

Приложимост на процедурата “договаряне без обявление” на основание чл. 90, ал. 1 от ЗОП

**До възложителите,
които прилагат процедура на договаряне без обявление
по Закона за обществените поръчки /ЗОП/.**

Във връзка с осъществявания от Агенцията по обществени поръчки предварителен контрол върху процедурите на договаряне без обявление по ЗОП и големия брой установени нарушения, пропуски и слабости при откриването им, агенцията издава следното методическо указание:

Възлагането на обществени поръчки е съществен елемент от управлението на публичните средства. Това налага нормативната уредба да съдържа достатъчно гаранции, че разходването им ще става по икономически целесъобразен и обществено приемлив начин. Видно от принципите, посочени в чл. 2 ЗОП, възлагането на обществена поръчка се извършва при съблюдаване на изискванията за публичност, прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация и в съответствие със систематично обвързани правила, означавани с понятието процедура. В пълен обем прилагането на принципите е осигурено чрез откритата и ограничена процедури. Всички останали процедури в определена степен съдържат правила, които игнорират тези принципи, като в най-висока степен това се отнася до процедурата на договаряне без обявление. Предвид посоченото нейното прилагане е допустимо само като изключение и е зависимо от наличието на изчерпателно посочени в закона основания. Законосъобразното прилагане на процедурата на договаряне без обявление налага на възложителите не само да посочат съответното правно основание, но и да представят изчерпателни мотиви и кореспондиращи с тях доказателства, които го подкрепят. Неизпълнението на тези изисквания е безспорно основание такава процедура да се счита за незаконосъобразна.

На база анализа по прилагането на ЗОП, в Агенцията по обществени поръчки бяха установени множество пропуски при използването на процедурата на договаряне без обявление. Това наложи въвеждането на ново правомощие на изпълнителния директор на АОП, изразяващо се в осъществяване на предварителен контрол върху всички такива процедури. Във връзка с вече натрупаната практика по осъществяването на предварителния контрол се потвърди заключението, че възложителите не разбират добре коментираните процедури и се нуждаят от допълнителни методически указания във връзка с тяхното прилагане.

Настоящите указания, заедно с предварителния контрол целят подобряване на управлението на процесите по възлагане на обществени поръчки при отделните възложители и ограничаване на практиките, водещи до заобикаляне на закона.

Въпреки че АОП не провежда предварителен контрол по всички основания съдържащи се в чл.90, ал.1 ЗОП, в настоящото методическо указание те са обхванати в пълен обем.

1. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 1 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- проведена е предходна открита или ограничена процедура;
- процедурата е прекратена на основание чл. 39, ал. 1, т. 1 ЗОП, тъй като не е подадена нито една оферта или заявление за участие, или няма допуснат нито един кандидат или участник;
- първоначално обявените условия на процедурата не са съществено променени.

Обърнете внимание!

- o ако прекратяването на предходната процедура е резултат от неправилно или неточно формулирани изисквания и технически спецификации това може да е причина за заключение от страна на контролните органи, че основанието се използва неправилно или се цели заобикаляне на закона;
- o всяко съществено отклонение от първоначално обявените условия на процедурата ще бъде възприето като опит за подмяна на условията и в този смисъл е недопустимо. Ако промените са наложителни, следва да бъде проведена нова открита или ограничена процедура.

2. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 2 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- проведена е предходна открита или ограничена процедура, или състезателен диалог;
- всички оферти, които отговарят на предварително обявените от възложителя условия, надвишават финансовия ресурс, който той може да осигури;
- покани за договаряне се отправят само до кандидатите, които са представили оферти и отговарят на изискванията, посочени в обявлението за откритата или ограничената процедура или състезателния диалог;

Обърнете внимание!

