

## ПРОТОКОЛ № 1

Днес, 07.06.2005 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 иницирана от изпълнителния директор на АОП на основание чл. 3, ал.1 от споразумението с писмо изх. № XXXX/01.06.2005 г., изпратено до председателя на Сметната палата и до директора на АДВФК.

В предварителното съгласуване участваха:

**От страна на Сметната палата:**

**От страна на АДВФК:**

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

По време на процедурата по предварително съгласуване бяха разгледани въпросите, поставени от изпълнителният директор на АОП в писмо изх. № XXXXXXXX/01.06.2005 г., някои от които свързани с конкретни запитвания, отправени до АОП от възложители на обществени поръчки.

I. Писмо изх. № XXXXXXXX/12.05.2005 г. от директора на Областно пътно управление – гр.Х.

### **Описание на случая**

В писмото от директора на ОПУ – гр.Х. се поставя въпрос за критериите, които могат да използват възложителите на обществени поръчки при обособяване на самостоятелен предмет на обществена поръчка за ремонт на пътища с цел да не се нарушава забраната на чл. 15, ал. 6 от ЗОП.

Описан е конкретен случай, свързан с планирани ремонти на републиканската пътна мрежа на територията на област Х., финансирани със средства от “У” ЕАД в общ размер на Х млн. лв. Директорът на ОПУ – гр. Х прилага към писмото си списък на участъците от различни републикански пътища в област В., които подлежат на ремонт. Прогнозната стойност на всеки участък, определена от възложителя е до 120 000 лв. /с ДДС/. В писмото се излагат аргументи в подкрепа на възможността ремонтът на всеки от описаните участъци да се възложи по правилата на чл. 2, ал.3, т. 1 от Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/ след изискване на най-малко три ценови оферти. Мотивите на възложителя са свързани със стойността на всеки от ремонтите, както и с възможността да се осигури разрешение за ползване като самостоятелен обект на всеки от пътните участъци. По негово мнение ремонтът на всеки участък може

да бъде смятан за отделен обект на обществена поръчка за строителство и няма да е налице нарушаване на забраната по чл. 15, ал. 6 от ЗОП.

### Становище на експертите

След като се запознах с изложените в писмото на директора на ОПУ – гр. Х. факти и аргументи, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Видно от списъка на участъците от републиканската пътна мрежа на територията на област В., които ще бъдат ремонтирани със средства, отпуснати от “У” ЕАД, става дума за отделни отсечки на няколко републикански пътища. Някои от описаните в списъка отсечки по протежението на един и същи път са отдалечени една от друга на незначително разстояние /напр. по п. 5, п. 8, п. 9 от списъка/. Директорът на ОПУ – гр. Х. неоснователно счита, че ремонтът на всеки участък е самостоятелен етап от строителството, който поради това, че може да бъде приет от приемателна комисия, може да бъде и самостоятелен обект на обществена поръчка.

Съгласно § 5, т. 45 от Допълнителните разпоредби на Закона за устройство на територията /ЗУТ/ “етап” е част от един строеж, която има самостоятелно функционално предназначение, за която може да бъде издадено отделно разрешение за строеж и разрешение за ползване.

Съгласно чл. 137, т. 1, б. “а” и т. 2, б. “а” от ЗУТ **републиканските пътища от II и III клас** /каквито са описани в писмото/ **са строежи** от първа и втора категория. Чл. 177, ал.2 от ЗУТ предвижда за тези две категории строежи да се въвеждат в експлоатация след получаване по надлежен ред на разрешение за ползване, издадено от началника на Дирекцията за национален строителен контрол /ДНСК/ или от упълномощено от него длъжностно лице.

Директорът на ОПУ – гр. Х. твърди, че завършването на всеки участък ще бъде прието от комисия. Описаният в писмото състав на приемателната комисия обаче, не съответства на изискуемия състав на Държавна приемателна комисия по Наредба № 2/2003 г. за въвеждане в експлоатация на строежите в Република България и минимални гаранционни срокове за изпълнени строителни и монтажни работи, съоръжения и строителни обекти. В писмото не е посочено, че приемателната комисия, която ще се формира, ще съставя отделен протокол обр. 16 за всеки от ремонтираните участъци /каквито са правомощията на Държавната приемателна комисия/, нито, че ще бъде получено самостоятелно разрешение за ползване от ДНСК.

