

## ПРОТОКОЛ № 15

Днес, 21.03.2008 г. в Сметната палата, 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 председателя на Сметната палата на основание чл. 3, ал.1 от споразумението с писмо, изпратено до изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки и до директора на Агенцията за държавна финансова инспекция – правопреемник на АДВФК.

В предварителното съгласуване участваха:

**От страна на Сметната палата:**

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

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

По предложение на председателя на Сметната палата на основание чл. 4, ал. 3 от споразумението на срещата беше поканен да присъства представител на Министерство на труда и социалната политика /МТСП/ - XXX.

I. По време на срещата беше обсъден въпрос, поставен до председателя на Сметната палата от председателя на XXXX в писмо изх. № 000/25.02.2008 г. Въпросът се отнася до възможността изменението на минималната работна заплата за страната да бъде основание за изменение на сключени договори за обществени поръчки в хипотезата на чл. 43, ал.2, т. 2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ - промяна на държавно регулирани цени.

### **Описание на случая**

Въз основа на правомощие, вменено по силата на чл. 244, т.1 от Кодекса на труда, Министерският съвет с постановление определя размера на минималната работна заплата /МРЗ/ за страната.

С ПМС № 1/11.01.2008 г. /обн. ДВ, бр. 6/2008 г./, считано от 01.01.2008 г., Министерският съвет е определил нов размер на минималната месечна работна заплата от 220 лв. и минимална часова работна заплата от 1,30 лв. при нормална продължителност на работното време 8 часа и 5-дневна работна седмица.

В процедурите за възлагане на обществени поръчки разходите за труд често са един от компонентите при ценообразуването на офертите. Делът на този компонент в предлаганата цена е значителен при определени обществени поръчки – тези за услуги с предмет „физическа охрана” и „почистване”, както и при строителството.

В хода на процедурите за възлагане на обществени поръчки с посочения предмет участниците указват в офертите си, че предлаганите от тях цени са формирани на база заплащане на труда в размер на минималната работна заплата за страната към конкретен момент.

В писмото на XXXX се твърди, че промяната на МРЗ принуждава изпълнителите по договори за обществени поръчки да правят по-големи разходи за труд от предварително калкулираните и отразени в офертите им. Излагат се аргументи, че тъй като МРЗ се изменя

с акт на Министерския съвет и е задължителна за работодателите, тя би следвало да се приеме за „държавно регулирана цена” на труда и да служи като основание за изменение на договорите за обществени поръчки.

### **Становище на експертите**

Преди да формират становището си по обсъждания въпрос, експертите от трите институции изслушаха участващия в процедурата по предварително съгласуване представител на Министерство на труда и социалната политика /МТСП/ - XXXX. Тя обясни, че МРЗ от гледна точка на трудовото законодателство може да се приеме като държавно регулирана цена на труда, тъй като по същността си е минимален праг на заплащането на работната сила, определян от държавата и задължителен за спазване от всички работодатели.

От гледна точка на работниците/служителите МРЗ е гарантираното им минимално заплащане. Представителят на МТСП уточни, че измененията на МРЗ се планират от правителството, след което се обсъждат с представители на работодателите и синдикатите. В този смисъл предстоящите изменения в размера на МРЗ са известни на работодателите и могат да бъдат съобразени от тях при подаване на оферти.

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

Минималната работна заплата, съгласно Наредбата за договаряне на работната заплата /обн. ДВ, бр. 55/1991 г./ е „най-ниското трудово възнаграждение за отработено време или за извършена работа”. В този смисъл, МРЗ е възприета като минимален стандарт за заплащане на труда, който работодателите са длъжни да спазват.

Изискването работодателите да заплащат на работниците си трудово възнаграждение не по-ниско от МРЗ се въвежда с акт на Министерския съвет, в изпълнение на правомощие, дадено му от Кодекса на труда. Тъй като минималният размер на работната заплата се определя от държавен орган и е обвързващ за работодателите, може да се приеме че МРЗ по същността си е държавно регулирана цена на труда. Държавното регулиране се изразява в определяне на минимален праг.

Чл. 43, ал.2, т.2, предл. 1 от ЗОП посочва, че по изключение договорите за обществени поръчки могат да се променят „при изменение на държавно регулирани цени”. Възприемането на становището, че МРЗ е държавно регулирана цена на труда, дава възможност да се направи извод, че промяната в размера на МРЗ е основание за изменение на договорите за обществени поръчки.

Експертите от трите институции отчитат, че изпълнението на преобладаващата част от обществените поръчки е свързано с полагане на труд. Безусловното възприемане на тезата, че промяната в размера на МРЗ е основание за изменение на договорите за обществени поръчки, би довело до лавинообразното им анексиране и би обезсмислило съществуването на забраната по чл. 43, ал.1 от ЗОП.

В тази връзка, експертите от трите институции се обединиха около становището, че промяната в МРЗ може да е основание за изменение на договорите за обществени поръчки, като отговорността за законосъобразното прилагане на хипотезата по чл. 43, ал. 2, т. 2, предл. 1 от ЗОП остава изцяло за възложителите.

