



КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

София 1000, бул. "Витоша" № 18, Тел.: 02/ 935 6113; Факс: 02/ 980 7315

КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД

Д. № 14/К.С. 5/0

Дата 30.07.08

Изх. № 1567-И

Дата 30.07.08

ДО
КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД
НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

СТАНОВИЩЕ

ОТ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА
НА КОНКУРЕНЦИЯТА

ПРЕДСТАВЛЯВАНА
ОТ
ПЕТКО НИКОЛОВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ

ПО
КОНСТИТУЦИОННО ДЕЛО
№ 5 / 2008 ГОД.

Ба и
разликата
и разпоредба
содержание
30.07.08

Уважаеми дами и господа конституционни съдии,

По повод образуваното от Вас дело № 5/2008 г. във връзка с искането на Върховния административен съд за установяване на противоконституционност на параграфи 128, 130, 131, 132, 133 от Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, обнародван в ДВ, бр. 37 от 05.05.2006 г., в сила от 01.07.2006 г. във връзка с разпоредбата на чл. 119 от Конституцията на Република България представям на Вашето внимание становището на Комисията за защита на конкуренцията.

В процеса на присъединяване на България към Европейският Съюз подобно на всички останали страни, които желаят да се присъединят, България пое редица ангажменти във връзка със спазването на цялото прието законодателство на ЕС (*acquis communautaire*), което при приемането на България и Румъния беше разделено на 31 специфични глави, по всяка от които страната ни поемаше ангажменти за хармонизиране на законодателството си с правото на общността, като завършването на целия преговорен процес беше предпоставка за приемането на България в ЕС. В изпълнение на поетите ангажменти по Глава 1: „Свободно

движение на стоки” заедно с редица други задължения България трябваше да транспонира в своето законодателство достиженията на общностното право в областта на обществените поръчки и в частност разпоредбите на Директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО относно обжалването на процедурите за възлагане на обществени поръчки.

Редът за обжалване на обществените поръчки от приемането на Закона за възлагане на държавни и общински поръчки през 1997 г. до приемането на Закона за обществените поръчки (ДВ. бр.28 от 6 Април 2004 г., в сила от 01.10.2004 г.) беше изцяло по реда на отменения Закон за административното производство (с изключение на някои случаи, в които обжалването се извършваше по Закона за Върховния административен съд) с предвидената възможност за обжалване по административен ред пред по-горестоящия административен орган и по съдебен ред пред съответния окръжен съд и Върховния административен съд като последна инстанция. Този способ за обжалване на практика притежаваше един основен недостатък - невъзможност на съда да се произнесе в кратки срокове, тъй като в ЗАП липсваше срок за произнасяне, а съгласно чл.37, ал.3 ЗАП подадената жалба спираше изпълнението на административния акт, което на практика обезсмисляше процедурите по огромен брой обществени поръчки, за които времето на изпълнение се оказваше многократно по-малко от времето, през което съответният административен акт на възложителя е обект на обжалване по реда на ЗАП. Поради тази причина много процедури за обществени поръчки бяха прекратявани и след това започвани от самото начало.

След направената преценка за неудачността на съдебното обжалване по ЗАП, в приетият през 2004 г. Закон за обществените поръчки се възприе нов подход за обжалване – по общият исков ред пред съответния районен съд и окръжен съд като въззивна инстанция, като обект на оспорване можеха да бъдат изрично определен кръг решения на възложителя (посочени в чл.120, ал.1). Всеки кандидат или участник можеше да оспори в 7-дневен срок решенията на възложителя пред районния съд, като подаването на искова молба не спираше решението/процедура, а докато съдът се произнесеше, обикновено възложителят вече е сключил договор и най-често поръчката е изпълнена.

Сроковете при съдебното обжалване бяха несъразмерно дълги и противоречаха на изискванията на Директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО. Ето защо в мониторинговия доклад на Европейската комисия (ЕК) от 25 октомври 2005 г. областта на обществените поръчки и специално оспорването на процедурите бе отнесена в т.нар. жълти области, което означава, че страната ни трябваше да положи специални усилия, за да хармонизира българското законодателство с действащото в Европейския съюз.

