

ПРОТОКОЛ № 5

Днес, 04.01.2006 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 въпроси, свързани с прилагането на Наредбата за условията и реда за възлагане на специални обществени поръчки /НУРВСОП/.

В предварителното съгласуване участваха:

От страна на Сметната палата:

От страна на Агенцията по обществени поръчки:

От страна на АДВФК:

1. По време на срещата беше разгледан въпроса за приложимостта на забраната по чл. 43, ал.1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ спрямо договори, сключени въз основа на проведени процедури по реда на НУРВСОП.

Описание на случая

В чл. 43, ал.1 от ЗОП е предвидена забрана за изменение и допълване на сключени договори за обществени поръчки. Нарушаването на забраната е скрепено с възможност за ангажиране на административнонаказателна отговорност, съгласно чл. 129, предл. 2 от ЗОП.

На основание чл. 13, ал.2 от ЗОП е приета Наредба за условията и реда за възлагане на специални обществени поръчки. Тя регламентира особен ред за избор на изпълнители на обществени поръчки, които се квалифицират като „специални”. Чл. 13, ал.1 от ЗОП изрично изключва прилагането на ЗОП по отношение на специалните обществени поръчки, като посочва, че законът не се прилага за тях.

НУРВСОП е подзаконов нормативен акт, който намира приложение винаги, когато по отношение на конкретна обществена поръчка е изпълнено поне едно от условията на чл. 1, ал.1, т.1, б. „а” – „в” от НУРВСОП. В тези случаи е без значение дали стойността на обществена поръчка е под или над праговете по чл. 14, ал.1 от ЗОП.

В чл. 13 от НУРВСОП се съдържа известна регламентация относно сключването на договорите за специални обществени поръчки, без да е възпроизведена изрично забраната от чл. 43, ал.1 от ЗОП за изменение и/или допълване на договорите за обществени поръчки, сключени по реда на НУРВСОП.

В НУРВСОП, за разлика от Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/, не се съдържа общ текст, който да препраща към разпоредбите на ЗОП за неуредените случаи.

Предвид гореизложеното, възниква въпросът приложима ли е забраната по чл. 43, ал.1 от ЗОП за изменение и допълване на договорите за обществени поръчки, когато те са сключени след проведени процедури по реда на НУРВСОП ?

Становище на експертите

След анализ на разпоредбите на ЗОП и НУРВСОП, имащи отношение към поставения въпрос, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване, се обединиха около следното становище:

Чл. 13 от ЗОП **изрично изключва приложимостта на закона** по отношение на обществените поръчки:

- свързани с отбраната и сигурността на страната, които са предмет на класифицирана информация, представляваща държавна тайна;
- обществените поръчки, изпълнението на които трябва да е придружено със специални мерки за сигурност, в съответствие с действащото в страната законодателство;
- за доставки и услуги, свързани с производството и търговията с оръжия, боеприпаси и военна техника.

Тези обществени поръчки се обозначават като „специални” и се възлагат по ред, определен с подзаконов акт, издаден на основание чл. 13, ал.2 от ЗОП - Наредба за условията и реда за възлагане на специални обществени поръчки.

В НУРВСОП се съдържат изрични препратки към някои разпоредби на ЗОП /напр. чл. 1, ал.3, чл. 2, ал.1, чл. 3 от НУРВСОП/ или определени текстове от закона са възпроизведени в наредбата /напр. чл. 2, ал.2 от НУРВСОП/. По отношение на забраната за изменение и/или допълване на договорите за специални обществени поръчки в НУРВСОП няма препращане към текста на чл. 43, ал.1 от ЗОП, нито текст, който да я възпроизвежда.

Новият подход на законодателя за определяне на възложителите като субекти на гражданското право води до невъзможност спрямо тях да прилагани забрани, които не са изрично закрепени в приложим към даденото правоотношение нормативен акт. В конкретния случай, ЗОП, макар и нормативен акт от по-висока степен, не може да намери приложение спрямо отношенията, които възникват между възложителя и кандидатите, респ. изпълнителите, при възлагане на специални обществени поръчки.

