

ПРОТОКОЛ № 13

Днес, 14.09.2007 г., в Агенцията по обществени поръчки, на основание чл. 5 от Споразумението за сътрудничество и взаимодействие между Сметната палата, Агенцията за обществени поръчки /АОП/ и Агенцията за държавен вътрешен финансов контрол /АДВФК/ в областта на контрола върху обществените поръчки се проведе процедура по предварително съгласуване.

Процедурата е инициирана от изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки на основание чл. 3, ал.1 от споразумението с писмо изх. №. 00-00-00/11.09.2007 г., изпратено до председателя на Сметната палата и до директора на Агенцията за държавна финансова инспекция – правоприемник на АДВФК.

В предварителното съгласуване участваха:

От страна на Сметната палата:

От страна на Агенцията за държавна финансова инспекция /АДФИ/:

От страна на Агенцията по обществени поръчки:

I. По време на срещата бяха обсъдени два въпроса, поставени в писмо изх. №. 00-00-00/11.09.2007 г. на изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки.

Описание на случая

С последните изменения на Закона за обществените поръчки /обн. ДВ бр. 37/2006 г./, в сила от 01.07.2006 г., в чл. 47, ал. 5 е въведено ново ограничение пред кандидатите/участниците в процедурите за възлагане на обществени поръчки. Те не следва да се намират в отношения на „свързани лица” по смисъла на § 1 от Допълнителните разпоредби на Закона за държавния служител /ЗДСл/ с възложителя или със служители на ръководна длъжност в неговата организация.

По същността си тази забрана е абсолютна, но пречатства възможността за участие само в процедури за възлагане на обществени поръчки, провеждани от конкретен възложител. В случай, че е налице пречката по чл. 47, ал. 5 от ЗОП съответният кандидат/участник трябва да бъде отстранен от участие в процедурата.

Според информацията, предоставена в писмото на изпълнителния директор на АОП, забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП създава проблеми при прилагането ѝ в практиката и е повод за отправяне на множество запитвания от страна на възложителите за тълкуване на смисъла на посочената разпоредба.

Като най-сериозен е посочен проблемът, който възниква, ако се приеме, че забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП е пречка за участие на субекти, чиито управителни или контролни органи се назначават от възложителя, провеждащ процедурата /напр. еднолични търговски дружества/. Разпростирането на забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП върху подобни хипотези, на практика, би довело до невъзможност в процедурите да участват самостоятелни субекти /юридически лица/, създадени от възложители за осъществяване на определена дейност.

В чл. 47, ал. 5 от ЗОП е направено изрично препращане към легалната дефиниция на понятието „свързани лица” по смисъла на § 1 от ДР на ЗДСл. В тази връзка се поставя въпросът обосновано ли е да се направи стеснително тълкуване на разпоредбата на чл. 47, ал.5 от ЗОП чрез прилагането ѝ само при случаи на свързаност между конкретни

физически лица от страна на възложителя и конкретни физически лица от страна на кандидата/участника.

Становище на експертите

След като се запознах с приложимата нормативна уредба, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Наред с абсолютната забраната по чл. 47, ал.1 от ЗОП, която препятства възможността за участие на дадено лице във всички процедури за възлагане на обществени поръчки, от 01.07.2006 г. законодателят е въвел и нова абсолютна забрана – тази по чл. 47, ал. 5 от ЗОП. За разлика от ограничението по чл. 47, ал.1 от ЗОП, това по чл. 47, ал. 5 от ЗОП има по-тясно приложно поле, тъй като препятства участието не във всички процедури, а само в процедурите, организирани от конкретен възложител.

Действието на забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП е обвързано от наличието на отношение на **свързаност между двете страни в процеса на възлагане – възложител и кандидат/участник**. Тази забрана не намира приложение при свързаност между отделни кандидати или участници в една процедура.

Законодателят е посочил конкретно лицата от всяка от страните /възложител и кандидат/участник/, които не могат да бъдат свързани помежду си.

