат на обжалване и техните особености, правото на обжалване, срокът и подаването на жалба. Обърнато е специално внимание на широкия кръг заинтересовани лица, които ЗОП е предвидил, че имат право да обжалват решенията на възложителите на всеки етап от процедурата по обществена поръчка, което в доста случаи води до злоупотребата с правото на жалба. В тази връзка с едни от последните изменения на ЗОП е въведен в чл. 196а принципът на добросъвестността при подаване на жалба. След анализа му е направен извод, че недобросъвестното упражняване на правото на жалба води до необосновано и неправомерно накърняване не само на правата на възложителите, но и на останалите участници в процедурата, а в широк смисъл и на обществения интерес като ефект от забавянето на изпълнението на конкретна процедура с висока обществена значимост. Отбелязано е, че ЗОП не е достатъчно прецизен, особено за случая на обжалване по чл. 198, ал. 1, т. 1, според който жалба може да се подава от всяко заинтересовано лице в случаите по чл. 197, ал. 1, т. 1 – 5 и 8 и ал. 2. В тази насока авторът на настоящото изследване счита, *че de lege ferenda би било удачно нормата чл. 198, ал. 1 от ЗОП да придобие следната редакция:*

т. 1 всяко заинтересовано лице, което отговаря на условията (или на 80% от тях) за изпълнител на поръчката, посочени в съответното обявление/покана.

Подробно е описана и анализирана цялата процедура по обжалване на решенията на възложителите, като е обхванат всеки един от етапите ѝ (образуване на дело, проучване, доказателства, призоваване и съобщения, разглеждане на жалбата, заседание, решение). В нея КЗК разполага с различни правомощия за осъществяване на контролните си функции в зависимост от предмета на обжалване, допуснатите от възложителя нарушения на закона в частта, свързана със сключването на договор по обществена поръчка, както и нарушения, произтичащи от препятстването на лицето, подало жалбата, да участва в определена процедура за възлагане на обществена поръчка или да бъде определено за изпълнител. В рамките на компетентността на комисията е и налагането на временни мерки по спиране на изпълнението, чл. 204 от ЗОП, както и допускането на предварително изпълнение на решението, чл. 205 от ЗОП, с което е определен изпълнителят на обществена поръчка в някои случаи. Съгласно разпоредбата на чл. 208, ал. 5 от ЗОП КЗК има право да налага санкции при неизпълнение на влезли в сила решения или определения, издадени от нея.

В случаите, в които КЗК разглежда жалбата по ЗОП по същество, в закрито заседание постановява решение относно законосъобразността на обжалваното решение на възложител. Съобразно разпоредбата на чл. 215 от ЗОП комисията може да остави жалбата без уважение, да отмени незаконосъобразното решение за откриване на процедура за възлагане на обществената поръчка, както и незаконосъобразното друго решение или действие на възложителя или да установи незаконосъобразното му бездействие и да върне преписката за продължаване на процедурата от последното законосъобразно решение или действие. Също така тя може да прекрати на процедурата в случаите, когато нарушението не може да бъде saniрано. КЗК отменя решението, когато установи, че договорът за обществена поръчка е сключен в нарушение на чл. 112, ал. 6 или 8 от ЗОП, както и когато установи нарушение на закона, засегнало възможността на лицето, подало жалбата, да участва в процедурата или да бъде определено за изпълнител. Във всички изброени хипотези комисията може да даде задължителни указания по хода на процедурата за възлагане на обществената поръчка. Решението на КЗК подлежи на обжалване пред тричленен състав на ВАС в 14-дневен срок от съобщаването му на страните в производството. Решението на съда е окончателно.

Анализирани са данните от годишните доклади за дейността на КЗК за 2017 и 2018 г., от които е видно, че тя работи доста интензивно, като разглежда огромен брой преписки. Прави впечатление, че е доста голям броят на жалбите, по които не са образувани производства. От данните в докладите може да се направи извод, че тенденцията е към трайно увеличение на случаите на обжалване на процедурите по обществени поръчки, макар че то е по-малко за 2018 г. спрямо предходните две години. Посочени са най-често обжалваните решения на възложителите, сред които на първо място продължава да бъде решението за класиране на участниците и избор на изпълнител, както е било и през предходните години, а също така сериозен превес имат жалбите срещу решения за откриване на процедурите за възлагане на обществени поръчки в сравнение с жалбите, които са срещу решения за прекратяване на процедури за възлагане на обществени поръчки. Жалбите, насочени само срещу решения, с които се одобрява обявление за изменение или допълнителна информация, са сравнително малък брой. Доста от твърдените в жалбите през годините нарушения са едни и същи, както и в много случаи, въпреки трайната практика на КЗК по определени въпроси, доста от нарушенията се повтарят. Прави впечатление, че най-голям е броят на подадените жалби по отношение на обществени поръчки с много висока финансова стойност, което е обяснимо, тъй като в тези случаи класираните след първо място или отстранени участници са по-неудовлетворени с оглед на големия икономически интерес и търсят начини да променят ситуацията в своя полза, в преобладаващия брой случаи без основание. Голям е делът на жалбите, отхвърлени от КЗК като неоснователни, което може да се обясни от една страна със злоупотребата с правото на обжалване от страна на жалбоподателите, а от друга – с широкия кръг заинтересовани лица, които на различните етапи от процедурата имат право да обжалват. Прави

впечатление, че някои от тях не са наясно (случайно или умишлено), че не могат да подават жалби във всички предвидени в ЗОП случаи.

