

## ПРОТОКОЛ № 21

Днес, 28.09.2010 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 председателя на Сметната палата 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 няколко въпроса относно тълкуването и прилагането на различни разпоредби на Закона за обществените поръчки /ЗОП/, Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки /ППЗОП/ и Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/.

### **Описание на случая**

В чл. 45а от ЗОП е предвидено, че възложителите са длъжни да изпращат за публикуване в “Официален вестник” на Европейския съюз обявленията за обществени поръчки, чиито стойности са равни или надвишават праговете, определени в Регламент на Европейската комисия /ЕК/, издаден на основание чл. 69 от Директива 2004/17/ЕО и на основание чл. 78 от Директива 2004/18/ЕО.

При приемането на Директива 2004/18/ЕО, в чл. 7 са определени **първоначални размери на стойностните прагове** за строителство, доставки и услуги, които са валидни за възложителите, прилагащи тази директива. Това са т.нар. “класически” възложители, посочени и в чл. 7, т.1-4 от ЗОП.

По силата на чл. 78 от Директива 2004/18/ЕО, на всеки две години, ЕК е задължена да потвърждава праговете по чл. 7, а при необходимост да ги преразглежда по специална процедура. ЕК определя ревизираните прагове в свой регламент, който задължително се публикува в “Официален вестник” на ЕС. Към настоящия момент, считано от 01.01.2010 г., е в сила Регламент 1177/2009 г. на ЕК.

От преглед на текста на Директива 2004/18/ЕО е видно, че при обществените поръчки за **строителство** са приложими единни прагове, чиито конкретни стойности /4 845 000 евро или 9 475 851 лв./ са определени с регламента на ЕК. При доставките и услугите, обаче са предвидени **два различни стойностни прага** - по-нисък /125 000 евро или 244 475 лв./ за централните правителствени органи, включени в Приложение IV към Директива 2004/18/ЕО и по-висок /193 000 евро или 377 469 лв./ за възложителите, които не са обхванати от това приложение, т.е. такива които нямат статут на централни правителствени органи

След присъединяването си към ЕС, Република България е предоставила

списък на възложители, които да бъдат включени в Приложение IV към директива 2004/18/ЕО. Сред тях не са включени всички възложители по чл. 7, т. 1 от ЗОП, а само тези, които могат да се характеризират като “централни правителствени органи”. В тази връзка местни и регионални органи на изпълнителната власт не са обхванати от Приложение IV към Директива 2004/18/ЕО в частта за Република България.

След приемането на съответен регламент от ЕК за промяна в стойностните прагове, в изпълнение на методологичните си функции Агенцията по обществени поръчки /АОП/ публикува указание в помощ на възложителите. Тъй като ЗОП не провежда разграничение на възложителите по признак дали са централни или регионални/местни органи на власт, според указанието, всички възложители по чл. 7, т. 1 от ЗОП, прилагат по-ниските прагове за доставки и услуги. Съгласно Директива 2004/18/ЕО тези прагове са приложими само за субекти, които имат качеството на “централни правителствени органи”.

При така описаната обстановка се поставя въпроса, могат ли кметовете на общини директно да се позовават на по-високите прагове съгласно Регламент 1177/2009 на ЕК във вр. с чл. 7 от Директива 2004/18/ЕО при възлагане на обществени поръчки за доставки или услуги и нарушават ли по този начин чл. 45а от ЗОП ?

#### **Становище на експертите**

Съгласно чл. 19 от Закона за администрацията /ЗА/, органите на изпълнителната власт се делят на централни и териториални. Във втората категория органи попадат областните управители, кметовете на общини, кметовете на райони, кметовете на кметства и кметските наместници.

Чл. 7 от ЗОП определя кръга на възложителите на обществени поръчки, като в чл. 7, т. 1 са включени всички органи на държавна власт, без изрично да е проведено разграничение между тях по признак “централни” и “териториални”.

Безспорно е, че Директива 2004/18/ЕО няма пряко приложение, поради което разпоредбите ѝ се прилагат както и доколкото са транспонирани в българското законодателство. В конкретния случай, обаче е налице регламент на ЕК, който има пряко приложение, вкл. по силата на чл. 45а от ЗОП. Особеност на този регламент е факта, че той има за своя основа разпоредба на Директива 2004/18/ЕО. В този смисъл, регламентът не би могъл да се приложи сам по себе си, без да се вземе предвид текста на чл. 7 от директивата. Именно този текст въвежда разликата между праговете за доставки и услуги, прилагани от централни правителствени органи по Приложение IV и праговете за доставки и услуги, прилагани от органи, които нямат качеството на централни правителствени органи.

