

ПРОТОКОЛ № 9

Днес, 31.10.2006 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. № 00-00-000/26.10.2006 г., изпратено до председателя на Сметната палата 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 за държавна финансова инспекция /ДФИ/:

От страна на Агенцията по обществени поръчки:

По време на срещата бяха обсъдени въпроси, поставени в писмо изх. № 00-00-000/19.10.2006 г. от директора на дирекция “XXX” в Министерство ХХХХ, адресирано до изпълнителния директор на АОП. Въпросите се отнасят до прилагането на процедурата на договаряне без обявление в хипотезата на чл. 90, ал.1, т. 6 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/.

Описание на случая

В писмо изх. № 00-00-000/19.10.2006 г. директорът на дирекция “XXX” в Министерство ХХХХ поставя въпроса по какъв ред /вкл. след каква процедура/ трябва да е бил избран доставчика на стоки, за да може законосъобразно да му бъдат възложени и допълнителни доставки чрез процедура на договаряне без обявление в хипотезата на чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП. Специално внимание е отделено на въпроса допустимо ли е изборът на доставчик по основния договор да е извършено след тръжна процедура по правилата на Програма ФАР или чрез процедура на договаряне на основание чл. 16, ал.1, т.9 от ЗОП /отм./.

Становище на експертите

След като се запознаха с изложените в писмото аргументи, както и с приложимата нормативна уредба, експертите от трите институции, участващи в процедурата по предварително съгласуване се обединиха около следното становище:

Чл. 90, ал.1 от ЗОП съдържа основания за провеждане на процедура на договаряне без обявление, които са изрично и изчерпателно изброени, поради което не подлежат на разширително тълкуване.

Чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП урежда хипотеза, при която на възложителите по чл. 7, т. 1-4 от ЗОП е дадена възможност да приложат процедура на договаряне без обявление при възлагане на обществени поръчки за доставка на стоки.

Една от предпоставките за прилагане на това основание е наличието на предходни /съществуващи или приключили/ договорни отношения между възложител по чл. 7, т. 1-4 от ЗОП и лице, което вече е извършвало доставка на стоки от определен вид за задоволяване потребностите на възложителя. Този извод следва логично от употребения в чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП израз “същия доставчик”.

От друга страна, законодателят не е дал ясен израз на волята си по какъв начин трябва да са възникнали предходните договорни отношения между страните във връзка с доставката на стоки, за да се приеме, че е налице годно основание за законосъобразно прилагане на процедурата на договаряне без обявление по чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП.

При систематично тълкуване на чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 90, ал. 2 от ЗОП обаче, може да се направи извод, че с основния договор за доставка трябва да е възложена “обществена поръчка”. Основание за това заключение дава изразът “договор за допълнителна поръчка”, употребен в чл. 90, ал.2 от ЗОП, т.е. и първоначалният договор би следвало да е за възлагане на обществена поръчка.

За да бъде налице “обществена поръчка”, трябва да са изпълнени кумулативно три основни предпоставки – наличие на **субект** на обществената поръчка /възложител по смисъла на ЗОП/, наличие на **обект** на обществена поръчка /дейност, квалифицирана като “доставка”, “услуга” или “строителство”/ и наличие на определена **стойност** на обществената поръчка. Липсата на някое от тези основни изисквания изключва наличието на “обществена поръчка”. В този смисъл, договорите за доставки, услуги или строителство, възлагани от субекти, които към момента на сключването им не са имали качеството на възложител на обществени поръчки по смисъла на ЗОП, не могат да се приемат за договори за обществени поръчки. Наличието на такива договори не може да служи като годна основа за прилагане на хипотезата на чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП.

Обществените поръчки се възлагат по определени формални правила, съдържащи се в ЗОП и поредица от подзаконовни нормативни актове.

В тази връзка, безспорно е, че чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП може да се приложи, само ако доставчикът по основния договор е бил избран след провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка. Тъй като в чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП не е уточнен вида на процедурата за възлагане на обществена поръчка, след която трябва да е сключен основния договор за доставка, това може да бъде всяка от процедурите, регламентирани в националното законодателство в областта на обществените поръчки, вкл. процедури на договаряне, ако са възникнали основания за прилагането им. Основание за този извод дава и обстоятелството, че при някои от хипотезите по чл. 90, ал.1 от ЗОП изрично е уточнено, че предходната процедура трябва да е била открита или ограничена. В чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП не се съдържат особени изисквания в тази насока.

Чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП не регламентира въпроса кога трябва да е бил избран доставчикът по основния договор. Това води до заключение, че при избора на доставчик може да е действала друга нормативна уредба в областта на обществените поръчки, която трябва да се вземе предвид.

Чл. 13 от действащия към момента ЗОП, както и чл. 6 от ЗОП /отм./ дават възможност обществени поръчки да се възлагат и чрез процедури, които не са уредени в самия закон. Чрез тези разпоредби законодателят е приел да изключи от приложното поле на закона определена група обществени поръчки, за които приема да се възлагат по други процедури. В обхвата на изключенията попадат, например, т.нар. “специални обществени поръчки”, които се възлагат по процедури, предвидени в Наредбата за реда и условията за възлагане на специални обществени поръчки, както и обществени поръчки, финансирани

със средства от международни организации, които се възлагат по специални процедури на съответната международна организация.

При тези обществени поръчки изборът на изпълнител е предшестван от провеждане на процедури, но те не са регламентирани в ЗОП. Изключението от приложното поле на ЗОП, обаче, е допуснато от самия закон.

В този смисъл, за да бъде годна основа за прилагане на чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП, подписването на основния договор за доставка трябва е било предшествано от провеждане на процедура, допустима от законодателството в областта на обществените поръчки към момента на сключването му. Това съждение се отнася и до случаите, при които основната доставка е възложена чрез процедура на договаряне в хипотезата на чл. 16, ал.1, т. 9 от ЗОП /отм./, т.е. чрез стокова борса. Доставките, изпълнени по този ред, са допустими с оглед разпоредбите на ЗОП /отм./, действащи до 01.10.2004 г.

Законосъобразното прилагане на чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП, освен изпълнение на разгледаните по-горе изисквания, предполага и кумулативно изпълнение на всички други предпоставки, описани в същата разпоредба, а именно:

- възлагането на допълнителната доставка трябва да произтича от възникнала необходимост за частична замяна или увеличаване на предходните доставки;
- допълнителната обществена поръчка трябва да има прогнозна стойност над праговете по чл. 14, ал.1, т. 2 от ЗОП, т.е. над 150 000 лв. /без ДДС/;
- допълнителната доставка трябва да бъде възложена на изпълнителя по основния договор за доставка;
- смяната на доставчика би принудила възложителя да придобие стока с различни технически характеристики, което би довело до несъвместимост или до технически затруднения при експлоатацията и поддържането.

Преди вземане на решение за откриване на процедура на договаряне без обявление на основание чл. 90, ал.1, т. 6 от ЗОП възложителят трябва да се увери, че са изпълнени едновременно всички предпоставки, описани в посочената разпоредба, като осигури и подходящи доказателства за това. Законосъобразното поведение на възложителя изисква да се предвиди в договора за допълнителна доставка да се предвиди срок, не по-дълъг от 3 години /арг. чл. 90, ал.2 от ЗОП/.

Заклучение

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