Изследвана и анализирана е практиката по правни въпроси на КЗК, като са разгледани голям брой решения на комисията от последните години, включително и от 2019 и 2020 години. Обхванати и систематизирани са по оплаквания, най-често посочените в жалбите нарушения – свързани с решения за откриване на процедурата, с участниците, третите лица и подизпълнителите, с критериите за подбор, като в много случаи жалбоподателите изтъкват като аргумент нарушаването на принципите на обществените поръчки за прозрачност, недискриминация и равнопоставеност и лоялна конкуренция. В края на изследването е направен обоснован извод, че Комисията за защита на конкуренцията се произнася по редица въпроси, свързани с процедурите по обществените поръчки и си е изработила утвърдена практика по повечето от тях, която стриктно следва в дейността си. Практиката на КЗК по различните основни въпроси относно обществените поръчки в голяма степен е унифицирана и непротиворечива, което е нормално, с оглед на това, че тя е съобразена както с практиката на Съда на ЕС, така и с многобройните съобщения на Европейската комисия в областите на обществените поръчки и конкуренцията, които са от съществено значение за развитието на Вътрешния пазар в рамките на Европейския съюз. Целта на изработената практика е да се прилага от възложителите и от участниците в процедурите, така че да намалят нарушенията при извършването им, както и случаите на обжалване на решенията по ЗОП. Последното обаче не е ясно доколко се случва от гледна точка на злоупотребата с правото на жалба. Не са много отменените решения на КЗК от Върховния административен съд, като конкретни примери са посочени по-долу. Прави впечатление, че няма съществени противоречия в практиката на двете институции при тълкуването и прилагането на разпоредбите на ЗОП. Големите финансови интереси на икономическите субекти обаче, които произтичат от паричните средства, изразходвани от публичния сектор за реализацията на обекти и услуги, за които се обявяват обществени поръчки, до голяма степен предпоставят тенденцията към продължаване на използването на процедурите за обжалването им за цели, различни от определянето на законосъобразността на решенията на възложителите, което едва ли ще доведе до рязкото му намаляване в скоро време.

В раздел трети на глава втора е разгледан правораздавателният контрол на Върховен административен съд (ВАС) в областта на обществените поръчки, който е свързан с възможността решенията на КЗК по жалбите срещу решенията на възложителите в процедурите по обществени поръчки, да бъдат обжалвани пред него. ВАС осъществява върховен съдебен надзор за точното и еднакво прилагане на законите в административното правораздаване. Той разглежда жалби и протести срещу актове на Министерския съвет, министър-председателя, заместник министър-председателите, министри, ръководители на други ведомства, непосредствено подчинени на Министерския съвет, актове на Висшия съдебен съвет, актове на Българската народна банка, актове на областните управители, както и други актове, посочени в закон; произнася се по спорове за законосъобразността на подзаконовни нормативни актове; проверява като касационна инстанция съдебни актове, постановени по административни дела и разглежда молби за отмяна на влезли в сила съдебни решения по административни дела. При противоречива или неправилна практика по тълкуването и прилагането на закона ВАС приема тълкувателни решения. ВАС има статут основно на касационна съдебна инстанция, но в определени случаи действа и като първа съдебна инстанция. Следва да се отбележи, че ВАС действа както като контролно-отменителна инстанция (при недопустимост на решението, когато решението е нищожно, както и когато касационното основание за отмяна е съществено нарушение на съдопроизводствените правила), така и като инстанция по същество (при отмяна на решението, при оттегляне или издаване на административен акт и когато е сключено споразумение).

Съобразно чл. 216, ал. 7 от ЗОП за неуредени въпроси относно производство по жалбата се прилагат разпоредбите на глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс – „Касационно производство”. В случая ВАС действа като касационна инстанция, затова в дисертационния труд е разгледано и анализирано касационното производство – предмет, цел,

касационна жалба, касационните основания, посочени в чл. 209 от АПК, правомощията на съда при постановяване на решението и неговата окончателност.

Изследвани и анализирани са спецификите на производството пред ВАС по ЗОП. В областта на обществените поръчки ВАС, в съответствие на разпоредбата на чл. 216, ал. 7 от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал.7 от ЗСВ осъществява контрол по отношение на решенията на КЗК по реда на касационното производство, както беше споменато по-горе. Този контрол е за законосъобразност и се характеризира с всички белези на административното правораздаване, посочени по-горе, в раздел 1 на втора глава.