За да се изпълнят препоръките и най-вече идеята на директивите и на европейското законодателство за бърза реакция, поправяне на грешките още в хода на процедурата и гарантиране на правата на всички участници, през 2006 г. беше направена промяна в Закона за обществените поръчки, с който се регламентира ролята на КЗК като независим специализиран държавен орган, гарант за законосъобразното протичане на процедурите по възлагане на обществени поръчки.

Така след почти десетгодишни опити за намиране на удачна и работеща процедура за контрол по отношение на всяко решение, действие и бездействие на възложителя в процеса на възлагане на обществени поръчки успешно бе използван европейския опит (Чехия, Дания, Германия, Унгария, Малта, Полша, Австрия и други европейски държави), където административен орган е натоварен с контрол върху процеса на възлагане на обществени поръчки.

От конституционна гледна точка горепосочената роля на КЗК не противоречи на чл.119 от Конституцията, тъй като по своето същество Комисията не извършва правораздаване, което по Конституция е в компетенциите единствено и само на съдилищата.

Функциите на КЗК по чл.120 -122л ЗОП се вписват в нормата на чл. 19, ал. 2 от Конституцията, която овластява законодателят да предотвратява злоупотребата с монополизма, нелоялната конкуренция и да защитава потребителя. Процедурата пред КЗК по обжалването на обществените поръчки касае защитата на всички тези аспекти и поради тази причина правомощията на КЗК в областта на обществените поръчки не противоречат на чл.119 от Конституцията, а по своята същност представляват механизъм за контрол от страна на независим административен орган, овластен по силата на закона и в съответствие с Конституцията да предотвратява злоупотреби в процеса на възлагане на обществените поръчки.

Като основно правило страните членки на ЕС следваше да предприемат необходимите мерки, които да осигурят ефективно преразглеждане на решенията, взети от възлагащите органи, в случай че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право. Наред с това, с измененията на закона, атакувани пред вас сега, се целеше да се постигне баланс в защитата на интересите на субектите в процеса на възлагане.

Не на последно място, с избора на контролен административен орган се преодоляват недостатъците на автоматичния суспензивен ефект на жалбата при едно съдебно производство съобразно правилата на АПК /чл.166 АПК/, който възпрепятства процедурата и сключването на договора и по този начин засяга интересите на възложителя.

С Решение № 22 от 24 септември 1998 г. Конституционният съд ясно и категорично се произнася относно природата на Комисията за защита на конкуренцията и недвусмислено заявява, че това е орган на администрацията и решенията на КЗК са административни актове.

С промените в Закона за обществените поръчки от 2006 г. функциите и правомощията на КЗК се разширяват и Комисията се превръща в специализиран държавен орган, част от администрацията, без да се намира в йерархична връзка с другите административни органи поради спецификата си, овластен с допълнителни специфични административни правомощия в областта на обществените поръчки и концесиите. С подобен статут в други сфери са органи като Комисията за финансов надзор, Сметната палата, Комисията за защита срещу дискриминация, Държавната комисия за енергийно и водно регулиране, Комисията за регулиране на съобщенията и др. Всеки от споменатите специализирани органи няма

правораздавателна функция, а се грижи за правомерното и законно протичане на процедурите в съответната специализирана област.

Нормалното и правомерно протичане на обществените отношения в специализираните сфери на пазарната икономика и многообразието, сложността и обема на материята налага съществуването на такива специализирани независими органи в системата на държавната администрация, които не са йерархически подчинени на други административни органи и в които специалисти извършват независим административен контрол върху съответната специализирана дейност.

Възлагането на посочените функции на КЗК в областта на обществените поръчки позволи да се създаде успешно и ефективно действащо административно производство, което да решава възникналите единствено в процеса на възлагане на обществена поръчка спорове, което да бъде достатъчно експедитивно и да съответства на *acquis communautaire*. Директива 89/665/ЕИО изисква да няма дискриминация в процедурата за всички заинтересовани да обжалват лица, да се създадат детайлни процедури за преглед по отношение на всяко лице, имащо или имало интерес от сключване на договор за възлагане на обществена поръчка за доставка или услуга и което е или е било застрашено от увреждане от твърдяно нарушение.

