

НОВИ МОМЕНТИ В ПРЕДВАРИТЕЛНИЯ КОНТРОЛ ПО ЗАКОНА
ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

Любомир Кючуков

NEW ASPECTS OF PRELIMINARY CONTROL
UNDER THE BULGARIAN PUBLIC PROCUREMENT ACT

Lyubomir Kyuchukov

Abstract: This article aims to present the new aspects of preliminary control after the amendments to the Bulgarian Public Procurement Act (PPA), entering into force in 2024. Its purpose is to outline some inconsistencies in the new Section 1a of Chapter Thirty-One of the PPA regarding concepts, theoretically and practically established in the field of administrative law and administrative procedure. Apart from presenting these issues, the paper also focuses on inspiring an academic debate on its topic, based on the current achievements of legal theory.

Keywords: public procurement; amendments; preliminary control; legality; observers; minister; finance; administrative procedure.

Мащабните изменения в Закона за обществените поръчки (ЗОП)¹ от 2023–2024 г. настъпиха в условията на усложнена социално-политическа обстановка, в която основният фокус на общественото внимание бе насочен по-скоро към опита за конституционна реформа. Влизането в сила на тези изменения бе предвидено да стане поетапно, като за последните от тях това ще е факт през октомври 2024 г. Въпреки постепенния подход на законодателя, новите моменти в ЗОП създадоха необходимост от теоретична и практическа дискусия, поради някои свои несъответствия с основни за административното право и административния процес положения.

Част от тези несъответствия са предмет на изследване в настоящата статия, чиято цел е да постави пред академичната общност и практикуващите в областта на обществените поръчки някои въпроси за по-нататъшно

обсъждане и критика. Окончателното изпълнение на тази цел обаче би било възможно едва след като са влезли в сила всички изменения в нормативната уредба, включително в подзаконовите нормативни актове, касаещи процедурите по възлагане. Към момента на изготвяне на статията този процес все още не е завършен, следователно отправянето на предложения *de lege ferenda* или на препоръки за преодоляване на набелязаните проблеми не би било напълно целесъобразно.

Ето защо настоящото изложение се концентрира върху първоначалната идентификация на проблемите, която може да се развие в бъдеще в теоретичен опит за разрешаването им. Тема на статията са новите моменти в предварителния контрол по Глава тридесет и първа от ЗОП, по-конкретно новият ѝ Раздел 1а, който урежда предварителния и текущия контрол. Последователно ще бъдат

¹ Обн., ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., посл. изм., бр. 11 от 6.02.2024 г.

разгледани лицата, които го осъществяват, начинът, по който е очертан кръгът от правомощията им, и въпросите, които се пораждат от анализа на изброените аспекти.

За основа на изводите ще бъдат използвани някои от досегашните достижения на правната теория в областта на обществените поръчки, от една страна, и на административното право и административния процес, от друга. Причината е, че скорошното влизане в сила на разпоредбите от посочения раздел свежда до минимум наличието на тълкуване на съответните понятия в практиката на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) като особена юрисдикция и на Върховния административен съд (ВАС) като касационна инстанция за проверка на решенията на КЗК. Разглеждането на тяхната практика би било възможно в един бъдещ момент, в който особената юрисдикция и съдът ще са имали възможността да се произнесат по въпроса за предварителния контрол в свои актове.

За да се анализира понятието „предварителен контрол“ по Глава тридесет и първа, Раздел Ia от ЗОП, е необходимо, използвайки дедуктивния метод (преход от общото към частното), първо да се спрем на видовете контролна дейност в процедурите за възлагане на обществени поръчки. Условно тази дейност може да се раздели на контрол по време (предварителен, текущ и последващ), спрямо лицата (субекти, оправомощени да го осъществяват, както и контролирани субекти) и с оглед вида контролна дейност (контрол, надзор или проверка на изпълнението). Последният се определя от мястото на контролиращите субекти в йерархичната система на административните органи. Също така е нужно да се очертаят етапите на процедурите, за които се отнася предварителният контрол, и да се оцени неговата потенциална ефективност.

