

ПРИНЦИПИТЕ НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ, ИЗВЕДЕНИ ОТ ПРАКТИКАТА НА СЪДА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Д-р Албена Иванова, катедра „Публичноправни науки“, Правно-исторически факултет, Югозападен университет „Неофит Рилски“ – Благоевград

Резюме: *Общите принципи за функциониране на Вътрешния пазар, съществена част от който са обществените поръчки, са регламентирани в Договора за функциониране на Европейския съюз. Сред тях от изключително значение са нормите, уреждащи свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали. Изрични разпоредби за процедурите за обществени поръчки и принципите за тяхното функциониране липсват. Настоящата статия има за цел да изследва и анализира практиката на Съда на Европейския съюз, която разработва и извежда принципите на лоялна конкуренция, равно третиране и недискриминация, публичност и прозрачност в областта на обществените поръчки. Прилагането им е гаранция за реализацията на широка конкуренция на тази специфична част от Вътрешния пазар на ЕС.*

Ключови думи: *обществени поръчки, конкуренция, равнопоставеност, прозрачност, Съд на Европейския съюз.*

PRINCIPLES OF PUBLIC PROCUREMENT DERIVED FROM THE CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Albena Ivanova, PhD, Department of Public Law, Faculty of Law and History, South-West University “Neofit Rilski” – Blagoevgrad

Abstract: *The general principles for the functioning of the Internal Market, of which Public Procurement is an essential part, are laid down in the Treaty on the Functioning of the European Union. Among them, the rules governing the free movement of goods, people, services and capital are essential. There are no explicit provisions for Public Procurement procedures and the principles for their functioning. The purpose of this article is to examine and analyze the case-law of the Court of Justice of the European Union, which develops and implements the principles of fair competition, equal treatment and non-discrimination, publicity and transparency in Public Procurement. Their implementation is a guarantee for the widespread competition in this specific part of the Internal Market.*

Keywords: *public procurement, competition, non-discrimination, transparency, Court of Justice of the European Union.*

Изборът на пропорционални, недискриминационни и справедливи критерии за подбор и тяхното прилагане към икономическите оператори е от решаващо значение и е една от основните цели за ефективен достъп на операторите до икономически възможности, свързани с обществените поръчки и концесиите. Тези критерии в близкото минало на България и другите страни от Източна Европа не бяха особено спазвани. През последните двадесет години се наблюдава значително развитие на отношението на българските граждани по въпросите относно защитата на техните човешки и икономически права и на правата на другите.¹ Безспорно е и правото да участват в процедурите по обществени поръчки при спазване на основните начала, регламентирани в законодателството в тази област.

В тясна връзка с критериите за възлагане са принципите на правото, които, както се вижда от изложеното по-горе, са в основата както на Вътрешния пазар, така и на провеждането на справедливи и обективни процедури по обществени поръчки като съществена част от функционирането му. Принципите на прилагането на правото на ЕС, които са изведени от практиката на СЕС, както и утвърждаването на частните лица като основен субект на правото на ЕС, наред с държавите членки, са в основата на осигуряването на ефективното прилагане на установените с Учредителните договори разрешения и гарантирането на упражняването на основните свободи на движение и формирането чрез тях на единен Вътрешен пазар. Всеки от тези принципи създава конкретни задължения за националните органи, особено за съдилищата, като по този начин дава възможност на общата европейска уредба да действа и да постига целените от нея последици, независимо от приемането на последващи мерки в правния ред на държавите членки (ДЧ).²

С напредването на интеграционните процеси възникват съществени правни причини за регулирането на обществените поръчки като необходим елемент от Вътрешния пазар, за развитието на който следва да се прилагат основните принципи на Договорите, като свободното движение на стоки и услуги, правото на установяване и забраната на дискриминация на основание националност. Пазарите на обществените поръчки са мястото, където държавите участват в търговски дейности за постигане на обществените ползи или в името на

¹ Chankova, D., G. Georgieva, *Security and Human Rights: Contradictory or Reconcilable Paradigms?* State of Affairs in Bulgaria, International Conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, Vol. XXII, No22, 2016, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2016-0053>.

² Христов, Хр., *Вътрешен пазар и основни свободи на движение в правото на ЕС*, изд.Сиела, София, 2018, с. 52; вж. също Dehouse, R., *The European Court of Justice*, Macmillan Press, Basingstoke, 1998.

