

# КОНТРОЛ ВЪРХУ ОПЕРАТИВНАТА САМОСТОЯТЕЛНОСТ НА КОМИСИЯТА ЗА ПРОВЕЖДАНЕ НА ПРОЦЕДУРАТА ПРИ ПРИЛАГАНЕ НА ЧЛ. 70 ЗОП

Главен асистент доктор Събин Събев

**Резюме:** Изследват се правомощията на комисията за разглеждане, оценка и класиране на офертите за приемане или отхвърляне обосновката на участника в хипотезите на чл. 70 ЗОП.

**Ключови думи:** Обществени поръчки, комисия, оперативна самостоятелност, обосновка

Съгласно разпоредбите на чл. 70 от Закона за обществените поръчки, Когато офертата на участник съдържа предложение с числово изражение, което подлежи на оценяване и е с повече от 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници по същия показател за оценка, комисията трябва да изиска от него подробна писмена обосновка за начина на неговото образуване. Комисията определя разумен срок за представяне на обосновката, който не може да бъде по-кратък от три работни дни от получаване на искането за това. Комисията може да приеме писмената обосновка и да не предложи за отстраняване офертата, когато са посочени обективни обстоятелства, свързани с:

1. оригинално решение за изпълнение на обществената поръчка;
2. предложеното техническо решение;
3. наличието на изключително благоприятни условия за участника;
4. икономичност при изпълнение на обществената поръчка;
5. получаване на държавна помощ.

Когато участникът не представи в срок писмената обосновка или комисията прецени, че посочените обстоятелства не са обективни, комисията предлага участника за отстраняване от процедурата.

Част от тези разпоредби са императивни:

Задължително трябва да се изиска писмена обосновка при наличие на посочената предпоставка, като това действие не е предоставено на преценката на комисията на възложителя.

Сравнението се извършва спрямо средната стойност на останалите предложения, като правилото не се прилага, когато до оценяване са достигнали само двама участници, поради невъзможност да се формира средна стойност.

Разпоредбата се прилага по отношение на показател, подлежащ на самостоятелно оценяване, съгласно методиката за оценка. Неприложими са правилата на чл. 70 ЗОП, за оценяване на отделни елементи от показателя за оценка или по отношение цената на отделни артикули, която не подлежи на самостоятелно оценяване.

В останалата си част, правилата на чл. 70 са диспозитивни. В правомощията на комисията за провеждане на процедурата е да прецеди дали да приеме или да не приеме подадената в срок обосновка на участника.

Решенията на комисията за провеждане на процедурата не подлежат на самостоятелно обжалване, тъй като тя не разполага с правото да отстранява участници, а само дава предложения до възложителя, а само той в своето решение може да приеме предложението на комисията и да отстрани участник, за когото комисията е приела, че не посочените в обосновката обстоятелства не са обективни или не са свързани с петте хипотези по чл. 70, ал. 2 ЗОП.

Ако възложителят не възприеме предложенията на комисията, той разполага с правомощието по чл. 36а ЗОП преди да издаде решението за класиране на участниците и избор на изпълнител да провери съдържанието на съставените от комисията протоколи за съответствие с изискванията на закона и предварително обявените условия на обществената поръчка. Ако се установят нарушения в работата на комисията, които могат да се отстранят, без това да налага прекратяване на процедурата, възложителят дава писмени указания за отстраняването им в 5-дневен срок от представянето на съответния протокол.

Видно от разпоредбата на чл. 36а ЗОП, контролът е само за законосъобразност - Възложителят няма право да се намесва в оперативната самостоятелност на комисията за провеждане на процедурата.

Ако възприеме изложените в протокола мотиви на комисията, възложителят издава решение за класиране на участниците и избор на изпълнител, в което посочва и отстранените участници и мотивите за тяхното отстраняване. Това решение съгласно чл. 11, ал. 1 ЗОП е административен акт, който подлежи на последващ контрол за законосъобразност пред Комисията за защита на конкуренцията.

Административен акт, издаден при условията на оперативна самостоятелност винаги подлежи на съдебен контрол за законосъобразност, освен когато този контрол е изрично изключен със закон. Предоставената от закона възможност за преценка трябва винаги да бъде използвана в рамките на закона и в изпълнение на неговата цел. Отклонението от това правило води до превратно упражняване на власт, а нарушаването на изискванията за упражняване на оперативната самостоятелност прави акта несъответен на целта на закона, което представлява отменително основание по чл. 146, т. 5 АПК. В този смисъл е и разпоредбата на чл. 169 от АПК, съгласно която при оспорване на административен акт, издаден при оперативна самостоятелност, съдът проверява дали административният орган е разполагал с оперативна самостоятелност и спазил ли е изискването за законосъобразност на административните актове. С това законодателно решение самият избор на административния орган е правно регулиран от чл. 4, ал. 2 и чл. 6 от АПК. Затова съдът, ако установи, че органът е разполагал с оперативна самостоятелност, трябва да провери спазването и на тази регулация. Това значи да прецени, дали с избраната от органа възможност се постига целта, за която законът го е оправомощил да издаде акта - чл. 4, ал. 2, ако се постига, дали не е било възможно решение, по-малко обременително за трети лица - чл. 6, ал. 2 и 3, а ако не е имало и такова решение - имало ли е решение, осъществимо с по-малко обществени разходи (средства, усилия и време) - чл. 6, ал. 4. Ако поне едно от тези правила е нарушено, актът следва да бъде преценен като несъответен на целта на закона - чл. 146, т. 5. Неизлагането на мотиви в решение на възложителя (респективно в протокола от работата на комисията за провеждане на процедурата) по въпроса защо е избрано едно от няколкото възможни законосъобразни

решения, както и несъбирането и необсъждането на възраженията и обясненията на заинтересованите страни, които пряко касаят решавания с административния акт въпрос, съставляват съществени нарушения на административно производствените правила и са основания за отмяната на акта<sup>1</sup>.