При възложителя това са самият възложител и служителите на ръководна длъжност в неговата организация.

Чл. 7 от ЗОП описва кръга на **възложителите** на обществени поръчки по начин, при който една част от възложителите са конкретни физически лица /напр. еднолични органи на власт/, а друга част са юридически лица. Тъй като юридическите лица не могат да формират и изразяват самостоятелна воля, от тяхно име действат конкретни физически лица, които са техни законни представители /напр. ръководител на юридическо лице/. Т.е. с оглед на забраната на чл. 47, ал. 5 от ЗОП, когато се изследва свързаност **с възложителя**, се търси връзка с едноличен орган на власт или с ръководител на възложител – юридическо лице.

Като се изхожда от принципите на ЗОП, може да се направи извод, че забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП е категорична, що се отнася до възложителя, т.е. без значение дали ръководителят на организацията лично издава актовете във връзка с процедурата или е упълномощил друго длъжностно лице, наличието на свързаност с него би следвало да се разглежда като пречка за участие на конкретен кандидат/участник.

Що се отнася до **служителите на ръководна длъжност** в организацията на възложителя, при идентифицирането им следва да се изхожда от ЗДСл. В чл. 5, ал.2 от ЗДСл е посочено, че ръководни служители са тези, които ръководят административни звена и носят отговорност за тяхната работа. Идентифицирането на ръководните служители при възложители, които прилагат ЗДСл, е улеснено от Единния класификатор на длъжностите в администрацията, който съдържа конкретни наименования на ръководните длъжности. При останалите възложители трябва да се търси аналог на тези длъжности.

Експертите, участвали в процедурата по предварително съгласуване споделиха становището си, че по отношение на служителите на ръководна длъжност в организацията на възложителя забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП се нуждае от смекчаване. Т.е. обосновано би било да се избягват отношения на свързаност не с всички служители на ръководна

длъжност в организацията на възложителя, а само с тези, които имат пряко отношение към подготовката, организирането и провеждането на конкретна процедура или с процеса на възлагане на обществени поръчки по принцип. Няма логика забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП да се прилага при наличие на свързаност с лице на ръководна длъжност при възложителя, чиято дейност няма никакво отношение към възлагането на обществени поръчки.

Лицата при съответния кандидат/участник, които не трябва да са свързани с възложителя или с негови служители на ръководна длъжност са общо посочени в ЗОП. Това са **членовете на управителните или контролни органи на кандидата/участника или лица, временно изпълняващи такава длъжност.**

Конкретният кръг на тези лица зависи от правния статут на съответния кандидат/участник и от структурата на неговите органи. Обикновено, членовете на управителните и контролни органи са физически лица, а в редки случаи са юридически лица, които отново се представляват от физически лица.

Забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП ще се задейства, ако някои от изброените по-горе групи лица, съответно при възложителя и при кандидата/участника, помежду си са:

- съпрузи или лица, които се намират във фактическо съжителство;
- роднини /по права линия - без ограничения; по сребрена линия - до четвърта степен включително; по сватовство - до втора степен включително/;
- съдружници;
- дарител и надарен.

Забраната обхваща и хипотезите, при които:

- лице от едната страна в процеса на възлагане е акционер или съдружник в дружество, което лице от другата страна в процеса на възлагане управлява;
- лице при възложителя участва в управлението или притежава повече от 5 % от дяловете или акциите с право на глас в дружество, което е кандидат/участник в процедурата;

Въз основа на подробния анализ на правната уредба, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, приемат, че направеното от законодателя изрично препращане към легална дефиниция към ЗДСл дава възможност за извод, че **при забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП, отношения на свързаност следва да се търсят между конкретни физически лица.** Мотив за това разбиране се съдържа в обстоятелството, че ЗДСл урежда служебните правоотношения. Те възникват и се развиват само между физически лица. В този смисъл, е възможно да се ограничи действието на забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП само до конкретни физически лица от двете страни в процеса на възлагане – възложител и кандидат/участник.