обществените интереси.³ Политическите обосновки на регулирането на обществените поръчки разкриват, че въпреки неспособността на законодателството за конкуренция да управлява пазара *sui generis*, огромната нужда от прозрачност и отчетност посочва режима на обществените поръчки като гаранция за спазване на горните принципи⁴. Използването на обществените поръчки като инструмент на политиката е дългогодишен феномен, предмет на редица правни анализи, който обхваща много политически области като подкрепа за справедливи условия на труд, регионално развитие и предоставяне на икономически възможности за групи в неравностойно положение.⁵

Една от основните цели на обществените поръчки е да бъдат гарант за свободното движение на хора, стоки, услуги и капитали, което се постига именно чрез прозрачни процедури, при които участниците са равнопоставени и недискриминирани. Разпоредбата на чл. 18, ал. 1 от Директива 2014/24 / ЕС определя основните принципи в областта на обществените поръчки, както следва: „Възлагащите органи се отнасят към икономическия оператор по прозрачен и пропорционален начин.“ В параграф 2 от същата разпоредба се въвежда друго изискване – провеждането на търговете трябва да бъде в съответствие с принципа на конкуренция, без да се въвеждат специални критерии, насочени към стесняване на кръга от участници.

Всъщност Договорът от Лисабон (ДЕС и ДФЕС) не урежда изрично въпросите, свързани с възлагането на обществени поръчки и за тях са валидни разпоредбите за Вътрешния пазар, включително и относно принципите, по които той се изгражда и функционира.

В този смисъл практиката на Съда на ЕС (СЕС) по отношение на тези въпроси спрямо провеждането на процедурите по обществени поръчки е особено значима, тъй като тя запълва липсата на изрична

³ Къндева, Е., „Договорите за концесии и обществени поръчки: административноправен анализ в контекста на европейското законодателство“, в: „Правни изследвания в памет на проф. Иван Апостолов“, Улпиан, София, 2001, с. 103.

⁴ Bovis, Chr., Public Procurement in the Single Market of the European Union and its Member States, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubadm/123/123vw35.htm>, вж. също Bovis, Chr., The liberalization of Public Procurement market and its effects on the Common Market, Routledge Revivals, 2019, p. 30-35, където авторът посочва, че обществените пазари, какъвто е и този на обществените поръчки, са организирани по различен начин. Тяхната пазарна структура често разкрива характер на монопсония / олигопсония (монопсония – има много доставчици / производители на един продукт / услуга, но потребителят е само един и той е този, който контролира цените, а при олигопсонията са много производители / доставчици на стока или услуга, но ограничен кръг потребители). По отношение на произхода си търсенето на тези пазари е институционализирано и работи по бюджетни съображения, а не по ценови механизми. То се основава и на изпълнение на задачи, свързани със защитата на обществените интереси.

⁵ Arrowsmith, S., “Horizontal policies in Public Procurement: A taxonomy”, Journal of Public Procurement, Volume 10, Issue 2, 149-186 Summer 2010, p. 23.

нормативна уредба.⁶ Следва обаче да се посочи, че Съдът упражнява контрол върху обществените поръчки, а той от своя страна може да бъде разглеждан като процес, етапите на който са взаимно свързани и логически обусловени.⁷

Реализацията на обществените поръчки на Вътрешния пазар означава, от една страна, премахване на всички пречки за осъществяването им, така както се премахват преградите пред търговията със стоки и услуги между държавите членки на ЕС. От друга страна, е необходимо предотвратяването на изграждането на нови такива. Следва да се има предвид, че злоупотребата с монополно положение е най-типичното проявление на доктрината *per se*, според която съществуват търговски и икономически практики, които във всички случаи ограничават конкуренцията или я премахват и по този начин водят до монополизирание на пазара.⁸

В сферата на обществените поръчки бариерите пред търговията могат да бъдат издигнати чрез националното законодателство на ДЧ (напр. чрез налагане на изисквания, които дават предимство на националните продукти или услуги) или чрез действията на възлагащите органи, които могат да обявят дискриминационни решения за възлагане. Икономическите оператори също могат да създадат бариери, като се споразумеят да намалят цените, с които участват в търговете, в разрез със закона. Всички тези действия водят до нарушаване на конкуренцията на Вътрешния пазар на обществени поръчки. Премахването на съществуващите бариери и препятстването на създаването на нови такива се осъществява посредством прилагането на основните принципи, които са регламентирани от законодателството и разработени от практиката на Съда.⁹ Те са тясно взаимосвързани помежду си, тъй като, за да има лоялна конкуренция, участниците трябва да са равнопоставени (оттук произлиза и принципът на прозрачността), недискриминирани и с еднакви възможности за защита срещу незаконосъобразни действия или решения на възлагателните органи.

