

ПЛОВДИВСКИ УНИВЕРСИТЕТ „ПАИСИЙ ХИЛЕНДАРСКИ“
КАТЕДРА „ПУБЛИЧНОПРАВНИ НАУКИ“

АТАНАС НИКОЛОВ КОСТАДИНОВ

ПРОИЗВОДСТВО ПО ОБЖАЛВАНЕ
ПО ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

АВТОРЕФЕРАТ

на дисертационен труд

за присъждане на образователна и научна степен „Доктор“ по
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 Константин Пехливанов

Пловдив, октомври 2022 г.
СЪДЪРЖАНИЕ

УВОД

ГЛАВА ПЪРВА.

Предистория и общи положения

- § 1. Исторически преглед
- § 2. Други форми на контрол
- § 3. Актове, подлежащи на обжалване
- § 4. Право на обжалване. Принцип на добросъвестност
- § 5. Срок за подаване на жалба
- § 6. Подаване на жалба

ГЛАВА ВТОРА.

Производство по обжалване пред Комисия за защита на конкуренцията

- § 1. Компетентен орган
- § 2. Образуване на производството. Временна мярка
- § 3. Разглеждане на жалбата
- § 4. Решения на КЗК в производството по обжалване
- § 5. Разпределение на разноските

ГЛАВА ТРЕТА.

Обжалване на актовете на КЗК пред Върховен административен съд

- § 1. Подаване на жалба и образуване на производство
- § 2. Основания за обжалване
- § 3. Разглеждане на делото. Доказателства
- § 4. Решения на ВАС в производството по обжалване
- § 5. Обжалване на разпорежданията и определенията на КЗК

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

УВОД

Основната форма на контрол в производството по възлагане на обществени поръчки е установената система на обжалване на актовете и действията на Възложителите на обществени поръчки. Тя представлява пряк контрол върху законосъобразността им, осъществяван преди приключване на процедурата по възлагане и сключване на Договор за възлагане на обществената поръчка. Именно

производството по обжалване на актовете и действията на Възложителите по Закона за обществените поръчки е основният предмет на настоящия дисертационен труд.

Основната цел, която авторът на настоящия дисертационен труд си е поставил, е да изследва подробно процедурата по обжалване на актовете и действията на Възложителите в производството по възлагане на обществени поръчки. За реализиране на настоящия дисертационен труд и постигане на неговата цел следва бъдат изпълнени няколко основни задачи: Първо трябва да бъдат разгледани общите положения в производството по обжалване. На следващо място следва да бъде подробно изследвано производството по първоинстанционно обжалване пред КЗК. На последно място следва да се разгледа производството по обжалване на решенията на КЗК пред ВКС.

Практическото значение на настоящия дисертационен труд се изразява в изготвяне на едно систематизирано и задълбочено изследване на производството по обжалване по Закона за обществените поръчки. Изследването ще бъде полезно за практикуващи юристи, за студентите и за научните работници.

Глава 1. Предистория и Общи положения.

§ 1. Исторически преглед

За първи път след преминаването от планова към пазарна икономика отношенията, свързани с възлагане на обществени поръчки, бяха цялостно уредени през 1997 г. със Закон за възлагане на държавни и общински поръчки. На обжалване подлежеше единствено крайния акт на Възложителя - решението, с което се обявяваше спечелилия търга или конкурса участник. Предвидено беше подаването на жалбите да става в 7-дневен от уведомяване на участниците за резултатите от провеждането на конкурса или прякото договаряне или от обявяване на класирането на офертите и спечелилия търга. Подаването на жалбите и разглеждането им се извършваше по реда на ЗАП.

През 1999 г. бе приет изцяло нов Закон за обществените поръчки. С него за

първ път се въведоха основни принципи при възлагането на обществени поръчки - публичност и прозрачност на процедурите по възлагане, равенство между участниците в процедурите, свободна и честна конкуренция, опазване на търговската тайна на кандидатите. Разширен беше кръгът на възложителите на обществени поръчки. В частта си относно обжалването актовете на Възложителя обаче ЗОП от 1999 г. продължи линията, възприета от стария закон.

През 2004 г., с приемането на новия ЗОП, беше извършена съществена промяна в уредбата на обжалването на актовете на възложителите. Бяха транспонирани Директива 2004/18/ЕО и Директива 2004/17/ЕО. С този закон бяха внесени съществени промени в уредбата относно оспорване актовете на Възложителя. Беше изоставена концепцията за административноправния характер на производството. Значително беше разширен кръгът от актове на Възложителя, които кандидатите в процедурата по възлагане можеха да обжалват. Самото оспорване се извършваше чрез предявяване на иск за отмяна пред районния съд. Основанията за обжалване бяха твърде общо формулирани: 1. решението е взето в нарушение на закона; 2. класираните кандидати, съответно определеният изпълнител, не отговарят на обявените изисквания, или 3. не са спазени критериите за оценка на офертите. Искът се предявяваше срещу Възложителя и класираните кандидати, съответно избрания изпълнител. Решението на Районния съд подлежеше на обжалване пред съответния Окръжен съд, чието решение беше окончателно. Беше предвидена възможност исковете за отмяна да бъдат отнесени за решаване към специално създадения за целта Арбитражен съд към АОП. За всички неуредени въпроси относно обжалването се прилагаха съответно разпоредбите на Закона за международния търговски арбитраж.

През 2006 г. беше приет ЗИДЗОП, който внесе съществени изменения в производството по обжалване актовете на Възложителя. Правната уредба отново се върна към разбирането, че оспорването представлява един административноправен спор. Разглеждането на жалби срещу актове на Възложителя бе възложено на

Комисия за защита на конкуренцията. Беше подробно регламентиран специален ред за разглеждане на жалбите по ЗОП и за постановяване решенията на Комисията.

Подаването на жалбата не спираше провеждането на процедурата. Когато са налице предвидените в закона предпоставки и след представяне на обезпечение, комисията можеше да наложи като временна мярка спиране на процедурата. Предвидени бяха кратки срокове за произнасяне - до два месеца. Беше закрит Арбитражният съд към Агенцията по обществени поръчки.

