

ПРОТОКОЛ № 3

Днес, 11.11.2005 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. № 00000/28.10.2005 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 срещата беше разгледано и обсъдено писмо изх. № 000-0/03.11.2005 г. от управителя на "Х." ЕООД гр. София, адресирано до изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки /АОП/. В него се поставя въпрос относно приложимостта на процедурите за възлагане на обществени поръчки при разходване на предоставените от републиканския бюджет средства за изграждане и рехабилитация на техническата инфраструктура, необходима за реализация на инвестиционния план на "Х." ЕООД.

Описание на случая

Със сертификат № Х/04.11.2004 г. инвестиционният план на "Х." ЕООД е сертифициран от Българската агенция за/ като инвестиция от първи клас по Закона за насърчаване на инвестициите /ЗНИ/ и правилника за неговото прилагане. С Решение № Х/2005 г. на Министерски съвет инвестиционният план на "Х." ЕООД е определен за насърчаване по реда на чл. 20, ал. 1 от ЗНИ. Одобрен е проект на договор за изграждане на елементите на техническата инфраструктура, необходима за реализация на инвестиционния план, като министърът на икономиката е упълномощен да сключи договора от името на Република България.

Съгласно т. 1.1 и т. 2.3 от подписания на 08.07.2005 г. договор между Република България и инвеститора, държавата се ангажира да финансира изграждането на определени елементи на техническата инфраструктура.

Участието на държавата във финансирането е ограничено до У млн.лв. /т. 2.2 от договора/. В случай, че тази сума не е достатъчна за пълно завършване на обектите, съгласно клаузите на договора, разликата ще се поеме от инвеститора. Бюджетните средства ще бъдат вложени от инвеститора само за изграждане и реконструкция на водопроводната и канализационна мрежа и на пътищата. Това са елементите на техническата инфраструктура, които след изграждането им ще останат публична държавна или общинска собственост /т. 2.3 от договора/. Другите елементи на техническата инфраструктура /електропроводи,

комуникационни мрежи, газоснабдяване, улично осветление, озеленяване/ ще бъдат финансирани със собствени средства на инвеститора на стойност Z млн. лв.

С ПМС № X/2005 г. на "X." ЕООД са предоставени средства от републиканския бюджет в размер на X млн. лв. Остатъкът от договорените средства в размер на X млн. лв. ще бъдат предвидени по бюджета за 2006 г.

В договора с инвеститора е предвидено изпълнението на ангажимента за изграждане и рехабилитация на елементите на техническата инфраструктура да се осъществи от инвеститора със собствени сили или чрез външни изпълнители.

Съгласно т. 9.1. от договора, неговото изпълнение се подчинява на българския закон, действащ към момента на сключването му. Влизането в сила на договора е обвързано с две условия - фактическо отпускане на бюджетните средства и произнасяне на Комисията за защита на конкуренцията /КЗК/ относно наличието на държавна помощ във връзка с бюджетното финансиране, предоставено на инвеститора.

Образувано е производство в КЗК по Закона за държавните помощи, във връзка с което комисията се е произнесла с решение № X/04.10.2005 г. Решението на КЗК изисква да бъде подписан анекс към договора от 08.07.2005 г. между Република България и "X." ЕООД. С него трябва да бъде изрично изключена възможността инвеститорът със свои сили да изгражда и реконструира елементите на техническата инфраструктура, за които е предоставено бюджетно финансиране. Като единствена допустима форма за изпълнение е допуснато ангажирането на външни за инвеститора изпълнители. В решението си КЗК изисква в бъдещия анекс изрично да се предвиди, че изборът на външни изпълнители ще бъде извършен при спазване на Закона за обществените поръчки.

В писмото си управителят на "X." ЕООД поставя няколко въпроса, отнасящи се до стъпките, които трябва да се предприемат на практика за изпълнение от страна на инвеститора на задълженията му по прилагане на ЗОП, а именно:

1. Следва ли да се прилагат процедурите за възлагане на обществени поръчки при избора на изпълнители на всички елементи на техническата инфраструктура или правилата на ЗОП са приложими само за онези от тях, които ще бъдат финансирани от държавата съгласно сключения договор?

