

ПРОТОКОЛ № 22

Днес, 05.11.2010 г., в Сметната палата, на основание чл. 5 от Споразумението за сътрудничество и взаимодействие между Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки /АОП/ и Агенция за държавен вътрешен финансов контрол /АДВФК/ в областта на контрола върху обществените поръчки се проведе процедура по предварително съгласуване.

Процедурата е инициирана от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция, правоприемник на АДВФК, на основание чл. 3, ал. 1 от споразумението.

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:

По време на срещата бяха обсъдени както въпроса, поставен от директора на АДФИ с писмо изх. № 12000288/28.10.2010 г., така и въпроси, поставени от експертите от Агенцията по обществени поръчки.

Описание на случая

При извършване на проверки на проведени процедури по Закона за обществените поръчки /ЗОП/ и по Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/ се установяват случаи, при които в обявлението за обществените поръчки, като част от минималните изисквания за технически възможности на участниците, възложителите поставят условие за представяне на сертификат ISO 9001:2000/2008 за система за управление на качеството и/или за представяне на сертификат BS OHSAS 18001:2007 за система за управление на здравето и безопасността при работа. В някои случаи в текста на обявлението, след изписване на съответния сертификат, се добавя изреча “или еквивалентно”, а при други случаи възложителят не уточнява изрично дали ще приема еквивалентни сертификати.

В тази връзка и с оглед забраната по чл. 25, ал. 5 от ЗОП възниква въпроса допустимо ли е да се изисква от участниците представяне на сертификат ISO 9001:2000/2008 и/или сертификат BS OHSAS 18001:2007 и ако “да”, то задължително ли е при посочване в обявлението на съответния сертификат изрично да се допуска възможност за представяне на еквивалентен.

Становище на експертите

След преглед на приложимата нормативна уредба, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

В чл. 51, ал.1, т. 1-11 от ЗОП са посочени документите, които могат да бъдат изисквани от участниците за доказване на съответствието им с поставени от възложителя минимални изисквания за технически възможности и квалификация на участниците. Сред тези документи, са посочени и “сертификати, издадени от акредитирани институции или агенции за

управление на качеството, удостоверяващи съответствието на стоките със съответните спецификации или стандарти” /чл. 51, ал.1, т. 6 от ЗОП/.

По мнение на експертите, сертификат ISO 9001:2000/2008 попада в обхвата на цитираната разпоредба, поради което може да се приеме, че при процедури за възлагане на обществени поръчки по ЗОП и НВМОП е допустимо да се поставя изискване към участниците за представяне на такъв сертификат.

Законът не задължава възложителите изрично /чрез използване на израза “или еквивалентно” или по друг начин/ да уточняват, че се допуска представянето и на сертификати, еквивалентни на ISO 9001:2000/2008. В този смисъл, ако в обявление за обществена поръчка е поставено условие за представяне на сертификат ISO 9001:2000/2008 и не е добавено “или еквивалентно”, няма да е налице извършено нарушение.

От друга страна, отношение към въпроса за сертификата ISO 9001:2000/2008 и неговите евентуални еквиваленти има и текстът на чл. 53, ал. 4 от ЗОП. Според тази разпоредба, възложителите са длъжни да приемат еквивалентни сертификати, издадени от органи, установени в други държави членки, както и други доказателства за въведени от участниците еквивалентни мерки за осигуряване на качеството или за опазване на околната среда. В този смисъл, дори когато в конкретно обявление не е изрично посочено, че ще се приемат еквиваленти на изискан сертификат ISO 9001:2000/2008, на основание чл. 53, ал. 4 от ЗОП съответният възложител /посредством назначената от него комисия за провеждане на процедурата/ трябва да допусне участник, който представи еквивалентен сертификат. В противен случай, ще е налице неоснователно отстраняване и ще възникне основание за ангажиране на административнонаказателна отговорност. Описаният подход би следвало да се възприеме и по отношение на сертификатите, свързани със системите за опазване на околната среда /арг. чл. 53, ал.4 от ЗОП/.