През 2016 г. бе приет нов Закон за обществените поръчки. Уредбата на производството по обжалване актовете на Възложителя на практика повтаря уредбата на Глава XI от отменения ЗОП в редакцията му от ДВ, бр. 37 от 05.05.2006 г., в сила от 01.07.2006 г. с някои незначителни корекции.

§ 2. Други форми на контрол

Предварителен контрол от Агенцията по обществени поръчки

Предварителният контрол, осъществяван от Агенция по обществени поръчки е форма на методическа помощ на Възложителите. Той няма санкционен характер и не цели налагане на наказания при установяване на грешки и нарушения. Проверката завършва със становище, в което констатациите са придружени с препоръки и указания за отстраняване на установените неточности и нормативни несъответствия.

На първо място АОП осъществява предварителен контрол върху процедури за възлагане на обществени поръчки, избрани чрез случаен избор по методика, която отчита нивото на риск. На следващо място АОП осъществява предварителен контрол върху процедури по договаряне, подробно регламентиран в чл. 233 от ЗОП. На последно място Агенцията осъществява контрол при изменение на договор за обществена поръчка.

Предварителният контрол, осъществяван от Агенция по обществени поръчки е контрол 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 и избраният ред за определянето на изпълнителя са съобразени с

правилата за възлагане. Становището на Агенция по обществени поръчки не е задължително за възложителя, който единствен носи отговорността за законосъобразността на провежданата процедурата. Въпреки това обаче той има важно значение при осъществяване на последващ контрол върху актовете и действията на Възложителя, доколкото констатациите на Агенцията в изготвените от нея становища могат да дадат ясна индикация относно законността им и могат да се използват на общо основание като доказателство в производството по обжалване пред Комисия за защита на конкуренцията.

Административнонаказателна отговорност на Възложителите

Възложителите на обществени поръчки носят административно- наказателна отговорност съгласно специалната уредба, регламентирана в Част осма от ЗОП, както и съгласно общите разпоредби на ЗАНН.

С приемането на новия ЗОП от 2016 г. беше стеснен кръгът на административнонаказателноотговорните лица. Такива вече могат да бъдат само физически лица. Единственото изключение от това положение е нарушението по чл. 258, ал. 1 от ЗОП, субект на което може да бъде и юридическо лице.

С оглед специфичния характер на административните нарушения по ЗОП и казаното по-горе за субекта на нарушенията санкцията за тях е единствено “глоба”, Единствено изключение в тази насока отново е нарушението по чл. 258, ал. 1 от закона, за което на юридически лица и еднолични търговци може да бъде наложена имуществена санкция.

Отделните състави на административни нарушения по ЗОП са регламентирани в чл. 247 - чл. 258 от закона. Те могат да бъдат условно класифицирани в няколко групи: 1. нарушения, свързани с подготовка и провеждане на процедурата по възлагане; 2. нарушения при сключване на договор за възлагане; 3. нарушения, които не са пряко свързани с определяне на изпълнител на обществената поръчка и 4. нарушението по чл. 258 от ЗОП.

Характерно за реализиране на административно наказателната отговорност по ЗОП е наличието на две различни структури в държавната администрация, които

имат правомощия по контрол, съответно по установяване на административните нарушения по закона — Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция. Производството по установяването на нарушенията, издаването, обжалването и изпълнението на наказателните постановления се реализира по реда на ЗАНН. В ЗОП е предвиден един по-дълъг срок за установяване на нарушенията - 6 месеца от деня, в който

нарушителят е открит, но не по-късно от 3 години от извършването.

Тук отново следва да се отбележи спецификата на административното нарушение по чл. 258, ал. 1 от ЗОП. За разлика от останалите нарушения по закона, при реализиране на административнонаказателната отговорност за това нарушение не се прилага редът на ЗАНН, а в чл. 258, ал. 2 има предвиден специален ред. Тук Акт за установяване на административно нарушение не се съставя. Нарушенията се установяват от КЗК, която налага административното наказание със свое решение. Решението на КЗК от своя страна подлежи на обжалване пред Върховния административен съд.

Контрол от органите на Европейската комисия

Специалните разпоредби, регламентиращи контролните правомощия на Европейската комисия в производството по възлагане на обществени поръчки и действията на българските институции по повод на установените нарушения бяха предвидени за пръв път с измененията на стария Закон за обществените поръчки, обнародвани в ДВ бр. 52 от 09.07.2010 г.

Съгласно чл. 221 от Закона за обществените поръчки за нарушения на възложителите при провеждане на процедура до сключване на договор за възлагане на обществената поръчка, установени от Европейската комисия, Постоянното представителство на Република България към Европейския съюз препраща полученото уведомление от Комисията до администрацията на Министерския съвет, Министерство на външните работи, Министерство на финансите и до Агенцията по обществени поръчки. И докато уведомяването на съответните министерства има по-

скоро уведомителни функции, то от него следват непосредствени задължения за Изпълнителния директор на Агенция по обществени поръчки.

В случай, че нарушението произтича от акт на възложителя, Изпълнителният директор на Агенция по обществените поръчки следва в 10-дневен срок от получаване на становището му да подаде жалба срещу акта до Комисия за защита на конкуренцията. Разпоредбата на чл. 221, ал. 6, т. 1 представлява специален случай, в който право на жалба срещу акт на възложителя е предоставено на държавен орган, който няма правен интерес от обжалване. В този случай Изпълнителният директор на Агенцията по обществени поръчки има не само право, но и задължение да подаде жалба с оглед защита на обществения интерес

§ 3. Актове, подлежащи на обжалване

Актовете на Възложителя, подлежащи на обжалване по Закона за обществените поръчки, са подробно регламентирани в чл. 196 от закона. Съгласно чл. 120, ал. 1 от ЗОИ на обжалване подлежи всяко решение на възложителите по процедура за: 1. възлагане на обществена поръчка, включително въз основа на рамково споразумение, динамична система за покупки или квалификационни системи; 2. сключване на рамково споразумение; 3. създаване на динамична система за покупки или квалификационни системи; 4. конкурс за проект. В случаите, в които определена процедура преминава през повече от един етап, всеки от които завършва с отделно решение, представляващо индивидуален административен акт, на обжалване подлежи всяко решение на Възложителя в процедурата.