Възприемането на тезата, че отношения на свързаност при забраната по чл. 47, ал. 5 от ЗОП трябва да се търсят между възложител – юридическо лице и кандидат/участник – юридическо лице би довело до **необосновано ограничаване на участието** в процедурите на голям кръг стопански субекти, които под една или друга форма могат да се окажат свързани лица с възложителя. С оглед принципите на ЗОП, такова ограничаване, не следва да става чрез препятстване на правото за участие в процедурите за възлагане на обществени поръчки.

Описание на случая

В писмото на изпълнителния директор на АОП е описан въпрос от практиката, възникнал от момента на пълноправно членство на Република България в Европейския съюз - 01.01.2007 г.

Съгласно чл. 45а от ЗОП, когато прогнозната стойност на конкретна обществена поръчка надвишава определени прагове, тя подлежи на оповестяване в рамките на целия Европейски съюз чрез публикуване на обявление в „Официален вестник“ на ЕС. Това правило не изключва задължението за оповестяване на процедурата в България чрез едновременно изпращане на обявлението до „Държавен вестник“ и до Регистъра на обществените поръчки.

Условието, което чл. 3, ал. 2 от ППЗОП поставя, е изпращането на обявлението до Европейската комисия /ЕК/ да предшества изпращането на обявлението до „Държавен вестник“, респ. до Регистъра на обществените поръчки.

Чл. 3, ал. 3 от ППЗОП регламентира хипотеза на възможно разминаване между съдържанието на информацията, публикувана в „Официален вестник“ на ЕС и в „Държавен вестник“ и/или в Регистъра на обществените поръчки. Възприето е правилото, че за вярна се смята информацията, публикувана в „Официален вестник“ на ЕС.

В писмото на изпълнителния директор на АОП е посочено, че в последно време се наблюдава прилагането на недобра практика от страна на възложителите при оповестяване на информация за провежданите от тях процедури в „Официален вестник“ на ЕС. Констатирани са случаи, при които чрез попълване на образец за поправки в първоначално публикуваното в „Официален вестник“ на ЕС обявление се изменят съществени параметри на обществената поръчка и/или на провежданата процедура. „Официален вестник“ на ЕС не упражнява контрол върху изпратената му за публикуване информация и директно я оповестява.

Направените от възложителите промени в „Официален вестник“ на ЕС не се оповестяват в България, като не се изпращат нито в „Държавен вестник“, нито в Регистъра на обществените поръчки. Причина за това е забраната по чл. 26, ал. 1 от ППЗОП, която не допуска да се изменят други параметри на обществената поръчка, освен срока за подаване на оферти и то при наличие на определени предпоставки /липса на подадени оферти в първоначално определения срок/.

Въз основа на изложените факти и обстоятелства възниква въпросът допустимо ли е възложителите да правят в публикувани в „Официален вестник“ на ЕС обявления недопустими според българското законодателство промени и как трябва да се третира подобни действия.

Становище на експертите

След като се запознаха с фактическата обстановка и с приложимата нормативна уредба, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Новата разпоредба на чл. 45а от ЗОП има за свой адресат възложителите на обществени поръчки. При оповестяването на процедури, чиито стойности надвишават праговете по чл. 45а от ЗОП за възложителите възникват редица задължения. Основното задължение е обявлението за конкретна процедура да бъде изпратено до ЕК за публикуване в „Официален вестник“.

Тъй като обществените поръчки на стойности над праговете по чл. 45а от ЗОП се възлагат чрез някоя от процедурите по ЗОП, за възложителите остават валидни и задълженията им за оповестяване на съответната процедура в България. Т.е. възложителите са длъжни да публикуват обявлението за съответната процедура и в „Държавен вестник” и да го изпратят за вписване в Регистъра на обществените поръчки.

Условията, които **възложителите трябва да изпълнят** при обявяването на конкретна процедура в рамките на ЕС и в България са посочени в **чл. 45а, ал. 9 и 10 от ЗОП**. Възложителите трябва да спазват едновременно две ограничения:

- обявленията и тяхното съдържание да не се публикуват в България преди датата на изпращането им до ЕК;
- обявленията, публикувани в страната да не съдържат информация, различна от тази, която е включена в обявленията, изпратени до ЕК.

