

# **КОНТРОЛ ВЪРХУ ОПЕРАТИВНАТА САМОСТОЯТЕЛНОСТ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ В ХИПОТЕЗИТЕ НА ЧЛ. 39, АЛ. 2 ЗОП**

**Събин Събев, Петър Петев**

*В доклада се разглеждат случаите, в които възложителят има право да прекрати процедурата и практиката на контролните органи - КЗК и ВАС при осъществяване на правораздавателен надзор върху оперативната му самостоятелност.*

*Ключови думи: Обществени поръчки, Оперативна самостоятелност*

При прекратяването на процедура за възлагане на обществени поръчки, възложителят е изправен пред две основни хипотези. Императивна по чл.39, ал.1 от ЗОП, когато възложителят при наличие на изброените там предпоставки е задължен да прекрати процедурата – действащ при условията на обвързана компетентност и диспозитивна - по чл.39, ал.2 от ЗОП, когато прекратяването е по преценка на възложителя, и възложителят е в условията на оперативна самостоятелност.

Възложителят е длъжен да издаде решение за прекратяване на процедурата, когато:

1. не е подадена нито една оферта, заявление за участие или проект, или няма кандидат или участник, който отговаря на изискванията по чл. 47 - 53а;

2. всички оферти или проекти не отговарят на предварително обявените условия от възложителя;

3. всички оферти, които отговарят на предварително обявените от възложителя условия, надвишават финансовия ресурс, който той може да осигури;

4. първият и вторият класирани участници откажат да сключат договор;

5. отпадне необходимостта от провеждане на процедурата в резултат на съществена промяна в обстоятелствата, или при невъзможност да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди;

6. са установени нарушения при откриването и провеждането ѝ, които не могат да бъдат отстранени, без това да промени условията, при които е обявена процедурата.

7. поради наличие на някое от основанията по чл. 42, ал. 1 не се сключва договор за обществена поръчка

В тези случаи действията на възложителя се свеждат до установяване на посочения в съответната хипотеза фактически състав и издаване на административен акт с предписаното от закона съдържание.

По сложен е въпросът с оперативната самостоятелност на възложителя, когато той има право на преценка дали да прекрати процедурата или да избере изпълнител при ограничен брой участници, съгласно чл. 39, ал. 2:

Възложителят може да прекрати процедурата с мотивирано решение, когато:

1. подадена само една оферта, заявление за участие или проект;

2. има само един кандидат или участник, който отговаря на изискванията по чл. 47 - 53а или само една оферта или проект отговаря на предварително обявените условия от възложителя;

3. участникът, класиран на първо място:

а) откаже да сключи договор, или

б) не изпълни някое от изискванията на чл. 42, ал. 1, или

в) не отговаря на изискванията на чл. 47, ал. 1 и 5 или на изискванията на чл. 47, ал. 2, когато са посочени в обявлението;

4. са налице основанията по чл. 79, ал. 9, т. 2<sup>1</sup>, чл. 83г, ал. 8, т. 2<sup>2</sup> и чл. 88, ал. 8, т. 2<sup>3</sup>.

Сложността на въпроса произтича от противоречивата практика на КЗК и ВАС при контрола върху оперативната самостоятелност на възложителя, тъй като решението на възложителя за прекратяване на процедурата подлежи на контрол относно законосъобразност.

Първоначално практиката на КЗК и ВАС се насочи към отмяна на решения на възложители по този текст единствено поради липса на мотиви, водени от редакцията на чл.39, ал.2 от ЗОП според която „Възложителят може да прекрати процедурата с мотивирано решение, когато:...”

Именно това изискване на закона поражда необходимостта от мотиви при прилагането на нормата на чл.39, ал.2, от ЗОП. Странността на ситуацията за повечето възложители идваше от факта, че хипотезите на чл.39, ал.2, са толкова ясни и фактически прости, че не беше ясно какво да съдържат едни мотиви около простия факт, че има само един участник отговарящ на изискванията за допустимост или че има само една оферта отговаряща на изискванията на възложителя.

Безспорно е, че мотивите към това решение са задължителни и елемент от фактическият състав за законосъобразност на решението.