Съгласно ал. 4 на обжалване подлежат и решенията по чл. 175, ал. 5 и обявленията за доброволна прозрачност. Съгласно ал. 5 на обжалване подлежат и действия или бездействия на възложителя, с които се възпрепятства достъпът или участието на лица в процедурата. По реда на този текст са изключени от преразглеждане само действията на възложителя по издаване на решение, което подлежи на оспорване в хипотезите на ал. 2. За да е допустимо оспорването на дадени разяснения по реда на чл. 33, ал. 1 от ЗОП, следва да попадат в квалификацията на

действия, които възпрепятстват достъпа или възможността за участие на лица във възлагателната процедура.

В ал. 2 на чл. 196 изрично са посочени две категории решения, които са изключени от предмета на обжалване по ЗОП — решенията за определяне на изпълнител на обществената поръчка чрез вътрешен конкурентен избор, когато има сключено рамково споразумение, и решенията за откриване на процедура по ЗОП в частта относно мотивите за разделяне на предмета на поръчката на обособени позиции.

Актовете на Възложителя, подлежащи на обжалване по ЗОП, имат характер на индивидуални административни актове по смисъла на чл. 21 от Административнопроцесуалния кодекс.

§ 4. Право на обжалване. Принцип на добросъвестност

Право на обжалване

Съгласно общия принцип в административния процес право да оспорват административния акт имат гражданите и организациите, чиито права, свободи или законни интереси са нарушени или застрашени от него или за които той поражда задължения. Следователно ключово относно правото на обжалване е наличието на правен интерес. Административнопроцесуалният кодекс издига наличието на правен интерес като положителна предпоставка за упражняване правото на жалба срещу индивидуалните административните актове. Отсъствието на правен интерес предпоставя недопустимост на действията на участниците в съответното производство.

Съгласно чл. 147, ал. 1 от АПК право да обжалват административните актове имат гражданите и организациите, чиито права и законни интереси са нарушени или застрашени от него, или за които той поражда задължения. За да възникне право на обжалване на административния акт застрашеният интерес трябва да бъде „правен“, т. е. целта на обжалването следва да е премахване или предотвратяване на неблагоприятни правни последици или постигането на благоприятни такива. Освен

това последиците следва да възникват в патримониума на жалбоподателя, т. е. засегнатите права и интереси да са негови лични или на организацията - жалбоподател.

В Закона за обществените поръчки са регламентирани три групи лица, които имат право да обжалват решенията, действията или бездействията на възложителя - 1. Заинтересовано лице; 2. Заинтересован кандидат и 3. „Заинтересован участник. И трите термина имат легално определение в Допълнителните разпоредби на закона. Всяка от трите групи лица има право да оспорва точно определени в закона актове и действия на Възложителя.

Чл. 198, ал. 2 от Закон за обществените поръчки дава право на още една категория лица да обжалват актове на Възложителя, а именно - професионални сдружения и организации в съответния бранш за защита на интересите на своите членове. Тези организации обаче имат право да обжалват единствено решението за откриване на процедурата и/или решението за одобряване на промени в условията по обявена процедура.

Специален случай на право на жалба срещу акт на Възложителя е предвиденото в чл. 221, ал. 6 от Закона за обществените поръчки правомощие на Изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки да подаде жалба срещу акт на Възложителя, когато с акта е допуснато нарушение на закона, констатирано от Европейската комисия.

Принцип на добросъвестност

Принципът за добросъвестност при обжалване актове на Възложителя по ЗОП е изрично прогласен в чл. 196а от закона. Целта на тази разпоредба е противодействие на констатираните случаи на значително забавяне във времето на провеждане и възлагане на поръчките. Съгласно чл. 196а, изр. 1 от ЗОП: *“Участващите в производството страни и техните представители са длъжни да упражняват предоставените им процесуални права добросъвестно. ”*

Добросъвестността на жалбоподателя има решаващо значение при

евентуално предявяване на иск за нанесени вреди на Възложителя или на някой от участниците в следствие на подадена жалба. В случай, че действията на жалбоподателя са недобросъвестни, възниква деликтно правоотношение, по силата на което делинквентът следва да възстанови всички вреди, които неговото противоправно поведение е причинило на увреденото лице.

Законът за обществените поръчки не предвижда особени правила за реализиране на деликтната отговорност за недобросъвестно упражняване на процесуални права. Предвид това изр. 2 на чл. 196а регламентира, че отговорността за вреди при недобросъвестното упражняване на процесуалните права се реализира по общия исков ред - по реда на Гражданския процесуален кодекс.

§ 5. Срок за подаване на жалба

Съгласно разпоредбата на чл. 197, ал. 1 от ЗОП срокът за обжалване винаги е 10-дневен. В зависимост от началния момент, от който започва да тече 10-дневният срок за обжалване различните хипотези на чл. 197 от ЗОП могат да бъдат групирани в 5 основни групи:

- След изтичането на конкретно определен срок за различните случаи - тук се отнасят хипотезите на ал. 1, т. 1, т. 2, т. 3 и т. 4 от разпоредбата. Общото между различните хипотези е, че те се отнасят до случаи, при които Законът за обществените поръчки дава възможност на Възложителя да извърши промени в издадения от него и подлежащ на обжалване акт.

- След публикуването на посочените в закона актове - тук се отнасят хипотезите на ал. 1, т. 5 и т. 8 от разпоредбата. Отнася се за актове, които се публикуват и по този начин стават обществено известни, следователно могат да засегнат предварително неопределен брой заинтересовани лица;

- От получаването на акта - тук се отнасят хипотезите на ал. 1, т. 6 и т. 7. Това е класическата хипотеза на обжалване. Касае актове, които имат точно определени конкретни адресати, участници в различните видове процедури по възлагане;

- От уведомяването за съответното действие - ал. 2, пр. 1 - Намира

приложение при хипотезата на чл. 196, ал. 5 от ЗОП — обжалване на действия на Възложителя, с които се препятства достъпът или участието на лица в процедурата.

