

АДМИНИСТРАТИВНОПРАВЕН РЕЖИМ НА КОМИСИЯТА ЗА ПРОВЕЖДАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНА ПОРЪЧКА

Събин Събев

ADMINISTRATIVE LOW REGIMEN OF THE COMMITTEE FOR HOLDING OF PUBLIC PROCUREMENT

Sabin Sabev

The report considers the appointment of the commission, its composition, requirements to the members and spare members, change in the composition, powers and the ability to challenge the decision of the contracting authority.

Key words: Public procurement, commission

Законосъобразното провеждане на една процедура за възлагане на обществена поръчка в голяма степен се обуславя от правилните действия на помощния орган на възложителя – комисията за провеждане на процедурата.

Съставът на комисията е уреден в чл. 34 – 36 от ЗОП, като правомощията и във всеки тип процедура намират уредба в съответните части на закона: При открита процедура – в чл. 68 – 72, при ограничена процедура – в чл. 79 – 83, при състезателен диалог – в чл. 83г -83ж, при процедура на договаряне с обявление – в чл. 88 – 89, при процедура на договаряне без обявление – в чл. 92а и при динамична система на доставки – в чл. 93ж – 93к.

Законът урежда състава на комисията за провеждане на процедурата с предимно с императивни правила:

- минимален числен състав на комисията
- изискване на нечетен брой членове
- изисквания към квалификацията на членовете на комисията
- срок за назначаване на членовете на комисията
- изисквания за достъп до класифицирана информация (в случаите на обществени поръчки, които изискват или съдържат класифицирана информация)
- Изисквания към членовете на комисията
- Ред за вземане на решения.

Комисията за провеждане на процедурата се конституира със заповед на възложителя. Тази заповед се издава непосредствено преди започване работата на комисията, след като изтече срокът за приемане на оферти при открита процедура, съответно след изтичане на срока за приемане на заявления за участие при ограничена процедура, състезателен диалог или процедура на договаряне.

Заповедта на възложителя за назначаване на комисията не подлежи на самостоятелно обжалване – тя е част от процесуалните действия на възложителя по издаване на окончателния административен акт – решението за класиране на участниците и избор на изпълнител или решение за прекратяване на процедурата.¹

Съгласно чл. 34, ал. 2 от ЗОП, комисията се състои от нечетен брой членове - най-малко петима, а в случаите по чл. 14, ал. 3 – най-малко трима.

Независимо от броя на членовете, ако той е четен, това е нарушение на императивна разпоредба на ЗОП, което води до незаконосъобразност на вземаните от комисията решения, а от там и до незаконосъобразност на решението на възложителя за класиране на участниците и избор на изпълнител.²

Ако комисията се състои от по-малък брой членове от нормативно определения, това също води до незаконосъобразност на вземаните от нея решения.

От съществено значение е изискването за квалификация на членовете на комисията. ЗОП в чл. 34, ал. 2 изрично определя един от нейните членове да бъде правоспособен юрист. Юридическата правоспособност се определя по правилата на чл. 294 – 301 от Закона за съдебната власт. Съответното лице трябва да е завършило висше образование по специалността „Право”, да е преминало шестмесечен стаж като стажант – юрист и успешно да е положило изпит за придобиване на юридическа правоспособност пред комисия, назначена от министъра на правосъдието. Юридическата правоспособност се установява с удостоверение за правоспособност, издадено от министъра на правосъдието. Липсва забрана юристите да са повече от един, както и изискване да са непременно служители на възложителя.³ Неприемливо е обаче, комисията да се състои

¹ Решение № 6766 от 17.05.2013 г. по адм. дело № 2638/2013 на ВАС, IV отделение: „От цялостния анализ на разпоредбата на чл.120 от ЗОП: ал.1 – определяща обекта на обжалване; ал.5- определяща началния момент, от който започва да тече срокът за обжалване и ал.8 – определяща лицата с процесуална легитимация за обжалване на всяко едно от решенията е видно, че решението на възложителя за назначаване на комисия не подлежи на самостоятелно обжалване. Ето защо оспорването на състава на комисията е част от оспорването на завършващия я акт по чл.38 от закона.“

² Решение № 1069 от 25.09.2012 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписа № 793/2012 г. Възложителят е назначил комисия в състав от 10 члена. КЗК е отменила решението като незаконосъобразно – противоречащо на императивната забрана на чл. 18, ал. 1 и 2 от НВМОП (отм.)

³ Решение № 6766 от 17.05.2013 г. по адм. дело № 2638/2013 на ВАС, IV отделение, Решение № 5519 от 19.04.2013 г. по адм. дело № 2237/2013 г. на ВАС, IV отделение, Решение № 1844 от 07.02.2013 г. по адм. дело № 15492/2012 г. на ВАС IV отделение.