Решенията на КЗК подлежат на обжалване пред тричленен състав на Върховния административен съд, който както беше споменато, действа като касационна инстанция. Основанията за подаването на жалба са посочените в чл. 209 от АПК касационни основания. По отношение актовете на КЗК те могат да бъдат незаконосъобразност на решението поради неспазване на разпоредбите на ЗОП, необоснованост на решението, съществено нарушение на процедурните правила в производството по обжалване пред КЗК, недопустимост на решението или нищожност. Прави впечатление, че с измененията на ЗОП (ДВ, бр. 102 от 2019 г., в сила от 01.01.2020 г.) са намалени процесуалните срокове с оглед ускоряване на производството. Във връзка с това е и акцентирането върху изпращането на съобщенията до страните и призовките по електронен път. Законодателят е взел предвид факта, че пред КЗК се обжалват не само окончателните решения за избор на изпълнител, а и решенията на почти всички други етапи от процедурите, включително и тези за откриване на процедурата. Забавянето на произнасянето по тези актове би могло да доведе до необосновано забавяне на съответната процедура по обществена поръчка. Въпреки че обжалването поначало не спира изпълнението, наличието на жалба срещу определено решение се отразява върху поведението на възложителите в посока на забавяне на някои техни действия.

Ново положение е въведено и с изменението, според което влезлите в сила съдебни решения не подлежат на отмяна по реда на чл. 237 - 249 от АПК. То се е наложило поради спецификата на предмета на обжалване, а именно решения по процедури, които не спират през периода на обжалването. Прекомерното забавяне, поради всички възможни етапи на обжалване би довело до финансови загуби, а в някои случаи дори до невъзможност за последващо възлагане на определена обществена поръчка. Освен това възможността за отмяна на влезли в сила решения по тях би довела и до възникването на редица правни и фактически усложнения.

Изследвана и анализирана е съдебната практика на ВАС относно подобряване ефективността на контрола върху обществените поръчки. Изяснено е понятието и значимостта на практиката на съдилищата, както и на Тълкувателните решения на Върховен касационен и Върховен административен съд от гледна точка на правната доктрина.

Контролът, упражняван от ВАС по отношение на актовете на КЗК в областта на обществените поръчки, както вече беше споменато, е за законосъобразност. В годишните доклади за дейността на КЗК за 2016, 2017 и 2018 години е отделено внимание и на постъпилите жалби до ВАС срещу решенията ѝ, и на резултатите от тях. От данните може да се направи обоснованият извод, че по основните проблеми, които водят до оплаквания, КЗК е изработила утвърдена, законосъобразна практика, към която се придържа и жалбоподателите следва да съобразяват с нея поведението си, включително и когато упражняват правото си на обжалване. Ниският процент на отменените/обезсилени/изменени актове на комисията е и в резултат на злоупотребата с правото на жалба, както беше споменато по-горе. Голям процент жалби се подават главно с цел да се забави процедурата по определена обществена поръчка, като жалбоподателят предварително е наясно, че жалбата ще бъде отхвърлена.

В областта на обществените поръчки ВАС до настоящия момент не се е произнасял с тълкувателни решения. Но по доста съществени въпроси, свързани с административното производство, се е произнасял нееднократно и така е подпомогнал работата на КЗК.

В решенията си по оплаквания срещу такива на КЗК в областта на обществените поръчки ВАС се е произнасял по редица съществени въпроси, които в дисертационния труд са обобщени на базата на многобройни решения на съда, включително от последните две години. Доста голяма

е съдебната практика по отношение на правомощията на възложителите на всички етапи от процедурите по обществени поръчки. Според нея КЗК обосновано и законосъобразно е приела, че определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителите, като последните сами определят онези показатели, които имат преимуществено значение за избора на участниците, като посочват отделно и тяхната относителна тежест, като при изготвяне на методиката следва да се спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. Съдът приема, че липсата на механизъм за обективна оценка води до нарушение на един от основните принципи – принципа на публичност и прозрачност. Участниците не са поставени при равни условия – не знаят при какви свои предложения ще получат най-високата оценка. Това налага необходимост в методиката за оценяване да се съдържа или математическа формула, или ясно и недвусмислено да се посочват стъпките, които комисията следва да спазва. Липсата на конкретен механизъм за преценка доколко ще бъде обективна комисията при поставяне на конкретни оценки води до нарушение на принципа на публичност и прозрачност. ВАС постановява, че при възлагателните процедури оценяващата комисия се произнася като колективен орган, формиран от специалисти в съответните области, съобразно специфичния предмет на обществената поръчка. В решенията си ВАС прави тълкуване на разпоредбите в ЗОП относно критериите за възлагане, като най-напред посочва, че чл. 70 ЗОП урежда три самостоятелни критерия за възлагане, установяващи икономически най-изгодната за възложителя оферта. И след като анализира подробно съответните разпоредби на Директива 2014/24/ЕС той достига до извода, че тълкуването на чл. 70 - 72 ЗОП в тяхната цялост и взаимна връзка и съобразно основните положения, залегнали в Директивата, транспонирана в националното ни законодателство, дава основание на съда да приеме, че в разпоредбата на чл. 72, ал. 1 ЗОП националният законодател е включил само две предложения, които ще подлежат на предвидената процедура. Дадени са още примери в тази насока. Следва да се отбележи, че има и отменени от ВАС решения на КЗК. Например решение на КЗК е отменяно и поради липсата на мотиви за неговото постановяване, което го прави незаконосъобразен акт. Съдът е посочил, че мотивите на издателя на административния акт, с оглед на които се извършва упражняваният съдебен контрол, не могат да бъдат заместени от твърдения на страните, следователно изискването за мотивиране при прилагане на бланкетна правна норма (чл. 202 ЗОП) е условие за неговата законосъобразност, тъй като само тогава е възможна ефективна защита на страните в административното производство и упражняването на контрол от страна на съда.