- От изтичането на срока за извършване на съответното действие - ал. 2, пр. 2 - отново намира приложение при хипотезата на чл. 196, ал. 5 от ЗОП, но за разлика от предложението първо се прилага когато Възложителят е пропуснал да извърши действие, с което се препятства достъпът или участието на лица в процедурата.

Срокът по чл. 197 от ЗОП е преклузивен и с неговото изтичане се преклудира правото на обжалване на съответното решение.

В съдебната практика многократно е поставян въпросът за евентуалното приложение на чл. 149, ал. 5 от ГПК, съгласно който: *“Административните актове могат да се оспорят с искане за обявяване на нищожността им без ограничение във времето”*. Съгласно установената практика на Върховен Административен Съд този срок е относим за обжалването пред съд, а Комисия за защита на конкуренцията е административен орган, на който са възложени правораздавателни функции. Именно поради това за производството пред Комисията са приложими нормите от дял втори на Административнопроцесуалния кодекс, доколкото липсва съответната уредба в ЗОП, който е специален закон по отношение на АПК. Следователно Актовете на Възложителя могат да се обжалват пред КЗК само и единствено в сроковете по чл. 197 от ЗОП.

§ 6. Подаване на жалба

Съгласно чл. 199, ал. 1 от ЗОП: *„Жалбата се подава до Комисията за защита на конкуренцията с копие и до възложителя, чието решение, действие или бездействие се обжалва. “* Жалбата срещу акта на Възложителя следва да бъде написана на български език. Съдържанието на жалбата е регламентирано в чл. 199, ал. 2 от закона.

Жалбоподателят трябва да изложи в жалбата изчерпателно и конкретно всички свои възражения и основанията за тях, както и да направи своите искания. Обстоятелствата, на които жалбоподателят се позовава, следва да бъдат не просто бланкетно посочени, без конкретизация, а трябва да са точно и конкретно описани в подадената от участника жалба. В ал. 3, т. 2-7 на чл. 199 са посочени и документите,

които следва да бъдат приложени към жалбата.

Глава 2. Производство по обжалване пред КЗК

§ 1. Компетентен орган

Комисия за защита на конкуренцията е независим специализиран държавен орган на бюджетна издръжка. Тя се състои от седем члена, в т. ч. Председател, Заместник-председател и петима членове. Те се избират от Народното събрание за период от 7 години и не могат да бъдат преизбирани. Председателят трябва да бъде правоспособен юрист с не по-малко от 10 години юридически стаж. Заместник-председателят и членовете трябва да бъдат с више юридическо или икономическо образование със стаж по специалността не по-малко от 5 години. Членовете на КЗК следва да бъдат с високи професионални и нравствени качества, които не са осъждани за умишлени престъпления от общ характер.

В производството по обжалване актовете на Възложителя по ЗОП КЗК действа като административна юрисдикция, с особена правораздавателна компетентност, предоставена ѝ от специален закон, чийто актове подлежат на обжалване пред Върховен административен съд.

Съгласно Решение № 6 от 2008 г. на Конституционния съд на Република България определянето на КЗК като орган, компетентен да разглежда жалби срещу актове на Възложителя по ЗОП не противоречи на Конституцията. Спорен обаче е въпросът дали това е най-правилното решение.

На първо място следва да се има предвид, че решаването на правни спорове е специфична дейност, която изисква юридическо образование и компетентност на хората, които я осъществяват. Неслучайно правораздаването в България се извършва от съдии, които трябва да имат юридическо образование, юридически стаж и да са независими от органите на законодателната и изпълнителната власт. Обратно, членове на КЗК могат да бъдат и лица, които са с икономическо образование. Те се избират от Народното събрание, което създава съмнения относно тяхната независимост.

На следващо място самото правораздавателно производство следва да гарантира равнопоставеност на страните и състезателно начало. Производството пред Комисията, макар и с наченки на състезателност, не може напълно да се абстрахира от мястото на КЗК в системата на администрацията и характерното за нея служебно начало. Комисията извършва напълно самостоятелно проучване въз основа на подадената жалба и становищата на страните, в рамките на което обаче стъпва изцяло върху документите по преписката, предоставена от Възложителя. Едва след приключване на проучването останалите страни могат да направят доказателствени искания и да окажат влияние върху развитието на производството.

Не на последно място следва да се отбележи, че КЗК е единствената подобна структура в администрацията, на която са възложени функции по контрол за законосъобразност на индивидуални административни актове.

§ 2. Образуване на производството. Временна мярка

В тридневен срок от постъпване на Жалбата в КЗК Председателят на Комисията образува производство с разпореждане, с което определя член на КЗК, който да наблюдава производството и дава указания при необходимост. За образуваното производство се уведомява Възложителя, който има възможност да представи становище, подкрепено от доказателства, в тридневен срок. Председателят определя служители от администрацията на Комисията, които да извършат проучването по жалбата под надзора на наблюдаващия член на КЗК. Възложителят на обществената поръчка може сам да отстрани нарушението до получаване на съобщението, с което КЗК го уведомява, че е приключила проучването по жалбата.

Съгласно общото правило на чл. 203 от ЗОП подадена жалба срещу решение, действие или бездействие на възложителя, с изключение на тази срещу решението за определяне на изпълнител, не спира процедурата за възлагане, освен когато жалбоподателят е поискал временна мярка „спиране на процедурата“. Искането следва да бъде направено с подаване на жалбата.

В случай, че Комисията остави без уважение искането за временна мярка,

процедурата по възлагане може спокойно да продължи и да се развива успоредно е производството пред КЗК. Когато обаче Комисията уважи искането, всички действия по процедурата по възлагане следва да бъдат спрени до окончателното произнасяне на КЗК, а в случай на обжалване - и на Върховния административен съд, по подадената жалба с влязло в сила решение.

Жалба срещу решението за определяне на изпълнител спира процедурата по възлагане от момента на подаването ѝ до окончателното решаване на спора. Възложителят няма право да подписва договор с избрания изпълнител, а в случай, че подпише такъв, той ще бъде нищожен.