Според експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, изискването за представяне на сертификат BS OHSAS 18001:2007 за система за управление на здравето и безопасността при работа, не може да се разглежда по същия начин както изискването за представяне на сертификат ISO 9001:2000/2008. С оглед забраната по чл. 25, ал. 5 от ЗОП условието за наличие на сертификат BS OHSAS 18001:2007 не може да се изследва по принцип, а само в контекста на конкретна обществена поръчка.

Изискването на сертификат BS OHSAS 18001:2007 може да се приеме за допустимо /т.е. неограничително/ условие само при обществени поръчки, чийто предмет предполага, че при изпълнението им в значителна степен ще бъде ангажирана работна сила, за която е уместно да се изисква осигуряване на безопасни и здравословни условия на труд /напр. при строителни и ремонтни дейности, физическа охрана, почистване и др./ . При други обществени поръчки /напр. за доставка на стоки/, същото условие, може да се разглежда като дискриминационно, ако не кореспондира с предмета им и включените в него конкретни дейности.

Когато с оглед предмета на конкретната поръчка е допустимо да се изисква такъв сертификат, възложителят не би следвало да отстранява участници, представили негов еквивалент.

Описание на случая

В чл. 13 от ЗОП е посочено, че процедурите по закона не се прилагат за обществени поръчки:

1. свързани с отбраната и сигурността на страната по смисъла на чл. 296 от Договора за създаване на Европейската общност;

2. които са предмет на класифицирана информация, представляваща държавна тайна или когато изпълнението на обществената поръчка трябва да е придружено със специални мерки за сигурност в съответствие с действащото законодателство.

Съгласно чл. 13, ал.2 от ЗОП, условията и редът за възлагане на посочените обществени поръчки, които се обозначават като “специални” се определят с отделен нормативен акт - наредба. Към настоящия момент това е Наредбата за възлагане на специални обществени поръчки /НВСОП/.

НВСОП е нормативен акт, който следва да регламентира изцяло възлагането на специални обществени поръчки. Въпреки това, наредбата не урежда важни аспекти от процеса по възлагане на обществени поръчки, за които ЗОП съдържа правила.

Поставя се въпросът дали настоящата редакция на чл. 13 от ЗОП дава основание да се приеме, че общите разпоредби на ЗОП /извън тези за процедурите/ намират приложение при възлагането на специални обществени поръчки. От съществено значение в тази връзка е формирането на становище относно приложимостта на ограниченията за изменение на договорите за обществени поръчки, предвид обстоятелството, че в НВСОП няма изрично препращане към чл. 43, ал.1 и 2 от ЗОП.

Становище на експертите

По инициатива на председателя на Сметната палата поставеният въпрос вече е бил обсъждан при процедура по предварително съгласуване, проведена през 2006 г. Формираното експертно становище е отразено в Протокол № 5/04.01.2006 г. То се основава на разпоредбата на чл. 13 от ЗОП в първоначалната ѝ редакцията, в сила от 01.10.2004 г. /обн. ДВ, бр. 28/2004 г./, според която “законът не се прилага” за обществените поръчки по чл. 13, ал.1, т.1-5 от ЗОП, вкл. за специалните обществени поръчки, които са посочени в чл. 13, ал.1, т.1 и 2 от ЗОП.

Със ЗИДЗОП /обн. ДВ, бр. 37/2006 г./, в сила от 01.07.2006 г. разпоредбата на чл. 13, ал.1 от ЗОП е изменена, като е предвидено, че за обществените поръчки по чл. 13, ал.1, т.1-5 от ЗОП “не се прилагат процедурите по закона”. Не е променено правилото на чл. 13, ал.2 от ЗОП, че специалните обществени поръчки /тези по чл. 13, ал.1, т.1 и 2 от ЗОП/ се възлагат при условия и по ред, предвиден в наредба /НВСОП/.

При съпоставка между двете редакции на чл. 13, ал. 1 от ЗОП възниква въпросът дали при промяната на закона, в сила от 01.07.2006 г., волята на законодателя е била по отношение на обществените поръчки по чл. 13, ал.1, т.1-5 от ЗОП /сред които са и специалните обществени поръчки/ да се изключи само прилагането на процедурите по ЗОП, но не действието на останалите общи разпоредби, вкл. относно изменението на договорите.