В края на раздела е направен обоснованият извод, че практиката на ВАС по делата, образувани по жалби срещу решенията на Комисията за защита на конкуренцията, от една страна затвърждава и допълва установените от нея законосъобразни положения по основните въпроси по прилагането на процедурите по ЗОП. От друга страна е коректив на комисията по отношение на нейните незаконосъобразни актове и неясни, понякога и непълни разяснения по някои въпроси, повдигнати с оплакванията. Следва да се отбележи, че КЗК е изработила трайна практика по основните въпроси относими към обществените поръчки, като в работата си е прилагала и се е съобразявала с практиката на ВАС както по тези въпроси, така и по въпросите по административните актове и производства поначало.

4. Глава трета

Контрол, осъществяван от Европейската Комисия и Съда на Европейския съюз в областта на обществените поръчки

Контролът върху обществените поръчки на равнище Европейски съюз се извършва от Европейската комисия при осъществяване на нейните изпълнителни и контролни функции и от Съда на ЕС в рамките на неговата компетентност. По своята същност контролът, упражняван от ЕК, е административен, а от СЕС – правораздавателен.

В първия раздел са разгледани контролните правомощия в областта на обществените поръчки. Разгледани са и са анализирани нейният състав, статут и функции съгласно разпоредбите на Договора от Лисабон (ДЕС и ДФЕС). Подчертано е, че Комисията е структурирана в тематични

ведомства – генерални дирекции (ГД), всяка от които отговаря за различна област на политиката. Генералните дирекции разработват, изпълняват и управляват политиките, законодателството и програмите за финансиране на ЕС. Специални служби се занимават с конкретни административни въпроси. Изпълнителните агенции на Комисията управляват създадените от нея програми. В областта на обществените поръчки компетентна е Генерална дирекция „Вътрешен пазар, промишленост, предприемачество и МСП“. В дейността си тя има десет основни приоритета, единият от които е: гарантиране на модернизирана система за обществени поръчки, която осигурява по-добър достъп до обществени поръчки за целия ЕС. Административната структура на Генералната дирекция е организирана в четири основни направления, съставени от 11 дирекции и 46 звена. Годишните отчети за дейността на Генералните дирекции, включително и на посочената, са основният инструмент на управленска отчетност в рамките на Комисията и на тяхна база, тя поема политическа отговорност за своите решения, както и координира изпълнителните и управленски функции, които осъществява, съгласно Договорите.

ЕК играе важна роля за гарантиране спазването и прилагането на правилата за възлагане на обществени поръчки и насърчава жалбите от засегнати предприятия в тази област. В практиката си тя изследва основателността на оплакванията, първоначално в диалог с държавите членки, в опит да постигне споразумение за благоприятно решение на проблема. В този смисъл може да се направи извод, че жалбата до Комисията винаги е полезен ход за изпълнител, който смята, че търпи вреди от процедурата по обществени поръчки. В случаите, когато не може да бъде постигнато задоволително решение, Комисията може в краен случай да обмисли започване на производство пред СЕС срещу държава – членка. ЕК може да предприеме действия за неизпълнение на задължения съгласно член 258 от ДФЕС – производство за установяване на нарушение, като в дисертационния труд е разгледано подробно иницирането му от нея в предварителната административна фаза и по-нататъшното ѝ участие, ако след първата фаза не се прекрати нарушението. По отношение на транспонирането на новия пакет от директиви в областта на обществените поръчки (нетранспонирането на директива в срок е едно от най-честите нарушения, извършвано от всички държави в ЕС), Комисията в рамките на нейните правомощия констатира, че всички държави членки са били длъжни да я уведомят за транспонирането на най-новите разпоредби в областта на обществените поръчки до 18 април 2016 г. През м. май 2016 г. Комисията е изпратила официални уведомителни писма до 21 държави – членки, които не са транспонирали директивите, а през ноември 2016 г. е изпратила мотивирани становища до 15 от тях. В конкретния случай обаче досъдебната фаза, проведена от ЕК е била ефикасна, тъй като срещу четирите държави, които към декември 2016 г. не са били транспонирали директивите, не са образувани пред СЕС производства за установяване на нарушения и налагане на санкции.