Следва да се има предвид, че при обществена поръчка, разделена на обособени позиции, подадена жалба срещу решение, действие или бездействие на Възложителя по една от обособените позиции, не спира процедурата по възлагане по останалите позиции.

Спирането на възлагателната процедура за обществена поръчка разкрива известно сходство с обезпечителното производство, уредено в ГПК доколкото и то по същността си съставлява вид обезпечителна мярка. Съществената разлика между двете производства обаче е, че в ГПК се държи сметка основно за защита интересите на гражданскоправните субекти - това предполага установяване на вероятна основателност на иска чрез изискването на чл. 391, ал. 1 ГПК - той да е подкрепен е писмени доказателства. В сферата на обществените поръчки обаче на първо място се следи за защита на обществения интерес. Поради това Комисия за защита на конкуренцията е задължена при произнасяне по искане за налагане на временна мярка да преценява неблагоприятните последици от забавянето на процедурата на плоскостта на реалната опасност за сериозно увреждане на обществения интерес или на интересите на страните.

Налагането на временна мярка „спиране на процедурата“ има съпътстващ характер по отношение разглеждане на спора по същество и е самостоятелно само по себе си. Поради това решението по искането за спиране по никакъв начин не се отразява на решението на Комисия за защита на конкуренцията по съществото на

спора.

В случай, че се оспорва решението на Възложителя за избор на изпълнител, законът предвижда автоматично спиране на процедурата, без да е необходимо произнасяне на КЗК. При издаване на индивидуалния административен акт Решение за избор на изпълнител Възложителят не може да предвиди предварително изпълнение на акта. Тази възможност е предоставена на КЗК при наличието на конкретни предпоставки. Именно поради това в чл. 205 от ЗОП е предвидена възможност Комисията да допусне предварително изпълнение на решението за избор на изпълнител.

В случай, че бъде допуснато предварително изпълнение на акта на Възложителя, съществува възможност да възникне ситуация, при която Възложителят на обществената поръчка да се произнесе с решение за избор на Изпълнител, докато междувременно пред КЗК се развива производство по оспорване на друго решение, действие или бездействие на Възложителя в рамките на същата процедура. В случай, че установи такова производство, Комисията спира производството, образувано по жалба срещу решението за избор на изпълнител до произнасяне по предходното производство. Когато производството, станало причина за спирането, бъде приключено, основаниято за спиране отпада и Комисията възобновява спряното производство служебно или по искане на някоя от страните в производството.

§ 3. Разглеждане на жалбата

След образуване на производството Председателят на Комисия за защита на конкуренцията определя лица от администрацията на Комисията, които да извършат проучване по жалбата. Проучването се извършва под наблюдението на член на КЗК и обхваща обстоятелствата, изложени в жалбата.

При извършване на проучването по жалбата се допускат писмени и гласни доказателства. Когато по определен въпрос са необходими специални знания, с които служителите, извършващи проучването не разполагат, в производството пред Комисията може да бъдат изслушани и експертни становища. При изготвяне на

становището по преписката КЗК може да се позовава на публична или служебно известна информация.

След приключване на проучването по преписката екипът, който работи по нея, предоставя на наблюдаващия производството член на Комисия за защита на конкуренцията доклад по случая. Той уведомява Председателя на Комисията, който от своя страна насрочва открито заседание за разглеждане на преписката. В тридневен срок от получаване на съобщението за приключване на проучването страните имат право да се запознаят със събраните доказателства. Най-късно до деня, предхождащ откритото заседание за разглеждане на преписката, страните могат да представят доказателствата си по нея.

Характерно за производството по събиране на доказателства пред Комисия за защита на конкуренцията е засиленото служебно начало. На практика в рамките на първата фаза в производството по обжалване - проучването по жалбата, страните не участват. Проучването се извършва изцяло по инициатива на служителите на КЗК и се основава на доказателствата, посочени в жалбата и материалите по преписката, представени от Възложителя. Едва след приключване на проучването от служителите на Комисията страните имат възможност да се запознаят със събраните по преписката доказателства, да вземат становище по тях и да правят нови доказателствени искания. Това от своя страна е основание множество автори да приемат, че в производството пред Комисия за защита на конкуренцията на практика състезателност липсва.

§ 4. Решения на КЗК в производството по обжалване

Комисията взема решенията си на закрито заседание с абсолютно мнозинство от 4 гласа от членовете на комисията.

КЗК проверява актовете на Възложителя единствено за законосъобразност. Макар и административен орган по своята същност, в производството по обжалване по ЗОП, Комисията осъществява правораздавателни правомощия, възложени ѝ със закон. КЗК не може да се произнася по целесъобразността на актовете на

Възложителя, съответно при евентуална отмяна на решението на Възложителя няма правомощия да произнесе решение вместо него, а може единствено да му върне преписката с указания по прилагане на закона.

В производството пред Комисията се прилагат основанията за оспорване, посочени в чл. 146 от Административнопроцесуалния кодекс, а именно: 1. липса на компетентност; 2. неспазване на установената форма; 3. съществено нарушение на административнопроизводствени правила; 4. противоречие с материалноправни разпоредби; 5. несъответствие с целта на закона.

