

## ПРОТОКОЛ № 2

Днес, 04.10.2005 г. в сградата на Сметната палата на основание чл. 5 от Споразумението за сътрудничество и взаимодействие между Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки и Агенцията за държавен вътрешен финансов контрол /АДВФК/ в областта на контрола върху обществените поръчки се проведе процедура по предварително съгласуване.

Процедурата е иницирана от председателя на Сметната палата. Тя има за цел да бъде формирано и изразено общо становище по въпрос, поставен от кмета на Община Б в писмо изх. № 00000/25.08.2005 г., както и да бъдат обсъдени въпроси от общ интерес, свързани с прилагането на нормативните актове в областта на обществените поръчки.

В предварителното съгласуване участваха:

**От страна на Сметната палата:**

**От страна на Агенцията по обществени поръчки:**

**От страна на АДВФК:**

I. По време на срещата беше разгледано и обсъдено писмо изх. № 000-00/25.08.2005 г. от кмета на Община Б., адресирано до трите институции, в което се поставя въпрос относно приложимостта на процедурите за възлагане на обществени поръчки при довършване строителството на път Б.-М.-Д.Ц., започнало въз основа на договор, сключен през 19..... г.

### **Описание на случая**

През 19..... г. кметът на Община Б. е сключил 3-годишен договор с „Х” ООД за изграждане на път Б.-М.-Д. Ц. – 18 км. на два етапа. Договорът е сключен по правилата на действащото към този момент законодателство, което не е изисквало провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка.

С анекс от 19... г. срокът на договора е продължен до окончателното завършване на обекта, което ще се осъществява чрез изпълнение на годишни задачи с осигурено финансиране. Ежегодно, чрез Министерството на ...../, на Община Б. са отпускани целеви средства за изграждането на път Б.-М.-Д. Ц. Те са усвоявани въз основа на анекси, като на „Х” ООД, без провеждане на процедура за обществена поръчка, е възлагано изпълнението на дейности до размера на отпуснатите целеви средства за съответната година.

При извършени одити от органите на Сметната палата и АДВФК е изразено мнение, че действията на кмета на Община Б. противоречат на нормативните актове в областта на обществените поръчки. Препоръчано е по-нататъшното изпълнение на строителството на пътя Б.-М.-Д. Ц. да продължи при спазване на съответните процедури за възлагане на обществени поръчки, според размера на отпуснатите средства за изпълнение на годишните задачи.

В писмото си кметът на Община Б. възразява срещу становището на контролните органи. Той счита, че не съществува правна възможност за прекратяване на взаимоотношенията с първоначалния изпълнител на строителството - „Х.” ООД. Между страните има сключен договор, който подлежи на изпълнение, по начина, по който е сключен, независимо от влезлите в сила

нормативни актове в областта на обществените поръчки. Възложителят аргументира позицията си с обстоятелството, че първоначалният договор е подписан преди влизането в сила на Закона за възлагане на държавни и общински поръчки /отм./ и Закона за обществените поръчки и не следва да се подчинява на техните правила. Като мотив за продължаване на договорните взаимоотношения с „Х.“ ООД, кметът на Община Б. сочи обстоятелството, че изборът на нов изпълнител на обекта може да погаси отговорността на досегашния изпълнител за качеството на вложените материали и извършената работа. В писмото се изтъква опасността за възложителя да възникне задължение за заплащане на неустойки и обезщетения при изпълнение на препоръката на контролните органи от АДВФК за прекратяване на договорните отношения с „Х.“ ООД.

### **Становище на експертите**

След изясняване на фактичката обстановка и след запознаване с аргументите на кмета на Община Б., изложени в писмо изх. № 0002-59/25.08.2005 г., експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около следното общо становище по случая:

При сключването през 19..... г. на договора за изпълнение на строителство на път Б.-М.-Д. Ц. – 18 км. на два етапа между Община Б. и „Х.“ ООД за възложителя не е съществувало задължение за спазване на специални процедури за избор на изпълнител. През 1997 г. влиза в сила ЗВДОБП /отм./, а през 19.... г. – ЗОП /отм./. Те изискват от възложителите /вкл. от кметовете на общини/ да спазват принципите за осигуряване на конкуренция и равнопоставеност при избора на изпълнители по договорите за строителство.