изцяло от юристи, без да има нейни членове, специалисти в областта на предмета на поръчката. След като нито един от членовете на комисията за разглеждане, оценяване и класиране на офертите няма професионална квалификация, която да е съответна на предмета на поръчката, няма как да се приеме, че оценяването на техническите оферти съобразно приетите от възложителя критерии ще е обективно и обосновано.⁴

Останалите членове на комисията трябва да са лица, притежаващи необходимата професионална квалификация и практически опит в съответствие с предмета и сложността на поръчката.

Легална дефиниция на понятието „професионална квалификация” се съдържа в §1, г. 3 от ДР на Закона за професионалното образование и обучение. Съгласно тази дефиниция, професионалната квалификация е определена, като квалификация по професия или по част от професия, която включва съвкупността от професионални компетенции и необходимите за тяхното формиране образователни знания и умения.

Освен професионална квалификация законът изисква от членовете на комисията да притежават и съответния практически опит, което означава че наличието на придобита образователна степен не е достатъчна предпоставка за включване на определено лице в състава на комисията за провеждане на процедурата, а е необходимо то да притежава и опит в съответната професионална сфера.

Членовете на комисията могат да бъдат служители от администрацията на възложителя, но могат да бъдат и лица, които не се намират в трудови или служебни правоотношения с него.

До промените в Закона за обществените поръчки, направени със ЗИДЗОП, обнародван в ДВ бр. 93/25.11.2011 г., в сила от 26.02.2012 г. възложителите по чл. 7, ал. 1- 4 от ЗОП бяха длъжни да включат в състава на комисията и външен експерт, който е включен в списък, поддържан от Агенцията за обществени поръчки и има квалификация в съответствие с предмета на поръчката. С промените в закона това се превърна право на възложителя, който може по своя преценка да включи външен експерт в състава на комисията. Въпреки, че в закона понятието „външен експерт” е използвано в единствено число, няма пречка да бъдат назначени и повече от един външни експерти, доколкото това е в оперативната самостоятелност на възложителя⁵. Съдебната практика обръща внимание върху различните изисквания, които законодателят въвежда към външния

⁴ Решение № 1013 от 18.09.2012 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка № 364/2012 г. – в обществена поръчка за строителство възложителят е назначил за членове на комисията юрист, икономист и специалист по бизнес администрация., без нито един специалист в областта на строителството.

⁵ Същото становище възприема Поля Огнянова. Аргумент за това е фактът, че изборът на външни експерти и участието на същите в комисията е предоставено в право на възложителя. С участието на повече от един външен експерт се повишава експертният състав на назначената от възложителя комисия, като се осигурява в по-висока степен експертиза, независимост и обективност в работата на комисията. Огнянова, П., Актуални моменти при възлагане на обществени поръчки, Сиела, С.2012, с. 106

експерт като член на комисията. Докато за останалите членове изискването е да притежават „професионална квалификация”, то по отношение на външния експерт се изисква само „квалификация” в съответствие с предмета на поръчката. Върховния административен съд в решенията си по няколко дела⁶ е посочил, че под квалификация по смисъла на чл.34, ал.3 от ЗОП следва да се разбира "придобита образователна степен или практически опит, гарантиращи специфични и задълбочени познания в съответната сфера". Това разбиране изисква анализ не само на образованието, а и на наличието на доказан практически опит.

Освен основните членове на комисията, съгласно чл. 34, ал. 1 ЗОП възложителят трябва да предвиди и резервни. Използването на множествено число предполага, че резервните членове трябва да бъдат повече от един. Законът не въвежда изисквания относно квалификацията на резервните членове, но с оглед задачите им – да заместят основен член на комисията при невъзможност да изпълнява задълженията си, следва да отговарят на изискванията, на които отговарят основните членове на комисията. Без това изрично да се предвижда от закона, доколкото има императивно изискване един от основните членове на комисията да бъде правоспособен юрист е препоръчително и сред резервните членове да има юрист.

Съставът на комисията може да бъде променян. Наличието на резервни членова предполага възможността, когато основен член на комисията не може да изпълнява задълженията си, да бъде заместен от резервен член. Когато и резервен член не може да попълни състава на комисията, възложителят издава мотивирана заповед, с която определя нов член. Тази възможност не може да се използва безконтролно, а само при обективни обстоятелства, които трябва да бъдат подробно изложени в мотивите на заповедта.⁷

Членовете на комисията трябва да бъдат независими в своята работа, поради което Законът за обществените поръчки въвежда към тях изискванията:

- да нямат материален интерес от възлагането на обществената поръчка на определен кандидат или участник
- да не са „свързани лица” с кандидат или участник в процедурата или с посочените от него подизпълнители, или с членове на техните управителни и контролни органи
- да нямат частен интерес по смисъла на Закона за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси от възлагането на обществената поръчка.