Една група решения на КЗК и ВАС застъпват виждането, че КЗК действа като правораздавателен/квазисъдебен орган, поради което следва да проверява обжалваните актове изцяло, за всички възможни пороци, независимо дали са посочени в жалбата или не. Другата група решения застъпват обратното становище. Според тях Комисията, като административен орган следва да проверява актовете на възложителя единствено за наличие на пороците, посочени в подадената срещу съответния акт жалба. В подкрепа на това разбиране е и разпоредбата на чл. 207 от ЗОП, съгласно която: *„Проучването на преписката се извършва от определените служители по чл. 200, ал. 3 и обхваща обстоятелствата по жалбата*

Ако обжалваният акт не страда от твърдения от жалбоподателя порок, жалбата е неоснователна и Комисията следва да я остави без уважение. Когато обаче обжалваният акт страда от определен порок, КЗК има няколко възможности за произнасяне. На първо място, когато порокът в обжалваното решение на възложителя е толкова съществен, че на практика води до липса на произнасяне, Комисията обявява решението на Възложителя за нищожно. Когато обаче порокът, от който страда актът на Възложителя не е толкова сериозен, че да води до неговата нищожност, КЗК също има няколко варианта за произнасяне. Когато е обжалвано решение на Възложителя за откриване на процедура и Комисията го намери за незаконосъобразно, тя отменя решението и с това слага край на процедурата. Ако предмет на обжалване е действие или бездействие на възложителя в рамките на

процедурата, различни от решение за откриване на процедурата или от решението за избор на изпълнител, Комисия за защита на конкуренцията отменя незаконосъобразното действие или установява незаконосъобразното бездействие и връща преписката за продължаване на процедурата от последното законосъобразно решение или действие или за прекратяване на процедурата.

Когато обаче предмет на обжалване е решение за избор на изпълнител, нещата стоят по-различно. В общия случай, когато процедурата по възлагане е спряна, Комисията отменя решението и връща преписката за продължаване на процедурата от последното законосъобразно решение или действие или за прекратяване на процедурата. Когато обаче процедурата по възлагане не е спряна и е сключен договор е избрания с порочното решение Изпълнител, Комисията следва да направи по-задълбочена преценка на допуснатия порок и доколко той се е отразил на крайния резултат. Когато установи, че е сключен договор е избрания изпълнител в нарушение на разпоредбите на чл. 112, ал. 6 и ал. 8 от ЗОП и когато установи нарушение на закона, засегнало възможността на лицето, подало жалбата, да участва в процедурата или да бъде определено за изпълнител, КЗК отменя решението на Възложителя. Когато не са налице кумулативно и двете предпоставки, или пък е налице незаконосъобразност извън някоя от двете посочени, комисията единствено установява незаконосъобразността на решението, без да го отменя.

Когато обаче някоя от двете предпоставки е налице, КЗК налага санкции на Възложителя за допуснатата незаконосъобразност. В тези случаи, въпреки че Комисията не отменя решението на Възложителя и сключеният договор, установяването на незаконосъобразност има важно практическо значение, тъй като открива пътя пред жалбоподателя за търсене на вреди от Възложителя.

В случай, че решението на Възложителя за определяне на изпълнител е обявено за нищожно от КЗК, на практика липсва една от предпоставките за сключване на договора за възлагане на обществената поръчка. А след като административният акт е нищожен, нищожен ще бъде и сключеният въз основа на него договор.

Аналогични са последиците за сключения Договор и в хипотезата на чл. 215, ал. 2, т. 7. Отмяната на Решението за възложителя за определяне на Изпълнител на практика има същите правни последици като обявяването му за нищожен. Когато обаче КЗК само установи незаконосъобразността на Решението на Възложителя, без да го отменя, това по същество няма да се отрази върху действителността на договора.

§ 5. Разпределение на разноските

За производствата пред КЗК и пред ВАС се дължат държавни такси и разноски, определени е тарифа, одобрена от Министерския съвет. Освен дължимата държавна такса и разноските за вещи лица, всяко лице, което обжалва актове на Възложителя пред КЗК, следва да заплати и адвокатско възнаграждение, в случай, че бъде представявано пред Комисията от адвокат.

При решаване на правния спор Комисията следва да се произнесе и по въпроса за разпределяне на направените от страните разноски. Съгласно чл. 143, ал. 1 от АПК *„Когато съдът отмени обжалвания административен акт или отказа да бъде издаден административен акт, държавните такси, разноските по производството и възнаграждението за един адвокат, ако подателят на жалбата е имал такъв, се възстановяват от бюджета на органа, издал отменения акт или отказ. ”* Подателят на жалбата има право на разноски и когато в хода на производството актът бъде оттеглен от Възложителя, в резултат на което производството бъде прекратено.

Когато съдът отхвърли оспорването или прекрати производството, ответникът има право на разноски, освен ако е поведението си е дал повод за завеждане на делото. Право на разноски при отхвърляне на оспорването или прекратяване на производството пред КЗК имат и заинтересованите страни.

Въпреки че при постановяване на решението си КЗК на практика правораздава, тя не е правораздавателен орган и нейните решения нямат изпълнителна сила. Поради това тя не може да издаде Изпълнителен лист. Събирането на разноските следва да се извършва по реда на чл. 417 от ГПК.

Глава 3. Обжалване на актовете на КЗК пред ВАС

§ 1. Подаване на жалба и образуване на производство

Уредбата относно обжалване на актовете на Комисия за защита на конкуренцията по Закона за обществените поръчки е твърде пестелива. Тя обхваща само две разпоредби от закона - чл. 216 и чл. 216а. За неуредените в ЗОП въпроси законът е предвидил субсидиарно прилагане на Глава дванадесета от Административнопроцесуалния кодекс, уреждаща касационното обжалване на индивидуални административни актове. Обстоятелството, че Законът за обществените поръчки препраща за неуредените въпроси по обжалване на решенията на КЗК именно към Глава дванадесета от АПК ясно показва волята на законодателя Върховния административен съд да действа като касационна инстанция в производството по обжалване по ЗОП. Това обстоятелство от своя страна има значение както за допустимите доказателствени средства в производството, така и към обхвата на проверката, която Върховен административен съд извършва.

Решенията на Комисия за защита на конкуренцията по Закона за обществените поръчки подлежат на обжалване пред тричленен състав на Върховния административен съд. Жалбата се подава в 14-дневен срок от съобщаване на решението на страните чрез КЗК, която изпраща преписката на Върховния административен съд.

§ 2. Основания за обжалване

Основанията за касационно обжалване са: 1. Нищожност; 2. Недопустимост; 3. Неправилност поради нарушение на материалния закон, съществено нарушение на съдопроизводствените правила или необоснованост.