ЗВДОБП /отм./ и ЗОП /отм./ съдържат преходни разпоредби, според които за договорите, подписани преди влизането в сила на тези закони, се прилагат действащите към момента на сключването им правила.

От съдържанието на основния договор за строителство на пътя Б.-М.-Д. Ц. /вкл. анекса от 19.. г./ и от допълнителните споразумения за възлагане на годишните задачи може да бъде направен извод, че към настоящия момент договорът от 19.. г. не е действащ, тъй като съдържанието му не позволява на страните да изпълняват задълженията си без да се налага подписване на анекси.

Сключваните ежегодно допълнителни споразумения за изпълнение на годишните задачи /в рамките на отпуснатите целеви бюджетни средства/, по същността си са самостоятелни договори, а не анекси към договора от 19..... г. В тях се съдържат клаузи, уреждащи всички съществени елементи на договор за възлагане на строителство - предмет, цена, срок.

Тъй като всяко допълнително споразумение в конкретния случай е отделен договор, то може и трябва да бъде сключвано при спазване правилата за възлагане на обществени поръчки.

Продължаването на досегашната практика в Община Б. за ежегодно сключване на анекси във връзка с обект „Изграждане на път Б.-М.-Д. Ц.“ противоречи на действащата към момента правна уредба в областта на обществените поръчки и води до състояние, при което за неопределен срок изпълнението на строителните работи се извършва в нарушение на основните принципи на ЗОП.

По тази причина, възложителят е длъжен да съобрази поведението си с нормативните изисквания в областта на обществените поръчки. Те предвиждат спазване на поредица от формални правила, предшестващи сключването на договорите за строителство.

Възложителят следва да отчита обстоятелството, че след сключването на договора от 19... г. влизат в сила нормативни актове в различни области /вкл. в областта на строителството/, които оказват влияние върху него и с които страните трябва да се съобразяват. Нормативните актове в областта на обществените поръчки създават задължения за възложителя, които той трябва да изпълни. Всяко друго поведение представлява форма на заобикаляне на закона. По тази причина възложителят следва да намери правна форма за привеждането на действията си в съответствие със закона и с изискванията, които се поставят от Министерство..... относно усвояването на целевите средства по години.

Изтъкнатият от кмета на Община Б. довод, че възлагането на дейности на нов изпълнител върху същия обект ще доведе до отпадане на отговорността на досегашния изпълнител за качеството на вложените материали и на извършената работа е неоснователен. Всеки изпълнител носи отговорност за качеството на изпълнената от него работа и за качеството на вложените от него материали. Възлагането на годишна задача за обект път Б.-М.-Д. Ц. на нов изпълнител няма да отмени възможността за ангажиране на отговорността на „Х.“ ООД за изпълнената до момента работа.

II. По инициатива на представителите на Агенцията по обществени поръчки по време на срещата беше обсъдено и запитване от председателя на „XXX.“ /писмо изх. № 1111129.07.2005 г./, отправено до Сметната палата и АОП.

### **Описание на случая**

В писмото се поставя въпрос за приложимостта на процедурите за възлагане на обществени поръчки при избор на изпълнител на обществена поръчка за доставка на електроенергия.

Видно от материалите по преписката, председателят на „XXX.“ е положил всички усилия за организиране и провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на електроенергия. Единственият потенциален изпълнител е отказал да представи оферта и да изпълни необходимите действия в хода на процедурите, като се е позовал на разпоредбата на чл. 12, ал.1, т. 4 от ЗОП.

При невъзможността за стриктно изпълнение на законите изисквания, възложителят е заявил намерението си да сключи договор с единствения изпълнител, който отказва да участва в провежданите от него процедури.

Описаният в писмото на председателя на „XXX.“ случай поставя принципния въпрос дали към настоящия момент е обосновано да се изисква от възложителите да провеждат процедури за възлагане на обществени поръчки за доставка на електроенергия.