Има три ключови принципа в областта на обществените поръчки, които в голяма степен са изведени от практиката на СЕС. Това са

⁶ Georgieva, I., *The Public Procurement System in Bulgaria: Authorities, Participants, Control and Achievements*, Springer International Publishing AG, 2017, p. 45-47.

⁷ Кресналийска, Г., М. Чешмеджиева, *Граждански контрол в администрацията*, Пропелер, София, 2015., с. 13-15.

⁸ Цветанов, Ив., *Достъпът до съществено съоръжение в конкурентното право*, Университетско издателство „Стопанство“, София, 2009, с. 57.

⁹ OECD, 'Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions' (2011) Sigma Brief 1, accessed 20 April 2016 <www.sigmaxweb.org/publications/Public_Procurement_EU_2011.pdf>

конкуренцията, принципът на равно третиране, който е тясно свързан с принципа на недискриминация, и прозрачността.¹⁰

Първият основен принцип е лоялната конкуренция. За конкурентното право от изключително важно значение е понятието за „предприятие“, каквито по своята същност са икономическите оператори. То е дефинирано многократно в практиката на СЕС, като се акцентира върху икономическия, стопанския характер на дейността, независимо от правноорганизационната форма на субекта.¹¹ Формулирано е най-напред по-абстрактно, като стопанска организация, която трансформира ресурсите си в стоки или услуги, които след това продава на пазара¹²; конкретизирано по-късно с това, че предприятие е „всяко образувание, което е заето в икономическа дейност, независимо от неговото правно положение и начина, по който се финансира“¹³, т.е. ирелевантна е правноорганизационната форма на субектите. Има значение само наличието на правосубектността на лицата, която се явява основно изискване за осъществяване на икономическата дейност.

Целта на определянето на пазара, включително и на Вътрешния пазар, е да се определят конкурентите на участващите в него предприятия и да се направи оценка кои от тях реално могат да ограничават поведението на останалите субекти на този пазар, както и да оказват ефективен конкурентен натиск върху тях. В зависимост от това пазарът в конкурентното право се определя съобразно своето продуктово, географско и времево измерение¹⁴. От икономическа гледна точка „конкуренцията“ функционира като създаване на възможност, която позволява на различни икономически оператори да съобщават цените, на които стоките и услугите са достъпни на пазара. Тези цени действат като ориентири и отразяват условията на търсене и предлагане във всеки един момент.

Запазването на лоялна конкуренция (или поддържането на „равнопоставени условия“) е основна задача за постигане на ефективни икономически резултати от обществените поръчки. Законодателството за възлагането им има за цел да предотврати изкривявания или ограничения на конкуренцията в рамките на ЕС, като всеки опит за възпрепятстване на икономическите оператори да подават оферти е забранен. Такива опити могат да приемат много форми и да засегнат продуктите или услугите или самия икономически оператор.

¹⁰ Public procurement regulation: An introduction, editor prof. Sue Arrowsmith, University of Nottingham, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.

¹¹ C-407/08 P – Knauf Gips v. Commission, пар. 61-62.

¹² C-19/61 – Mannesmann AG v. High Authority.

¹³ C-41/90 – Höfner and Elser v. Macrotron.

¹⁴ Вж. бел. 8 Цветанов, Ив., цит. съч., с. 56.

По отношение на защитата на конкуренцията в Закона за обществените поръчки¹⁵ има правни норми, които са част от конкурентното право, и такива, които препращат към други източници на конкурентното право. С цел да се използват ефективно средствата на възложителите, те трябва да сключват най-изгодни за тях договори за обществени поръчки, което може да се осъществи, като участниците в процедурите по обществени поръчки предлагат своите оферти при условията на свободна и лоялна конкуренция. Следва да се отбележи, че конкуренцията при възлагането на обществени поръчки може да бъде застрашена от действията както на участниците, така и на възложителите.¹⁶