Цитираните разпоредби дават основание да се направи извод, че възложителите са тези, които трябва да осигурят еднаквост на информацията за провеждана от тях процедура в трите източника, където тя подлежи на публикуване - „Официален вестник” на ЕС, „Държавен вестник” и Регистъра на обществените поръчки. **Това важи както за първоначално публикувана информация, така и за евентуални последващи изменения в нея.**

Т.е. в случай, че възложителят предприеме действия за изменение на информация от обявление, публикувано в TED /електронна версия на „Официален вестник” на ЕК/, той трябва да предприеме незабавни действия за отразяване на корекциите и в публикуваната в България /в „Държавен вестник” и в Регистъра на обществените поръчки/ информация за същата обществена поръчка.

При извършване на корекции във вече публикувани обявления за обществени поръчки, **възложителите трябва да отчитат факта, че са обвързани от разпоредбите на българското законодателство в областта на обществените поръчки**. То съдържа ограничени възможности за промени във вече публикувани обявления. Промените могат да засягат само срока за подаване на оферти/заявления за участие или да целят отстраняване на технически грешки /вж. чл. 18, ал. 4 и 7 от ППЗОП/. Други елементи от съдържанието на обявлението не могат да се променят. Това правило важи и за обявленията, които се изпращат за публикуване в „Официален вестник” на ЕС.

Обстоятелството, че TED технически позволява внасяне на корекции във всички елементи от съдържанието на обявлението, не дава възможност на българските възложители да нарушават българския закон, който е ограничил правото им да изменят веднъж публикувана информация само до определени случаи.

Експертите от трите институции се обединиха около становището, че когато внасят корекции в публикувано в TED обявление, извън предвидените възможности за изменение, съгласно българското законодателство, възложителите извършват нарушение на чл. 26, ал.1 от ППЗОП.

Поради въведени контролните механизми, **недопустими корекции** в обявленията, които могат да се отразят в TED, не могат да бъдат отразени в „Държавен вестник” и в Регистъра на обществените поръчки. Това изправя възложителя пред опасността да наруши и **чл. 45а, ал. 10 от ЗОП**, тъй като няма да може да осигури еднаквост на информацията, публикувана в трите източника – „Официален вестник” на ЕС, „Държавен вестник” и Регистър на обществените поръчки. Наличието на това нарушение не може да се повлияе от евентуални опити на възложителя да изпрати направените в TED корекции и

до „Държавен вестник” и Регистър на обществените поръчки. Те няма да бъдат отразени, защото са недопустими.

Дори възложителят да се позове на чл. 3, ал.3 от ППЗОП, че публикуваната в „Официален вестник” информация има предимство пред публикуваната в България, това няма да изключи факта на извършени нарушения на българското законодателство, а само може да служи като защита на правата на добросъвестните потенциални кандидати/участници в процедурите, които са получили информация от „Официален вестник” на ЕС.

II. По искане на експертите от Сметната палата по време на процедурата по предварително съгласуване бяха обсъдени и **два допълнителни въпроса.**

Описание на случая

При провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, на възложителите е дадена възможност да поставят изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация на кандидатите/участниците. Те могат да бъдат различни, според предмета на конкретната обществена поръчка.

В чл. 50 и чл. 51 от ЗОП законодателят е посочил документите, които възложителите могат да искат от кандидатите/участниците като доказателства за тяхното съответствие с поставените изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация.

От своя страна, кандидатите/участниците следва да представят към заявленията си за участие, респ. към офертите, изискваните от възложителя с обявлението или поканата доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация. Когато кандидат/участник в процедурата е неперсонифицирано обединение на физически и/или юридически лица, законодателят изисква всеки от участниците в обединението да представи посочените от възложителя доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация.