---

<sup>1</sup> При възлагане на поръчки по [чл. 3, ал. 2](#), когато след извършване на предварителен подбор възложителят установи, че броят на кандидатите, отговарящи на критериите за подбор и на минималните изисквания, е твърде малък, за да се гарантира реална конкуренция,

<sup>2</sup> При възлагане на поръчки по чл. 3, ал. 2, когато след извършване на предварителен подбор възложителят установи, че броят на кандидатите, отговарящи на критериите за подбор и на минималните изисквания, е твърде малък, за да се гарантира реална конкуренция

<sup>3</sup> При възлагане на поръчки по чл. 3, ал. 2, когато след извършване на предварителен подбор възложителят установи, че броят на кандидатите, отговарящи на критериите за подбор и на минималните изисквания, е твърде малък, за да се гарантира реална конкуренция

На второ място изникна въпросът, относно съдържанието на тези мотиви. И тук практиката се раздели на две, като на много възложители бяха отменени решенията по чл.39, ал.2, т.2 т ЗОП, независима, че са мотивирани.

Първото течение в съдебната практика е приемане мотивирането на решението по чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП при използване на текстовете от ЗОП които рамкират неговите принципи и цели. Основанието за това виждане е редакцията на чл. 169 от АПК според който:

„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.”

Така действията на възложителя в този случай са рамкирани от нормата на чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП и чл.169 от АПК при който прилагаме чл.1 и чл.2 от ЗОП. В качеството си на възложител всеки може да се възползва от диспозитивната разпоредба на чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП. Макар и в условията на оперативна самостоятелност възложителят следва да се съобрази със законовите предпоставки за прилагане на нормата, както и с разпоредбата на чл.169 от АПК. Във всеки конкретен случай следва да са налице и двете предпоставки на чл.169 от ЗОП. С разпоредбата на чл. 39, ал. 2 от ЗОП е предвидена правна възможност за прекратяване на възлагателна процедура при подадена само една оферта или заявление за участие, или при допуснат до класиране само един участник, или само една оферта, отговаряща на предварително обявените условия на възложителя. При положение, че в закона не се съдържа изрично разписано поведение на възложителя при осъществяване на материалните предпоставки на отделните хипотези, следва да се приеме извода, че преценката за взетото решение е извършена в условията на оперативна самостоятелност и може да бъде предмет на проверка за

законосъобразност само в пределите по чл. 169 АПК, приложима на основание чл. 122з от ЗОП. Упражняването на правомощията при оперативна самостоятелност се подчинява единствено на изискването за постигане на определена цел, предвидена в закона<sup>4</sup>. Целта на Закона за обществените поръчки е изрично регламентирана с разпоредбата на чл. 1 от ЗОП и предвидена като задължение за провеждане на процедури с цел осигуряване на ефективност при разходване на обществени средства. Тази цел на закона се допълва и изяснява с принципите посочени в чл.2 от ЗОП, а именно:

1. публичност и прозрачност;
2. свободна и лоялна конкуренция;
3. равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

В практиката на контролните органи, обаче се среща и противоположното становище - че наличието само на една оферта, отговаряща на изискванията в документацията не води до липса на конкуренция между участниците и не е основание за задължително прекратяване на процедурата. В случай, че оставането само на един участник в процедурата за възлагане на обществената поръчка е толкова обществено опасно и финансово неизгодно и води до невъзможност за защита на обществения интерес, поради липса на конкуренция, то систематическото място на тази хипотеза е следвало да бъде предвидено от законодателя в ал. 1, т.е в случаите, в които възложителят следва задължително да прекрати процедурата, а не в ал. 2 на чл. 39 от ЗОП, която е диспозитивна и дава право на мотивирана преценка при избора за прекратяване или продължаване на същата. Действително по принцип субективната преценка на възложителя дали да продължи процедурата или да я прекрати при наличие на хипотезите на чл. 39, ал. 2 от ЗОП е