В съответствие с изискванията на директивите, редът по ЗОП предвижда обжалване на всяко решение, действие или бездействие на възложителя пред специализиран, независим, административен орган, който е независим, какъвто е КЗК. Изискването на директивите към органа за разглеждане на спора е единствено неговата независимост от изпълнителната власт. Нещо повече, в директивите изрично се указва, че органите, които ще постановяват временни мерки и отмяна на незаконосъобразни решения на възложителя могат да бъдат различни, т. е. и административни и съдебни съгласно избора на националния законодател, каквато е ситуацията в България.

Разгледана в конкретиката на аргументите си, на тезата, че Комисията за защита на конкуренцията противоконституционно действа в качеството си на особена юрисдикция могат да бъдат противопоставени редица възражения.

Изведената аналогия между административната и съдебна процедура, по отношение на реда и правомощията в административното производство, приложимият закон и правната същност на административното решение, не обслужва виждането за обособяване на квазисъдебна институция.

Не споделяме възгледа, че в изпълнение на своите правомощия КЗК прилага единствено правилата по обжалване на индивидуални административни актове характерни за първа инстанция в рамките на съдебно производство. Препращащата разпоредба на чл. 122з ЗОП, предвижда при наличие на непълнота в материален закон да се приложат правилата уредени в Раздел I на Дял III от АПК „Оспорване на индивидуални административни актове”. Препращането към норми на общ закон не е прецедент в законодателната техника, който да аргументира извода, че административния орган действа като особена юрисдикция.

Тази констатация се подкрепя и от законодателното решение в чл. 22, т. 1 от АПК, което гласи че производствата по Раздел I от дял Втори на АПК „Издаване на

индивидуални административни актове” не се прилагат спрямо административни актове за които по силата на специален закон е предвидено специално производство по издаването им, какъвто е и настоящия случай.

Следва да се посочи, че в материята на обществените поръчки законодателят е определил, че актовете на възложителите също са индивидуални административни актове/чл.11 от ЗОП/, а реда за установяване законосъобразността на тези индивидуални административни актове и компетентният орган могат да бъдат уредени и в специален по отношение на АПК закон.

Важното тук е да се посочи, че никъде в законодателството и в Конституцията на Република България не съществува забрана законосъобразността на индивидуални административни актове да бъде потвърдена или отречена с нов индивидуален административен акт и никъде не съществува задължението новия акт да е на йерархично висшестоящ административен орган. С нормативно заложеното изискване за независимост на органа, издаващ новия административен акт и чрез специално установена процедура пред него се реализират такива конституционни принципи като “правото на защита” и “правото на жалба”/чл. 56 и чл. 45 от Конституцията/. Обстоятелството, че законодателят е избрал като първи етап на защитата да се реализира “извънсъдебна” /извънправосъдна/ форма на защита, а не съдебна /правосъдна/ е израз на самостоятелната преценка на самия законодател, ограничавана само от чл. 120, ал. 1 от Конституцията на Република България.

Налице са твърде съществени различия в компетентността на Комисията и съда, като първа инстанция, по дела от административен характер.

Комисията за защита на конкуренцията, противно на твърдяното не прилага състезателното, а служебното начало в процеса, което е типично за административен орган. Комисията е обвързана с посочените от молителя пороци на индивидуалния административен акт, респективно незаконосъобразността в поведението на Възложител, по смисъла на ЗОП.

Съдът, съгласно нормата на чл. 168, ал. 1 от АПК „ ... не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.”

По отношение на проверката по допустимостта на жалбата осъществявани от Комисията и от съда, то сходно задължение е разписано и в чл. 27 от АПК спрямо всеки административен орган при издаване на индивидуален административен акт.

Твърди се, че по същество дейността на Комисията представлява правораздаване, присъщо единствено на органите в системата на съдебната власт, а не правоприлагане.

Административният орган, в лицето на КЗК, в производствата по ЗОП и ЗК следи досежно *законосъобразността* на административните актове, действията и бездействията на Възложителите в рамките на процедурите по възлагане на обществени поръчки. Както правилно е отбелязано в искането, целесъобразността не е предмет на разглеждане в производствата по ЗОП, тъй като Комисията не е по-

горестоящ административен орган спрямо отделните възложители описани в чл. 7 от ЗОП.