Разпоредбата на чл. 70, ал. 2 е с диспозитивен характер предвид използвания от законодателя израз “може” и въпросът дали преценката на комисията да предложи за отстраняване участник или не, следва да подлежи на последващ контрол, е дискуссионен. Комисията за защита на конкуренцията е специализиран държавен орган, на който със специален закон е възложено да осигурява законосъобразното протичане на процедурите по възлагане на обществените поръчки и се произнася само по законосъобразността на процедурата, а не по целесъобразността ѝ. Съдът, извън правомощието си да проверява административните актове за тяхната законосъобразност, в определени случаи извършва проверка дали административният орган не е излязъл извън рамките на оперативната си самостоятелност и дали не е упражнил превратно правото си на власт превишавайки преценката си в разрез с целите, за които тя му е предоставена. Ако се приеме, че наличието или липсата на обстоятелства по чл. 70, ал. 2 ЗОП е въпрос на законосъобразност, а не на целесъобразност, и КЗК трябва да извършва проверката на петте хипотези, посочени в ал. 2, които са дадени алтернативно, а не кумулативно. При тази проверка се извършва преценка освен дали комисията на възложителя задължително е изисквала подробна писмена обосновка и я е обсъдила и респ. изложила мотиви, но дали правилно я е приела за обективна или не.

Съгласно трайната практика на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) и Върховния административен съд (ВАС), преценката на обективността на представената писмена обосновка се прави по целесъобразност. В множество решения съдът потвърждава становището на КЗК, че правото на конкурсната комисия да приеме или да отхвърли дадена от участника писмена обосновка е в пределите на оперативната ѝ самостоятелност<sup>2</sup>. В практиката на съда се извежда заключението, че при проверката на писмената обосновка следва да се прецени дали посочените в нея факти са обективни и дали отговарят на някое от посочените в чл. 70, ал. 2 от ЗОП обстоятелства. Тези действия на

<sup>1</sup> Решение №4128 от 29.03.2010 г. на ВАС петчленен състав по адм. д. № 1255 / 2010.г

<sup>2</sup> Решение на КЗК №216/2011г., потвърдено с Решение на ВАС №7090/2011г

комисията задължително следва да са обективирани в съответен протокол и мотивирани по надлежен начин<sup>3</sup>. Предвид горното, може да се обоснове заключение, че при представяне на писмена обосновка, участникът следва да покаже, че по-благоприятното предложение се дължи на някое, а не на всички, посочени в чл. 70, ал. 2 от ЗОП обективни обстоятелства. Видно от съдебната практика, процедурата по обосноваване на по-благоприятното предложение предполага представяне на подробна писмена обосновка за начина на неговото образуване, без да изисква прилагане на конкретни доказателства. Това обаче не пречи на участника да приложи доказателства, ако счете това за необходимо. Правомощие на конкурсната комисия, общо уредено в нормата на чл. 68, ал. 11 от ЗОП, е да изисква доказателства за данните на предложението. Упражняването му е предоставено на нейната самостоятелна преценка.<sup>4</sup> С оглед изложеното се налага заключението, че преценката относно наличието на някое от обстоятелствата по чл. 70, ал. 2 от ЗОП се прави за всеки конкретен случай и след анализ на цялата фактическата обстановка. В общия случай, в обосновката би следвало да се навеждат доводи, които имат отношение към формирането на съответното предложение и доказват, че същото не противоречи на целите и принципите на закона, прогласени в чл. 1 и 2 от ЗОП. Например, съгласно съдебната практика икономичността на дадено решение може да се обосновава с различни по своето естество фактори, които са относими към предмета на конкретната обществена поръчка. В това число влизат калкулирането на минимална печалба от участника, използване на собствени ресурси (кариери, асфалтови бази, сервизи, производствени, складови и търговски помещения), наличие на икономично и високо ефективно съвременно оборудване, квалифициран персонал, високи търговски отстъпки поради добра репутация и трайни отношения с доставчиците.

Преценката на комисията по чл. 34 ЗОП дали да приеме или не обосновката на участника е преценка по целесъобразност, но според съда, нейната оперативна самостоятелност е ограничена в две посоки:

- в писмената обосновка да са посочени обективни обстоятелства,
- тези обстоятелства да са свързани и съответно да установяват наличието на една от посочените в нормата пет хипотези при условията на

---

<sup>3</sup> Решение на КЗК №1303/2010г., потвърдено с Решение на ВАС №15987/2010г

<sup>4</sup> Решение на КЗК №229/2011г., потвърдено с Решение на ВАС № 5504/2011г

алтернативност, като помощният орган е длъжен да посочи кои обстоятелства, изложени в обсъжданата писмена обосновка, приема за обективни и в коя от петте хипотези на чл. 70, ал. 2 от ЗОП попадат.

Върховният административен съд застава зад становището, че ако комисията за провеждане на процедурата не посочи кои обстоятелства от изложените в писмената обосновка приема за обективни и към коя от петте хипотези на чл. 70, ал. 2 попадат тези обстоятелства, то нейното решение е незаконосъобразно, защото не е мотивирано. Неведнъж в своите решения КЗК и ВАС са посочвали, че комисията трябва да отрази в протокола собствените си аналитични разсъждения защо е достигнала до едно или друго заключение при приемане или отхвърляне на обосновката.

(Control over the discretion powers of the commission for conduction of the procedure in case of applying art.70 from the public procurement act).  
Trakia journal of sciences, 2015, Vol. 13, Suppl. 1, pp 375-377, ISSN 1313-7050