Наред с тези общи правила, чл. 51а от ЗОП /ред. ДВ, бр. 37/2006 г./, в сила от 01.07.2006 г., дава възможност на всеки кандидат/участник в процедура за възлагане на обществена поръчка при изпълнение на поръчката да използва ресурсите на други физически или юридически лица. Тази възможност може да се прилага и при кандидати/участници, които участват в процедури като обединение от физически и/или юридически лица.

При действието на посочените по-горе разпоредби на ЗОП, на практика възниква въпроса, необходимо ли е всяко едно от лицата, които участват в неперсонифицирано обединение, да отговаря на пълния обем изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация, поставени от възложителя при конкретна процедура.

Становище на експертите

След като се запознаха с приложимата нормативна уредба, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

За правилно решаване на поставения въпрос е необходимо да се направи ясно разграничение между понятията „изисквания за финансово и икономическо състояние,

технически възможности и квалификация”, от една страна и „доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация”, от друга.

Изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация са конкретни условия, които възложителят поставя към кандидатите/участниците /напр. оборот, печалба, брой служители с определена квалификация/. Те **винаги са минимални** и дават гаранция, че всеки кандидат/участник, който отговаря на поставените от възложителя условия, ако бъде определен за изпълнител, ще може да изпълни обществената поръчка. Конкретните изисквания на възложителя за дадена обществена поръчка трябва да са съобразени с предмета ѝ, да не са прекомерни с оглед сложността на обществената поръчка, нейния обем и стойност.

Всеки кандидат/участник трябва да може да докаже на възложителя в хода на процедурата, че отговаря на поставените изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация. Начинът за това е чрез представяне на определени документи, които законодателят обозначава като „доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация”.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване споделиха, че често пъти в практиката, възложителите не поставят конкретни изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация, а включват само условие за представяне на определен набор от документи, съобразно чл. 50 и 51 от ЗОП. По този начин, с представянето на съответния документ, условието на възложителя е изпълнено, без да има възможност от съдържанието на документа да се направи преценка за реалното съответствие на кандидата/участника с изискванията на възложителя.

Типичен пример за липсата на достатъчно разбиране у възложителите за разликата между изисквания и доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация е поставянето в обявленията за обществени поръчки само на условие за представяне на годишния финансов отчет за предходната година без да има изискване какви параметри се очаква да са отразени в този отчет /напр. определен оборот, печалба и др./.

Ясното разграничаване между изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация и доказателствата за съответствие с тях е основа за решаване на поставения въпрос.

След последните изменения на ЗОП, в съответствие с директивите на ЕС в областта на обществените поръчки, на кандидатите/участниците в процедурите е дадена възможност да покрият изискванията на възложителя за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация като използват ресурси на други лица /чл. 51а от ЗОП/. Допълнително изискване в тази връзка е условието кандидатите/участниците да могат да докажат, че ще разполагат с тези ресурси през цялото време на изпълнение на договора, ако им бъде възложен /напр. чрез представяне на сключен договор за наем на определено оборудване или др./.

На практика, най-често срещаната форма на използване на ресурсите на други лица е обединяването на определени юридически и/или физически лица за участие в конкретна процедура за възлагане на обществена поръчка. ЗОП допуска такива обединения да са както персонифицирани, т.е. да са регистрирани като самостоятелно юридическо лице, така и неперсонифицирани /напр. гражданско дружество по ЗЗД/, т.е. да не са юридически лица.

Когато кандидат/участник е неперсонифицирано обединение на физически и/или юридически лица, по силата на чл. 51а от ЗОП, всеки от участниците в него може да се

ползва от ресурсите на другите участници в обединението, когато самият той не може самостоятелно да отговори на изискванията на възложителя за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация. За да може за конкретен кандидат/участник - неперсонифицирано обединение да се приеме, че отговаря на изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация е необходимо включените в обединението лица, **в тяхната съвкупност** /а не всеки поотделно/, да отговарят на поставените изисквания. Например, ако е поставено изискване към кандидатите/участниците за „оборот от предходната година не по-малко от 1 000 000 лв.“, участник – неперсонифицирано обединение трябва да докаже, че такъв оборот имат всички лица от обединението взети заедно, а не всяко от тях поотделно.