Нищожност на обжалваното решение на КЗК е налице, когато решението страда от такъв порок, който на практика води до липса на решение. За да бъде едно решение на Комисия за защита на конкуренцията нищожно, е необходимо да е

постановено от ненадлежен орган, функциониращ в ненадлежен състав, да е постановено извън пределите на правораздавателната власт на Комисията, да не е в писмена форма и да не е подписано и да не позволява да бъде изведена волята на Комисията. Когато волята на КЗК не може да бъде изведена поради абсолютната неразбираемост на решението, то е нищожно. Нищожното решение не е правно нищо. То слага край на производството пред Комисия за защита на конкуренцията. Нищожното решение обаче не е годно да породи присъщите му правни последици.

Най-общо казано, за да бъде едно съдебно решение недопустимо, трябва да е постановено, без да са налице изискванията, при които делото може да се реши по същество. Решението на КЗК е недопустимо, когато е постановено при липса на положителна процесуална предпоставка или при наличие на отрицателна процесуална пречка за възникване и упражняване на правото на оспорване. Макар и порочно, недопустимото решение на Комисия за защита на конкуренцията поражда по правило всички присъщи на решението правни последици. Само по изключение, когато основаниято за недопустимост на решението води и до неговата нищожност, решението като нищожно е лишено от правен ефект.

Последното основание за касационно обжалване е неправилност. Неправилно е това решение на Комисия за защита на конкуренцията, което противоречи на действителното правно положение. Неправилността от своя страна може да се дължи на три различни причини: 1. нарушение на материалния закон, 2. съществено нарушение на съдопроизводствените правила, 3. необоснованост.

Съгласно чл. 218, ал. 1 от АПК Върховният административен съд обсъжда само посочените в жалбата или протеста пороци на решението. Съгласно ал. 2 на същата разпоредба обаче за валидността, допустимостта и съответствието на първоинстанционното решение с материалния закон, касационният съд следи служебно.

§ 3. Разглеждане на делото. Доказателства.

Подадената жалба срещу решението на Комисия за защита на конкуренцията

се разглежда от 3-членен членен състав на Върховния административен съд. Делото се разглежда в открито съдебно заседание с участието на Прокурор от Върховна административна прокуратура. Върховният административен съд се произнася в срок от един месец от получаване на жалбата.

За установяване на касационните основания се допускат писмени доказателства. Не се допускат доказателства за установяване на обстоятелства, несвързани с касационните основания. Когато пред касационната инстанция не са ангажирани нови писмени доказателства по смисъла на чл. 219, ал. 1 АПК, касационният съд приема за доказани фактите така, както са установени от първоинстанционния съд. Касационният съд може обаче да следи дали фактическите изводи на първоинстанционния съдия не нарушават законите на мисленето, дали са изложени последователни и логични съждения относно фактите по делото.

Съгласно чл. 214, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс Оспорватият може да оттегли или да се откаже изцяло или отчасти от оспорването във всеки един момент до приключване на касационното производство. В този случай жалбата се оставя без разглеждане от съда, а образуваното производство по касационно обжалване се прекратява. Отказът и оттеглянето на касационната жалба, последвани от произнасянето на съда по

тях прекратяват производството по касационно обжалване.

§ 4. Решения на ВАС в производството по обжалване

Когато решението на Комисия за защита на конкуренцията не страда от пороци или ако страда, но те са такива, че не се отразяват на неговата правилност, Върховният административен съд оставя решението в сила.

Ако Върховният административен съд установи, че решението на КЗК е недопустимо, той има няколко възможности в зависимост от конкретния порок на решението. Съдът обезсилва решението на Комисията прекратява производството,

когато Комисия за защита на конкуренцията се е произнесла, без да е сезирана с надлежна жалба или когато жалбата е просрочена или е оттеглена от жалбоподателя в хода на производството. Когато КЗК е допуснала грешка относно предмета на спора, в резултат на което се е произнесла по спор, който страната не е повдигнала, а е пропуснала да се произнесе по действителния предмет на жалбата, след като обезсили решението ѝ, ВАС следва да върне преписката за ново разглеждане от Комисията. В случай че Комисията за защита на конкуренцията се е произнесла по правен спор, който изобщо не е била компетентна да разгледа, ВАС следва да обезсили решението и да изпрати преписката на компетентния съд или орган.

Когато Върховният административен съд намери обжалваното решение на КЗК за нищожно, той обявява нищожността му и, ако делото не подлежи на прекратяване, го връща на Комисия за защита на конкуренцията за произнасяне на ново решение по същество.

Съгласно чл. 222 от Административнопроцесуалния кодекс когато Върховният административен съд намери решението на Комисия за защита на конкуренцията за неправилно, но в същото време то е изяснено от фактическа страна, съдът отменя решението и решава делото по същество.

Когато обаче решението е неправилно поради допуснато съществено нарушение на процесуалните правила или когато трябва да бъдат установени факти, за установяването на които представянето на писмени доказателства не е достатъчно, съдът връща преписката на Комисия за защита на конкуренцията за ново разглеждане. При връщане на делото Върховен административен съд дава указания, които съгласно чл. 224 от Административнопроцесуалния кодекс са задължителни за Комисията.

В случай че решението на Възложителя бъде оттеглено, ВАС обезсилва решението на Комисия за защита на конкуренцията като недопустимо и прекратява делото. В случай, че страните постигнат споразумение, съдът следва да го потвърди с определение, с което обезсилва решението на КЗК и прекратява делото.

С решението или определението по делото Върховен административен съд

следва да се произнесе и разпределение на разносните в производството.

Когато Върховен административен съд отмени решението на Комисия за защита на конкуренцията и върне делото за ново разглеждане, Комисията разглежда преписката по общия ред, като производството започва от първото незаконосъобразно действие, което е станало причина за отмяна на решението на КЗК и връщане на делото. Жалбата или протестът срещу повторно постановено решение на КЗК се разглежда от друг състав на Върховен административен съд. Съгласно чл. 227 от АПК когато решението на Комисия за защита на конкуренцията бъде повторно отменено, ВАС не връща делото за ново разглеждане, а го решава по същество.

Касационното решение на Върховния административен съд е окончателно. Следователно то не подлежи на по-нататъшно обжалване. Влезлите в сила съдебни решения не подлежат на отмяна по реда на чл. 237 - 249 от Административнопроцесуалния кодекс.

