

ОБЩИ ПРАВИЛА ПО ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНА ПОРЪЧКА. ОСПОРВАНЕ.

КОНТРОЛ

ТЕОДОРА ПОПОВА, студентка от програма “Право”, НБУ

I. Общи правила

Законът за обществените поръчки очертава основните принципи, правила и процедури за възлагане на обществените поръчки, както и контрола по разходване на обществени средства и предоставянето на актуална информация за възлаганите обществени поръчки. Целта на закона е да се създаде прозрачност в обществените отношения при възлагането на обществените поръчки, както и да се приведе вътрешното законодателство в съответствие с основните директиви на Европейския съюз. Принципите, установени в този Закон трябва да бъдат спазвани за всяка една обществена поръчка без значение на каква стойност е и какъв е предмета ѝ.

Основна черта на правната уредба на обществените поръчки е, че има императивен характер и в закона преобладават процедурните норми, т.е. норми, които уреждат подробно елементите на процедурите за възлагане на обществените поръчки.

В закона за обществените поръчки е предвидено действията и актовете във връзка с нарушенията на процедурите за възлагане на обществените поръчки да могат да се обжалват от всеки един от кандидатите, участвали в процедурата. За целта е създаден Арбитражен съд към Агенцията по обществените поръчки. Въведени са задължителни образци на обявленията, което гарантира недопускането на непълноти, които могат да се окажат от съществено значение за кандидатите. Ново е и изискването за изпращане на обявлението в електронен вид, което е важно условие за достигане на подаваната информация до кандидата във вида, в който е изработена от възложителя. Новост в настоящия закон е възможността за осъществяване на предварителен подбор на участниците чрез използване на системи за предварителен подбор, които имат определен срок на действие.

Обекти

Обектите на обществените поръчки са изброени като са групирани в три групи по предмет:

доставка на стоки- чл.3, ал.1, т.1- като те могат да бъдат осъществявани чрез:

покупка;

лизинг;

покупка на изплащане.

Под доставка се разбира набавянето на необходими стоки, машини, съоръжения и оборудване за възложителя на обществената поръчка.

предоставяне на услуги- чл.3, ал.1, т.2- тук са включени всички видове услуги за: поддръжка, текущ и основен ремонт на машини и съоръжения, правно обслужване, системи за охрана, финансови услуги и др.;

извършване на строителство- чл.3, ал.1, т.3- строителството има комплексен характер и ЗОП задължава в тази група да бъдат включени всички фази на строителството, от проектирането и изграждането на обекта, включително и дейности свързани с експлоатацията на обекта, в това число технически контрол на проектирането и строителен надзор. В тази група влизат също разрушаването на сгради и строителни съоръжения както и строителни и монтажни работи на всички видове инсталации.

2. Субекти

Субекти на обществените поръчки според чл.6 са възложителите, кандидатите и изпълнителите. Възложителите са изчерпателно изброени в чл.7, ЗОП- това са субекти тясно свързани с разходването на обществени средства, или предоставящи услуги от широк обществен интерес. Такива са държавните органи, кметовете на общини, висшите училища, здравно осигурителните пенсионни фондове, търговските експлоатационни дружества и държавните предприятия и др.

Кандидат за изпълнител на обществена поръчка може да бъде всяко лице, което има интерес към обявената от възложителя процедура, и което отговаря на поставените от него изисквания.

Изпълнител на обществена поръчка е кандидат за изпълнител, с който възложителят е сключил договор за изпълнение на обществена поръчка, и който е регистриран като търговец по смисъла на Търговския закон, или е лице, упражняващо свободна професия.

3. Видове процедури

Според чл.11 актовете на възложителите на обществени поръчки, приети във връзка с процедурата за възлагане на обществени поръчки, не са индивидуални административни актове. Действията и актовете могат да се обжалват от всеки един от кандидатите, участвали в процедурата. Чл.16, ЗОП предвижда, че обществените поръчки се възлагат чрез:

открита процедура- при нея всички заинтересовани лица могат да подадат оферта;

ограничена процедура- при нея оферта могат да подадат само кандидати, които са получили покана от възложителя след предварителен подбор;

процедури на договаряне- възложителят води преговори с един или няколко избрани от него кандидати;

конкурс за проект- процедура, при която възложителят придобива план или проект, избран от независимо жури, въз основа на проведен конкурс с или без присъждане на награда.