Понятието “законосъобразност” не е намерило изрична дефиниция в ЗОП, но доколкото това е термин с утвърдено правно значение, то следва да се посочи, че законосъобразността е съобразяване на едно правно действие с изискванията на закона или установения ред. В процеса на провеждане на процедура за възлагане на договор за обществена поръчка, това се обезпечава със задължението на възложителя да съобразява актовете, действията и бездействията си с нормативния ред /ЗОП, НВМОП/ и с установените от самия него изисквания към участниците, тъй като именно по този начин ще обезпечи законосъобразността на собственото си поведение. Поради това няма ограничение в правния мир преценката на съответствието на поведението на възложителя със съответните регулиращи норми да бъде осъществена от един административен орган, който е йерархически и организационно независим в структурата на изпълнителната власт.

Административния характер на производството е обусловен, освен от типичните административно производствени правила, така и от ограничения кръг правомощия на административния орган изброени в чл. 122г от ЗОП, които по никакъв начин не кореспондират с правомощията на съд съгласно чл. 172 и чл. 173 от АПК.

Не кореспондира със законодателната уредба възгледът на Петчленен състав на ВАС досежно правната природа на актовете издавани от Комисия за защита на конкуренцията и придаваната им сила на пресъдено нещо.

Издаваните от Комисията актове по своята форма и съдържание са Индивидуални административни актове. Съпоставен, административния акт съгласно чл. 122г, ал. 5 на ЗОП, включва всички реквизити на индивидуалния административен акт /ИАА/ описани в чл. 59, ал. 2 от АПК – писмена форма, наименование на акта и органа, който го е издал, фактически и правни основания, фактическа и диспозитивна /разпоредителна част/, орган пред когото акта се обжалва и срок за обжалване.

Твърдението, че в хипотезата на влизане в сила на решение на КЗК, при необжалването му пред компетентния съд или в резултат на осъществена съдебна проверка, „ ...разглеждания конкретен спор става непререшаем”, не доказва тезата, че решението на административния орган е нещо друго освен административен акт. Допълнителен довод в подкрепа на възгледа, че решенията на Комисията са индивидуални административни актове е факта, че те нямат сила на пресъдено нещо и не са изпълнително основание.

Реализацията им обаче е преценка на конкретните правоимащи лица и дали това ще доведе до стабилитет на решението на КЗК е израз на процесуална активност или бездействие на тези лица. Всеки административен акт, който не е обжалван в законоустановения срок влиза в сила /придобива стабилитет/ и това е една от основните юридически функции на правната държава /чл. 4, ал. 1 от Конституцията/ - да формира определяемост на правните състояния.

Нито установеното от възложителя с неговото решение, нито установеното от КЗК правно положение се характеризира с елемента “безспорност”, който е

иманентна същност на понятието за сила на пресъдено нещо. Истинската разлика между съдебния и административния акт откъм правни последици лежи в сила на пресъдено нещо, схваната не като стабилност на акта, а като средство да се разреши правния спор и създаде правен мир, чрез правоустановяващото и регулиращо действие.

Правните последици на решението на КЗК съдържат потвърждаване или не на правните последици на един административен акт, издаден от възложителя, и разширяват правото на защита на подалия жалба срещу акт на възложителя, тъй като същия разполага с надлежно събран доказателствен материал, въз основа на който да аргументира претенциите си пред съдебната власт. Тези правни възможности са следствие от реализираното с акта на КЗК правоприлагане, а този акт на правоприлагане не влиза в колизия с правосъдната и правораздавателна функция на съдебната власт.

Неправилен е изразеният в искането възглед, че тричленен състав на ВАС упражнява права на контрол в качеството си на касационна инстанция.

Няма спор, че предмета на производството пред ВАС не е обжалвания пред КЗК акт на Възложителя, а законосъобразността на административния акт, постановен от административния орган. Но при всички положения, когато пред ВАС се оспорва даден административен акт, то съда следва да разгледа именно неговата законосъобразност, което е правило приложимо и спрямо актовете на всички административни органи, а не само на съдебните такива.

Като закономерно следствие от правомощията на КЗК като независим орган в системата на държавната администрация, съгласно на чл.119 от Конституцията решенията на КЗК винаги подлежат на съдебен контрол от органите на съдебната власт, което гарантира върховенството на закона. Така решението на КЗК може да се обжалва при 3-членен състав на Върховния административен съд, като решението на Върховния административен съд е окончателно. Това позволява на ВАС да бъде последният орган, който да вземе отношение по повод определен спор при възлагане на обществена поръчка и освен, че е в пълно съответствие с Конституцията, също така следва реда по чл.2, ал.9 от Директива 89/665/ЕИО, която изисква действията на преглеждащия орган (КЗК) да бъдат обект на съдебно преразглеждане.