В правната теория правомощията на възложителите в процедурите по възлагане на обществени поръчки се определят основателно като делегирани публични функции, или „основни управленски дейности, които са поверени на държавен орган за задоволяване на определен обществен интерес“.² С такива публични функции могат да се оправомощават и организации, които по своята правна природа не са административни органи, а страни по публично-частното партньорство. Следователно доколкото става въпрос за публични функции и осъществяване на изпълнителна дейност, е основателно да се твърди, че договорът за възлагане и изпълнение на обществена поръчка по своята същност е административен договор³, а контролът, упражняван в процедурата по неговото сключване и изпълнение, също е административен.

Според административноправната теория административният контрол се дели на четири вида: контрол на Министерския съвет, централистичен ведомствен (вътрешноведомствен, йерархически) контрол, специализиран контрол и контрол в системата на местното самоуправление.⁴ Видът контрол се определя от няколко фактора: правното основание за осъществяването му, разположението на контролиращия и контролирания субект в йерархичната система на субектите, осъществяващи изпълнителна дейност, обхвата, методите и средствата за въздействие.⁵

Подведени под тази категоризация, общите хипотези на контрол по Глава тридесет и първа от ЗОП се доближават най-много до специализирания административен контрол (или административния надзор) като форма на контролна дейност. Органите, които го осъществяват: Агенцията за обществени поръчки (АОП), Сметната палата, Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), имат специализирани надзорни правомощия,

² Чернева, Г., Публично-частните партньорства – административноправни аспекти, Поредица „Публично-частни партньорства“, книга 1, Дружество „Европейско право“, София, 2015 г., с. 38.

³ Вж. Илиева, Ант., Актуални въпроси на договора по Закона за обществените поръчки (Правни аспекти), изд. „Сиела“, София, 2023 г., с. 44 и цитираните там автори; обратното се приема в Янкулова, С., Николова Т., Промените в Административнопроцесуалния кодекс 2018, София: ИК „Труд и право“, 2018, с. 108–112.

⁴ Дерменджиев, Ив., Костов, Д., Хрусанов, Д., Административно право на Република България – обща част (пето преработено и допълнено издание), София: Сиби, 2012 г., с. 260.

⁵ Вж. пак там, с. 261–274.

намират се извън системата на ръководните органи на възложителите, следят за законосъобразността на контролираната дейност и упражняват тези правомощия в обхват и по съдържание, определени в специален закон.

Предварителният контрол по Раздел Ia на Глава тридесет и първа от ЗОП обаче разкрива някои особености, които, с оглед изложеното, подлежат на обсъждане. В новите разпоредби на чл. 237а и чл. 237б⁶ ЗОП се предвиждат няколко хипотези на контрол, заслужаващи самостоятелен анализ.

Първата нова хипотеза на предварителен контрол е уредена в чл. 237а, ал. 1 ЗОП. Тя визира „провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки с особена сложност, засилен обществен интерес и/или свързани с критични инфраструктури“. Първи проблем, който прави впечатление при опит за тълкуване на нормата, е липсата на дефиниция или дори обяснение в закона какво означават качествата „особена сложност“, „засилен обществен интерес“ и свързаност с „критични инфраструктури“ на обществената поръчка по смисъла на разпоредбата. Няма и препратка към друг специален нормативен акт, където да се съдържат определения на тези понятия или да е очертан техният предметен обхват. Допуснатата от законодателя неяснота във формулирането на един от най-съществените елементи на контрола – неговия обект – подлежи на критика. Това е ключов недостатък, който прави трудно определими пределите на оперативната самостоятелност, в условията на която действа в тази хипотеза компетентният централен орган на изпълнителната власт – министърът на финансите.

Оперативната самостоятелност на министъра е обусловена от използвания в началото на чл. 237а, ал. 1 ЗОП израз: „Министърът на финансите може да определя лица...“. Законът предоставя на органа на изпълнителната власт една правна възможност, без обаче да въведе критерии за нейното целесъобразно приложение. Изводът, който се налага, е, че

дори в особени случаи, като тези, визиращи в разпоредбата, провеждането на предварителния контрол е по усмотрение на министъра. То може да се ограничи единствено чрез второто кумулативно изискване по чл. 237а, ал. 1, а именно стойностите на обществените поръчки да са тези по чл. 20, ал. 1 ЗОП.