4. Органи

Държавната политика в областта на обществените поръчки се осъществява от министъра на икономиката. Той утвърждава образците на обявления и на информацията за възложените обществени поръчки и проекти. Към министъра на икономиката е създадена Агенция по обществени поръчки, с цел подпомагането му при осъществяване на политиката в тази област. Към агенцията се създава Арбитражен съд за разглеждане и решаване на спорове по обществени поръчки. Според чл.20, ЗОП устройството на арбитражния съд се урежда с устав, а разглеждането на делата- с правилник, които се приемат от Министерски съвет. Министерският съвет определя за председател юрист с над 10 години стаж по специалността. Листата на съда е отворена. Всяка страна може да посочи като арбитър лице, което е пълнолетен български гражданин, неосъждан, който има най-малко 5 години юридически стаж.

5. Регистър на обществените поръчки

Създава се и регистър на обществените поръчки. Всички възложители са длъжни до първи март всяка година да публикуват в “Държавен вестник” и агенцията за вписване в Регистъра на обществените поръчки информация за планираните обществени поръчки през годината по видове.

6. Процедурата за възлагане на обществена поръчка

Откриването на процедурата за възлагане на обществена поръчка започва с вземане на решение от страна на възложителя, с което одобрява обявлението за обществена поръчка и документацията за участие в процедурата. Решението и обявлението се изпращат за публикуване в “Държавен вестник” и агенцията за вписване в Регистъра за обществените поръчки и в електронен вид. Възложителят назначава комисия за провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка, като определя нейния състав и резервни членове. Според чл.34, ал.2, ЗОП комисията се състои най-малко от трима членове, един от които задължително е правоспособен юрист, а останалите са лица, които притежават необходимата професионална квалификация и практически опит в съответствие с обекта и сложността на поръчката. Решенията на комисията се вземат с мнозинство от членовете ѝ. В процеса на работа комисията може да стигне до решение за прекратяване на процедурата за възлагане на обществена поръчка. Възложителят сключва писмен договор за обществена поръчка с кандидата, определен за изпълнител на поръчката. Сключен веднъж договорът не може да бъде изменян и допълван. В процедурата може да участва всеки кандидат, който отговаря на предварително обявените условия. Не може да участва кандидат, който е:

осъден с влязла в сила присъда за престъпление против финансовата, данъчната или осигурителната система, за престъпление по служба или за подкуп, както и за престъпление против собствеността или против стопанството, освен ако не е реабилитиран;

обявен в несъстоятелност;

в производство по несъстоятелност;

лишен от правото да осъществява търговска дейност.

Всеки кандидат в процедурата за възлагане на обществена поръчка според чл.55, ЗОП има право да представи само една оферта.

II. Оспорване

1. Съдебно производство

Настоящата правна уредба на обществените поръчки предвижда изрично упрежняване на контрол за законосъобразност на решенията на възложителите,

взети в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка. Контролът е съдебен, а компетентен е районният съд. Съдът осъществява контрол върху решенията само ако е сезиран с иск за отмяна на решение на възложителя. Производството се осъществява по правилата на гражданския процес. Отмяната на решенията не е предмет на административен процес, защото самите решения на възложителя не са индивидуални административни актове-(чл.11,ЗОП).

Оправомощени да искат отмяна на решение на възложителя са лицата, които имат правен интерес от отмяната му, а това са лицата, които не са класирани или не са определени за изпълнители, както и лицата, които не са допуснати да участват в процедурата. Ответник по иска е възложителят, а ако има класирани кандидати или определен кандидат, искът се предявява и срещу тях. И по този начин не само възложителят, но и кандидатите се обвързват от силата на присъдено нещо на влязлото в сила съдебно решение и отмяната или оставането в сила на решението на възложителя имат действие и по отношение на тях. Те имат възможност да се защитят. Но дори искът да не се предяви срещу тях, съдебното решение има конститутивно действие и затова трети лица, които не са участвали в процеса като страна, са длъжни да зачитат действието на решението и не могат да оспорват настъпилата гражданско правна последица- материално правната промяна. При участие на класираните кандидати те могат да правят на ищеца възражения с цел да отхвърлят иска за отмяна на решението на възложителя и оставянето му в сила.