### **Становище на експертите**

След запознаване с конкретния случай и с разпоредбите на ЗОП, които имат отношение към него, експертите от трите институции се обединиха около следното становище:

Доставката на електроенергия е обект на обществена поръчка от категорията „доставка на стоки”. Това по принцип изисква да се спазват предвидените в ЗОП и НВМОП процедури при избора на изпълнител. Доставката на електроенергия не попада сред изключенията в приложното поле на ЗОП, поради което спрямо нея трябва да важат общите правила за възлагане на обществени поръчки.

Чл. 12, ал.1, т. 4 от ЗОП допуска да не се провеждат предвидените от закона процедури при сключването на договори за доставка на енергия. Допълнителното условие, което законът поставя, е тези договори да са сключени от възложители, извършващи дейност по чл. 7, ал. 1, т. 5, букви „а” и „б” от ЗОП. В тази група възложители попадат и електроразпределителните дружества, които осъществяват доставки на електроенергия.

Разпоредбата на чл. 12, ал.1, т. 4 от ЗОП неправилно се тълкува от електроразпределителните дружества като основание за отказа им да участват като кандидати в процедури за възлагане на обществени поръчки, организирани от други възложители. Въведеното в чл.12, ал.1, т. 4 от ЗОП изключение не се отнася до всички договори за доставка на енергия, сключвани от субектите по чл. 7, ал.1, т. 5, б. „а” и „б” от ЗОП, а само до тези, при които те имат качеството на възложител, а не на изпълнител.

Електроразпределителните дружества осъществяват дейността си въз основа на лицензионен режим, съгласно Закона за енергетиката. Това обстоятелство ограничава кръга на потенциални изпълнители на обществени поръчки за доставка на електроенергия и е основание, възложителите да се възползват от процедурата на договаряне без обявление в хипотезата на чл. 90, ал. 1, т. 3 от ЗОП, респ. от процедурата „договаряне с покана” в хипотезата на чл. 53, ал.1, т. 6 от НВМОП.

От друга страна, към настоящия момент следва да се отчита факта, че доставката на електроенергия се осъществява от лица, които притежават лиценз за извършване на тази дейност на определена територия. Те предоставят електроенергия въз основа на договори при общи условия и спазват пределно допустими цени, одобрени от регулаторния орган в този сектор – Държавната комисия за енергийно и водно регулиране.

Тези обстоятелства ограничават възможността за прилагане принципите на ЗОП при избора на доставчик на електроенергия. Рамките, в които може да се осъществява договарянето, са ограничени по силата на специалния нормативен акт – Закона за енергетиката. Предвид липсата на конкуренция между доставчиците на електроенергия за дадена територия, не съществуват механизми, чрез които единственият изпълнител да бъде стимулиран да участва в процедури за възлагане на обществени поръчки. Това изправя възложителите пред невъзможност да спазят правилата на закона при доставката на електроенергия - стока, без която те не могат да осъществяват дейността си.

Основните причини, посочвани от доставчиците на електроенергия, които водят до отказа им за участие в процедурите на договаряне без обявление са:

- необходимостта от спазване на общите условия, съгласно чл. 98, ал. 1 от Закона за енергетиката, които често не се вземат предвид от възложителите;

- задължението за представяне на гаранции за участие и изпълнение, което води до блокиране на значителни по размер суми на доставчиците на електроенергия.

За преодоляването на тези две пречки, изпълнителният директор на Агенцията по обществени поръчки е дал методически указания към възложителите, които са публикувани на страницата на агенцията в Интернет. Те предвиждат задължение за възложителите при изготвяне на документацията за участие да ползват общите условия на договорите за доставка на електроенергия, както и указание за определяне на гаранциите в минимален размер с цел стимулиране участието на лицензираните доставчици на електроенергия.