Като отчитат особеностите на европейското и националното законодателство, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около становището, че кметовете на общини, както и останалите възложители, които Законът за администрацията определя като “териториални органи на изпълнителната власт” могат да се позовават на по-високите европейски прагове за доставки и услуги, въпреки че това не е изрично предвидено в ЗОП.

### **Описание на случая**

Вторият въпрос, който беше обсъден от експертите е свързан прилагането на чл. 25, ал. 7 от ЗОП и аналогичната разпоредба на чл. 6, ал. 5 от НВМОП.

Представителите на Сметната палата, участващи в процедурата по предварително съгласуване посочиха, че в практиката се установяват редица случаи, при които въпреки изричната забрана по чл. 25, ал. 7 от ЗОП, възложители продължават да използват критерии за подбор на участниците като показатели за оценка на офертите при критерий “икономически най-изгодна оферта”. Като мотив за подобно поведение се изтъква изричното препращане в текста на чл. 25, ал. 7 от ЗОП към чл. 25, ал.2, т. 6 от ЗОП. Някои възложители приемат, че е забранено като показатели за оценка на офертите да се използват само онези критерии за подбор, които са били посочени като такива в обявлението за обществена поръчка и са послужили за преценка качествата на участниците. Твърди се, че за останалите критерии за подбор забраната по чл. 25, ал. 7 от ЗОП не се прилага. Например, възложител е поставил като критерии за подбор на участниците само минимални изисквания за финансово и икономическо състояние, но не и изисквания за технически възможности и квалификация. В тази връзка се твърди, че е допустимо като показатели за оценка на офертите при критерий “икономически най-изгодна оферта” да се включат “опит”, “разполагаема техника”, “квалифициран персонал” и др.

При така описаната фактическа обстановка възниква въпросът за обхвата на ограничението по чл. 25, ал. 7 от ЗОП, респ. чл. 6, ал. 5 от НВМОП, и възможни ли са изключения от него?

### **Становище на експертите**

С измененията в ЗОП, в сила от 01.01.2009 г., е въведена изрична забрана при критерий “икономически най-изгодна оферта” като показатели за оценка на офертите да се използват критериите за подбор на участниците “чл. 25, ал.2, т.6 от ЗОП”. Разпоредба със същото съдържание, вкл. с препращане към чл. 25, ал.2, т.6 от ЗОП, се съдържа в чл. 6, ал. 5 от НВМОП, в сила от 01.01.2009 г.

След измененията в правната уредба на обществените поръчки, в сила от 01.01.2009 г. е въведено понятието “критерии за подбор”. То обозначава общо минималните изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация на участниците. Право на възложителя е да реши дали при провеждане на процедура по ЗОП или НВМОП ще заложи критерии за подбор на участниците или не, както и какъв да е техният обхват и конкретно съдържание.

Критериите за подбор са насочени само и единствено към участниците. Те са определено от възложителя минимално необходимо ниво на качества на участниците, което гарантира тяхната способност да изпълнят конкретната обществена поръчка. Съответствието с критериите за подбор не подлежи на степенуване, т.е. всеки участник, който докаже, че покрива минималните изисквания за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация следва да бъде допуснат до понататъшно участие в процедурата. Така, например, ако възложителят е поставил изискване за наличие на минимален оборот от дейността, всеки участник, който има такъв

оборот ще отговаря на критерия за подбор. Обстоятелството, че един участник ще докаже оборот, равен на изисквания се, а друг ще има по-голям, не влияе на решението за допускане, защото и двамата участници съответстват на критерия за подбор.

Евентуалните различия в качествата на участниците, които покриват критериите за подбор, би следвало да се отразят на подадените от тях оферти за изпълнение на обществената поръчка, но не дават основание за различно /по-благоприятно/ третиране на участниците с по-добри възможности.

При действащата към настоящия момент правна уредба, приложението на критериите за подбор е ясно очертано. Те служат на комисията само при преценка на документите в Плик № 1 “Документи за подбор”.

За разлика от критериите за подбор, критериите за оценка не се отнасят до участниците, а до техните оферти в тесен смисъл - като предложения /технически и финансови/ за изпълнение на конкретната обществена поръчка. Критериите за оценка могат да бъдат прилагани само по отношение на офертите на участници, които отговарят на критериите за подбор.

Възможните критерии за оценка на офертите са само два – “най-ниска цена” и “икономически най-изгодна оферта”. Докато при критерий “най-ниска цена”, единственият показател, по който се оценяват офертите е цената, то при критерий “икономически най-изгодна оферта”, предложенията за изпълнение на обществената поръчка се оценяват, освен по цена. и по други показатели. Тези показатели по никакъв начин не могат и не следва да са свързани с качествата на участниците, а трябва да кореспондират пряко с параметрите на изпълнение на обществената поръчка /срок, гаранция, качество и др./ В този смисъл е и легалната дефиниция на “икономически най-изгодна оферта”, съгласно §1, т. 8 от Допълнителните разпоредби на ЗОП.