Контролът от страна на Европейската комисия в областта на обществените поръчки обаче не се изчерпва само с процедурата за установяване на нарушения, дори може да се каже, че тя представлява една сравнително малка част от контролните ѝ функции в тази област. Мониторингът, който провежда Комисията, както и докладите и съобщенията, които издава, оказват влияние както върху развитието на пазара на обществените поръчки, така и върху развитието на правната уредба в тази област.

Комисията извършва преглед на икономическите последици върху вътрешния пазар, по-специално с оглед на фактори като трансграничното възлагане на поръчки и разходите за сделките, произтичащи от прилагането на праговете по член 4, и докладва за това на Европейския парламент и на Съвета. Когато е възможно и целесъобразно, Комисията разглежда възможността да предложи увеличение на праговете стойности, приложими по СДП, по време на следващия кръг от преговори. В случай на промяна на приложимите прагови стойности по СДП, когато е целесъобразно, след доклада се изготвя предложение за правен акт за изменение на праговете, предвидени в Директива 2014/24/ЕС.

В Преамбюла на Директивата за обществените са предвидени още редица правомощия на Комисията, които тя реално изпълнява, но не са подробно описани в членовете на Директивата. В параграф 134 е посочено, че на Комисията е възложено да прави преглед на последиците за вътрешния пазар, произтичащи от прилагането на праговете за съответните доставки и услуги и да

докладва за това на Европейския парламент и на Съвета. Също така следва да обобщава отделни, специфични фактори като равнището на трансграничните поръчки, разходите по сделките и съотношението между разходи и ползи. Именно това Комисията прави редовно с мониторинга си и докладите, в които се анализират получените от него резултати.

В своята дейност Европейската комисия разработва система от показатели (индикатори), които показват как различните държави от ЕС се представят по ключови аспекти на обществените поръчки. От тях се вижда кои са основните аспекти на пазарите за обществени поръчки на държавите членки, включително и кои са най-проблемните въпроси. Проучванията са основани на обявления, публикувани в базата данни за електронни ежедневни търгове (TED), съгласно четирите директиви на ЕС за възлагане на обществени поръчки. Оценката на държавите членки по индикаторите може да бъде определена като незадоволителна, средна или задоволителна, в съответствие с два фактора: политическата преценка за това какво представлява добра практика и актуални данни за отделни държави. Показателите са 12 на брой и всеки от тях дава информация, необходима за изследването на състоянието на процедурите. Цялостното представяне е сбор от оценки за всички 12 индивидуални индикатора. В дисертационния труд подробно са разгледани най-важните шест индикатора спрямо държавите членки, включително България (единствен участник, без покани за оферти и процент на публикация, изпълнение, критерии за възлагане и бързина на вземане на решения). От резултатите е направен обоснован извод, че повечето държави в еднаква степен спазват (или не спазват) разпоредбите на директивите за обществените поръчки и съответното национално законодателство, като България е на средните места по изследваните показатели.

Процедурите за възлагане на обществени поръчки, прилагани в ГД „Вътрешен пазар, промишленост, предприемачество и МСП“, включват редица специфични проверки, които са напълно в съответствие с приложимите регулаторни изисквания. Ползата от тях е, че специфичният контрол осигурява гаранция за законност и редовност, прозрачност, равно третиране и пропорционалност на обществените поръчки и намалява риска от нанасяне на вреди.

Разгледан е и предвиденият в ЗОП ред за установяване и отстраняване на нарушения от ЕК – чл. 221 до 223, като ясно са регламентирани правата и задълженията на българските органи и засегнатите възложители.

В раздел втори на глава трета подробно е изследван контролът, осъществяван от Съда на ЕС, като са разгледани статутът му, правомощията му, видовете производства, които са от значение за процедурите по обществените поръчки (производство по установяване на нарушения, производство по налагане на санкции и производство по преюдициално заключение). Подробно е проучена и анализирана практиката на СЕС в тази област, като е акцентирано върху нейното фундаментално значение, доколкото от нея чрез тълкуване на разпоредбите на Договорите на ЕС и директивите са изведени принципите на обществени поръчки, основните понятия в тази област, включително тези за обществена поръчка и възлагателни органи и видовете им.