В практиката на СЕС многократно е подчертавано значението на спазването на принципа на конкуренцията за нормалното развитие на обществените поръчки. В пар. 2 от Решение от 21.02.2008 г. по дело *C-412/04 Комисията срещу Италия* Съдът изтъква, че директивите за обществените поръчки „...са приети във връзка с установяването на вътрешния пазар, определен като зона без вътрешни граници, в която се гарантира свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали. Те имат за цел да се преустановят практиките на ограничаване на конкуренцията по принцип и на участието в обществените поръчки на граждани на други държави членки, за да се изпълни по-специално свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, гарантирани от Договорите“. И не просто конкуренция, а осигуряване на най-широка такава, тъй като „...отварянето за възможно най-широка конкуренция не се разглежда единствено с оглед на общностния интерес в областта на свободното движение на стоки и услуги, но също и с оглед на собствения интерес на съответния възлагащ орган, който по този начин ще разполага с по-голям избор, що се отнася до икономически най-изгодната и най-подходяща за удовлетворяване на нуждите на съответната част от обществото оферта“.¹⁷ Също така СЕС приема, че в контекста на единен вътрешен пазар и на ефективна конкуренция,

¹⁵ Закон за обществените поръчки (Обн. ДВ, бр.13 от 16 февруари 2016 г., доп. ДВ, бр.34 от 3 май 2016 г., изм. и доп. ДВ, бр.63 от 4 август 2017 г., изм. ДВ, бр. 85 от 24 октомври 2017 г., доп. ДВ, бр. 96 от 1 декември 2017 г., изм. и доп. ДВ, бр. 102 от 22 декември 2017 г., изм. ДВ, бр. 7 от 19 януари 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 15 от 16 февруари 2018 г., доп. ДВ, бр. 17 от 23 февруари 2018 г., доп. ДВ, бр. 24 от 16 март 2018 г., доп. ДВ, бр. 30 от 3 април 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 49 от 12 юни 2018 г., изм. ДВ, бр. 77 от 18 Септември 2018 г., доп. ДВ, бр. 80 от 28 септември 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 86 от 18 Октомври 2018 г., изм. ДВ, бр. 102 от 11 декември 2018 г., изм. ДВ, бр. 105 от 18 декември 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 17 от 26 февруари 2019 г., изм. и доп. ДВ, бр. 83 от 22 октомври 2019 г., изм. и доп. ДВ, бр. 102 от 31 декември 2019 г., доп. ДВ, бр. 23 от 14 март 2020 г.).

¹⁶ Славов, Д., „Защита на конкуренцията при обществените поръчки“, сп. „Административно правосъдие“, бр. 1/2017.

¹⁷ C-538/07, *Assitur*, пар. 26, а също и C-337/06, *Bayerischer Rundfunk and Others*, пар. 39, обединени дела C-147/06 и C-148/06 *Santorso*, пар. 29; C-305/08 *CoNISMa*, пар. 37.

осигуряването на възможно най-широко участие на оференти в процедурите за възлагане на обществени поръчки е в интерес на общественото право. Съдебната практика относно конкуренцията е константна и се потвърждава и от по-късните решения. По делото *C-568/13 Data Medical Service* Люксембургският съд за пореден път посочва, че „една от целите на правилата на Съюза в областта на обществените поръчки е да се отвори възможно най-широката конкуренция, което също е отворено за интереса на съответния възлагащ орган, който би имал по-голям избор“.

Защитата на конкуренцията е пряко свързана със спазването на останалите принципи на обществените поръчки – равнопоставеност, избягване на дискриминация, прилагане на принципите на взаимно признаване (на еквивалентни продукти и квалификации) и гарантиране, че всички изключения са пропорционални. Още веднъж следва да се подчертае, че свободите на движение като основни изграждащи елементи на Вътрешния пазар са свързани с общата институционална рамка, установена за тяхната реализация, регулират се чрез общите източници на правото, регламентирани в Договорите и се прилагат въз основа на изведените и утвърдени принципи от практиката на СЕС. Всичко това обуславя тяхната обективна свързаност. Елементите, които ги спояват, водят до извода, че основните свободи на движение, доколкото са подчинени на общ правен режим, не могат да бъдат прилагани изолирано една от друга. В уредбата им съществуват общи елементи, а в практиката по прилагането им има някои основни общи положения, които са определящи за тяхното действие и от особено значение в това отношение е забраната за дискриминация или недискриминацията. Забраната на дискриминация се свързва с правото на равно третиране на всеки индивид¹⁸, в случая на обществените поръчки – и на всеки частноправен субект. Правото на равенство на всички пред закона и защитата на всички лица от дискриминация са две страни на един и същ принцип. Едната страна е равенство във възможностите и изразява позитивно идеята за равните възможности на хората (субектите) да придобиват и ползват права, а другата е свързана с премахване на дискриминацията, която се явява отрицание на равните възможности.¹⁹

Според практиката на Съда на ЕС общата забрана за дискриминация, установена в чл. 18 ДФЕС²⁰, както и специалните

¹⁸ Вж. бел. 2 Христов, Хр., цит. съч. с. 53-55; вж. също Kent, P. *Nutcases-European Union Law*, Sweet & Maxwell. London, 1997, p. 69.

