



МИНИСТЕРСТВО НА ИКОНОМИКАТА И ЕНЕРГЕТИКАТА  
АГЕНЦИЯ ПО ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ

39

Изх. номер: 10-00-8

Дата: 04.08.2008

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Бх. № 14/К.С. 5/2008  
Дата 08.08.2008

ДО

КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД

НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

**СТАНОВИЩЕ**

от

Агенция по обществени поръчки

представявана от Миглена Павлова – изпълнителен директор

по

конституционно дело № 5 от 2008 г.

**УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН ПРЕДСЕДАТЕЛ,**

**УВАЖАЕМИ ГОСПОЖИ И ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

С определение от 10 юли 2008 г., постановено по конституционно дело № 5 от 2008 г. Агенцията по обществени поръчки е конституирана като заинтересована страна. Делото е образувано по искане на петчленен състав на Върховния административен съд /ВАС/ за установяване на противоконституционност на § 128, §130, §131, §132 и §133 от Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, обнародван в ДВ, бр. 37 от 2006 г., в сила от 1 юли 2006 г. С посочените параграфи е изменена изцяло Глава единадесета от Закона за обществените поръчки /ЗОП/, като е въведен нов ред за обжалване пред Комисията за защита на конкуренцията на решенията, действията и бездействията на възложителите в процедурите за възлагане на обществени поръчки.

Според искането на петчленния състав на ВАС, постановено с определение от 17 юни 2008 г. по адм. дело № 7527/2008 г. правомощията на КЗК по разглеждане на жалби срещу актовете на възложителите по Закона за обществените поръчки представляват правораздаване и тъй като комисията не е съд, то тази нейна дейност е в противоречие с конституционни норми. Съгласно чл. 119, ал. 1 от Конституцията правораздаване може да се осъществява само от съдилищата.

Следва да се има предвид, че от приемането на Закона за обществените поръчки /отм./, т.е. от м. юни 1999 г. досега, редът за обжалване е променян основно три пъти. По отменения ЗОП от 1999 г. е предвидено обжалване по реда на Закона за административното производство /отм./, съответно Закона за Върховния административен съд /отм./ Този ред на обжалване показва един съществен недостатък, а именно суспензивния ефект на жалбата. Така се даваше възможност на всички участващи в процедурите, които не са доволни от крайния резултат да подават жалба, често не поради убеденост, че правата им са засегнати, а просто, за да забавят и евентуално да възпрепятстват сключването на договор с техен потенциален конкурент. Това създаваше твърде много проблеми на възложителите, които бяха поставени в силно затруднение, поради невъзможност своевременно да сключат договорите, докато трае обжалването и съответно да удовлетворят потребностите си, необходими за нормалната им работа.

Приемането на ЗОП от 2004 г. бе в изпълнение на поетите задължения от Република България по глава първа “Свободно движение на стоки” в преговорния процес по присъединяване на страната към Европейския съюз. Като бъдеща страна-членка тогава, България следваше да приведе националното законодателство в съответствие с европейското законодателство в областта на обществените поръчки. С този закон е въведено ново разбиране за характера на актовете на възложителите. Съгласно чл. 11 от закона актовете на възложителите, приети по повод процедурите за възлагане на обществени поръчки, не са индивидуални административни актове. Независимо от причините довели до този нов подход, той доведе до промяна и в реда за обжалване. Всеки кандидат в процедура за възлагане можеше да предяви иск за отмяна на решението на възложителя пред районния съд, чието решение подлежи на обжалване пред съответния окръжен съд. Основен недостатък при този ред на обжалване е практическата невъзможност за участващите да защитят своите накърнени интереси. Поради претрупаността на съдилищата и продължаващата години съдебна процедура, когато спорът се разреши изпълнението на договора отдавна е приключило.

Практиката по време на прилагането на този ред показва, че в болшинството от случаите обжалването се оказва безсмислено.

Следва да се отбележи предвидената възможност за алтернативно разглеждане на спора от нарочно създаден към Агенцията по обществени поръчки арбитражен съд. Той обаче не успя да се наложи като фактор при разглеждане на спорове по обществени поръчки, една от причините за което е, че до сезирането му се стигаше чрез подписване на доброволно арбитражно споразумение от всички заинтересовани страни.

Така се стигна и до последната смяна на правилата за обжалване на процедурите за възлагане на обществените поръчки. Тя се извърши в отговор на критиките на Европейската комисия относно системата за обжалване. В тях, освен някои несъответствия на закона с европейските директиви по обжалване (Директива 92/13/ЕИО и Директива 89/665/ЕИО) като основни недостатъци се посочваха липсата на бързина и ефективност за противодействие на незаконосъобразните действия на възложителите и оттам неспособност да се защитят интересите на потенциалните изпълнители на договори за обществени поръчки.