Становището, че обединението като цяло трябва да отговаря на изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация **не изключва необходимостта** всеки от участващите в обединението да изпълни условието на чл. 56, ал. 3 от ЗОП и чл. 77, ал. 5 от ЗОП като представи към общата оферта или заявление за участие посочените от възложителя документи - доказателства за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация. В разгледания по-горе пример, ако изискването за определен минимален оборот ще се доказва с годишен финансов отчет, то такъв документ трябва да представи всяко лице от обединението /ако е задължено да съставя такъв/, въпреки че показателите във всеки отчет поотделно могат да не покриват поставеното изискване за оборот. Важно е сборът от оборотите на всички участващи в обединението да покрива изискването на възложителя.

С условието всеки член на обединението да представи изисканите от възложителя документи по чл. 50 и 51 от ЗОП се дава възможност на комисията за провеждане на процедурата чрез прегледа им да провери дали обединението като цяло отговаря на изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация.

В хода на обсъжданията, експертите приеха, че особено внимание трябва да се обърне на случаи, при които изпълнението на конкретната обществена поръчка е свързано с наличието на определени сертификати, лицензи и др. В подобни хипотези, при кандидат/участник – неперсонифицирано обединение, всеки от участващите в него трябва да притежава съответния сертификат, лиценз, оторизация или др. По този начин възложителят ще се гарантира, че обществената поръчка ще се изпълни от оторизирано лице.

Изключение в тази насока би могло да се допусне при обществени поръчки със сложен предмет /комплексни обществени поръчки/, когато изпълнението им включва относително самостоятелни дейности /напр. инженеринг, който включва проектиране и строителство/. При подобни хипотези, поне по един от участващите в обединението трябва да притежава правоспособност за изпълнение на всяка една от дейностите /проектиране и строителство/, т.е. да има поне един участник в обединението, който да може да изпълни проектирането и поне един, който да може да изпълни строителството.

Участието на неперсонифицирани обединения като кандидати/участници в процедурите за възлагане на обществени поръчки и представяните от тях в хода на процедурите документи /най-вече сертификати, лицензи и др. подобни/ поставят и въпроса как следва да се постъпи, ако такова обединение бъде определено за изпълнител на обществената поръчка.

Когато възложителят е поставил в обявлението или поканата за участие изискване за регистриране на ново юридическо лице, в тези случаи е необходимо да се отчита, че

представените в процедурата документи, удостоверяващи право за изпълнение на определена дейност от отделни участници в обединението, няма да запазят валидността си спрямо новото юридическо лице. Новото юридическо лице ще бъде обвързано от офертата, но няма да изпълнява част от изискванията на възложителя, ако те са били свързани с наличие на определени сертификати, лицензи и др. разрешителни.

Съобразяването на посочените особености е отговорност на възложителя, който трябва правилно да прецени както характера на изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация, които ще постави, така и вида на документите, които ще поиска като доказателства. Във всички случаи е необходимо възложителят да държи сметка за възможността в процедурата да участват и непсонифицирани обединения на физически и/или юридически лица и с оглед на качествата, които трябва да притежава изпълнителя на поръчката, да прецени правилно дали да постави изискване за създаване на юридическо лице или не.

Описание на случая

Законодателят не е направил ясно обозначаване на качеството, което придобиват лицата, участващи в процедурата „договаряне без обявление” по ЗОП и в процедурата „договаряне с покана” по НВМОП.

В чл. 93, ал. 3 от ЗОП във връзка с процедурата „договаряне без обявление” е посочено, че „комисията провежда договарянето с кандидатите...”. В чл. 57, ал.1 от НВМОП при процедурата „договаряне с покана” е посочено „комисията провежда договарянето с всеки от кандидатите.....”