Въпреки наличието на изрична правна регламентация, контролните органи биха могли да приемат, че изменение на сключен договор за обществена поръчка /при промени в МРЗ/ съответства на закона, ако възложителят осигури доказателства, че са изпълнени **едновременно следните допълнителни условия:**

- договорът за обществена поръчка да е сключен преди влизането в сила на съответното ПМС, с което се изменя размера на МРЗ;
- договорът за обществена поръчка да има за предмет дейност, изпълнението на която преобладаващо е свързано с престиране на работна сила /напр. физическа охрана, почистване и др./;
- над 50 % от стойността на договора за обществена поръчка да е формирана от цена за труд;
- в офертата на участника, определен за изпълнител на обществената поръчка изрично да е посочено, че при изпълнението на обществената поръчка ще бъдат ангажирани работници/служители, на които ще се заплаща МРЗ за страната, респ. предложената в офертата цена да е формирана на база МРЗ за страната към момента на подаването ѝ;
- изпълнителят да удостовери пред възложителя /напр. с представяне на копия от трудови договори/, че негови работници/служители, пряко ангажирани с изпълнението на договора за обществена поръчка, имат сключени трудови договори с размер на индивидуалното трудово възнаграждение равен на МРЗ преди изменението ѝ;
- изпълнителят да удостовери пред възложителя /напр. с представяне на копие от ведомост за заплати/, че на негови работници/служители, пряко ангажирани с изпълнението на договора за обществена поръчка, реално е изплащано трудово възнаграждение в размер на МРЗ преди изменението ѝ;
- изпълнителят да удостовери пред възложителя /напр. с копия от допълнителни споразумения/, че в срока на действие на договора за обществена поръчка, на работници/служители, пряко ангажирани с изпълнението на договора за обществена поръчка, е определено ново индивидуално трудово възнаграждение в размер, равен на новия по-висок размер на МРЗ, определен с ПМС;
- изпълнителят да удостовери пред възложителя /напр. с представяне на копие от ведомост за заплати/, че реално е изпращал на работници/служители, пряко ангажирани в изпълнението на договора за обществена поръчка, трудови възнаграждения в размер на новия по-висок размер на МРЗ, определена с ПМС;
- изпълнителят да представи на възложителя доказателства, че е осигурявал работниците/служителите си, пряко ангажирани в изпълнението на договора за обществена поръчка върху трудово възнаграждение, равно на размера на МРЗ /преди и след изменението ѝ с ПМС/.

Едновременното изпълнение на посочените условия може да се приеме като основание за изменение на договор за обществена поръчка в хипотезата на чл. 43, ал.2, т.2, предл. 1 от ЗОП.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около становището, че изменението в цената на договора не може да е произволно, т.е.

изменението в размера на МРЗ не може да се използва за повишаване на цената в неопределен размер.

Възложителят може да приеме предложение за изменение на цената по договор за обществена поръчка поради промяна в МРЗ само до размера на претендираните от изпълнителя и доказани по посочения по-горе начин по-високи разходи, които се **състоят само в:**

- разликата между стария и новия размер на МРЗ, умножена по броя на работниците/служителите, участващи пряко в изпълнение на обществената поръчка и получаващи трудово възнаграждение в размер, равен на МРЗ;
- разликата между стария и новия размер на осигурителните плащания **за сметка на работодателя**, умножен по броя на работниците/служителите, участващи пряко в изпълнение на обществената поръчка и получаващи трудово възнаграждение в размер на МРЗ.

Тъй като разглежданата хипотеза има характер на изключение от общо прието правило, експертите от трите институции се обединиха около мнението, че повишаването на МРЗ **не може да бъде основание за претенции от страна на изпълнителя към възложителя:**

- за увеличаване на трудовите възнаграждения на работници/служители /вкл. заети в изпълнението на договора за обществена поръчка/, които не са равни на МРЗ, а са по-високи;
- за увеличаване на трудовите възнаграждения на работници/служители, които не са ангажирани в изпълнението на конкретния договор за обществена поръчка.

Становището, изразено в настоящия протокол се отнася и до случаите на МРЗ за почасово заплащане.

Предвид обстоятелството, че прилагането на чл. 43, ал.2 от ЗОП се допуска по изключение, експертите от трите институции споделят единодушно мнението, че при позоваване на основанието по чл. 43, ал.2, т.2 от ЗОП, възложителят трябва да изиска от изпълнителя и да съхранява при себе си доказателства за мотивите, с които е приел предложението за изменение на конкретен договор за обществена поръчка.

В хода на обсъжданията, експертите споделиха виждането си, че е необходимо възложителите да получат по-подробни указания /напр. под формата на методическо указание от изпълнителния директор на АОП/ за начина, по който да поставят условията при провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, в които цената на труда е преобладаваща. В тази връзка е обосновано, например, да се изисква както в офертата, така и в сключения договор да се посочва брой на работниците, ангажирани с изпълнение на обществената поръчка, които получават МРЗ. По този начин още при организиране на процедурите ще се предотврати необходимостта от прилагане на изключението по чл. 43, ал.2 от ЗОП след сключването на договора за обществена поръчка.