Съдебната практика на Съда в областта на обществените поръчки е постоянна, макар и не много нова, предвид факта, че пакетът от нови директиви се прилага сравнително отскоро. В нея СЕС наблюдава прилагането на директивите за обществените поръчки от държавите членки на национално равнище и контролира спазването на административната практика на равнище Европейски съюз, когато това произтича от особеностите на случая. Съдебният контрол върху правния режим на обществените поръчки може да се разглежда като хоризонтален и вертикален. Изпълнението на директивите за обществените поръчки от страна на държавите членки чрез приемането на национално законодателство или прилагането на административна практика е подложено на съдебен контрол на равнище ЕС и на национално равнище. Съдебният контрол върху прилагането на режима на обществените поръчки на равнище ЕС има централизирана ориентация и разкрива хоризонталния му ефект, тъй като е насочен към търсенето на единни критерии за възлагане на обществени поръчки (засяга възлагащите органи) и се фокусира главно върху процедурите за установяване степента на изпълнение на задълженията, която се разглежда в производството по член 258 от ДФЕС пред СЕС, в което Европейската комисия отправя искане Съдът да осъди държавите членки за неспазване на европейското право. Хоризонталният ефект на

централизирания съдебен контрол върху обществените поръчки има за цел правилното и подходящото прилагане на съответните директиви в рамките на вътрешните правни системи. Децентрализираният съдебен контрол има вертикален характер, доколкото обхваща спорове, произтичащи от действието на законодателството на ЕС в областта на обществените поръчки на национално равнище, след включването му в националната правна система. Следва обаче да се отбележи, че децентрализираният съдебен контрол често завършва с препращане към Съда на Европейския съюз в производството по член 267 от ДФЕС във връзка с тълкуването на разпоредбите на директивите за обществените поръчки с оглед на тяхното правилно и еднакво прилагане от държавите членки. В дисертацията подробно са разгледани тези две форми на съдебен контрол при обществените поръчки.

В постоянната си визия, главно чрез изясняване и тълкуване на разпоредбите на директивите за обществените поръчки, Съдът на Европейския съюз тълкува и извежда основните понятия в тази област така, че да няма съмнение относно тяхното съдържание при прилагането им. От съдебната практика е видно, че някои характеристики са общи за всички видове договори, обхванати от директивите. Това също би могло да се разглежда като форма на контрол от страна на СЕС, доколкото по този начин той доразвива правната рамка на обществените поръчки и съблюдава нейното спазване, което се отнася и за практиката му относно принципите в тази област.

Съдът на ЕС извежда понятието за обществена поръчка постепенно в редица дела, за да се достигне до възприетото в член 1, параграф 2 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета определение за обществена поръчка, а именно: „Обществената поръчка по смисъла на настоящата Директива е придобиването чрез обществена поръчка на строителство, доставки или услуги от един или повече възлагащи органи от икономически оператори, избрани от тези възлагащи органи, независимо дали произведенията, доставките или услугите са предназначени за обществено ползване”. Това законово определение обобщава характеристиките на обществената поръчка, установени от практиката на Съда. То е прието и в българското законодателство в ЗОП, който въвежда Директивата в нашата страна. Както отбелязват българските автори в своите коментари към новия закон, съществува „нов подход” към обществените поръчки, възприет в определението на чл. 1, ал. 2, б. „а”, в сравнение с определението в по-старата Директива 2004/18/ЕО, което описва възлагането на обществената поръчка само като договор. Новото е, че възлагането като понятие включва както процедурата, така и сключването на договора. Колкото се отнася до значението на другото основно понятие „възлагащи органи”, Съдът приема широко функционално определение, за да се спази целта на Директивата за обществените поръчки и следователно да даде пълна сила на основните свободи на общия пазар. Съществуват две основни категории възлагащи органи: публични органи, като държавни, регионални или местни власти и субекти, регулирани от публичното право, които за да бъдат определени като такива е трябвало да отговарят на определени условия, регламентирани в пар. 1, т. 9 на отменената Директива 2004/18 относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки – субектът да е създаден със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер; да има юридическа правосубектност и да е финансиран в по-голямата част от държавата, регионалните или местни органи или други публичноправни органи; или да е под управителния надзор на тези органи; или има административен, управителен или надзорен съвет, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местни органи или от други публичноправни органи, като подробно изяснява кой може да бъде субект на публичното право, т.е. възложител от гледна точка на обществените поръчки. В дисертационния труд са коментирани и други основни понятия, включително относно критериите за подбор според практиката на Съда на ЕС, като са посочени и конкретните дела, по които всички те са изведени. Подчертано е, че Директива 2014/24/ЕС отразява съдебната практика на Съда на Европейския съюз по въпросите в кои случаи не се прилагат нейните разпоредби, като в член 12, озаглавен „Обществени поръчки между субекти в публичния сектор“, подробно са изброени условията, при които обществена поръчка, която се възлага от възлагащ орган на частноправно или публичноправно юридическо лице, попада извън

обхвата на директивата, като хипотезите се отнасят както за вътрешни поръчки, така и за споразумения за сътрудничество.