Според § 1, т. 9 от ДР на ЗОП „кандидат” е физическо или юридическо лице, което е подало заявление за участие в ограничена процедура, процедура на договаряне с обявление, състезателен диалог или ограничен конкурс за проект, а според § 1, т. 33 от ДР на ЗОП „участник” е физическо или юридическо лице или тяхно обединение, което е представило оферта или проект.

При посочените два вида процедури, които имат аналогичен начин на провеждане, в ЗОП и НВМОП липсват разпоредби, които да уточняват дали лицата, които са поканени и проявяват интерес за участие подават заявление за участие /и първоначална оферта, ако им е била поискана от възложителя/ или директно се явяват за участие в преговорите и представят офертата си в устна форма по време на договарянето.

Практическото значение на въпроса какво качество имат лицата, участващи в процедурите на договаряне без обявление по ЗОП и на договаряне с покана по НВМОП е свързано със случаи, при които възложителят прекратява процедурата и за него възниква задължение да уведоми кандидатите или участниците за това обстоятелство /арг. чл. 39, ал. 2 от ЗОП и чл. 24, ал.2 от НВМОП/. В случай, че нито едно от поканените лица при процедура на договаряне без обявление по ЗОП и на договаряне с покана по НВМОП не е подало нито документи при възложителя, нито се е явило за провеждане на преговори, възниква въпросът дали възложителят следва да уведомява тези лица за прекратяване на процедурата или е допустимо да изпрати решението за прекратяване само до изпълнителния директор на АОП.

Становище на експертите

След като се запознаха с приложимата нормативна уредба, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Законодателят не е предвидил подробни правила за начина на провеждане на процедурите „договаряне без обявление” по ЗОП и „договаряне с покана” по НВМОП. В нормативните актове са отразени само най-важните моменти при тези процедури – изпращане на покани до определени от възложителя потенциални изпълнители на обществената поръчка и провеждане от комисия на преговори за определяне клаузите на бъдещия договор.

Липсва изискване за представяне на определен документ, деклариращ интерес за участие в процедурата /напр. заявление за участие/, който да бъде придружен с доказателства за съответствието на лицата с изискванията за годност /т.е. с изискванията по чл. 47, ал.1, 2 и 5 от ЗОП и с изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация/. Единственото уточнение в тази връзка, направено в законодателството, казва че с поканата възложителят може да поиска представяне на първоначална оферта, която подлежи на обсъждане по време на договарянето.

Задължителен реквизит на поканата за участие е посочването на дата за провеждане на договарянето. Не е уточнено дали до участие в него се допускат всички поканени, които са се явили или само тези, за които след проверка от комисията се установи, че отговарят на изискванията за годност, поставени от закона и от възложителя.

Непълнотите в правната уредба на процедурите „договаряне без обявление” по ЗОП и „договаряне с покана” по НВМОП дават възможност на възложителите да следват определени от самите тях стъпки за провеждане на тези два вида процедури.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около становището, че при тези процедури е възможна определена свобода. Тя обаче не бива да нарушава общите изисквания на законодателството в областта на обществените поръчки.

По тази причина, въпреки че няма поставено изрично изискване в специалните правила за процедурите „договаряне без обявление” по ЗОП и „договаряне с покана” по НВМОП, експертите споделят мнението, че и при тях трябва да намерят място общите правила, свързани с проверка на годността на поканените лица, заявили желание за участие. Минималният обхват на такава проверка изисква да бъде изяснен въпроса дали спрямо тези лица не е налице някоя от абсолютните пречки по чл. 47, ал.1 и 5 от ЗОП, респ. по чл. 47, ал. 2 от ЗОП /ако възложителят е посочил това в поканата/. Проверката за годност ще се разпростре и върху съответствието на лицата с изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация, ако възложителят е поставил такива в поканата.

Извършването на проверка за годност е свързана с преглед на определени документи от страна на поканените лица, които са решили да участват в съответната процедура. Моментът, в който тези документи да бъдат представени, зависи изцяло от възложителя. Това може да бъде както отделна дата, която да предшества провеждането на преговорите, така и самата дата, на която ще започне договарянето.