¹⁹ Чанкова, Д., Г. Писарска, К. Панова, „Забрана на дискриминацията и равенство във възможностите в трудовите отношения“, сп. „Право, Политика, Администрация“, Том 3, Брой 4/2016.

²⁰ Член 18 ДЕС (предишен член 12 от ДЕО): В обхвата на приложение на Договорите и без да се засягат специалните разпоредби, съдържащи се в него, се забранява всякаква дискриминация на основание гражданство. Европейският парламент и Съветът, като

разпоредби в уредбата на различните свободи на движение предоставят право на равно третиране на заинтересуваните частни субекти. Всички разпоредби, установяващи забрана за дискриминация имат вертикален директен ефект. Обаче в случаите на свободното движение на хора, свобода на установяване и свобода на предоставянето на услуги, които са от голямо значение за обществените поръчки, Съдът е признал нееднократно, че имат и хоризонтален директен ефект.²¹

Концепциите за равно третиране и недискриминация не са еднакви. Като цяло законодателството в областта на обществените поръчки се стреми да се поддържа равенство между икономическите оператори. В съдебната практика е изведено понятието за равно третиране в тази сфера, като Съдът се е произнесъл, че този принцип изисква идентични ситуации да бъдат третирани по един и същи начин, а различни ситуации да не се третират по един и същи начин²², освен ако такова третиране не е обективно обосновано²³, както и изисква еднакво третиране на идентични субекти. В известен смисъл това означава, че възлагащите органи няма да вземат предвид различните особености или трудности, с които се сблъскват отделните икономически оператори, а ще ги преценяват чисто по резултатите от техните усилия, т.е. въз основа на подадените от тях оферти. Забраната за дискриминация и изискването за равно третиране на основата на гражданство или националност са проява на общия принцип на равенството пред закона, което е основен принцип на правото на ЕС, както е постановил СЕС в практиката си²⁴.

В контекста на ЕС дефинирането на принципа за равно третиране изисква още едно определение, тъй като понятието равенство се основава и на националността или произхода на стоките. В резултат на това всички икономически оператори с националност на ДЧ на ЕС и всички оферти, включително стоки с произход от ЕС, трябва да бъдат третирани еднакво. Тази концепция за недискриминация е повече от просто разширение на концепцията за равно третиране. Това означава, че всяко условие за допустимост или произход (основано на националност или местен произход) автоматично ще доведе до неравностойно третиране, тъй като тези условия по дефиниция ще дискриминират определена група от (чуждестранни) икономически оператори или ще облагодетелстват друга група. Следва да се подчертае, че въпреки че дискриминацията в даден

действат в съответствие с обикновената законодателна процедура, могат да приемат правила, с които да забранят тази дискриминация.

²¹ Вж. бел. 2 Христов, Хр., цит. съч., с. 55 и дело C-281/98 *Angonese*; а относно директния ефект: Семов, А., Принципи на прилагане на правото на Европейския съюз, Институт по Европейско право, Институт по публична администрация и европейска интеграция, София, 2015, с. 92.

²² Обединени дела C-21/03 and C-34/03, *Fabricom*, пар. 27.

²³ Дело C-434/02 *Arnold André*, т. 68 и и дело C-210/03 *Swedish Match*, пар. 70.

²⁴ Обединени дела C-117/76 и C-16/77 *Ruckdeschel and Others v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, пар. 7.

контекст ще доведе до неравностойно третиране, неравностойното третиране невинаги поражда дискриминация. Обаче е необходимо да се отбележи, че правните норми, приложими при изпълнение на определена обществена поръчка, които са подсилени чрез прилагане на правила за възлагане, в най-честия случай ще бъдат нормите на самата държава, която възлага, и повечето участници в търга ще бъдат национални икономически оператори, подчинени на националното законодателство, когато няма норми, предвидени в директивите. Въпреки това, когато договорите се изпълняват от чуждестранни изпълнители и / или договорни работи (като например осъществяване на доставки) се извършват в чужбина, могат да се прилагат правни норми, установени от друга държава – държавата, в която се извършва работата, и те могат също да са предмет на мерки за възлагане на обществени поръчки от държавата, възлагаща поръчката.²⁵