За сравнение, предварителният контрол по чл. 232а във вр. с чл. 229, ал. 1, т. 2, буква „ж“ ЗОП, който също е стойностно определен и упражняван от АОП, е задължителен. В неговия обхват попадат обществените поръчки с прогнозна стойност над 5 000 000 лв., които за календарната 2023 г. са представлявали относително нисък дял от всички обявени процедури (около 3% от проведените чрез ЦАИС-ЕОП процедури за възлагане), но са концентрирали най-много бюджетни средства (над 32 млрд. лв., или 75% от всички разпределени чрез обществени поръчки средства на годишна база)⁷. Въвеждането на задължителен предварителен контрол тук следователно може да се оцени положително. Става въпрос за голям процент от средствата, разходвани в обществен интерес, поради което и контролната дейност в процедурите за възлагане на обществени поръчки, разпределящи тези средства, основателно е по-засилен.

Неяснота по чл. 237а ЗОП обаче поражда и уредбата на лицата, които осъществяват предварителния контрол. Законодателят ги нарича „наблюдатели“ – лица, определени от министъра на финансите, участващи в работата на комисията на възложителя за разглеждане на офертите. Институтът на наблюдателите е нов за действащия ЗОП, като такива е имало в някои процедури по отменения през 2016 г. Закон за обществените поръчки от 2004 г.⁸

Недостатък на нововъведения предварителен контрол, осъществяван от наблюдатели по чл. 237а ЗОП, е липсата на ясно очертаване на техния статут и контролни правомощия в закона. Този недостатък не се преодолява чрез ал. 4 на чл. 237а ЗОП, съгласно която: „Условията и редът за определяне

⁶ ДВ, бр. 88 от 2023 г., в сила от 1.01.2024 г.

⁷ Според справка от публичните данни на интернет страницата на Регистъра на обществените поръчки (РОП): <https://app.eop.bg/today/reporting/search>

⁸ Относно предварителния контрол, осъществяван от наблюдатели по отменения ЗОП вж. в **Ковачева, Ад.**, Обществените поръчки след измененията от 2008, 2009 и 2010 г., София: Фенея, 2010, с. 125–129.

и участие на наблюдателите се уреждат в правилника за прилагане на закона“. В тази разпоредба могат да бъдат идентифицирани два проблема.

Първият е нехарактерната за специализирания административен контрол фрагментарност на уредбата. Тя се изразява в неоснователното разделяне на правното основание за осъществяване на контрола, неговия обхват и субектите, които го упражняват, от една страна, и условията и реда за тяхното определяне и участие, от друга. Законодателната техника би била значително по-прецизна, ако всички аспекти на предварителния контрол бяха уредени в закона, вместо част от тях да бъдат самостоятелно изведени в акт от по-ниска степен, какъвто е Правилникът.

Това положение създава опасност от противоречия между закона и подзаконовия нормативен акт, който вместо да урежда вторично обществените отношения, предмет на закона, съдържа първични правила за поведение относно условията и реда за определянето и участието на наблюдателите. Допълнително усложнение е липсата на съответните изменения на Правилника към момента на влизане в сила на новия Раздел Ia на Глава тридесет и първа от ЗОП. Неуспешната синхронизация при приемането на нови разпоредби в ЗОП и ППЗОП основателно се критикува в правната теория, поради пренебрегването на изискванията на чл. 9, ал. 3 от Закона за нормативните актове (ЗНА), във вр. с чл. 45 от Указ № 883 за прилагането му.⁹ Това твърдение може да се отнесе освен за Правилника в неговата цялост, така и за изменения в него, касаещи нови норми или нови раздели от закона, какъвто е случаят с Раздел Ia на Глава тридесет и първа от ЗОП.