В НУРВСОП липсва правна норма, която да предвижда, че за неуредените в наредбата въпроси се прилагат разпоредбите на ЗОП.

Тези обстоятелства дават основание да се направи заключение, че в конкретния случай не може да бъде приложен по-висшия по степен нормативен акт – ЗОП, тъй като самият той изрично е изключил приложимостта си по отношение на специалните обществени поръчки и е предвидил за тях особен ред, регламентиран изцяло в подзаконов нормативен акт. Това води до невъзможност тълкуването на разпоредбите на НУРВСОП да става чрез аналогия на закона.

Предвид гореизложеното, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване изразяват становище, че настоящите редакции на ЗОП и НУРВСОП не дават възможност спрямо договорите за възлагане на специални обществени поръчки да намери приложение забраната на чл. 43, ал.1 от ЗОП.

II. Вторият въпрос, обсъден по време на срещата, се отнася до изискванията, които трябва да бъдат изпълнени, за да може конкретна обществена поръчка да бъде основателно квалифицирана като „специална” в хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП, във вр. с чл. 13, ал.1, т. 1, предл. 2 от ЗОП.

Описание на случая

Чл.1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП квалифицира като „специални” обществените поръчки, изпълнението на които трябва да е придружено със специални мерки за сигурност в съответствие с действащото в страната законодателство. В тези случаи, обществената поръчка се възлага по реда на НУРВСОП, вместо по общия ред на ЗОП или на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки /НВМОП/, съобразно стойността ѝ.

Чл. 6, ал.2 от НУРВСОП изисква от възложителя, решението му за откриване на процедура за възлагане на специална обществена поръчка в хипотезата на чл. 1, ал. 1, т. 1, б. „б” да е предшествано от получаване на мотивирано писмено становище от компетентен орган относно необходимостта от прилагането на специални мерки за сигурност.

Възниква въпросът какви условия трябва да са изпълнени и какви действия трябва да извърши възложителя, за да приложи законосъобразно режима за възлагане на специални обществени поръчки и да изключи прилагането на общия ред ?

Становище на експертите

След запознаване с разпоредбите на ЗОП и НУРВСОП, които имат отношение към поставения въпрос, експертите от трите институции се обединиха около следното становище:

Специална обществена поръчка в хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП, във вр. с чл. 13, ал.1, т.1, предл. 2 от ЗОП е налице, **когато са изпълнени на практика всички условия, описани в посочените разпоредби**. За да бъде приложена НУРВСОП, е достатъчно за конкретната обществена поръчка да са налице само предпоставките по чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП. Т.е. не е необходимо да се проявяват едновременно и условията от другите хипотези, които квалифицират обществената поръчка като „специална” /напр. хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „а” и/или „в” от НУРВСОП/.

Наличието на обстоятелства, които определят дадена обществена поръчка като „специална”, води до прилагане на по-непрозрачен и облекчен режим за възлагане. По тази причина, законосъобразното вземане на решение за прилагане на НУРВСОП към конкретна обществена поръчка трябва да е предшествано от проявление на всички законови предпоставки.

В хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП кумулативно трябва да са налице следните условия:

- **изпълнението** на конкретната обществена поръчка изисква да е придружено със специални мерки за сигурност;
- специалните мерки за сигурност, които трябва да придружават изпълнението на конкретната обществена поръчка, трябва да са предвидени в българското законодателство, което действа към момента на вземане на решението на възложителя за откриване на процедурата по НУРВСОП.

С цел да бъде избегната субективната преценка на възложителя относно необходимостта от прилагане на специални мерки за сигурност при изпълнението на обществената поръчка, в НУРВСОП е поставено допълнително изискване. Вземането на решението за откриване на процедура за възлагане на специална обществена поръчка в хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП следва да бъде

предшествано от получаване на мотивирано писмено становище от компетентен орган относно необходимостта от прилагане на специални мерки за сигурност.