Действащият към момента ред в най-голяма степен съчетава изискванията на споменатите по-горе европейски директиви, и най-вече тези, за бързина и ефективност, като същевременно гарантира защита на правата и интересите и на двете страни в процеса на възлагане на договори за обществени поръчки. Едно от неговите предимства, пред горепосочените два реда за обжалване е бързината – споровете се разглеждат в срок до 2 месеца и тези срокове се спазват. Спирането на процедурите е възможно, но не е автоматично с подаване на жалба, което е по-гъвкав подход, даващ възможност при застрашаване интересите на участника да се попречи на възложителя да сключи договор чрез налагане на временна мярка. От друга страна, когато не са налице основания за спиране възложителят ще може да удовлетвори своевременно нуждите си въпреки обжалването, което не го освобождава от отговорност, ако в резултат на жалбата се установи незаконосъобразност на неговите действия.

Основното твърдение в искането на Върховния административен съд е, че КЗК не е съд, но извършва правораздавателна дейност. Безспорно е, и в тази насока подкрепяме аргументираното становище на съда, че Комисията за защита на конкуренцията не е съд, а административен орган, носител на държавна власт. Нейните статут и компетентност са уредени в глава втора от Закона за защита на конкуренцията, където тя е определена като “независим специализиран държавен орган на бюджетна издръжка”. Начинът на конституиране на нейния състав съществено се различава от

изискванията за този, на съдилищата. Членове на комисията могат да бъдат не само лица с юридическо, а и с висше икономическо образование. Те се избират и освобождават от Народното събрание, а не от Висшия съдебен съвет. За разлика от съдиите съставът на комисията не е несменяем, а членовете му са с определен мандат. Изброените дотук характеристики потвърждават становището, че КЗК е административен орган, различен от съд. В този смисъл е и Решение № 22 от 24.09.1998 г. на Конституционния съд по конст. дело № 18 от 1998 г., в мотивите на което тя е определена като орган на администрацията, чийто решения са индивидуални административни актове. Подобно на нея са създадени и действат и други органи напр., Комисията за регулиране на съобщенията, Комисията за финансов надзор, Комисията за защита от дискриминация, Държавната комисия по сигурността на информацията и т.н.

В писменото си искане ВАС твърди, че производството пред КЗК не е производство пред по-горестоящ административен орган, което е уредено в дял втори, глава шеста на Административно процесуалния кодекс (АПК), поради наличие на съществени различия между двете производства. Един от аргументите в тази насока е, че комисията не е в йерархическа връзка с възложителите на обществени поръчки. На следващо място е довода, че съгласно чл. 120, ал. 1 от ЗОП при оспорване на решенията, действията или бездействията на възложителите КЗК се произнася само по законосъобразността на акта, но не и по неговата целесъобразност, каквито правомощия има по-горестоящият административен орган при оспорването по административен ред.

От друга страна макар и да не посочва изрично, че актовете на КЗК са правораздавателни актове, в искането си ВАС навежда редица доводи, в подкрепа на заключението, че без да е съдебен орган разглеждайки жалбите срещу процедурите по обществени поръчки, комисията извършва правораздаване. Основен аргумент в тази насока е, че производството пред КЗК, подобно на съдебното е състезателно. Изброени са и други сходства с производството пред съд, отнасящи се до откриване на производството, проверката на допустимостта и редовността на жалбата, събиране на доказателства, мотивиране на решението, даване на задължителни указания и др. Твърди се, че решението на комисията не е индивидуален административен акт, а с него се осъществява контрол за законосъобразност на вече издаден индивидуален административен акт на възложителя. В заключение, на база "стриктно тълкуване на

чл. 122е от ЗОП” се прави извод, че производството пред ВАС по обжалване решението на КЗК е касационно по своя характер.

Не приемаме изложените аргументи и направените изводи от ВАС за извършване на правораздавателна дейност от КЗК по следните съображения:

Производството пред КЗК за обжалване на индивидуален административен акт като вид административно производство има редица сходни белези с уредените в Административнопроцесуалния кодекс (АПК) производства пред административни органи и за оспорване на административни актове пред съд. Такива са наличието на правен спор, сезирането, равенството на страните, състезателното производство, независимост на решаващия орган. Осъществяваната от КЗК дейност обаче следва да се разглежда като вид специализиран административен контрол за законосъобразност на актовете на възложителите. Този контрол се осъществява в рамките на едно административно производство, което завършва с издаването на административен акт. Това е специално административно производство, различно от уреденото в дял втори, глава шеста на АПК. Специалните правила по регламентирането му се налагат поради специфичния характер на правоотношенията и субектите на обществени поръчки. Тук следва да се има предвид разнообразието в правноорганизационните форми и статута на възложителите. Не всички възложители са административни органи, носители на държавна власт, както и не всички имат по-горестоящ административен орган, напр. възложителите, посочени в чл. 7, т. 5 и 6 ЗОП.