II. По време на процедурата по предварително съгласуване представителите на АДФИ поставиха въпроса за правилното тълкуване на едно от изключенията от приложното поле на ЗОП - разпоредбата на чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП.

## Описание на случая

Експертите от АДФИ, участващи в процедурата по предварително съгласуване, посочиха, че при осъществяване на контролната си дейност в областта на обществените поръчки са установили случаи, при които възложители по чл. 7, т. 1 от ЗОП не прилагат ЗОП при обществени поръчки за услуги с мотив, че е налице изключението по чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП.

Установено е, че кмет на община /възложител по чл. 7, т.1 от ЗОП/ директно е сключил договор с търговско дружество със 100 % общинско участие за предоставяне на услугата по сметосъбиране и сметоизвозване. Тъй като изпълнителят по договора отговаря на изискванията на §1, т. 21 от ДР на ЗОП, той също е възложител на обществени поръчки в хипотезата на чл. 7, т.3 от ЗОП, като „публичноправна организация”. Позовавайки се на чл. 12, ал.1, т.9 от ЗОП, кметът на общината не е провеждал процедура за възлагане на обществена поръчка.

Поставя се въпросът дали правилното прилагане на изключението по чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП изисква субектът, който ще бъде изпълнител по договора за услуга, да отговаря само на изискването да е възложител по чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП или е необходимо спрямо него да е изпълнено и условието той да предоставя съответната услуга – предмет на договора, въз основа на изключителни права, предоставени му със закон, подзаконов или административен акт.

Правилно ли е изискването за наличие на изключителни права за предоставяне на услугата да важи само при изпълнител, който е обединение на възложители по чл. 7, т. 1 и/или 3 от ЗОП или се отнася и до случаите, когато изпълнител на услугата е само един възложител по чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП.

## Становище на експертите

В чл. 12, ал.1, т. 1-11 от ЗОП са описани поредица от хипотези, при проявлението на които възложителите не са задължени да спазват правилата за възлагане на обществени поръчки.

Тъй като чл. 12 от ЗОП урежда изключения от приложното поле на ЗОП, позоваването на някоя от точките в него изисква стриктно изпълнение на всички заложиени от законодателя условия. Тези условия не могат да бъдат тълкувани и прилагани разширително.

Чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП предвижда възможност да не се прилагат правилата за възлагане на обществени поръчки, когато **едновременно са изпълнени следните условия:**

- възложител по чл. 7, т. 1-6 от ЗОП желае да сключи договор за услуга;
- изпълнител по договора за услуга е субект, който е възложител по смисъла на чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП или е обединение на такива възложители;
- изпълнителят на услугата, който има качеството на възложител по чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП или е обединение на такива възложители, притежава изключителни права по смисъла на § 1, т. 26 от ДР на ЗОП да предоставя конкретната услуга;
- изключителните права във връзка с конкретната услуга са предоставени на изпълнителя по бъдещия договор по силата на закон, подзаконов или административен акт.

Законодателят изрично е уточнил, че актът, с който се предоставят изключителните права за изпълнение на услугата, трябва да е издаден при спазване разпоредбите на Договора за създаване на Европейската общност.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, единодушно се обединиха около становището, че условието за наличие на изключителни права за предоставяне на дадена услуга важи във всички случаи по чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП, а не само когато изпълнител е обединение на възложители по чл. 7, т. 1 и/или 3 от ЗОП.

Що се отнася до конкретния казус, представен от експертите от АДФИ, то изключението по чл. 12, ал.1, т. 9 от ЗОП ще бъде основателно приложено при сключването на договора за сметосъбиране само, ако изпълнителят по него има качеството на възложител по смисъла на чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП и едновременно с това е носител на изключителни права за предоставяне на конкретната услуга, предоставени му по силата на закон, подзаконов или административен акт. В противен случай, директното възлагане на услугата ще бъде извършено в нарушение на ЗОП – непровеждане на процедура при наличие на основания за това.

### **Заключение**

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

1. Изпълнителният директор на АОП, въз основа на изразената в настоящия протокол позиция да издаде методическо указание до възложителите, в което подробно да им посочи конкретните действия, които трябва да предприемат и доказателствата, които трябва да осигурят, когато имат намерение да изменят договор за обществена поръчка поради изменение на размера на МРЗ, както и методическо указание за начина, по който да бъдат организирани занапред процедури за възлагане на обществени поръчки с решаващо влияние на МРЗ, за да не се стига до последваща необходимост от изменение на сключените договори.

2. Отразеното в настоящия протокол взаимно експертно становище, да бъде доведено до знанието на служителите на трите институции с оглед еднаквото прилагане на постигнатото споразумение по прилагането на нормативната уредба в областта на обществените поръчки.

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