2. Изграждането и реконструкцията на техническата инфраструктура в една процедура по ЗОП ли трябва да бъде възложено или е допустимо да се проведат няколко процедури с различен предмет ?

3. Допустимо ли е до края на 2005 г. да бъде организирана процедура по договаряне без обявление на основание чл. 90, ал.1, т. 4 от ЗОП за усвояване на отпуснатите бюджетни средства за 2005 г. в размер на Z млн.лв. и предвид обстоятелствата, довели до забавяне организирането на процедура по ЗОП ?

Становище на експертите

След като се запознах с изложените в писмото на "X." ЕООД факти и аргументи и с приложените към преписката материали, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около следното становище:

1. Сключеният договор, с който държавата поема ангажимент да финансира в определен размер изграждането на елементи от техническата инфраструктура, свързана с инвестиционния план на “Х.” ЕООД, превръща дружеството – инвеститор във възложител ad hoc по силата на чл. 14, ал. 3 от ЗОП. Тази разпоредба на ЗОП указва, че в случаите, когато възложители по чл. 7, ал.1, т. 1-4 от ЗОП финансират с повече от 50 % договор за строителство, лицата, които възлагат договора са длъжни да спазват правилата за възлагане на обществени поръчки. В конкретния случай хипотезата на чл. 14, ал.3 от ЗОП е изпълнена. Това поражда задължение за “Х.” ЕООД да извърши избора на външни изпълнители на строителството по правилата на ЗОП.

Съгласно сключения договор, държавата е ограничила участието си във финансирането в две насоки – относно максималния размер на отпуснатите средства /не повече от У млн.лв./ и относно обекта на финансиране /само елементите на техническата инфраструктура, които са публична държавна или общинска собственост/. **При възлагане изпълнението на финансираните от държавата елементи на инфраструктурата инвеститорият задължително трябва да спазва предвидените в българското законодателство процедури за възлагане на обществени поръчки.** Предвид стойността на отпуснатите бюджетни средства, приложими са процедурите по ЗОП. Спазването на формалните правила за избор на изпълнител по ЗОП ще бъдат приложими дори в случай, че бюджетното финансиране се окаже недостатъчно за пълното изграждане или реконструиране на елементите от инфраструктурата, за които българската държава е поела ангажимент /водопроводна мрежа, канализационна мрежа и пътища/.

Прилагането на процедурите по ЗОП не е задължително при възлагане на договорите за изпълнение на елементите от техническата инфраструктура, които ще бъдат изцяло финансирани със средства на инвеститора /електропроекти, комуникационни мрежи, газоснабдяване, улично осветление, озеленяване/. По отношение на тези договори няма да е изпълнено едно от условията на чл. 14, ал.3 от ЗОП, а именно наличие на финансиране от страна на публичен възложител в размер на над 50 %.

2. Съгласно § 5, т. 31 от Допълнителните разпоредби на Закона за устройство на територията /ЗУТ/ “техническа инфраструктура” е система от сгради, съоръжения и линейни инженерни мрежи на транспорта, водоснабдяването и канализацията, електроснабдяването, топло снабдяването, газоснабдяването, далекосъобщенията, хидромелиорациите, третирането на отпадъците и геозащитната дейност. Чл. 64 от ЗУТ посочва елементите на техническата инфраструктура. ЗУТ и свързаните с него нормативни актове дават възможност всеки от елементите на техническата инфраструктура да се изгражда самостоятелно или паралелно с други инфраструктурни елементи в съответствие с общите и подробните устройствени планове.

В конкретния случай, процедури за възлагане на обществени поръчки трябва да бъдат организирани и проведени само за изграждане и реконструкция на елементите от техническата инфраструктура, финансирани от държавата, т.е. само за водопроводната и канализационна мрежа и за пътищата.

Експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около становището, че в конкретния случай е подходящо инвеститорът да организира и проведе две процедури за възлагане на обществени поръчки по правилата на ЗОП. Предмет на едната процедура може да бъде изграждането и реконструкцията на водопроводната и канализационната мрежа, а предмет на другата – изграждането и реконструкцията на пътищата. Уместно в конкретния случай би било обособяването на позиции в предмета на всяка от обществените поръчки /напр. по улици/, като преценката за критерия, по който да се формират обособените позиции зависи от волята на възложителя. По този начин би се създавала възможност за по-пълно прилагане на принципа на ЗОП за свободна и честна конкуренция.

При определяне предмета на процедурите по ЗОП, които “Х.” ЕООД трябва да проведе, водеща е дейността, която се възлага за изпълнение, а не размерът на отпуснатите бюджетни средства за съответната година. Следователно възлагането на обществената поръчка за изграждането и реконструкцията на водопроводната и канализационна мрежа следва да бъде осъществено в рамките на една процедура, без значение дали към момента на откриването и провеждането ѝ реално са отпуснати бюджетните средства за нея в пълен размер. При определяне стойността на обществената поръчка трябва да се отчита както участието на държавата, така и евентуалното допълнително участие на инвеститора, ако отпуснатите бюджетни средства се окажат недостатъчни за окончателно изпълнение на съответните елементи от техническата инфраструктура. **В този смисъл не бива да се допуска разделяне на обществената поръчка според източника на финансиране и според размера на годишно отпуснатите от държавата бюджетни средства.**

3. Що се отнася до възможността инвеститорът “Х.” ЕООД да приложи процедура на договаряне без обявление на основание чл. 90, ал.1, т. 4 от ЗОП при възлагане на обществените поръчки, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около мнението, че в конкретния случай са налице обстоятелства, които могат да послужат като мотив за избор на този вид процедура.

Видно от материалите по преписката, договорът между българската държава, представлявана от министъра....., и “Х.” ЕООД е подписан на 08.07.2005 г. Влизането в сила на договора е поставено под условие, свързано с произнасянето на КЗК относно липсата или наличието на допустима държавна помощ. Решението на КЗК е от 04.10.2005 г. и изисква подписването на анекс към договора от 08.07.2005 г. за уточняване на някои от клаузите му. Анексирането на договора следва да се извърши в тримесечен срок от влизането в сила на решението на КЗК. Към момента на провеждане на процедурата по предварително съгласуване анекс не е подписан, като предстои одобряването на проекта му от Министерския съвет. В същото време с ПМС № X/2005 г. чрез бюджета на Министерството нана Българската агенция за за “Х.” ЕООД са отпуснати средства в размер на Z млн. лв. Те могат да бъдат разходвани до края на бюджетната 2005 година.

Изложените по-горе факти дават основание да се приеме, че в конкретния случай по отношение на възложителя - “Х.” ЕООД са настъпили обстоятелства,

които могат да бъдат квалифицирани като „непреодолима сила“ и поради това не могат да бъдат спазени сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура по ЗОП. В конкретния случай са се проявили обстоятелства от извънреден характер, които възложителят не е могъл и не е бил длъжен да предвиди. Организирането на процедура по ЗОП е било обусловено от произнасянето на определени административни органи и от сключването на анекс към основния договор – условия, които не зависят от волята на възложителя.

В този смисъл, съществуват индикации, че е налице проявление на основанията за избор на процедура по договаряне без обявление по чл. 90, ал.1, т. 4 от ЗОП.

От друга страна и с оглед становището, изразено по т. 2, експертите считат, че процедура на договаряне без обявление може да бъде проведена само по отношение на първата обществена поръчка, чиито предмет е изграждането и реконструкцията на водопроводната и канализационна мрежа. По отношение на втората по време обществена поръчка /за избор на изпълнител на строителството на пътища/, която ще бъде финансирана с бюджетни средства през 2006 г. следва да се приложат общите правила на ЗОП. По този начин ще се създадат гаранции, че предоставените от държавата средства няма да бъдат изцяло разходвани чрез процедури, в които не намират пълно приложение принципите на ЗОП. С цел да бъде улеснен възложителя при провеждането на втората процедура през 2006 г., той би могъл да се възползва от възможността да публикува предварително обявление по чл. 23 от ЗОП. Това ще му даде възможност при откриване на конкретната процедура да се позове на по-кратките срокове, предвидени в ЗОП.

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