При сключването на договор за доставка на електроенергия с единствения лицензиран доставчик за съответната територия, възложителите следва да спазват правилата за възлагане на обществени поръчки /вкл. в хипотезата на чл. 90, ал.1, т. 3 от ЗОП или чл. 53, ал.1, т. 6 от НВМОП/. При провеждането на процедурите те трябва да се придържат към дадените от изпълнителния директор на АОП указания. Ако въпреки положените за провеждане на процедура, единственият потенциален кандидат откаже да участва в нея, възложителят може да пристъпи директно към сключване на договор за доставка на електроенергия. Това негово поведение няма да породи основание за ангажиране на административнонаказателна отговорност.

III. По време на срещата по инициатива на представителите на Сметната палата между експертите беше обсъден и въпрос, свързан с публикуването на предварително обявление по чл. 23 от ЗОП от ЗОП след законоустановения срок – 1 март на съответната година.

### **Описание на случая**

Чл. 23 от ЗОП изисква от възложителите по чл. 7, ал.1, т. 1-4 от ЗОП да подготвят и публикуват в срок до 1 март на съответната година предварително обявление за обществените поръчки, които възнамеряват да възложат до края на същата година.

Тази разпоредба на ЗОП изисква от възложителите да положат усилия за планиране на потребностите им и за своевременно оповестяване на намеренията им, без да са обвързани със задължение за провеждане на всички планирани за годината обществени поръчки.

При наличие на описаните в чл. 23 от ЗОП предпоставки, публикуването на предварително обявление освен задължение за възложителите по чл. 7, ал.1, т. 1-4 от ЗОП е и предимство за тях. При наличие на публикувано предварително обявление могат да бъдат използвани съкратени срокове за предварително оповестяване на конкретната процедура.

В практиката съществуват хипотези, при които в хода на годината, но след 1 март, възниква необходимост от провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, за която са изпълнени условията, изискващи задължително публикуване на предварително обявление. По отношение на тях няма изрична регламентация в ЗОП. Това поставя въпроса необходимо ли е /респ. счита ли се за действие в нарушение на закона/ да се публикува предварително обявление за

обществени поръчки, необходимостта от които възниква след 1 март на съответната година.

#### **Становище на експертите**

След преглед на разпоредбите на ЗОП, имащи отношение към публикуването на предварително обявление, експертите се обединиха около следното становище:

Чл. 23 от ЗОП поставя няколко условия, при наличието на които за възложителите по чл. 7, ал.1, т. 1-4 от ЗОП възниква задължение за подготвяне и публикуване на предварително обявление. Едно от тези изисквания е съответната обществена поръчка да е била планирана за провеждане през годината и това обстоятелство да е известно на възложителя преди 1 март.

При обществени поръчки с прогнозна стойност над посочената в чл. 23, ал.1, т. 1-2 от ЗОП, които не са били планирани и необходимостта от провеждането им е възникнала инцидентно и непредвидено след 1 март изпълнението на задължението за публикуване на предварително обявление би довело до две възможни ситуации:

- публикуване на предварително обявление с цел формално изпълнение на задължението по чл. 23 от ЗОП, изтичане на 52 календарни дни, публикуване на обявление за възлагане на конкретната обществена поръчка и прилагане на съкратените срокове;
- едновременно публикуване на предварително обявление и на обявление за възлагане на конкретната обществена поръчка с цел изпълнение на задължението по чл. 23 от ЗОП и прилагане на общия /а не на съкратен/ срок.

Доколкото чл. 23 от ЗОП поставя срок за публикуване на предварителното обявление /1 март на съответната година/, експертите се обединиха около становището, че законосъобразно би било поведение на възложителите по чл. 7, ал.1, т. 1-4 от ЗОП, при което те публикуват след 1 март предварителни обявления по чл. 23 от ЗОП само за непланирани обществени поръчки, при които желаят да се възползват от възможността за прилагане на по-кратките срокове за предварително оповестяване на конкретната процедура. Във всички останали случаи, публикуването на предварително обявление след 1 март на съответната година е ненужно.

#### **Заключение**

Настоящият протокол се състави в три еднообразни екземпляра, по един за Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки и АДВФК.