Вторият проблем е твърде общото определяне на изискванията, на които трябва да отговарят наблюдателите. Според чл. 237а, ал. 2 ЗОП за тях следва да важат кумулативно две предпоставки. Едната е да „имат компетентност по предмета на обществената поръчка и/или по прилагане на нормативната уредба в областта на обществените поръчки“. Прави впечатление неточно употребеното от гледна точка на административното право

понятие „компетентност“. Общоприетото му значение е на съвкупност от държавновластнически правомощия, изразяващи се едновременно в упражняване на права и изпълнение на задължения по определен в закон начин – по време, по място, по материя и спрямо лицата. В ал. 2 на чл. 237а ЗОП става въпрос по-скоро не за компетентност в административноправен смисъл, а за специализирани познания в определена област, свързана с предмета на обществената поръчка – например, в областта на строителството. Тези специализирани познания не трябва да се бъркат с компетентността като елемент от административната правосубектност на орган, упражняващ изпълнителна дейност.

Другото условие, което трябва да е на лице за наблюдателите, е „да не са в конфликт на интереси с възложителя, членовете на комисията и кандидатите или участниците“. Това изискване е по-коректно формулирано, доколкото в §2, т. 21 от Допълнителните разпоредби (ДР) на ЗОП има легална дефиниция на понятието „конфликт на интереси“. Тази дефиниция препраща към чл. 72 от Закона за противодействие на корупцията (ЗПК). Остава без отговор в ЗОП обаче въпросът по какъв начин се определя и доказва наличието на двете коментирани предпоставки – „компетентността“ по предмета на обществената поръчка и/или по прилагане на законодателството в областта на обществените поръчки, и липсата на конфликт на интереси.

Липсата на яснота в статута на наблюдателите като лица, упражняващи контрол, поражда и съмнение в тяхната независимост – доколкото те не могат да бъдат разглеждани всъщност като държавни служители от администрацията на министъра, чрез които контрол упражнява де факто самият министър. Такова тълкуване би означавало недопустимо смесване на институтите на централистичния (вътрешноведомствен) контрол и на специализирания административен контрол, тъй като министърът е централен орган на изпълнителната власт, съгласно чл. 19, ал. 2, т. 4 от Закона за администрацията (ЗА).¹⁰

Правомощията на наблюдателите, съгласно чл. 237а, ал. 3 ЗОП, се изразяват в

⁹ Вж. Ламбева, М., Новият закон за обществените поръчки, сп. 'De Jure', Брой 1/2016 г., с. 41

¹⁰Обн. ДВ. бр.130 от 05.11.1998г., посл. доп. ДВ. бр.88 от 20.10.2023г.

произнасяне с доклад за работата им, който се представя на министъра на финансите и на възложителя в 10-дневен срок от приключване на работата на комисията. Доколкото в закона не е определен обхватът на контрола – по законосъобразност, по целесъобразност или и двете – може да се предположи, че като израз на специализиран административен контрол докладът обхваща само законосъобразността на работата на комисията. Предварителният контрол по ЗОП се определя от някои автори като една „гаранция, че няма да бъдат допускани нарушения, които биха довели до сключване на договори за възлагане в рамките на опорочена процедура“¹¹. С оглед последователност на законодателната техника обаче би следвало това да става ясно от самите разпоредби, както например при предварителния контрол по чл. 237б ЗОП, който законът изрично определя като контрол по законосъобразност.

В заключение относно контролната дейност по новия чл. 237а ЗОП може да се твърди, че остават резерви относно нейната приложимост и ефективност. Идентифицират се редица проблеми, като само някои от тях са: неясното определяне на случаите, в които работата на комисията на възложителя подлежи на контрол, обхватът на този контрол и статутът и правомощията на лицата, които го упражняват. Приложението му зависи от усмотрението на министъра на финансите, което също би било основателно да се приеме за отклонение от установените принципи на специализирания административен контрол. Идейната основа зад същия е да бъде възложен от специален нормативен акт на изрично оправомощени за осъществяването му ведомства, еднакво отдалечени както от управлението на контролирания субект, така и от централните органи на изпълнителната власт, в израз на принципа на самостоятелност и безпристрастност. Косвеното (или, дори може да се твърди, прякото) участие на министъра на финансите чрез определени от него лица без възпиращи правомощия в някои процедури по възлагане на обществени поръчки не създава по-голяма сигурност в законосъобразното им

провеждане и постига по-скоро демонстративен, отколкото реален резултат.