⁶ Например Решение № 4334 от 28.03.2013 г. по адм. дело № 15488/2012 г. на ВАС IV отделение

⁷ Решение № 11981 от 01.10.2012 г. по адм. дело №9730/2012 г. на ВАС IV отд., Решение № 9180 от 26.06.2012 г. по адм. дело № 6899/2012 г. на ВАС IV отд. и др.

Легално определение за "свързани лица" е дадено в § 1, т. 23 а от ЗОП. Съгласно него, „свързани лица“ са:

- а) роднини по права линия без ограничение;
- б) роднини по сребрена линия до четвърта степен включително;
- в) роднини по сватовство - до втора степен включително;
- г) съпрузи или лица, които се намират във фактическо съжителство;
- д) съдружници;
- е) лицата, едното от които участва в управлението на дружеството на другото;
- ж) дружество и лице, което притежава повече от 5 на сто от дяловете или акциите, издадени с право на глас в дружеството.

Не са свързани лица дружество, чийто капитал е 100 на сто държавна или общинска собственост, и лице, което упражнява правата на държавата, съответно на общината в това дружество.

Липсата на свързаност, членовете на комисията удостоверяват с декларация. Тъй като нямат възможност да знаят предварително кои са участниците в процедурата, тази декларация се попълва и подписва след началото на работата на комисията, когато същата получи списъка с подадените оферти.

В декларацията членовете на комисията следва да заявят и че нямат материален интерес от възлагане на обществената поръчка на определен кандидат или участник, както и че нямат частен интерес по смисъла на Закона за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси от възлагането на обществената поръчка⁸. За заявените в декларацията данни отговорността на всеки член на комисията е лична⁹, а в случай, че декларацията не отговаря на императивните изисквания на закона, то комисията за провеждане на процедурата за обществената поръчка не е легитимна. В случай, че крайния акт на възложителя изцяло възпроизвежда решението на конкурсната комисия за оценяване и класиране на офертите, то това нарушение е съществено и е основание за отмяна на административния акт¹⁰.

Решенията на комисията се вземат с мнозинство от членовете и. Въпреки, че не е изрично записано в закона, по тълкувателен път се достига до извода, че всички заседания, както открити, така и закрити, комисията следва да провежда в пълен състав. Този извод произтича както от изискването за минимален числен състав на комисията, така и от задължението за определяне на резервни членове. Следва да се отбележи, че както в откритата процедура, така и в двуетапните процедури – ограничена процедура, състезателен диалог или договаряне с обявление, се

⁸ Закон за обществените поръчки (Дв бр. 28/06.04.2004 г. и посл. изменения), чл.35, ал. 1

⁹ Решение № 121 от 12.02.2009 г. по преписка вх. № КЗК- 833/2008г., на Комисията за защита на конкуренцията

¹⁰ Решение № 7564 от 08.06.2010 г. по адм. Дело № 14934/2009 г. на ВАС, IV отд. докладчик съдия Татяна Хинова.

определя една комисия, която следва да проведе цялата процедура от начало до край.¹¹

В случаите, когато решението на възложителя за класиране на кандидатите и избор на изпълнител е обжалвано и контролните органи (КЗК или ВАС) го отменят и върнат преписката на възложителя за продължаване на процедурата от последното законосъобразно действие, работата продължава първоначално назначената комисия, тъй като това е същата обществена поръчка и законодателят не е регламентирал определяне на нов помощен орган¹².

Комисията завършва своята работа с протокол (а при процедурите на договаряне – и с доклад). Същата провежда своята работа в няколко заседания (аргумент от чл. 68, ал. 7 – 10 и чл. 69а ЗОП). Въпреки, че в чл. 72 се говори за протокол в единствено число, то комисията има право на свободна преценка, дали да отразява действията по отваряне, разглеждане и оценяване на офертите в един или повече протоколи¹³.

Протоколът има минимално определено от закона съдържание и следва да бъде подписан от всички членове на комисията, включително и резервните, ако са взели участие в нейната работа. Липсата на подпис на член на комисията, води до незаконосъобразност на решението на възложителя, издадено на основание този протокол. Би могло да се разгледа и противоположното становище, че след като протоколът е подписан от необходимия брой членове, необходим за вземане на решение, съгласно чл. 36, ал. 1 ЗОП, то неподписването му от един негов член е несъществено нарушение, което не води до порок във волеизявлението на колективния орган¹⁴. Считаме, за правилно първото разбиране, доколкото разпоредбата на чл. 72, ал. 2 ЗОП е императивна и не позволява