При изразяване на становището си експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване отчитат и факта, че в конкретния случай, финансирането на ремонтните дейности по републиканските пътища на територията на област В. е предоставено изцяло, а не на части. Това обстоятелство позволява на възложителя да предприеме действия за организиране и провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка за избор на изпълнител, съобразно пълната стойност на финансирането. Възложителят има право да обособи позиции в предмета на обществената поръчка и да даде възможност на потенциалните кандидати да подават оферти за всички или за някои

от тях. Обособяването на позициите в конкретния случай би могло да се извърши по пътища, а не по отсечки, подлежащи на ремонт в рамките на един и същи път.

Предлаганият от директора на ОПУ – гр. Х. подход за обособяване на всяка отсечка, подлежаща на ремонт като обект на самостоятелна обществена поръчка не може да бъде възприет като законосъобразен с оглед на забраната за разделяне на една обществена поръчка на части с цел да бъде заобиколено прилагането на закона. Законодателят е забранил действия на възложителите, които сочат, че те умишлено се стремят да избегнат провеждането на процедура за възлагане на обществена поръчка или целят да приложат по-облекчен режим, който не изисква спазване на формалните правила на ЗОП или на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/. За нарушаването на тази забрана в чл. 128 от ЗОП е предвиден специален състав на административно нарушение.

В конкретния случай, подходът, който желае да използва възложителя сочи, че е налице стремеж да се избегне прилагането на процедура за възлагане на обществена поръчка по ЗОП като предметът на обществената поръчка се раздели на толкова на брой обособени части /участъци от републикански пътища/, колкото е необходимо с цел стойността на всяка от тях да позволява избор на изпълнител чрез изискване на три ценови оферти по НВМОП.

II. Писмо изх. № ССССС/15.04.2005 г. от кмета на С. община

### **Описание на случая**

В писмо изх. № ССССС/15.04.2005 г. кметът на Х. община сигнализира изпълнителният директор на АОП за проект на Наредба на Х.общински съвет за реда за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, предложен с доклад от общинския съветник П. И. /вх. № ДДДДД/06.04.2005 г./.

В проекта на наредба се предвижда дейностите по организиране и провеждане на процедурите за възлагане на обществени поръчки в С. община да се извършват от Общинския съвет и от специално създадена постоянна комисия към него. За кмета на общината е предвидено да подготвя предварителните обявления по чл. 23 от ЗОП, да изпраща подлежащата на вписване в Регистъра на обществените поръчки информация и да сключва договорите за обществени поръчки въз основа на решенията на постоянната комисия.

Кметът на общината счита, че приемането на подобна наредба противоречи както на нормативните актове, уреждащи въпросите на местното самоуправление, така и специалните нормативни актове в областта на обществените поръчки. Според него, обстоятелството, че по новия ЗОП като възложител на обществени поръчки е посочена общината, а не кметът, не означава, че действията по организиране и провеждане на процедурите трябва да се осъществяват от общинския съвет.

### **Становище на експертите**

След преглед на материалите, приложени към писмото на кмета на Х. община и на нормативните актове, свързани както с дейността на общинските съвети и кметовете на общини, така и с възлагането на обществени поръчки, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Новият ЗОП посочва като възложител на обществени поръчки “общината”, тъй като тя има юридическа правосубектност и е юридическо лице. Съгласно чл. 18, ал.1 от Закона за местното самоуправление и местната администрация /ЗМСМА/ Общинският съвет е орган на местното самоуправление. Кметът на общината е орган на изпълнителната власт /чл. 38, ал.1 от ЗМСМА/.