Другият вид контрол по новия Раздел Ia на Глава тридесет и първа от ЗОП е предварителният контрол по чл. 237б ЗОП. Законът го определя като контрол по законосъобразност, осигурен от възложителя, а обхватът му е изрично стойностно закрепен в ал. 1, т. 1 и 2 от разпоредбата. Този похват може да се оцени положително, защото за разлика от контрола по предходния член, контролът по чл. 237б ЗОП е прецизиран от гледна точка на обекта. Това са обществените поръчки на стойност равна на или над 5 000 000 лв., както и на стойност, равна на или надвишаваща 10 на сто от последния одобрен бюджет на възложителя. Както бе уточнено по-горе, тези обществени поръчки представляват сравнително малък процент от проведените чрез ЦАИС-ЕОП през изминалата година процедури, но концентрират по-голямата част от обществените средства, разпределени по реда на ЗОП. Затова решението на законодателя те да подлежат на задължителен предварителен контрол може да се определи като позитивно.

Разпоредбата на чл. 237б ЗОП разкрива две възможни хипотези, с оглед категорията възложители. Ако възложителят е организация от публичния сектор по смисъла на чл. 2, ал. 2 от Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор (ЗФУКПС)¹², той има задължение да осигури предварителен контрол за законосъобразност по реда на чл. 13, ал. 3, т. 3 ЗФУКПС, който в случая се явява специален по отношение на ЗОП. Тук контролът ще се осъществява от звеното за вътрешен одит на възложителя. В останалите случаи, когато възложителят не спада към този тип организации, редът за осигуряване на предварителен контрол е този по чл. 237б, ал. 3-5 ЗОП.

Правят впечатление два основни проблема на общия ред. Първият е, че възложителят е този, който трябва да осигури средствата за осъществяване на контрола върху собствената си дейност. Единственото изискване по отношение на лицата, осъществяващи предварителния контрол за законосъобразност

¹¹ **Иванова, Алб.**, Правни механизми за контрол на обществените поръчки, Университетско издателство „Неофит Рилски“, Благоевград, 2021 г., с. 30.

¹² Обн., ДВ, бр. 21 от 10.03.2006 г., посл. изм. ДВ, бр. 28 от 24.03.2020 г.

по реда на чл. 237б, ал. 3 ЗОП, е да не са участвали в подготовката и провеждането на процедурата. Без да го уточнява изрично, законът вероятно визира организации, осъществяващи по занятие външен одит на организации. Трудно могат да се определят други лица, които да отговарят едновременно на двете изисквания – да са осигурени от възложителя и да не са участвали в подготовката и провеждането на процедурата. Служителите, заети в правната дирекция, например, обикновено участват или в изготвянето на документацията, или в оценителната комисия, така че за тях условията няма да са налице кумулативно.

В такъв случай обаче възниква въпросът как организации, които не са административни или приравнени на тях органи, са овластени от закона да осъществяват административен по своя характер контрол. Правомощията на контролиращия субект тук отново се изразяват в представяне на възложителя на доклад за законосъобразност в 10-дневен срок от получаване на доклада от работата на комисията. Не става ясно дали констатациите и препоръките в този доклад са задължителни за възложителя в процедурата по възлагане на поръчката. С реализирането на правомощията на одитора контролът, условно казано, се „затваря“ в рамките на ръководната система на възложителя и се трансформира по-скоро в проверка на изпълнението. Ето защо означаването на тази дейност като „предварителен контрол за законосъобразност“ е неточно в административноправен смисъл. По-подходящо би било определянето ѝ като „предварителен одит“ или „допълнителна проверка“ на работата на комисията от възложителя.

Вторият проблем е определянето на обхвата и съдържанието на предварителния контрол, което съгласно чл. 237б, ал. 5 ЗОП се осъществява с указание на министъра на финансите. Възниква въпросът каква е правната природа на това указание – дали то е нормативен административен акт, тъй като се прилага многократно във всички процедури по чл. 237б, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП или се издава *ad hoc* за конкретната процедура и следователно има еднократно правно действие и ненормативен характер.