Следва да се отбележи, че самият кодекс допуска изключения от неговото прилагане. Съгласно чл. 2 от АПК кодексът се прилага за административните производства пред всички органи, “доколкото със закон не е установено друго”. Такъв специален административен ред е установен с разпоредбите на Глава единадесета от ЗОП. Като специален акт по отношение на АПК, той е уредил подробно и изчерпателно това производство. В тази връзка е и чл. 22, т. 1 от АПК, който е допуснал изключения от прилагането на производството по издаване на индивидуални административни актове по отношение на административни актове, за които е “предвидено специално производство с оглед естеството им”. Такова е производството при разглеждане на спорове от КЗК, по които тя се произнася с административен акт. Не споделяме твърдението, че актовете на КЗК не са такива, защото тя не е сред органите, изброени в раздел I от глава втора на ЗОП. Прегледът на структурата на закона ясно показва, че изброяването там не е изчерпателно. В посочения раздел са уредени само органите, чиито правомощия са свързани с осъществяване на държавната политика в областта на

обществените поръчки, а в отделни глави са уредени органите по обжалването (глава единадесета) и контрола (глава дванадесета).

Аналогично на производството, и решението, с което се произнася КЗК има характеристиките на административен акт. В него се посочва органът, който го издава, адресатите на акта, фактическите и правни основания за издаването му, органът пред който актът може да се обжалва и т.н. По някои от белезите си то прилича и на съдебното решение, но има една съществена характеристика, която го отличава. Това е силата на пресъдено нещо или т.нар. “материална законна сила”. Това е основната и най-важна последица от съдебното решение, като краен акт на правораздавателната дейност. Всяко правораздаване, вкл. и административното приключва с решение, което има сила на пресъдено нещо. В този смисъл актовете на КЗК, независимо, че с тях се решава административен спор не са правораздавателни актове, тъй като не се ползват със сила на пресъдено нещо.

Не споделяме становището на петчленния състав на ВАС, че при стриктното тълкуване на чл. 122е от ЗОП се налага извода, че “производството пред ВАС е касационно”. С посочената разпоредба е уредена възможността за съдебен контрол на административните актове. В чл. 122е от ЗОП се предвижда обжалване на решението на КЗК пред тричленен състав на ВАС в 14-дневен срок от съобщаването му на страните, като решението на съда е окончателно. От тази разпоредба не може да се направи категоричното заключение за касационен характер на съдебното обжалване. Както цялото производство по оспорване и издаване на акта на КЗК, така и редът за неговото обжалване са изключени от АПК. Съгласно чл. 131 от кодекса съдебните производства по него са двуинстанционни, “освен когато ..... в друг закон е установено друго”. Именно такава изключение е предвидено в чл.122е, ал. 2 от ЗОП относно решенията на ВАС. С него се урежда едноинстанционен съдебен контрол на решенията на КЗК, постановени във връзка с упражняването на административен контрол за законосъобразност на актовете на възложителите. Този контрол е двуинстанционен като разглеждането на актовете се извършва от административен орган като първа инстанция и от съдебен орган като втора и последна инстанция. Този ред е и в съответствие с изискванията на посочените по-горе европейски директиви, регламентиращи обжалването на обществените поръчки. Следва да се отбележи, че тези директиви са изменени с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Света от 11 декември 2007 г. с цел повишаване ефективността на процедурите за преразглеждане. Тази директива трябва да бъде въведена от държавите-членки не по-

късно от 20 декември 2009 г., в който срок е предвидено да се приведе в съответствие с нея и Законът за обществените поръчки. В чл. 2, т. 9 от нея се изисква, когато първоначално разглеждащия спор орган не е съдебен, решенията му да съдържат мотиви и да се осигури възможност за съдебно преразглеждане.

Въз основа на изложеното дотук може да се направи извод, че производството пред КЗК не е правораздавателна дейност, а специално производство, уредено от специален закон – Законът за обществените поръчки, което не противоречи на конституционните разпоредби. Ето защо считаме, че искането за обявяване на противоконституционност на § 128, §130, §131, §132 и §133 от Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки (ДВ, бр.37 от 2006 г.), с които се изменят или създават чл. 120 – 122л от Закона за обществените поръчки е неоснователно и следва да бъде отхвърлено.

**ИЗПЪЛНИТЕЛЕН ДИРЕКТОР:**



**МИГЛЕНА ПАВЛОВА**