Сред правомощията на общинския съвет, регламентирани в ЗМСМА, не са изрично предвидени функции, свързани с възлагането на обществени поръчки. Съгласно чл. 44, ал.1 от ЗМСМА кметът на общината ръководи цялата изпълнителна дейност на общината, организира изпълнението на общинския бюджет и изпълнението на задачите, които произтичат от законите, актовете на Министерския съвет и на президента на републиката.

Възлагането на обществени поръчки е дейност, свързана с разходването на средства на възложителя. Обществените поръчки в общините се финансират със средства от общинския бюджет, разпоредител с който е кметът на общината.

Чл. 8, ал.1 от ЗОП, като отчита обстоятелството, че възложителите на обществени поръчки са юридически лица, които не могат да формират и изразяват собствена воля, предвижда дейностите по организиране и провеждане на обществени поръчки да се извършват от конкретни физически лица – ръководители на възложителите или други упълномощени от тях длъжностни лица.

Съгласно чл. 44, ал.1, т. 15 от ЗМСМА, кметът на общината я представлява пред физически и юридически лица и пред съда. По силата на тази разпоредба, на кмета на общината е предоставена представителна власт, която му дава право да поема права и задължения от името и за сметка на общината, вкл. чрез извършване на действия по възлагане на обществени поръчки. В този смисъл той може да се счита за “ръководител” по чл. 8, ал.1 от ЗОП, който може да организира и провежда процедури за възлагане на обществени поръчки, без да се нуждае от изрично упълномощаване за това.

Предвид гореизложеното, предложението за прехвърляне на възлагането на обществени поръчки /оперативна по характер дейност/ от кмета на общината към Общинския съвет – орган, който осъществява дейността си на сесии, не съответства на действащите към момента нормативни актове в областта на местното самоуправление и възлагането на обществени поръчки.

Позоваването на чл. 21, т. 8 от ЗМСМА при мотивиране на възможността общинският съвет да провежда процедури за възлагане на обществени поръчки, а кметът да сключва само договорите за тях е неоснователно. Тази разпоредба се отнася само до правомощията на общинския съвет във връзка с придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество. Възлагането на обществени поръчки не попада в обхвата на чл. 21, т. 8 от ЗМСМА. Изтъкнатият от общинския съветник довод, че въз основа на чл. 21, т. 8 от ЗМСМА общинският съвет може да определя конкретните правомощия на кмета на общината, вкл. в областта на обществените поръчки, е неверен. Чл. 21, т. 8 от ЗМСМА се отнася само и

единствено до придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, но не и до процеса по възлагане на обществени поръчки.

От друга страна, не съществува пречка, общинският съвет да приема програма за обществените поръчки, които следва да се възложат през съответната година /или по-дълъг период от време/. Изпълнението на подобна програма, обаче би следвало да се осъществява от кмета на общината, а не от общинския съвет.

III. Граници на забраната по чл. 43, ал.1 от ЗОП за изменение и допълване на договорите за обществени поръчки

### **Описание на случая**

Чл. 43, ал. 1 от ЗОП въвежда абсолютна забрана за изменение и допълване на сключените договори за обществени поръчки. По силата на чл. 33, ал. 1 от НВМОП такава забрана е предвидена и по отношение на договорите за малки обществени поръчки.

Експертите от АОП, участващи в процедурата по предварително съгласуване споделиха, че в агенцията постъпват множество запитвания от възложители относно действието на забраната по чл. 43, ал.1 от ЗОП при договори за обществени поръчки, чиито предмет включва доставка на стоки с често променящи се цени /напр. лекарства, горива/ или предоставянето на услуги, обвързани с размера на минималната работна заплата за страната.

Към настоящия момент в практиката на АОП са констатирани и множество запитвания относно възможността за изменение и допълване на договори за обществени поръчки, сключени въз основа на процедури, проведени по реда на ЗОП /отм./ или на НВОППОЗОП /отм./.

### **Становище на експертите**

След обсъждане на поставения въпрос, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около следното становище:

ЗОП и НВМОП не дават възможност изпълнителният директор на АОП или друг орган да разрешава на възложителите на обществени поръчки да нарушават забраната по чл. 43, ал. 1 от закона в конкретни случаи. В този смисъл, разпоредбата на чл. 43, ал.1 от ЗОП следва стриктно да бъде прилагана от възложителите.