---

<sup>4</sup> Решение 5738/12 ВАС; Решение 108/14 ВАС

предоставена на възложителя като правна възможност в рамките на оперативната му самостоятелност, но и целесъобразността подлежи на съдебен контрол с оглед на това дали административния орган не е излязъл извън рамките на оперативността и дали не е упражнил превратно правото си на власт превишавайки преценката си в разрез с целите, за които тя му е предоставена. В този смисъл са както т. 12 от Постановление на Пленума на Върховния съд № 4 от 22.09.1976 год. по гр. дело № 3/1976 год., което не е загубило сила, така и разпоредбата на чл. 169 от Административно процесуалния кодекс.<sup>5</sup> Законът за обществените поръчки има за задача да създаде правни гаранции за развитието на свободна и лоялна конкуренция, т.е. да бъде осигурена възможност на всички правни субекти да участват в процедурите и състезанието между тях да протече на база на обективни пазарни критерии. От там нататък колко участника ще заявят участие и ще бъдат класирани вече е фактически въпрос, което обаче не означава, че априори наличието на само един участник води до колизия с принципа за свободна и лоялна конкуренция, съответно до незаконосъобразност на процедурата. Дори и при това развитие на процедурата същата продължава да бъде законосъобразна, като Възложителят не се освобождава от задължението си да даде конкретни и ясни мотиви относно причините за избора си дали да прекрати процедурата или да обяви за изпълнител класирания участник. **Крайната цел на една процедура е изборът на изпълнител и сключването на договор, а не прекратяването и, което е начин за своевременно приключване на незаконосъобразна процедура.** Следователно бланкетното посочване, че явяването или оставането на един участник в процедурата води до невъзможност да се осъществи конкуренция не е достатъчно. Необходимо е възложителят да изложи конкретни мотиви, от които да се установи по

---

<sup>5</sup> Решение № 11046 от 22.07.2013 г. по адм. дело № 6413/2013 г. на ВАС

какви съображения възприема точно варианта за прекратяване на процедурата, а не варианта за продължаването и с избор на изпълнител и сключване на договор, които мотиви задължително следва да са относими към изискванията на закона<sup>6</sup>.

Склонни сме да подкрепим второто становище, доколкото то е в синхрон и с общите принципи на административния процес по аргумент от чл. 11 на ЗОП, доколкото процедурата за определяне на изпълнител на обществената поръчка представлява административно производство по смисъла на АПК.

Ще разгледаме два от принципите на административния процес, относими към тази преценка.

На първо място решението на възложителя трябва да отговаря на принципа на съразмерност, провъзгласен в чл. 6 АПК. Той е основен принцип в европейското право и изисква актовете на институциите да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигане на преследваната цел, като се има предвид, че когато съществува избор между няколко подходящи мерки, трябва да се прибегне до мярката, която създава най-малко ограничения. Принципът за съразмерност пряко се свързва с наличието на оперативна самостоятелност на административния орган (възложителя).

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

---

<sup>6</sup> Решение № 787/2013 г. на КЗК, потвърдено с Решение № 12594/2013 г. на ВАС

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 обжалваната заповед по въпроса защо е избрано едно от няколко 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>7</sup>.

На второ място решението на възложителя трябва да отговаря на принципа на последователност и предвидимост, очертан в чл. 13 АПК. Нарича се още „принцип на оправданите очаквания”. Липсата на ясни, предварително оповестени критерии в кои случаи процедурата ще бъде прекратена и в кои ще се продължи до избор на изпълнител и сключване

---

<sup>7</sup> Решение №4128 от 29.03.2010 г. на ВАС петчленен състав по адм. д. № 1255 / 2010.г



на договор води до субективна преценка за всеки отделен случай, а с това се нарушават принципите на чл. 8 и чл. 13 АПК.

Изводът е, че при прекратяване на процедура за възлагане на обществени поръчки при условията на чл. 39, ал. 2 ЗОП, съдържанието на мотивите задължително следва да обхваща аргументи относно изследване и на двете правни възможности (за прекратяване и за продължаване на процедурата), като следва да се посочат в мотивите аргументи защо възложителят в паралел с двете правни възможности е избрал именно тази да прекрати процедурата.

*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](mailto:subev@abv.bg); [office@subev.eu](mailto:office@subev.eu)*

*GSM: 0888 449957*

*Петър Колев Петев*

*Адвокат от Адвокатска колегия – Русе*

*Издател на сп. „Обществени поръчки“*

*7000 Русе, ул. „Асен Златаров“ № 33*

*E-mail: [petarpetev@abv.bg](mailto:petarpetev@abv.bg);*

*GSM: 0877399933*

## СЛУЖЕБНА БЕЛЕЖКА

Организационният комитет на Годишната университетска научна конференция в Националния военен университет "Васил Левски" издава настоящата бележка на **Събин Иванов Събев** в уверение на това, че представи за публикуване доклад на тема: **„Контрол върху оперативната самостоятелност на възложителя в хипотезите на чл. 39, ал. 2 ЗОП”** в научно направление „Социални, стопански и правни науки”.

Докладът е приет на заседание на Редакционен съвет и ще бъде отпечатан в Сборник научни трудове на конференцията с ISSN 1314-1937.

**Научен секретар:**

Подп. д-р

Георги Георгиев

03 юли 2014 год.

гр. Велико Търново