§ 5. Обжалване на разпорежданията и определенията на КЗК

Разпорежданията и определенията на Комисия за защита на конкуренцията, които подлежат на обжалване, са: 1. Разпорежданията е които Председателят на Комисия за защита на конкуренцията не образува производство и връща жалбата на жалбоподателя; 2. Определенията по чл. 204, ал. 1 от ЗОП, с които Комисия за защита на конкуренцията се произнася по направено от жалбоподателя искане за налагане на временна мярка; 3. Определенията с които КЗК се произнася по направеното от Възложителя искане за допускане на предварително изпълнение, и 4. Определенията с които Комисията прекратява производството.

Срокът за подаване на жалбата е три дни. Ако частната жалба не отговаря на горепосочените изисквания, Върховния административен съд я оставя без движение и уведомява за това жалбоподателя. Когато жалбата не страда от пороци или констатираните такива бъдат отстранени в предоставения на жалбоподателя за това срок, съдът изпраща препис от частната жалба на КЗК, ако жалбата не е подадена чрез нея, и на останалите страни в производството, които имат възможност да подадат

възражение по частната жалба в 3-дневен срок от получаването ѝ.

Съдът се произнася по частната жалба в закрито заседание в 14-дневен срок от образуване на производството по нея. Съгласно чл. 235 от Административнопроцесуалния кодекс ако отмени обжалваното определение, Върховният административен съд сам решава въпроса по частната жалба. Определението е окончателно и е задължително за Комисия за защита на конкуренцията.

Заклучение

Спазването на правилата за възлагане на обществени поръчки гарантират законосъобразното разходване на националния и европейския паричен ресурс, поради което националното законодателство има за задача да създаде ефективни механизми за контрол. Производството по обжалване актовете на Възложителя по Закона за обществените поръчки е най-важният способ за обезпечаване законосъобразността на актовете и действията на Възложителя. Въпреки големия обществен интерес, до настоящия момент в българската правна доктрина липсваше систематизирано изследване на производството по обжалване, което да обхваща както фазата на първоинстанционно обжалване пред Комисия за защита на конкуренцията, така и касационното обжалване пред Върховен административен съд.

Дисертационният труд разглежда подробно процедурата по обжалване, като обяснява и разяснява основните моменти в процедурата от гледище на правната доктрина и натрупалата се през годините съдебна практика. Изследването е систематизирано в три глави: Глава 1. Предистория и общи положения, Глава

2. Производство по обжалване пред Комисия за защита на конкуренцията и Глава 3. Обжалване на актовете на КЗК пред Върховен административен съд. Глава 1 разглежда общите положения в производството в обжалване, като важно място заемат другите форми на контрол върху законосъобразността на актовете и действията на възложителя - предварителният контрол за законосъобразност, осъществяван от

Агенция по обществени поръчки, и Административнонаказателната отговорност на възложителите. Обърнато е внимание на особения подход, който е използван в Закона за обществените поръчки - законодателят е разграничил три категории лица, които имат право да обжалват съответните актове на Възложителя - заинтересовано лице, заинтересован участник и заинтересован кандидат, като е изброил точно и конкретно актовете, които всяка от категориите има право да обжалва. Характерно за съдържанието на жалбата е, че в нея следва да бъдат изложени всички възражения на жалбоподателите и основанията за тях, което предопределя обхвата на производството пред КЗК. Глава 2 разглежда производството пред Комисия за защита на конкуренцията, като основно място заема изследването на правния статут на Комисията в производството по обжалване по ЗОП, като е обърнато особено внимание на Решение № 6 от 11.11.2008 г. по конституционно дело № 5 от 2008 г. на Конституционният съд на Република България. Изказано е съмнение относно правилността на възприетия от законодателя подход за възлагане на правораздавателни правомощия на Комисия за защита на конкуренцията, доколкото последната представлява административен орган и стои извън системата на съдилищата, които традиционно правораздават в българската правна система. Глава 3 разглежда производството по касационно обжалване пред Върховния административен съд, което до голяма степен се припокрива с касационното обжалване по общия административен процес.

В заключение на настоящия дисертационен труд следва да се отбележи, че действащата понастоящем правна уредба на производството по обжалване на актовете и действията на Възложителя по ЗОП, до голяма степен изпълнява целите и задачите, които са поставени пред нея. Разбира се, това не означава, че е свършена и не следва да бъде изменяна.

Предложения DE LEGE FERENDA

С дисертационния труд са направени следните предложения за изменения в законодателството:

1. Добавяне като изискване към членовете на КЗК да разполагат с най-високо ниво на достъп до класифицирана информация, респективно загубването на това ниво на достъп да води до прекратяване мандата на съответния член на Комисията.

2. Изменение на Чл. 211, ал. 3 от Закона за обществените поръчки като:

- изразът „в производството по проучване“ да бъде заменен с изрази „в производството по разглеждане на жалбата и вземане на решение по нея“;
- да се добави и изразът „или е заинтересован по друга причина от изхода на производството“.

3. Сроковете за подаване на жалба срещу определение или разпореждане на КЗК и за отстраняване на нередовност на частната жалба, да бъдат променени на 3 „работни дни“.

4. Предоставяне на общо правомощие на Изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки да обжалва актовете на възложителя.

5. Особено внимание следва да се обърне на последното предложение за законодателно изменение, а именно - за създаване на специализиран съд по чл. 119, ал. 2 от Конституцията на Република България, който да бъде специализиран по въпросите за защита на конкуренцията в широк смисъл, което от своя страна включва защита на конкуренцията по ЗЗК, възлагането на обществени поръчки по ЗОП и предоставянето на концесии по ЗК. Това предложение е направено като отговор на констатирания в дисертационния труд проблем относно възлагането на правораздавателни правомощия на административен орган като Комисия за защита на конкуренцията, който стои извън системата на съдилищата. Приемането на подобно изменение на практика би представлявало кардинална реформа в производството по обжалване по ЗОП, поради което следва да бъде внимателно обсъдено.