Съществуването на категоричната забрана за изменение и допълване на договорите за обществени поръчки би следвало да мотивира възложителите за промяна в подхода им при залагане на параметрите относно цената още при откриване на процедурата. В случаите, когато предмет на обществената поръчка е стока или услуга с бързо променяща се цена, нормативните актове в областта на обществените поръчки не забраняват от кандидатите да се изисква ценова оферта върху предварително зададена от възложителя база.

Например, при цените на горивата, като база на ценовата оферта възложителят може да постави официално оповестявана цена. По този начин, от

кандидатите ще се очаква да оферираат определен процент отстъпка или надценка върху базата и това ще бъде условие на самата процедура, което предварително е известно на всички кандидати. Възприемането на този подход за посочване не на определена, а на определяема цена, ще позволи договорът да бъде изпълняван и при промени в базата, на която се изчислява цената, без да се налага да се сключват допълнителни споразумения и по този начин да се нарушава забраната на чл. 43, ал.1 от ЗОП.

По сходен начин биха могли да се организират и процедурите, свързани с доставка на лекарства с определяни от Министерския съвет пределно допустими цени.

Що се отнася до промените в размера на минималната работна заплата и отражението на този факт върху изпълнението на договорите за обществени поръчки, експертите се обединиха около становището, че заплатите, които изпълнителят заплаща на работниците и служителите си са калкулирани в общата предложена от него цена в дадена процедура. Корекциите на минималната работна заплата биха могли да се отразят на разходите на изпълнителя по изпълнение на обществената поръчка. Възложителят обаче не е длъжен, а предвид забраната на чл. 43, ал.1 от ЗОП няма и право да приема предложенията на изпълнителя за изменение на договора за обществена поръчка. В случай, че изпълнителят счита за неизгодно да продължи изпълнението на договора, той би могъл да поиска неговото прекратяване, като поеме и съответната отговорност за това.

Предвид гореизложеното, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, изразяват становище, че забраната за изменение на договорите за обществени поръчки е абсолютна, като се отнася в най-голяма степен до параметрите, които са били оферирани в процедурата и подложени на оценяване от комисията. Прилагането на забраната дава възможност за спазване на принципите за осигуряване на честна конкуренция и равни възможности за кандидатите. Чрез нея кандидатът, определен за изпълнител, няма възможност да изпълни договора при по-изгодни условия от тези, които са били известни на всички други участници в процедурата.

Единственото изключение от действието на забраната за изменение на сключените договори, което би могло да бъде възприето /след преценка на всеки конкретен случай/ е проявлението на обстоятелства, които биха се отразили на възможността за стриктно изпълнение на обществената поръчка не само на определения за изпълнител кандидат, но и за всеки друг, участвал в процедурата /напр. природни бедствия и др./.

При обсъждане на приложимостта на забраната по чл. 43, ал. 1 от ЗОП по отношение на договори за обществени поръчки, сключени въз основа на процедури, проведени по стария ред, експертите се обединиха около становището, че тази забрана няма обратно действие. Договорите за обществени поръчки, сключени при действието на стария режим, обаче, не биха могли да бъдат изменени и допълвани поради липсата на основание за това. Чл. 19 от ЗОП /отм./, който допускаше подобни действия, по изключение, вече е отменен и не може да бъде валидно правно основание. § 7 ПЗР на новия ЗОП, който предвижда, че процедурите, открити преди 01.10.2004 г. се довършват по стария ред не дава възможност за продължаване действието на чл. 19 от ЗОП /отм./ § 7 от ПЗР на ЗОП

се отнася само до реда, по който се довършват започналите процедури. В понятието “процедура” се обхващат само действията на възложителя, насочени към сключването на договор, но не самия договор и неговото изпълнение.