¹¹ Решение № 830 от 15.07.2010 г. по преписка вх. № КЗК- 406/2010г., на Комисията за защита на конкуренцията. В процедура на договаряне с обявление, възложителят е назначил с две отделни заповеди комисии за провеждане на всеки един от етапите на процедурата. С една заповед, е назначен състав на комисията, която следва да разгледа подадените заявления и да извърши предварителния подбор на кандидатите. С последваща друга заповед възложителят назначава втора комисия със задача да проведе следващия етап от процедурата на договаряне с обявление, а именно разглеждане на офертите, пряко договаряне с участниците и оценка на офертите по одобрената методика. Принципно назначаването на две комисии на всеки етап от процедурата за възлагане на обществената поръчка не е съобразено с изискванията на закона и е нарушение от страна на възложителя. КЗК е отменила решението на възложителя за класиране на кандидатите и избор на изпълнител.

¹² Решение № 684 от 22.06.2012 г. по преписка вх. № КЗК-457/2012 г. на Комисията за защита на конкуренцията. След влизане в сила на предходно решение на КЗК, възложителят пристъпва към изпълнението му, като със своя заповед назначава комисия със задача да продължи процедурата за възлагане на обществена поръчка, като разгледа и оцени предложенията на участниците, съгласно указанията в мотивите на решението на КЗК. Следва да се отбележи, че поради многообразието на житейските ситуации, някои членове на комисията нямат възможност да вземат участие в повторното разглеждане и оценяване на офертите. В този случай те трябва да бъдат заменени с резервни членове, а ако и това е невъзможно – да бъдат определени нови членове с мотивирана заповед, при спазване на изискванията на чл. 36, ал. 2 от ЗОП.

¹³ Ковачева, А. Възлагане на обществени поръчки, Феня, С. 2008, с. 97

¹⁴ Решение № 736 от 09.09.2008 г. по преписка вх. № КЗК- 367/2008г., на Комисията за защита на конкуренцията

разширително тълкуване¹⁵. При отказ или обективна невъзможност на член на комисията да подпише протокола, следва да бъдат повторени всички действия на комисията, отразени в съответния протокол. При неподписване на протокола от членовете на комисията той не могат да се цени с тази доказателствена сила, каквато законът предвижда.¹⁶

Протоколите от работата на комисията не са самостоятелен обект на контрол за законосъобразност по възражения на участници в процедурата от страна на възложителя, тъй като по своето същество представляват предложения до възложителя за вземане на определено решение, но не и решения с окончателни последици по отношение на засегнатите страни¹⁷.

При процедурите на договаряне, законът изисква преговорите с всеки един участник да бъдат отразени в отделен протокол¹⁸. Това налага изготвяне на доклад, като краен резултат от работата на комисията, в който да бъдат обобщени резултатите от всички протоколи, като в доклада се съдържат класирането на участниците и предложенията до възложителя. По отношение на доклада се прилагат правилата за протокола от работата на комисията.

Анализът на изложеното по-горе навежда на извода, че за провеждане на законосъобразна процедура за възлагане на обществена поръчка от съществено значение е законосъобразният състав и законосъобразните действия на помощния орган на възложителя – комисията за провеждане на процедурата. Това налага изучаване на практиката на контролните органи при обжалване на решенията, действията и бездействията на възложителите, както и точно прилагане на разпоредбите на Закона за обществените поръчки.

Събин Иванов Събев

Главен асистент по административно право и процес

НВУ «Васил Левски», факултет «Общовойскови»

Катедра «Национална и регионална сигурност»

5000 Велико Търново, бул. «България» № 76

E-mail: subev@abv.bg | office@subev.eu

GSM: 0888 449957

¹⁵ Димова Е., От практиката на КЗК по решения, постановени през месец септември 2011 г., сп. „Обществени поръчки“, бр. 10/2011 г., с. 6: „Освен да присъства всеки от членовете има задължението да участва във вземането на решенията на комисията, като гласува с мнозинството или с особено мнение. Законът не допуска изключения от тези правила, поради което отсъствие на някой от членовете и незаместването му от резервен или нов член, както и неподписването на протокола от някой от членовете в практиката се приемат като съществени нарушения, които са основание за отмяна на обжалваното решение.“ Също: Решение № 1168 от 08.09.2011 г. по преписка вх. № КЗК -798/2011г., на Комисията за защита на конкуренцията

¹⁶ Решение № 99 от 14.02.2008 г. по преписка вх. № КЗК- 733/748/2007г., на Комисията за защита на конкуренцията

¹⁷ Решение № 933 от 14.07.2011 г. по преписка вх. № КЗК - 665/2011г., на Комисията за защита на конкуренцията

¹⁸ Закон за обществените поръчки, чл. 89, ал. 3 и чл. 92а, ал.3.