Изясняването на този въпрос е особено важно, тъй като предварителният контрол по

чл. 237б ЗОП е единственият, чиито обхват и съдържание не се определят със закон, а с акт от по-ниска степен. За сравнение, външният контрол по Раздел II и Раздел III от Глава тридесет и първа, осъществяван от АДФИ, Сметната палата и други органи, е изрично дефиниран по обхват и съдържание в закона. Различните нива на уредба на контрола създават опасност от противоречия и, също както в хипотезите на чл. 237а ЗОП, възлагат неоснователно широки правомощия на министъра на финансите като централен орган на изпълнителната власт.

Дори по-голям риск би възникнал, ако указанието на министъра има характер на индивидуален административен акт, издаден за конкретната процедура, тъй като по този начин биха се създали условия за нарушения на принципите на равнопоставеност и лоялна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП. Ясното определяне на юридическата същност на указанието е важно и от гледна точка на контрола върху самия акт на министъра – дали той ще подлежи на съдебно оспорване или не, както и по какви критерии ще се преценява правилността на волеизявлението на министъра, ако той действа при условията на оперативна самостоятелност относно определянето на пределите на контрола.

Вместо обобщение може да се твърди, че новите моменти в областта на предварителния контрол по Раздел Ia на Глава тридесет и първа от ЗОП поставят множество въпроси, част от които бяха обсъдени в настоящата статия. Проблемите на тази уредба са по-скоро принципни и едва ли ще доведат до практически затруднения, но е спорно и доколко усъвършенстват действалите преди 01.01.2024 г. правила. Мащабните изменения, особено в нормативни актове, които касаят разпределението и разходването на обществени средства, би следвало да имат солидна обосновка, да са безспорни в яснотата си и да бъдат приети в пълно съответствие с изискванията на ЗНА и Указ № 883 по неговото приложение. Доколко тези условия са изпълнени от законодателя с новите разпоредби на ЗОП, е предмет на последваща теоретична дискусия, както и на бъдещото упражняване на предварителния контрол. Резултатите от него тепърва предстои да бъдат оценени.

БИБЛИОГРАФИЯ // REFERENCES

Дерменджиев, Ив., Костов, Д., Хрусанов, Д., Административно право на Република България – обща част (пето преработено и допълнено издание), изд. „Сибис“, София, 2012 г. // **Dermendzhiev, I., Kostov, D., Hrusanov, D.**, Administrativno parvo na Republika Bulgaria – obshta chast (peto preraboteno i dopalнено izdanie), izd. ‘Sibi’, 2012

Иванова, Алб., Правни механизми за контрол на обществените поръчки, Университетско издателство „Неофит Рилски“, Благоевград, 2021 г. // **Ivanova, Alb.**, Pravni mehanizmi za control na obshtestvenite porachki, Universitetsko izdatelstvo ‘Neofit Rilski’, Blagoevgrad, 2021

Илиева, Ант., Актуални въпроси на договора по Закона за обществените поръчки (Правни аспекти), изд. „Сиела“, София, 2023 г. // **Ilieva, Ant.**,

Aktualni vaprose na dogovora po Zakona za obshtestvenite porachki (Pravni aspekti), izd. ‘Siela’, Sofia, 2023

Ковачева, Ад., Обществените поръчки след измененията от 2008, 2009 и 2010 г., изд. „Феня“, София, 2010 г. // **Kovacheva, Ad.**, Obshtestvenite porachki sled izmeneniata ot 2008, 2009 i 2010, izd. ‘Feneya’, Sofia, 2010

Ламбева, М., Новият закон за обществените поръчки, сп. ‘De Jure’, Брой 1/2016 г. // **Lambeva, M.**, Noviat zakon za obshtestvenite porachki, sp. ‘De Jure’, Broi 1/2006

Чернева, Г., Публично-частните партньорства – административноправни аспекти, Поредица „Публично-частни партньорства“, книга 1, Дружество „Европейско право“, София, 2015 г. // **Cherneva, G.**, Publichno-chastnite partniorstva, kniga 1, Drujestvo ‘Evropeisko pravo’, Sofia, 2015