Разпоредбата на чл. 6, ал.2 от НУРВСОП предполага, че вземането на всяко конкретно решение за откриване на процедура за възлагане на специална обществена поръчка в хипотезата на чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП трябва да е предшествано от произнасяне на компетентен орган.

В НУРВСОП не са посочени конкретни компетентни органи, които се произнасят относно необходимостта от прилагане на специални мерки за сигурност при изпълнението на обществените поръчки. Причина за това е различния характер на мерките за сигурност, които могат да се изискват при изпълнение на отделни обществени поръчки.

За възложителя възниква задължение във всеки конкретен случай да установи кой е компетентният да изрази становище по специалните мерки за сигурност орган. НУРВСОП поставя изискване за произнасяне на „компетентен орган”. Компетентността на даден орган в конкретната област следва да произтича от нормативен акт, вкл. от нормативния акт, който поставя изискването за прилагане на специалните мерки за сигурност в определени случаи.

Предвид гореизложеното, експертите, участващи в процедурата по предварително съгласуване изразяват мнение, че редът за възлагане на специални обществени поръчки е законосъобразно избран и приложен само когато за конкретна обществена поръчка са изпълнени всички изисквания на чл. 13, ал.1, т.1, предл. 2, във вр. с чл. 1, ал.1, т.1, б. „б” от НУРВСОП и чл. 6, ал.2 от НУРВСОП. Тези изисквания са изрично и изчерпателно посочени и не могат да бъдат тълкувани разширително или да бъдат прилагани частично. В противен случай, възложителят неоснователно се позовава на режима на НУРВСОП, вместо на общия ред.

III. Третият въпрос, който беше обсъден по време на срещата, е дали нормативните актове в областта на обществените поръчки поставят изискване сключваните договори за възлагане на обществени поръчки да имат фиксирана обща стойност.

Описание на случая

В практиката на контролните органи се срещат случаи, при които договори за обществени поръчки не съдържат крайна обща стойност. Клаузите на договорите относно цената в тези случаи съдържат единични цени или стойности на ценообразуващи показатели.

Предвид основната цел на ЗОП за осигуряване ефективност при разходването на бюджетните, извънбюджетните и други публични средства, възниква въпросът отговарят ли на нормативните изисквания договори за възлагане на обществени поръчки, при които крайната им обща стойност не е предварително известна ?

Становище на експертите

След преглед на разпоредбите, имащи отношение към поставения въпрос, експертите се обединиха около следното становище:

Чл. 15 от ЗОП съдържа основните правила за изчисляване на прогнозната стойност на обществените поръчки. Прилагането им помага на възложителите да

определят приложимия при възлагането на конкретната обществена поръчка нормативен акт – ЗОП или НВМОП /арг. чл. 15, ал.2 от ЗОП/.

В нормативните актове, регламентиращи възлагането на обществени поръчки липсва изрична разпоредба, третираща въпроса за стойността на договора за обществена поръчка. Не съществува и изискване за фиксиране на крайна обща стойност на договорите.

Клаузата за цената е съществена за всеки договор за обществена поръчка. Съдържанието ѝ е определено директно от офертата на спечелилия кандидат. По тази причина, не подлежи на съмнение, че всеки договор за обществена поръчка задължително трябва да съдържа клауза за цената.

Законодателят не е поставил изискване цената на договорите за обществени поръчки да е твърдо определена и фиксирана като абсолютна стойност. Допустимо е договорите за обществени поръчки да съдържат определяема цена. Тя може да е резултат от оферирани единични цени или ставки и съответни количества.

В образеца на информация за сключените договори за обществени поръчки, която възложителите подават до Регистъра на обществените поръчки, е предвиден раздел „обща стойност на договора без ДДС”. В случаите, когато договорът няма крайна обща стойност, този раздел не се попълва, като на основание чл. 5, ал.10 от ППЗОП информация за стойността на договора се изпраща в 7-дневен срок след приключване на изпълнението му.

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