### **Заключение**

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

1. В случай, че намери за необходимо и правилно, изпълнителният директор на АОП може да изготви методически указания относно прилагането на забраната по чл. 43, ал.1 от ЗОП, в които би могъл да вземе предвид изразеното по-горе експертно становище.

### **IV. Други въпроси**

По време на процедурата по предварително съгласуване, представителите на АОП поставиха и допълнителни въпроси, които бяха обсъдени от експертите.

### **Описание на случая**

Експертите от АОП пожелаха да бъде обсъден текста на § 1, т. 11 от ДР на ЗОП, който съдържа легална дефиниция на понятието “обособена позиция”. Беше споделена досегашната практика това понятие, което е известно и от ЗОП /отм./, да се тълкува в смисъл, че щом дадена част от предмета на обществената поръчка може да бъде зададена като обособена позиция, то за нея би могло да се проведе и отделна процедура, според стойността само на обособената позиция.

Опасенията, които споделиха представителите на АОП, са свързани с обстоятелството, че Класификаторът на обществените поръчки предвижда много подробно описание на обекта на обществените поръчки и дава основание на възложителите да смятат, че всяка дейност, описана на самостоятелен ред в класификатора, може да бъде възлагана отделно. Предвид значително завишените прагове и облекчения режим по НВМОП, подобна практика, ако бъде насърчена и обоснована чрез понятието за обособена позиция, би могла да доведе до хипотеза, при която в преобладаващия брой случаи не се прилагат процедури за възлагане на обществени поръчки.

### **Становище на експертите**

Експертите от трите институции, участващи в процедурата, се обединиха около становището, че тълкуването на определени разпоредби на нормативните актове в областта на обществените поръчки не бива да позволява заобикаляне на закона.

Що се отнася до обособените позиции, би могло да се направи двойко тълкуване на съдържанието на § 1, т. 11 от ДР на ЗОП. От една страна, определението за обособена позиция би могло да се разбира в смисъл, че всяка част от предмета на една обществена поръчка, която може да бъде предмет и на

самостоятелна процедура, може да се възлага и самостоятелно. Възприемането на подобно тълкуване, обаче би довело реално до невъзможност да бъдат мотивирани възложителите да окрупняват обществените поръчки и да провеждат предвидените формални процедури за тях.

Предвид съществуването на подробен Класификатор на обществените поръчки, който се отнася до обектите на обществените поръчки, експертите считат, че е възможно и друго тълкуване на понятието “обособена позиция”, в което се обръща внимание на обстоятелството, че обособената позиция е част от **една** обществена поръчка, която е неразделно свързана с другите части на същата обществена поръчка. Това обстоятелство изисква възлагането да става чрез провеждане на една процедура с обособени позиции.

### **Описание на случая**

Представителите на АОП поставиха за разглеждане и въпроса за допустимите от закона способности /от гледна точка на обществените поръчки/ за усвояване на отпуснати в края на годината средства за възложители на обществени поръчки.

### **Становище на експертите**

Експертите обсъдиха съществуващата дългогодишна практика за отпускане на средства в края на съответната календарна /и бюджетна/ година, която създава трудности за възложителите при усвояване на средствата чрез обществени поръчки.

След дискусии, експертите се обединиха около становището, че трябва да се подхожда по различен начин спрямо две основни хипотези на отпускане на средства в края на годината:

- предоставяне на пълния размер на утвърдения бюджет за съответния възложител;
- извънредно предоставяне на средства, които не са били предварително планирани /напр. с ПМС за отпускане на допълнителни средства от бюджета/.

Така идентифицираните хипотези предполагат различен подход от страна на възложителите при спазване на изискванията за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки. При първата хипотеза отпускането на средства няма извънреден и непредвиден характер. Възложителите биха могли да предприемат навременни мерки за организиране и провеждане на процедура, като оповестят, че финансирането е под условие.

При втората хипотеза отпускането на средствата не е предварително планирано и има извънреден характер. При подобна хипотеза възложителите биха могли да се възползват от възможностите за провеждане на по-облекчен вид процедура, предвид съкратените срокове за усвояване на средствата.

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