Принципът на прозрачността най-често се разглежда като възможност за осигуряване на откритост и публичност на различните етапи в процеса на обществените поръчки, за да се даде възможност на участниците и контролните органи да наблюдават развитието им от началото до края и да установят, че процедурата е проведена при спазване на всички законови изисквания.²⁶ За определянето на този принцип в обществените поръчки в доктрината се използват различни методи. Някои автори точно описват основните му цели за осигуряване на недискриминационно и открито третиране в процедурите²⁷, докато други описват задълженията, които следва да бъдат възложени на участниците в тях, за да се гарантира висока степен на прозрачност²⁸. Нейната основна цел е да се осигури видимост на поведението на възлагащия орган в максимална степен в продължение на цялата процедура. Един от основните инструменти, гарантиращи този принцип, е задължението на възложителите да обявяват обществените поръчки в Официалния вестник на Европейския съюз. Публикуването и достъпността на законодателството осигуряват яснота и сигурност за всички заинтересовани страни и дава възможност за сътрудничество между тях. Следва да се отбележи, че качеството „заинтересовани“ за страните се обуславя от правния интерес за участие в съответната процедура, а на по-късен етап той е необходима предпоставка за правото

²⁵ Вж. бел. 5 Arrowsmith S., цит. съч., р. 27.

²⁶ Вж. бел. 6, Georgieva I., цит. съч., р. 62-65.

²⁷ Кривачка, М., М. Марков, Е. Димова, З. Лилян, Новите положения в закона за обществените поръчки, София, ИК „Труд и право“, 2008.

²⁸ Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement, London, Sweet & Maxwell, 2005.

на евентуално оспорване на процедурата по обществена поръчка и условие за надлежното му упражняване.²⁹

Много пъти в практиката си Съдът на ЕС определя и изяснява значението на тези принципи. Както беше посочено по-горе, доколкото принципите са взаимосвързани, в делата, макар и да се акцентира на един или друг от тях в по-голяма степен в зависимост от конкретния казус, СЕС винаги подчертава, че трябва да се спазват всичките в тяхната цялост и определя техните специфики. Делото *C-87/94 Комисия срещу Белгия* вероятно е първото, в което Съдът засяга въпроса за прозрачността като постановява, че „процедурата за сравняване на офертите трябва да съответства на всеки етап както с принципа на равно третиране на оферентите, така и с принципа на прозрачност, така че да се предоставят равни възможности на всички оференти при формулирането на офертите им“ и „когато възлагащият орган взема предвид изменение на първоначалните оферти само на един оферент, става ясно, че този участник има предимство пред своите конкуренти, което нарушава принципа на равно третиране на оферентите и нарушава прозрачността на процедурата“³⁰. Концепцията за принципа на прозрачност обаче е изведена в делото *Telaustria*. Съдът посочва в решението, че принципът на недискриминация предполага по-специално задължение за прозрачност, което се състои в осигуряване в полза на всеки потенциален търговец степен на реклама, достатъчна, за да може да бъде отворена за конкуренция и безпристрастност на процедурите, които трябва да бъдат прегледани. Гарантирането на честна и безпристрастна процедура е необходимата последица от задължението за осигуряване на прозрачно рекламиране.³¹ От това следва, че възлагането трябва да бъде в съответствие с правилата и принципите на Договорите за ЕС, така че да се осигурят справедливи условия на конкуренция за всички икономически оператори, които се интересуват от поръчката.

Прозрачността може най-добре да се постигне на първо място чрез недискриминационно описание на предмета на договора, т.е. описанието на характеристиките, изисквани за даден продукт или услуга, не трябва да се отнасят до конкретна марка или източник, или отделен процес, или търговски марки, патенти, видове или специфичен произход или производство, освен ако такова позоваване не е оправдано от предмета на договор и придружено с думите „или еквивалентен“. Според съдебната практика за обществените поръчки за доставка пропускането на думите „или еквивалентно“ след обозначаването в оферентните документи на конкретен продукт може не само да възпира икономическите оператори, които използват системи, подобни на този

²⁹ Канатова-Бучкова, В., Заинтересованите лица по Административнопроцесуалния кодекс, Сиби, София, 2015, с. 261.

³⁰ Решение от 25.04.1996 г. по дело *C-87/94 Комисията срещу Белгия*, пар. 54 и 56.

³¹ Решение от 07.12.2000 г. по дело *C-324/98 Telaustria and Telefonadress*, пар. 60-62.