Предмет на съдебен контрол са само актовете на възложителя. Но не всички актове, а само решенията на възложителите. Решенията, подлежащи на отмяна са изрично посочени в закона. Те са:

решенията на възложителя за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка, с което се одобрява обявлението за обществената поръчка и документацията за участие в нея- чл.25,ал.1;

решението, с което възложителя прекратява процедурата за възлагане на обществена поръчка в изрично определените в закона хипотези- чл.39, ал.1;

решението, с което възложителят обявява класирането на кандидатите и кандидата, определен за изпълнител при откритата процедура- чл.73, ал.1;

решението, с което възложителят обявява кандидатите, предложени от комисията, които ще бъдат поканени да представят оферти в ограничената процедура- чл.79, ал.4;

решението, с което възложителят обявява кандидатите, предложени от комисията, които ще бъдат поканени за участие в договарянето при процедура на договаряне с обявление- чл.88, ал.4;

решението, с което възложителят обявява класирането на участниците в конкурса съгласно протокола на журито, както и наградите и другите плащания- чл.101, ал.3; решенията на възложителя за включване на кандидат в системата за предварителен подбор при възлагане на обществени поръчки от възложители, които извършват дейности във водоснабдяването, транспорта и пощенските услуги- чл.106, ал.4; решение, с което възложителят прекратява участието в системата за предварителен подбор на кандидат, който е престанал да отговаря на обявените критерии в процедурата по възлагане на обществени поръчки от възложители, които извършват дейности във водоснабдяването, транспорта и пощенските услуги- чл.106, ал.9.

В закона са изчерпателно изброени и основанията за отмяна на решение на възложителя. Те са:

решението е взето в нарушение на закона. Това означава, че решението противоречи на императивни норми на закона- както на ЗОП, така и на други закони и подзаконов нормативни актове. В чл.122, ал1, ЗОП не се изисква нарушението да е съществено, от където следва, че всяко нарушение на закона е основание да се иска отмяна на решение на възложителя.

класираните кандидати, съответно определеният изпълнител, не отговарят на особените изисквания- и тук се касае за нарушаване на ЗОП, друг закон или подзаконов нормативен акт, които регламентират изискванията, на които трябва да отговарят кандидатите;

не са спазени критериите за оценка на офертите- т.е. ако оценката не е направена по един от следните критерии- най- ниска цена или икономически най- изгодна оферта.

Искът за отмяна на решението на възложителя, постановено в процедурата по възлагане на обществена поръчка се предявява в седем дневен срок. В исковата молба се посочва конкретното решение и основанията за отмяна. Ищецът трябва да посочи в какво конкретно се изразява незаконосъобразността на решението. Искът може да бъде подаден от един или няколко кандидати срещу възложителя и класираните кандидати. Искът е конститутивен. С него се цели да настъпи правна промяна- да се заличат с обратна сила възникналите правни последици от решението на възложителя и да се предотврати пораждането на нови такива.

Срокът е преклузивен и с изтичането му се погасява правото да се иска отмяна на незаконосъобразното решение.

Искът не спира изпълнението на решението на възложителя, освен ако ищецът не поиска това като обезпечителна мярка. Чл.120, ал.4, ЗОП предвижда, че при всяко положение на делото съдът може да постанови спиране на изпълнение на решението. Чл.20, ал.3, ЗОП визира една от особеностите на процеса за отмяна на

незаконносьобразното решение на възложителя, а именно, че всеки един от кандидатите има право да встъпи в делото и да го поддържа, ако ищецът се откаже, или да го поддържа, ако ищецът го оттегли или се откаже от иска.

От значение за допустимостта на иска е дали е предявен от надлежния ищец срещу надлежния ответник. Ако не са налице тези изисквания, искът е недопустим и производството следва да се прекрати.

Съдът след като направи проверка по допустимост на иска пристъпва към неговото разглеждане.

Ако се установи, че решението страда от порок изрично предвиден в закона, съдът отменя решението на възложителя. Ако решението е законосъобразно съдът отхвърля иска като неоснователен. Но районният съд не може да постанови ново законосъобразно решение на мястото на отмененото.