Уреденото от чл. 120 и сл. от ЗОП производство пред специализирания орган не поставя страните в отношения на конкуренция с оглед представянето на доказателства. Периметърът на доказателствата, които следва да бъдат събрани, се дефинира от административния орган, който служебно ги изисква от страните.

Служебното начало не изключва възможността за наличие на елементи типични за състезателното производство, което в искането на ВАС е обявено като един от признаците за правораздавателния характер на процедурата пред КЗК, докато в хипотезата на състезателен процес е недопустимо приложението на служебно начало.

Същевременно задължително условие на Директива 89/665/ЕИО е - независимият орган да взема своите решения по процедура, в която и двете страни да бъдат изслушани и решенията на органа да бъдат правнообвързващи.

Удачен пример от административното право, който наподобява твърде много процедурата пред КЗК по оспорване на решенията, действията и бездействията на възложителя, е предвидената специална процедура в чл.94-96 АПК, при обжалване на сложни от фактическа или правна страна случаи. Съгласно чл.94 АПК при усложнена фактическа или правна обстановка, компетентният да разгледа жалбата или протеста орган може да назначи комисия за проучване и разглеждане на случая. Комисията се състои най-малко от трима членове, от които един с юридическо образование и двама специалисти от съответната област. Съгласно чл. 96 АПК заинтересованите лица могат да бъдат изслушани от компетентния да разгледа жалбата или протеста орган. Очевидно е, че процедурата пред КЗК по чл.120-122л ЗОП може да бъде счетена за допълнително развита и усложнена процедура по АПК в оглед спецификите и сложността при оспорването на обществените поръчки.

С оглед на изложеното, считаме че производството пред Комисия за защита на конкуренцията не следва да се дефинира като юрисдикционно производство, а като особен вид административно производство, което е уредено в специален закон- ЗОП.

Напълно в духа на европейското законодателство и нуждите на бизнеса и възложителите на обществени поръчки с промяната в ЗОП от 2006 г. се предвидиха значително по-кратки срокове за произнасяне. Сроктът за произнасяне на Комисията за защита на конкуренцията по искането за налагане на временна мярка е 7-дневен от образуването на производството, а окончателното решение трябва да бъде произнесено в двумесечен срок. В повечето случаи обаче КЗК успява да разгледа случая в значително по-кратки срокове, които, както бе споменато по-горе, са трудно постижими при съдебното оспорване.

Възприетият от законодателят подход по отношение на съдебният контрол кореспондира в най-голяма степен с принципа за бързина в процеса. Обект на законодателна уредба са правоотношения свързани със значим обществен интерес. От една страна това е необходимостта от законосъобразното протичане на процедурите по възлагане на обществени поръчки, което ще оправдае и законсъобразността на разхода на обществени средства. От друга се отчита и факта, че възложителите посредством процедурите по ЗОП и НВМОП извършват и дейност по задоволяване на обществени потребности, реализирането на които потребности е обвързано с определени времеви ограничения. Предвиждането на повече от една контролна инстанция неминуемо би довело първо до забавяне на процедурите по възлагане на обществени поръчки и съответно до увреждане на обществен интерес, а на второ място – при незаконосъобразност на решения, действия и бездействия на възложители до неправомерно разходване на обществен ресурс.

Уважаеми конституционни съдии,

Както е видно от изложените аргументи въведеният с параграфи 128, 130, 131, 132, 133 от Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, обнародван в ДВ, бр. 37 от 05.05.2006 г., в сила от 01.07.2006 г. ред за обжалване на действията на възложителя в процедурата за възлагане на обществена поръчка до сключването на договора напълно отговаря на разпоредбите на върховния закон в България, каквато е Конституцията, и на *acquis communautaire*.

Поради тази причина не следва да бъдат приети аргументите на ВАС, изложени в направеното искане по конституционно дело №5/2008 г. за установяване на противоконституционност на параграфи 128, 130, 131, 132, 133 от Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки във връзка с разпоредбата на чл. 119 от Конституцията на Република България и предвид на това

Моля искането да бъде оставено без уважение.

С УВАЖЕНИЕ :



.....
ПЕТКО НИКОЛОВ