За разлика от критериите за подбор, които са приложими към Плик № 1 “Документи за подбор”, то избраният за конкретна процедура критерий за оценка на офертите е приложен към съдържанието на Плик № 2 и Плик № 3 /при критерий “икономически най-изгодна оферта”/ или само към съдържанието на Плик № 3 /при критерий “най-ниска цена”/.

По изложените по-горе съображения за разликата в същността и предназначението на критериите за подбор и критериите за оценка на офертите, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединяват около становището, че забраната по чл. 25, ал. 7 от ЗОП, респ. чл. 6, ал. 5 от НВМОП за смесване на двата вида критерии под каквато и да е форма, е категорична /абсолютна/, като нито текста на коментираните разпоредби, нито техният смисъл дава основание да се приеме, че са допустими изключения. В този смисъл, възложители, които в процедури, открити след 01.01.2009 г., използват критерии за подбор на участниците като показатели за оценка на офертите при критерий “икономически най-изгодна оферта” извършват нарушение на чл. 25, ал. 7 от ЗОП /при процедури по ЗОП/ или на чл. 6, ал. 5 от НВМОП /при процедури по НВМОП/ и подлежат на санкциониране.

### **Описание на случая**

Третият въпрос, който беше обсъден от експертите, участвали в процедурата по предварително съгласуване, е свързан с новата редакция на

чл. 70, ал.1 от ЗОП и нейното практическо приложение.

С измененията на ЗОП /обн. ДВ, бр. 83/2010 г./, в сила от 13.07.2010 г., текстът на чл. 70, ал.1 от ЗОП е изменен. В предходната си редакция същата разпоредба задължаваше комисията за провеждане на процедурата да изисква писмена обосновка от участник, който предложи цена по-ниска с повече от 30 % от средната цена на останалите оферти за цялата обществена поръчка или за конкретна обособена позиция.

След изменението в чл. 70, ал.1 от ЗОП, изискването за писмена обосновка вече се отнася до всички случаи, при които комисията за провеждане на процедурата установи, че оферта на участник съдържа предложение, което в зависимост от избрания критерий по чл. 37, ал.1 от ЗОП, е с 30 % по-благоприятно от средната стойност на съответните предложения в останалите оферти.

Предвид появилите се в теорията и практиката противоречиви становища, се поставя въпроса за смисъла на разпоредбата на чл. 70, ал.1 от ЗОП в новата ѝ редакция, както и за начина, по който тя трябва да бъде прилагана, за да не се допускат нарушения на законовите изисквания.

### **Становище на експертите**

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, анализираха съдържанието на чл. 70, ал.1 от ЗОП в редакцията ѝ в сила от 13.07.2010 г. и се обединиха около следното становище:

При съпоставка между старата и новата редакция на чл. 70, ал.1 от ЗОП е видно, че волята на законодателя е била да се разширят хипотезите, при които комисията е задължена да извършва проверка за наличие на твърде благоприятна /изгодна/ оферта и при констатиране на подобни обстоятелства, да изисква писмена обосновка от участника, подал конкретната оферта.

Докато в предходната ѝ редакция целта на разпоредбата е била да препятства участието на лица предлагащи необосновано ниски цени, то новата редакция вече не говори за цени, а за “предложения”, които се съдържат в офертите на участниците в конкретна процедура.

Законодателят е избрал да заложи обективен критерий за сравнение между предложенията в различните оферти като е посочил, че обосновка е необходима за всяко предложение, което е с 30 % по-благоприятно от средната стойност на съответните предложения в останалите оферти. Преценката за наличие на благоприятно предложение, подлежащо на обосноваване, предполага извършване на определени изчисления от страна на комисията. Тя е натоварена със задължение да формира “средна стойност” от едни и същи по характер предложения, които се съдържат в офертите на различни участници, след което да установи дали между получената средна стойност и стойността на предложението в офертата, която се преценява, е налице разлика равна на или по-голяма от 30%.

Според експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, за да може въобще да бъде приложен чл. 70, ал.1 от ЗОП е необходимо наличие на най-малко три оферти, които да са достигнали до етапа на разглеждането им по същество. Само при такъв минимален брой оферти е възможно формиране на “средна стойност”, с която да се съпоставя конкретно предложение, респ. да се търси разлика с 30 и повече процента.

Начинът, по който законът изисква от комисията да извършва преценка по чл. 70, ал.1 от ЗОП налага извода, че предложенията от офертите, които подлежат на сравнение трябва да имат цифрово изражение. Сред най-често срещаните в процедурите за възлагане на обществени поръчки предложения с цифрово изражение са цената, различните срокове /за изпълнение, гаранционни, за реакция и др./, размер на аванс, % отстъпка или надценка. По обясними причини, предложения от офертите, които нямат и не могат да имат цифрово изражение не могат да бъдат подложени на преценка по чл. 70, ал.1 от ЗОП.