Решението на съда подлежи на въззивно обжалване пред окръжния съд. Жалбата се подава в срокове и по реда определен в Гражданско процесуалния кодекс- дял втори, глава 18. по отношение на процедурата пред въззивния съд и правомощията на въззивната инстанция изцяло се прилагат общите правила на ГПК. Според чл.120, ал.5, ЗОП решението на въззивната инстанция е окончателно, т.е. не подлежи на касационно обжалване. Няма обаче пречка да се иска преглед по реда на надзора на влязлото в сила съдебно решение при условията и по реда, определени в ГПК.

2. Арбитраж

В настоящия закон упражняването на контрол върху законосъобразността на възлагането на обществени поръчки се възлага на Арбитражен съд. Той разглежда и решава спорове по обществени поръчки - чл. 20, ал. 1. Новост в закона е и решаване на спора между възложител и кандидат чрез сключване на арбитражно споразумение. Възникналите спорове във връзка с възлагането на обществени поръчки се решават от постоянна институция. Арбитражният съд не черпи своята правораздавателна власт от закона, а от съгласието на страните по спора, които сключват писмено арбитражно споразумение. По силата на това споразумение, се възлага на арбитраж решаването на спора им.

Арбитражният съд се различава от особената юрисдикция по това, че неговата юрисдикция не е задължителна. Арбитражният съд се създава в системата на изпълнителната власт към Агенцията по обществени поръчки. Законът визира арбитражния съд като арбитраж по смисъла на чл. 9, ал. 1 ГПК - правораздавателен орган, основан на арбитражно споразумение. В тази връзка всеки възложител може да предложи сключване на арбитражно споразумение- чл. 123, ал.1 ЗОП. Сключването му

става чрез подаване на оферта от възложителя, като няма пречка обаче и кандидатите да предлагат арбитражно споразумение. Страните са свободни да решат дали по съдебен или по арбитражен ред да решат техните спорове. Освен това те са свободни и да дерогират правораздавателната власт на съда по свое собствено усмотрение и убеждение.

Арбитражния съд към Агенцията по обществени поръчки е специализиран в разглеждането и решаването на спорове между възложители и кандидати, възникнали при осъществяване на процедурите по възлагане на обществени поръчки. Наблюдава се обаче известно противоречие в закона. От една страна, се касае за институционен арбитраж, чието устройство се урежда с устав, а разглеждането на делата - с правилник, като и двата акта се приемат от Министерския съвет - чл. 20, ал. 2 ЗОП. Министерски съвет определя и председателя на Арбитражния съд. Следователно от буквата на закона следва, че Арбитражният съд е институционен. От друга страна, законът не задължава страните да посочат за арбитри само лицата, които са включени в листата на Арбитражния съд, а дава възможност на всяка страна да посочи като арбитър лице, което отговаря на изискванията на чл. 20, ал. 5 ЗОП. Според проф. Голева и доц. Марков ако обаче се избере лице, което не е включено в листата, се поставя въпросът това решение на институционния арбитраж към Агенцията по обществени поръчки ли е, или е решение на арбитраж *ad hoc*. Според тях замисълът на закона не е такъв и ще следва да се приеме, че страните са длъжни да посочват арбитри от листата на Арбитражния съд и че арбитражното решение се издава от името на същия съд.

Счита се, че със създаването на Арбитражния съд към Агенцията по обществени поръчки и с определянето на неговия председател от МС се нарушава непристрастността и неутралитетът при решаването на правни спорове. Твърдението се налага от това, че функцията на арбитража е свързана с проверка на законосъобразността на решения на възложители, които в голямата си част са органи на изпълнителната власт. Оказва се, че орган към проверяваните субекти ще решава споровете за законосъобразността на техните актове. Това противоречи на изискването арбитражът да е доброволен, да не принадлежи към нито една от спорещите страни и арбитрите му да не се определят от органа, който ще бъде една от спорещите страни.