В хода на обсъждане на поставения въпрос, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, достигнаха до заключението, че текстът на чл. 13, ал.1 от ЗОП не следва да се разглежда само във връзка с възлагането на специални обществени поръчки, а е необходимо да се отчита съществуването и на други хипотези по чл. 13, ал.1 от ЗОП /т. 3 и следв./. Тези хипотези обхващат обществени поръчки, които нямат характер на “специални” и не се възлагат по реда на НВСОП.

Като резултат от избрания подход на систематично тълкуване на разпоредбата на чл. 13, ал.1 от ЗОП по отношение на всички изброени в нея обществени поръчки, експертите се обединиха около становището, че не следва една и съща разпоредба да се разбира и прилага различно спрямо отделните случаи, които тя обхваща.

При преглед на обществените поръчки, изброени в чл. 13, ал.1 от ЗОП е видно, че те са твърде разнообразни, като при възлагането им намират приложение различни правила. Така например, обществените поръчки по чл. 13, ал.1, т.1 и 2 се възлагат по НВСОП, а тези по чл. 13, ал.1, т. 4 от ЗОП - по специална процедура на съответната международна организация, предоставяща повече от 50 % от финансирането. При останалите хипотези по чл. 13, ал.1 от ЗОП /т. 3, 5, 6 и 7/ може да се направи дори извод, че те подлежат на директно възлагане, без да е необходимо прилагане на особени процедури за избор на изпълнител.

Предвид гореизложеното, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около становището, че въпреки променената редакция на чл. 13, ал.1 от ЗОП, в сила от 01.07.2006 г., смисълът ѝ на практика е останал непроменен. Това означава, че по отношение на изброените в същата разпоредба обществени поръчки не се прилагат не само процедурите по ЗОП, но и общите правила на закона. Този извод се подкрепя от обстоятелството, че при някои от хипотезите по чл. 13, ал.1 от ЗОП общите правила на ЗОП въобще не могат да намерят приложение, а както беше отбелязано по-горе неправилно е една и съща разпоредба да се разбира и прилага по различен начин спрямо хипотезите, които тя обхваща. По тази причина, мнението на експертите е, че и спрямо специалните обществени поръчки не намират приложение както процедурите по ЗОП, така и общите правила на закона /извън случаите, в които НВСОП прави изрично препращане към ЗОП/, вкл. ограниченията за изменение на сключените договори по чл. 43, ал.1 и 2 от ЗОП. В този смисъл, макар и с други мотиви, становището за неприложимост на ЗОП спрямо специалните обществени поръчки, изразено в Протокол № 5/04.01.2006 г. остава непроменено.

Описание на случая

Последният въпрос, който беше обсъден по време на процедурата по предварително съгласуване, е свързан с работата на Централния орган за обществени поръчки.

С ПМС № 112/04.06.2010 г. за създаване на Централен орган за обществени поръчки за нуждите на органи на изпълнителната власт, министърът на финансите е определен за Централен орган за обществени поръчки /ЦООП/, подпомаган от дирекция „Централно звено за финансиране

и договаряне при Министерството на финансите. На него е възложено провеждането на процедури по ЗОП за сключване на рамкови споразумения за определени доставки и услуги, посочени в чл. 3 от постановлението с цел задоволяване потребностите на Министерския съвет, министерствата, а в някои случаи и на второстепенните разпоредители към тях.

С цел да не се допусне дублиране на възлагането, чл. 10 от ПМС № 112/2010 г. указва, че след подаване на заявка до ЦООП, отделните възложители не могат да откриват процедури със същия предмет.

Към настоящия момент, ЦООП е открил процедури по ЗОП за почти всички доставки и услуги по чл. 3 от постановлението, но все още няма рамкови споразумения, въз основа на които отделните възложители да могат да пристъпят към сключване на договори за обществени поръчки.