Независимо към кой момент ще бъде изискано от възложителя да се представят доказателствата за годност на поканените лица, те трябва да бъдат разгледани от комисията преди началото на преговорите. Причина за това е обстоятелството, че в договарянето могат да участват само лица, които отговарят на изискванията за годност.

Експертите от трите институции се обединиха около становището, че особеност на процедурите „договаряне без обявление“ по ЗОП и „договаряне с покана“ по НВМОП е обстоятелството, че при тях офертите се представят в устна форма по време на преговорите. Само, когато възложителят с поканата е поставил изискване за представяне на **първоначална оферта**, тя трябва да е в писмена форма. И при подобни случаи, обаче, определянето на изпълнител на обществената поръчка не може да стане само въз основа на първоначалната оферта. Провеждането на преговори в устна форма е задължително.

Що се отнася до качеството, което придобиват лицата при процедурите „договаряне без обявление“ по ЗОП и „договаряне с покана“ по НВМОП, експертите считат, че е допустимо да се употребяват понятията „кандидат“ и „участник“, въпреки, че в легалните им дефиниции, съгласно ЗОП процедурата на договаряне без обявление не е обхваната. Това автоматично създава празнота и при процедурата на договаряне с покана по НВМОП, която е аналогична.

В специалните правила за тези две процедури, и в ЗОП и в НВМОП, е употребено понятието „кандидат“. Такова качество поканените за участие в процедурата лица би следвало да придобиват, когато възложителят е поискал и съответното лице е представило заявление за участие с приложени към него документи, доказващи годността му. Когато възложителят по никакъв начин не е изисквал предварително представяне на документи, с факта на явяването си на обявената дата за преговори, поканеното лице би следвало да придобие директно качеството „участник“.

Както при останалите видове процедури, така и при процедурите „договаряне без обявление“ по ЗОП и „договаряне с покана“ по НВМОП, за да може едно лице да придобие някакво качество, то трябва да изрази воля си за участие в процедурата. По тази причина, лицата, до които възложителят само е отправил покана, не придобиват някакво качество, докато не изразят желание за участие. Според начина, по който е организирана процедурата, изразяването на воля за участие може да стане чрез:

- представяне на изисканите от възложителя документи преди датата на преговорите, вкл. на първоначална оферта, ако е поискана;
- явяване на датата, обявена за водене на преговори.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около становището, че когато след датата, определена за започване на преговорите, настъпи основание за прекратяване на някоя от процедурите „договаряне без обявление“ по ЗОП или „договаряне с покана“ по НВМОП, за възложителя ще възникне задължение да уведоми за решението си не всички поканени лица, а **само онези от тях, които са изразили воля за участие**, т.е. подали са документи и/или са се явили на преговорите.

Само в случаите, когато основанията за прекратяване на процедурата настъпи преди обявената дата за подаване на документи, респ. за започване на преговорите, възложителят ще е длъжен да уведоми всички поканени лица.

Ш. Други

По време на срещата бяха представени и подготвените от експертите на АОП образци на информация, която контролните органи следва да предоставят на АОП за статистически цели и за изготвяне през 2008 г. на отчет от изпълнителния директор на АОП.

Бяха обсъдени възможностите за предоставяне на съответната информация, като представителите на Сметната палата и АДФИ поеха ангажимент да запознаят ръководствата на двете институции с необходимостта от създаване на организация за текущо събиране на информация, която да се предоставя на АОП в определена форма.

Заклучение

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следните предложения:

1. Изпълнителният директор на АОП, ако прецени за подходящо, да издаде методически указания по въпросите, обсъдени в рамките на процедурата по предварително съгласуване.

2. Изразената в настоящия протокол обща експертна позиция да бъде разпространена до служителите на трите институции с оглед вземането ѝ предвид при осъществяване на възложените им функции и недопускане на противоречива практика.

Настоящият протокол е съставен в три еднообразни екземпляра, по един за ръководителите на всяка институция.