продукт, от участие в тръжната процедура, но могат също така да възпрепятстват потока на вноса в търговията в Общността.³² Дава се приоритет на използването на по-общо описания на изпълнението или функциите. На второ място, от значение за принципа на прозрачност е осигуряването на равен достъп на икономическите оператори от всички държави членки до обществените поръчки. Възлагащите субекти не следва да налагат условия, причиняващи пряка или непряка дискриминация на потенциалните търговци в други държави членки, като изисквания от предприятията, които се интересуват от конкретната обществена поръчка. Взаимното признаване на дипломи, сертификати и други доказателства или официални квалификации също е от значение за недискриминацията и равното третиране.

Изискването за прозрачност е разгледано и в делото *C-532/06 Lianakis и др.*, по което СЕС потвърди, че потенциалните оференти трябва да са в състояние да установят при подготовката на офертите си всички елементи, които да бъдат взети предвид от възлагащия орган при определяне на икономически най-изгодната оферта, а той от своя страна следва да осигури прозрачност при определяне на критериите и подкритериите.³³

В по-късните си решения Съдът, освен че затвърждава практиката си, също и детайлизира характеристиките на принципите в обществените поръчки. В мотивите на Решението по дело *C-368/10 Комисията срещу Нидерландия* той припомня, че установената съдебна практика приема, че принципът на прозрачност се спазва, когато всички условия и изисквания на процедурата за възлагане са посочени по ясен, точен и недвусмислен начин в обявлението или в документацията за обществените поръчки, така че „да се даде възможност на всички осведомени и сериозни кандидати да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин и да позволят на възлагащия орган ефективно да провери дали офертите отговарят на определените критерии. Това важи и за спазването на принципите на равенство, недискриминация и прозрачност, които изискват критериите за възлагане да бъдат обективни, за да се гарантира обективно сравнение и оценка на офертите, за да се създаде и осъществява обективна конкуренция.“ Практиката на Съда в описаната по-горе насока се потвърждава и в следващите му решения.³⁴ Яснотата и надеждността на информацията

³² Дело *C-59/00 Ben Mousten Vestergaard*, пар. 21-24.

³³ По този въпрос вж. още: Горанова, И., „Относно концепцията за „необичайно благоприятна оферта“ съгласно българското законодателство в контекста на европейските директиви в областта на обществените поръчки“, в сборник: „Членството на България в ЕС: единадесет години по-късно“, с. 468-472, Издателски комплекс УНСС, С., 2019.

³⁴ *C-531/16 Specializuotas transportas*, пар. 23 от решението: „Следва да се отбележи, че съгласно приетото от Съда, принципите на прозрачност и равно третиране, които се прилагат за всички процедури за възлагане на обществени поръчки, изискват

относно обществените поръчки са важни за прозрачността на критериите и процедурите за възлагане на обществени поръчки. В тяхното описание не трябва да има подвеждаща информация. Тези изисквания са свързани с все по-актуалния проблем с фалшивите новини. Те използват методи, като практикуват различни техники, които дават резултат от търсенето както при политически кампании, така и в бизнес моделите с цел печалба.³⁵ Лесният достъп до съответните инструменти подчертава почти пълната липса на пречки, което в областта на обществените поръчки чрез изработване на подвеждащи критерии води до нарушаване на правата на участниците, съответно до обжалване на процедурата.

В решението си по делото *C-546/16, Montte* СЕС отбелязва, че възлагащият орган не е длъжен при наличието само на една оферта да я избере, а може да сложи край на процедурата и при необходимост да започне нова с различни критерии за възлагане. Това негово поведение произтича от задължението му да осигури реална конкуренция.³⁶

Една от основните цели на обществените поръчки е да бъдат гарант за свободното движение на хора, стоки, услуги и капитали, което се постига именно чрез прозрачни процедури, при които участниците са равнопоставени и недискриминирани. Тези принципи по отношение на обществените поръчки са детайлно разработени и изведени от практиката на Съда на Европейския съюз, който, както беше посочено по-горе, многократно се е произнасял по тези въпроси, като е взимал предвид тяхната взаимосвързаност и е подчертавал, че те не могат да бъдат прилагани изолирано, за да функционира нормално Вътрешния пазар, елемент от който са и обществените поръчки.

материалните и процесуалните условия за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка да са предварително ясно определени и оповестени публично, като това важи по-специално за задълженията на оферентите, така че последните да са точно запознати с изискванията на процедурата и да са сигурни, че за всички конкуренти важат едни и същи критерии (решение от 2 юни 2016 г., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, пар. 37 и цитираната съдебна практика).“

³⁵ Belova, G., G. Georgieva, Fake News as a Threat to National Security, International Conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, Vol. XXIV, No24, 2018, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2018-0002>.