В тясна връзка с критериите за възлагане са принципите на правото, които са в основата както на Вътрешния пазар, така и на провеждането на справедливи и обективни процедури по обществените поръчки като съществена част от функционирането му. Принципите на прилагането на правото на ЕС, които са изведени от практиката на СЕС, както и утвърждаването на частните лица като основен субект на правото на ЕС, наред с държавите членки, са в основата на осигуряването на ефективното прилагане на установените с Учредителните договори разрешения и гарантирането на упражняването на основните свободи на движение и формирането чрез тях на единен вътрешен пазар. Всъщност Договорът от Лисабон (ДЕС и ДФЕС) не урежда въпросите, свързани с възлагането на обществени поръчки и за тях са валидни разпоредбите за Вътрешния пазар, включително и относно принципите, по които той се изгражда и функционира. В този смисъл практиката на Съда на ЕС по отношение на тези въпроси спрямо провеждането на процедурите по обществени поръчки е особено значима, тъй като тя запълва липсата на изрична нормативна уредба. Има три ключови принципа в областта на обществените поръчки, които в голяма степен са изведени от практиката на СЕС. Това са конкуренцията, принципът на равно третиране, който е тясно свързан с принципа на недискриминация, и прозрачността. Дефинирането на всеки от тях е подробно разгледано в дисертационния труд, като са анализирани и съответните дела, в които съдът нееднократно ги е коментирал.

В дисертационния труд е изследвана и анализирана и практиката на Съда относно Директивите за правните средства за защита (наричат ги още директивите за обезщетенията), които предвиждат държавите членки да предприемат необходимите мерки, за да гарантират, че решенията, взети от възлагащите органи, могат да бъдат преразглеждани ефективно и по-специално възможно най-бързо, както и проблемите, които възникват при тяхното прилагане и разрешаването им. Отново са цитирани много релевантни за темата съдебни решения. Производствата за преразглеждане на процедурите трябва да са достъпни за всяко лице, което има или е имало интерес да получи обществена поръчка.

Директивите за правните средства за защита са предназначени само за установяване на минимално ниво на защита на правата и задълженията в директивите за обществените поръчки и се отнасят само за процедурите, които попадат в обхвата на Директивите за обществените поръчки. Фактът, че дадена поръчка не попада в този обхват, не означава, че правата на въпросните оференти не са защитени. Техните права са защитени от общите принципи и по-специално от принципите на равностойност и ефективност

Средствата за правна защита трябва да дават достатъчно правомощия, за да гарантират спазването на правилата на ЕС за обществени поръчки и прегледът на процедурите трябва да бъде възможно най-бърз. Това е принципът на ефикасността, който означава, че възлагащите органи трябва да се опитат да улеснят правилното провеждане на всички правни процедури. Органите за преглед на процедурите трябва да работят в съответствие с изискванията на директивите за правните средства за защита и местното законодателство, а тяхното поведение и вземане на решения трябва да бъдат открити и прозрачни.

Значимостта на практиката на СЕС се подчертава и от факта, че те са въведени в законодателството на ЕС с Директива 24/2014/ЕС, а оттам чрез транспонирането ѝ и в националното законодателство на държавите членки, включително и на България с приемането на новия ЗОП.

Разгледан е и въпросът за прилагането на практиката на СЕС в областта на обществените поръчки от ВАС и КЗК, което от своя страна откроява практико-приложната стойност на дисертационния труд.

5. Заключение

В заключение са изтъкнати някои особености на правните механизми за контрол на обществените поръчки, които са предмет на настоящото изследване. Новият ЗОП въвежда една

сложна система на административен контрол, която обхваща почти всичките му прояви – предварителен, текущ и последващ външен контрол и юрисдикционен. Системата за контрол на обществените поръчки е била променяна през годините с цел да бъде реформирана в унисон с европейското законодателство. Предвидените от националния законодател в областта на обществените поръчки механизми за контрол и координация предвиждат редица възможности за контролиране на процедурите. Към тази система следва да се прибави и контрола в областта на обществените поръчки, осъществяван от Европейската комисия и Съда на Европейския съюз. Направено е кратко обобщение на всички видове контрол, като са отправени конкретни препоръки към осъществяваните видове контрол на национално ниво с оглед подобряване на тяхната резултатност.

III. Практическо значение на по-важни приноси на дисертационния труд

Дисертационният труд може да бъде преценяван като значителен от гледна точка на значимостта на подробното изследване на механизмите за контрол на обществените поръчки от юридическа гледна точка на сложната система за контрол, която сега действащият ЗОП въвежда, както и по отношение на контрола, упражняван в тази област от Европейската комисия и Съда на Европейския съюз, което досега не е било предмет на самостоятелно изследване в българската правна литература. Значима е дисертацията с оглед на изследването на прилагането на различните механизми за контрол в областта на обществените поръчки и анализиране на резултатите от него. Тя би могла да има значение за българската наука, за правоприлагащите органи и за практикуващите юристи.