Текстът на чл. 70, ал. 1 от ЗОП дава основание да се приеме, че изискването за неговото прилагане важи както при процедури, в които избраният критерий за оценка на офертите е “най-ниска цена”, така и при процедури с критерий „икономически най-изгодна оферта“. В първия случай на преценка по чл. 70, ал.1 от ЗОП би следвало да се подлагат само ценовите предложения от офертите, които са достигнали до етап на отваряне на Плик № 3. Във втория случай, чл. 70, ал.1 от ЗОП ще е приложим към онези предложения, съдържащи се в офертите, които не само имат цифрово изражение, но и участват в комплексната оценка, т.е. за тях е предвиден показател за оценка.

От съществено значение за правилното прилагане на чл. 70, ал.1 от ЗОП е изясняването на въпросите за момента, в който комисията за провеждане на процедурата е длъжна да прецени наличието на по-благоприятна оферта, как следва да документира проверките си и какви са последиците при необоснованост на предложенията.

Предвид изложените по-горе общи условия за прилагане на чл. 70, ал.1 от ЗОП, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около становището, че при процедури, в които критерият за оценка е “най-ниска цена”, проверка за по-благоприятна оферта е възможна едва след отваряне на Плик № 3 на участниците, които са достигнали този етап от процедурата. Логично е проверка по чл. 70, ал. 1 от ЗОП да се извършва само за ценови предложения, които след отварянето им не са предложени за отстраняване по други причини /напр. непълна ценова оферта или др./.

Когато критерият е “икономически най-изгодна оферта”, преценка по чл. 70, ал. 1 от ЗОП трябва да се извършва на следните етапи от работата на комисията:

- след приключване на разглеждането на техническите оферти /Плик №2/ и преди да се пристъпи към оценяването им по показателите, различни от цената;
- след отваряне на Плик № 3 и преди пристъпване към оценяване на ценовите оферти.

Извършените от комисията изчисления по отношение на всяка оферта поотделно би следвало да се отразят в протокол/и от работата ѝ. Когато е възникнало основание по чл. 70, ал.1 от ЗОП, изискването на писмена обосновка от съответния участник е задължително.

В съответствие с чл.70, ал.3 от ЗОП, непредставянето на обосновка в срок или неприемането от страна на комисията на представена обосновка, са основания да се вземе решение с предложение за отстраняване на съответния участник.

### **Описание на случая**

Последният въпрос, който беше обсъден при процедурата по предварително съгласуване е свързан с изискването за изпращане на информация за всеки изпълнен договор за обществена поръчка.

Във връзка с това задължение се поставя въпроса дали то се отнася и до договори за обществени поръчки, изпълнени след 01.01.2009 г., но сключени след проведени процедури по ЗОП или НВМОП от предходни години?

### **Становище на експертите**

С измененията в ППЗОП /чл. 5, ал.1, т. 10 и чл. 7, т. 3/ и НВМОП /чл. 34, ал.1/, в сила от 01.01.2009 г., за възложителите е предвидено задължение да изпращат за вписване в Регистъра на обществените поръчки информация по образец за всеки договор за обществена поръчка, сключен след процедура по ЗОП или НВМОП, чието изпълнение е приключило.

Нито в цитираните разпоредби, нито в преходна разпоредба е предвидено, че това задължение се отнася само до договори за обществени поръчки, сключени в резултат от проведени процедури по ЗОП или НВМОП, открити след 01.01.2009 г. По тази причина, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около становището, че задължението за изпращане на информация за изпълнен договор е приложимо спрямо всеки договор за обществена поръчка, чието изпълнение е приключило след 01.01.2009 г., без значение кога /преди или след 01.01.2009 г./ е открита процедурата по ЗОП или НВМОП, в резултат от която е сключен съответния договор.

Моментът, от който възниква задължението за изпращане на този вид информация е “приключване изпълнението на договора”. Той настъпва когато и двете страни по договора са престигнали дължимото от тях - изпълнителят е доставил стоката, предоставил е услугата или е изпълнил строителството, а възложителят е платил всичко дължимо от него.

### **Заклучение**

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

1. Да се направи корекция в указанието на АОП относно стойностните прагове по Регламент 1177/2009 за доставки и услуги, възлагани от възложители по чл. 7, т.1 от ЗОП, които нямат качеството на “централни правителствени органи”, като се вземе предвид становището по първия обсъждан въпрос.

2. Изразените в настоящия протокол общи експертни позиции да бъдат разпространени до 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.