Законът визира спор, основан на всяко материалноправно или процесуалноправно нарушение на Закона за обществените поръчки, т.е. спор между участник в процедурата по възлагане на обществени поръчки и възложителя. Арбитражното производство не би следвало да се ограничава по отношение на своя контрол само върху законосъобразността на някои решения. На практика, за да не създават усложнения и напрежение между арбитражната институция и съда, арбитражните споразумения ще възпроизвеждат нормативната уредба на съдебната отмяна. Още повече че чл. 121, ал. 6

ЗОП изрично предвижда, че сроковете за предявяване на исковете по чл. 120, ал. 2 и за разглеждане на делото важат и за арбитража. Следователно според буквата на закона предмет на арбитражен спор е отмяната само на решения на възложителя, които подлежат и на съдебен контрол и тази отмяна може да се иска в същите срокове и на същите основания, както и съдебната отмяна.

Решението на възложителя може да бъде отменено, ако арбитражът прецени, че то нарушава закона. Арбитражното решение е окончателно, не се обжалва и може да се иска само отмяна на основанията на Закона за международния търговски арбитраж, който поначало намира субсидиарно приложение. Арбитражното разглеждане и решаване на спора относно законосъобразността на решението на възложителя дерогира съдебния ред. Неговото наличие е отрицателна процесуална предпоставка за предявяването на иска пред съда, релевирана по възражение на ответника. Съдът не губи значението си при арбитражно решаване на спора и съгласно новата правна уредба само от съда може да се иска да спре изпълнението на подлежащото на отмяна решение по реда на обезпечителното производство - чл. 121, ал. 7 ЗОП. Арбитражът няма право да го спира. Но ищецът има възможност да иска от районния съд да спре изпълнението както при бъдещ, така и при предявен иск пред арбитража.

III. Административен контрол

Контролът върху законосъобразността на процедурата по възлагане на обществени поръчки се осъществява по исков и по административен ред.

Компетентни в тази област са Сметната палата и органите на Агенцията за държавен вътрешен финансов контрол. Сметната палата упражнява контрол върху възложителите по чл.7, ал. 1, включително и контрола върху спазването на ЗОП. Контрол за спазването на ЗОП се упражнява върху Народното събрание, Министерския съвет, президентството, министерства, други централни органи на изпълнителната власт, кметове, общински съвети, областни управители и други местни органи на изпълнителната власт. Самата Сметна палата е държавен орган за външен одит на бюджета и други публични средства и дейности - чл. 1, ал. 1 от Закона за Сметната палата. Предмет на нейния одит са държавният бюджет, бюджетът на Държавното обществено осигуряване, на Националната здравноосигурителна каса, бюджетите на общините и други бюджети, приемани от Народното събрание.

Сметната палата изпраща материалите по одита на съответния компетентен орган за търсене на имуществена или административнонаказателна отговорност при наличие на

данни за вреди и за нарушения, които не съставляват престъпления, а при наличие на данни за престъпление изпраща материалите на прокуратурата.

Органите на Агенцията за държавен вътрешен финансов контрол по силата на ЗОП и на Закона за държавния вътрешен финансов контрол също упражняват контрол върху възложителите за спазването на ЗОП. Държавният вътрешен финансов контрол обхваща дейността на лицата, финансирани със средства от републиканския и от общинските бюджети, както и по програми на Европейския съюз по отношение на тези средства - чл. 4, ал. 2 от горепосочения закон. Контролът се осъществява по линията на вътрешния одит, упражняван от органите на агенцията.

Възложители, които не подлежат на вътрешен одит, се проверяват от органите на Агенцията за държавен вътрешен финансов контрол относно спазването на ЗОП чрез проверки - чл. 123, ал. 4 ЗОП.

При констатирани нарушения в контролираните обекти директорът на агенцията или упълномощени от него лица имат право: да дават писмени указания за тяхното отстраняване; да правят предложения до компетентните органи за спиране на действията, които водят до извършване на нарушения и до причиняване на вреди; да правят предложения пред компетентните органи за отмяна на незаконни актове на ръководителите на одитираните обекти; да предлагат търсене на имуществена и дисциплинарна отговорност по Кодекса на труда и по Закона за държавния служител- чл. 39 от Закона за държавния вътрешен финансов контрол.

Библиография

Закон за обществените поръчки- 2004г.

Иванова Звезделина, Коментар на Закон за обществените поръчки, изд. Нова звезда,София, 2004

Голева, Марков, Новата правна уредба на обществените поръчки, ИК “Труд и право”, София, 2004