³⁶ C-546/16 – *Montte*, т. 41 от решението: „В това отношение, доколкото в случая условията, предвидени в Директива 2014/24, по-специално в членове 18 и 67 от нея, са били надлежно изпълнени, следва да се приеме, че възлагащият орган е осигурил реална конкуренция. Освен това трябва в самото начало да се уточни, че дори след техническата оценка да остане само една оферта за разглеждане от възлагащия орган, последният по никакъв начин не е длъжен да я избере (вж. по аналогия решение от 16 септември 1999 г., *Fracasso и Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, т. 32-34). При подобни обстоятелства, ако възлагащият орган смята, че с оглед на спецификите и предмета на съответната поръчка процедурата за нейното възлагане се характеризира с липса на реална конкуренция, той може да сложи край на тази процедура и при необходимост да започне нова процедура с различни критерии за възлагане.“

Библиография:

1. Горанова, И., „Относно концепцията за „необичайно благоприятна оферта“ съгласно българското законодателство в контекста на европейските директиви в областта на обществените поръчки“, в сборник: „Членството на България в ЕС: единадесет години по-късно“, с.468-472, Издателски комплекс УНСС, София, 2019.
2. Канатова-Бучкова, В., *Заинтересованите лица по Административнопроцесуалния кодекс*, Сиби, София, 2015, с. 261.
3. Кресналийска, Г., М. Чешмеджиева, *Граждански контрол в администрацията*, Пропелер, С., 2015, с. 13-15.
4. Кривачка, М., М. Марков, Е. Димова, З. Лилян, *Новите положения в закона за обществените поръчки*, София, ИК „Труд и право“, 2008.
5. Къндева, Е., „Договорите за концесии и обществени поръчки: административноправен анализ в контекста на европейското законодателство“, в: „Правни изследвания в памет на проф.Иван Апостолов“, Улпиан, София, 2001, с. 103.
6. Семов, А., *Принципи на прилагане на правото на Европейския съюз*, Институт по Европейско право, Институт по публична администрация и европейска интеграция, София, 2015, с. 92.
7. Славов, Д. „Защита на конкуренцията при обществените поръчки“, сп. „Административно правосъдие“, бр. 1/2017.
8. Христов, Хр., *Вътрешен пазар и основни свободи на движение в правото на ЕС*, Сиела, София, 2018, с. 52.
9. Цветанов, Ив., *Достъпът до съществено съоръжение в конкурентното право*, Университетско издателство „Стопанство“, С., 2009, с. 57.
10. Чанкова, Д., Г. Писарска, К. Панова, „Забрана на дискриминацията и равенство във възможностите в трудовите отношения“, сп. „Право, Политика, Администрация“, Том 3, Брой 4/2016.
11. Arrowsmith, S., „Horizontal policies in Public Procurement: A taxonomy“, *Journal of Public Procurement*, Volume 10, Issue 2, 149-186, Summer 2010.
12. Arrowsmith, S. *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
13. Belova, G., G. Georgieva, *Fake News as a Threat to National Security*, International Conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, Vol. XXIV, No 24, 2018, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2018-0002>.
14. Bovis, Chr., *Public Procurement in the Single Market of the European Union and its Member States*, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpublicadm/123/123vw35.htm>.

15. Bovis, Chr., *The liberalization of Public Procurement market and its effects on the Common Market*, Routledge Revivals, 2019, pp. 30-35.
16. Chankova, D., G. Georgieva, *Security and Human Rights: Contradictory or Reconcilable Paradigms? State of Affairs in Bulgaria*, International Conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION, Vol. XXII, No22, 2016, DOI: <https://doi.org/10.1515/kbo-2016-0053>.
17. Dehouse, R., *The European Court of Justice*, Macmillan Press, Basingstoke, 1998.
18. Georgieva, I. *The Public Procurement System in Bulgaria: Authorities, Participants, Control and Achievements*, Springer International Publishing AG, 2017, pp. 45-47.
19. Kent, P. *Nutcases-European Union Law*, Sweet &Maxwell. London, 1997, p. 69.
20. OECD, 'Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions' (2011) Sigma Brief 1, accessed 20 April 2016 <www.sigmaweb.org/publications/Public_Procurement_EU_2011.pdf>.
21. Public procurement regulation: An introduction, Editor Prof. Sue Arrowsmith, University of Nottingham, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.