Научните и научноприложните резултати с приносен характер на труда се изразяват на първо място в това, че той представлява опит за систематизирано и обобщено изследване на нормите относно компетентността и прилагането на правомощията на компетентните органи от гледна точка на правото. Разгледани са подробно и хронологично всички видове контрол, регламентирани в ЗОП – предварителен, текущ и последващ, като преди всеки от тях е направено терминологично изясняване на понятията.

Изследвани и анализирани са структурата, правомощията и дейността на органите, които осъществяват различните видове контрол – Агенцията за обществени поръчки, Сметна палата, Агенцията за държавна финансова инспекция, Комисия за защита на конкуренцията и Върховен административен съд, като са отправени препоръки с цел подобряване на нейната ефективност.

Принос на труда представлява изследването на многобройни решения на КЗК, както и съдебни решения във връзка с прилагане на разпоредбите на закона, както и на тези от европейското законодателство, съдебни решения на ВАС, административните и районните съдилища и на Съда на ЕС. Следва да се подчертае, че е разгледана и анализирана практика на Съда на ЕС, в която са изведени основните понятия в областта на обществените поръчки и принципите за прилагането им, която е в основата на съответните разпоредби от Директива 24/2014/ЕС и това е посочено в пар. 10 от Преамбюла на й. Разгледана и анализирана е и практиката на Люксембургския съд относно правните средства за защита в областта на обществените поръчки. Чрез анализа на практиката на КЗК и ВАС се установява и какви са трайните тенденции при осъществяване на контрола на обществените поръчки.

Изследвани и анализирани са и контролните функции на ЕК в областта на обществените поръчки, като са обхванати не само правомощията ѝ в производството по установяване на нарушения, но и редица други дейности, които тя осъществява и са в пряка връзка с изключителното ѝ право на законодателна инициатива

Съществен принос на изследването могат да се считат формулираните в него изводи, въз основа на които са направени предложения *de lege ferenda*.

1. Предложение *de lege ferenda* - за изменение на чл. 229, ал. 1 от ЗОП: Изпълнителният директор на Агенцията по обществени поръчки: т. 2 оказва методическа помощ на възложителите чрез: бук. “б”: предоставяне на разяснения по прилагане на закона и изготвяне на

правила (указания) за групирани по общи признаци дейности и услуги относно изискванията към възложителите при изготвяне на обявленията за обществени поръчки, с приложени към тях образци на документи за всяка една група дейности и услуги.

2. Предложение *de lege ferenda* за въвеждане на ал. 2 (или разширяване хипотезата на ал. 1) на чл. 257а от ЗОП: Когато нарушенията по този закон са извършени повторно, лицето по чл. 7, ал. 1 и 2 или при липсата на такова ръководителят на възложителя, да не може да организира и/или да възлага процедури по обществена поръчка за период от 1 година от установяване на нарушението.

3. Предложение *de lege ferenda*: Чл. 196 следва да добие следната редакция: Чл. 196. (1) На възражение и обжалване по реда на тази глава подлежи всяко решение на възложителите по процедура....

Да се създаде нов член 196б: Възражения срещу незаконосъобразните решения на възложителите се подават пред тях, като в 3-дневен срок те са задължени да се произнесат. Отказът за отмяна на съответното решение подлежи на обжалване пред Комисията за защита на конкуренцията.

Сроковете, предвидени в чл. 197, ще се отнасят за тридневния срок за възражението по чл. 196а.

Следва да бъде въведен нов член 197а: Жалба срещу отказа на възложителя да отмени/измени решението си може да се подава пред Комисията за защита на конкуренцията в 7-дневен срок от съобщаването за него на участника, подал възражението.

Чл. 202 следва да отпадне.

4. Предложение *de lege ferenda* би било удачно нормата чл. 198, ал. 1от ЗОП да придобие следната редакция:

т. 1 всяко заинтересовано лице, което отговаря на условията (или на 80% от тях) за изпълнител на поръчката, посочени в съответното обявление/покана.

IV. Публикации по темата на дисертацията:

1. Ivanova A., The Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement - THE 24th INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, 14-16.06.2018 в гр. Сибиу, Република Румъния, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2018-0088> |

2. Ivanova A., Appeal of Public Procurement procedures - THE 25th INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, 13-15.06.2019, в гр. Сибиу, Република Румъния, DOI: <https://doi.org/10.2478/kbo-2019-0069>

3. Иванова А., Контролът на обществените поръчки в практиката на Съда на ЕС Сп.“Право. Политика. Администрация“, ISSN 2367-4601, Volume 6, Issue 2/2019, <http://www.lpajournal.com/wp-content/uploads/2019/06/A-Ivanova-Full-text.pdf>

4. Иванова А., Правните принципи на обществените поръчки, изведени от практиката на Съда на ЕС“ Сп. “Международна политика “, Година XVI, Брой 1/20, под печат.

5. Ivanova A., Some issues on Public Procurement principles - THE 26th INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, 11-13.06.2020 в гр. Сибиу, Република Румъния, под печат.