На практика, в началния етап от действието на ЦООП, възниква период от време, в който няма сключени рамкови споразумения. В същото време, изтича действието на предходни договори на възложителите за доставките и услугите по чл. 3 от ПМС № 112/2010 г. Поради характера на част от дейностите, които ЦООП е натоварен да възлага /напр. почистване, доставка на гориво, самолетни билети и др./, удовлетворяването на потребностите на възложителите не може да бъде отложено във времето до възникване на възможност за сключване на договор по рамково споразумение.

В тази връзка и предвид забраната за откриване на нови процедури по чл. 10 от постановлението, се поставя въпроса как могат и следва да бъдат удовлетворени потребностите на отделните възложители през междинния период - от изтичане на действието на предходни договори до възникване на възможност за сключване на нови въз основа на рамковите споразумения на ЦООП.

Становище на експертите

Според експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, поставеният въпрос е особено актуален към настоящия момент. Причина за това е обстоятелството, че ЦООП е в начален етап от функционирането си и временно не може да изпълни ангажимента си да осигури на възложителите действащи рамкови споразумения, по които да се сключват договори за обществени поръчки.

Със създаването на ЦООП с ПМС № 112/2010 г. се привежда в действие една правна възможност по чл. 8, ал. 4 от ЗОП. Тъй като ЦООП е създаден с акт на Министерския съвет, дейността му обхваща само органите на изпълнителната власт, които са изрично посочени в чл. 4 от постановлението.

Обстоятелството, че даден орган попада в обхвата на дейност на ЦООП не се отразява на качеството му на възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7 от ЗОП. Идеята на съществуването на ЦООП е само да улесни органите на изпълнителната власт при избор на изпълнители на рутинни за всяка администрация дейности, каквито са изброените в чл. 3 от постановлението, а не да ги лиши от статута им на възложители.

Предвидената в чл. 10 от ПМС № 112/2010 г. забрана за откриване на нови процедури от отделните възложители за дейностите по чл. 3 от

постановлението цели единствено да не се стигне до хипотеза, при която ЦООП ще има подписани рамкови споразумения, но по тях няма да се сключват договори, тъй като възложителите вече ще имат действащи такива. Така, на практика би се обезсмислило съществуването на ЦООП. Разпоредбата на чл. 10 от ПМС № 112/2010 г., обаче, не следва да бъде използвана от възложителите като основание за извършване на разходи за доставки и услуги по чл. 3 от постановлението, без да е спазен съответстващия на стойността им ред за възлагане.

По мнение на експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, ограничението на чл. 10 от ПМС № 112/2010 г. не се отнася до възлагане на обществени поръчки за изпълнение на дейностите по чл. 3 от постановлението в междинния период /от изтичане действието на предходен договор на конкретния възложител до възникване на възможност за сключване на нов договор въз основа на рамково споразумение на ЦООП/. Ето защо, съответният възложител, не само че има възможност, но е и задължен да предприеме действия за избор на изпълнител като спазва изискванията за възлагане, съобразно стойността на обществената поръчка. Възложените по този начин обществени поръчки могат да обхващат само коментирания по-горе междинен период. Това изисква прогнозната им стойност да се определи по правилата на чл. 15 от ЗОП на база очакваните разходи за съответната дейност по чл. 3 от ПМС № 112/2010 г. за периода от приключване действието на предходен договор до сключването на нов договор въз основа на рамково споразумение на ЦООП.

По мнение на експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, с прилагане на описания по-горе подход няма да бъде нарушена забраната по чл. 10 от ПМС № 112/2010 г., а ще се осигури възможност за задоволяване потребностите на възложителите при спазване на законовите изисквания за възлагане на обществени поръчки. Въпреки това, при последваща проверка за законосъобразността на действията на възложителите в междинния период, те ще трябва да докажат, че след сключване на съответно рамково споразумение от ЦООП своевременно са предприели действия за подписване на договор въз основа на него. Само така, ще се възпрепятства безпричинното удължаване от страна на възложителите на действието на сключените от тях договори във времето преди наличието на рамкови споразумения на ЦООП.

Заклучение

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около предложението, отразените в настоящия протокол експертни становища, да бъдат доведени до знанието на служителите на трите институции с оглед еднаквото прилагане на нормативната уредба в областта на обществените поръчки.

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