- o възложителят следва по безспорен начин да докаже, че предвиденият финансов ресурс е бил недостатъчен за да възложи процедурата, без да пристъпва към договаряне. Това означава, че следва да са налице доказателства, от които да е видно какъв именно е бил разполагаемият бюджет или прогнозната стойност на поръчката да е била посочена в обявлението за открита или ограничена процедура;
- o и в този случай, следва да се приеме, че условията не могат да се променят необосновано. По същество преговорите имат за цел да се постигне договореност за намаляване на вече оферирани цени. Предвид посоченото и съгласно чл. 39, ал. 3 ЗОП, при избора на това правно основание е абсолютно недопустимо да се стигне до сключване на договор на стойност по-висока от най-ниската оферирана цена, постигната при провеждането на предходната открита или ограничена процедура.

3. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 3 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- възлагането на обществената поръчка на друго лице би довело до нарушаване на авторски или други права на интелектуална собственост, или на изключителни права, придобити по силата на закон или на административен акт;
- няма друг алтернативен начин за възлагането на обществената поръчка;
- за участие в процедурата се кани лицето/лицата, носител/и на съответното/съответните правата.

Обърнете внимание!

- o основанието е крайно ограничително и може да се приложи единствено когато възложителят може да докаже по безспорен начин, че изпълнител на договора може да бъде само конкретно физическо или юридическо лице;
- o наличието на авторски или сродни права, или патент, не е достатъчно, за да се пристъпи към провеждане на процедура с това основание. За целта е необходимо освен съответния притежател на патент или подобно право, обективно да няма алтернативен способ за изпълнение на поръчката. Ако възложителят има избор между различни способности, независимо дали те са обект на патент или не, не може субективно да избере един от тях и да проведе договаряне с едно лице;
- o допуска се провеждане на процедура въз основа на посоченото правно основание когато на договаряне се поканят всички носители на изключителни права свързани с предмета на поръчката. Пример за това е договаряне с всички мобилни оператори, предоставящи телекомуникационни услуги.

4. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 4 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- преди датата на решението за откриване на процедурата да са възникнали обстоятелства, които отговарят на дефиницията за “непреодолима сила” съгласно § 1, т. 14 от ДР на Закона за обществените поръчки, а именно обстоятелства от извънреден характер, които възложителят, при полагане на дължимата грижа не е могъл или не е бил длъжен да предвиди или предотврати;

- в резултат от посочените обстоятелства следва да е обективно невъзможно да се проведе открита или ограничена процедура или процедура на договаряне с обявление. Това означава, че между събитието с характер на “непреодолима сила” и невъзможността за спазване на сроковете следва да е налице причинно следствена връзка.

Обърнете внимание!

- o наличието на “непреодолима сила” означава, че следва да са налице обстоятелства които не само са извън волята на възложителя, но и извън възможностите му да предвиди тяхното настъпване. Заедно с горното, законодателят изисква от възложителя да е полагал нужната грижа за да направи обосновано предвиждане, съответно да предотврати настъпването на онези обстоятелства, за които това е възможно. Ето защо, като основание за провеждане на такава процедура не може да служи например несвоевременно

предоставено финансиране или отпускане на бюджетни средства в края на годината. В тези случаи следва да се проведе открита или ограничена процедура под условие, че договорът ще се изпълнява при осигуряване на съответното финансиране;

- невъзможността да се спазят сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура следва да е причинена от обстоятелствата, определени като “непреодолима сила”. Недостигът на време, причинен от каквито и да било други причини не може да бъде достатъчен мотив. Не се допуска провеждане на процедура на договаряне без обявление, когато грешки в планирането или неправилно проведени предходни процедури са поставили възложителя в критична ситуация от гледна точка на сроковете. Т.е. възложителите не могат да се позовават на свои пропуски, бездействие или неправилни действия, за да се възползват от правото за договаряне. Като пример в това отношение може да се представи ненавременното обявяване на процедури за доставки на храни за детски заведения или лекарства за болници и други подобни, за които е особено важно да няма забавяния, поради липса на доставчик. Ето защо, при изчисляване ориентировъчната продължителност на процедурата по избор на нов изпълнител, освен законово определените минимални срокове следва да бъдат отчетени и фактори като обем и сложност на поръчката, възникване на необходимост от удължаване на сроковете и не на последно място – вероятността от неуспешно финализиране на процедурата, поради прекратяване или обжалване. Такива събития са предвидими и в общия случай не могат да се квалифицират като “непреодолима сила”;
- като убедителни причини за договаряне на това основание могат да се приемат случаите, при които се налага бързо отстраняване на последиците или предотвратяване на опасности, породени от наводнения, земетресения, пожари, други природни бедствия и аварии.

5. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 5 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- договарянето е за доставка на стоки;
- стоките, предмет на доставка да се произвеждат с цел изследване, експериментиране, научна или развойна дейност;
- стоките, предмет на доставка са в ограничено количество, което не позволява формиране на пазарна цена или възстановяване на разходите за тази дейност.

Обърнете внимание!

- основанието може да се приложи само и единствено ако доставените продукти се произвеждат за цели, свързани с изследване, научна или експериментална дейност. То не е приложимо в случаите на закупуване на оборудване (микроскопи, компютри и пр.), ако то няма уникален характер.

6. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 6 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- наличие на предходен договор за обществена поръчка за доставка;
- необходимост от допълнителни доставки от същата стока;
- доставката на допълнителното количество е предназначена за частична замяна или увеличаване на доставките;
- смяната на доставчика ще принуди възложителя да придобие стока с различни технически характеристики, което ще доведе до несъвместимост или до технически затруднения;
- договорът за допълнителна поръчка не е за срок по-дълъг от 3 години (чл. 90, ал. 2 от ЗОП).

Обърнете внимание!

- o това основание намира приложение в случаите при които резултатът преследван от възложителя не може да бъде постигнат без да се достави допълнително количество, което е необходимо за пълното окомплектоване или е необходима частична замяна на вече доставени, но негодни или ненужни активи. Основанието е неприложимо по отношение на активи, които могат да бъдат доставени от множество потенциални изпълнители. Например, с него не може да се мотивира доставката на компютри с типични технически показатели, копирна техника и други подобни, ако те се предлагат в конкурентна среда;
- o основанието е приложимо когато възложителят е обвързан от конкретни условия с определен изпълнител и доставката от други изпълнители ще повлияе негативно върху работата му. Например ако ще изгуби правото на гаранционно обслужване при свързване на активи, доставени от различни доставчици;
- o основанието е приложимо и когато следва да се осигури технологична съвместимост между вече доставени активи с такива, които са необходими. В този случай следва да се аргументира невъзможността да има друг доставчик, който е способен да изпълни изискването.

7. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 7 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- договарянето е за предоставяне на услуги, свързани с изработване на устройствени схеми и планове, планове за земеразделяне, лесоустройствени, ландшафтни, архитектурни, конструктивни, технологични и инсталационни проекти, проекти за произведения на изкуството, проекти за реставрации и възстановяване на паметници на културата, проекти в областта на обработката на данни и др.;
- налице е конкурс за проект, предхождащ договарянето;
- стойността на проведения конкурс за проект е била определена в съответствие с чл. 15, ал. 2, т. 7 ЗОП;
- поканите за участие в договарянето са изпратени до класирания участник/ всички класирани участници в съответствие с условията на конкурса. Понятието класиране при конкурс за проект следва да се интерпретира като се вземе под внимание особения характер на процедурата и се търси максимално съответствие с

определенията, съдържащи се в Европейските директиви в областта на обществените поръчки, които боравят с понятия като успешен кандидат или победител в конкурса.

Обърнете внимание:

- на първо място, това е процедура, следваща друга процедура. За разлика от основанията по т.1 и т. 2 на чл.90, ал.1 ЗОП обаче, първата процедура следва да е завършила успешно. За разлика от основанията по т. 6 и т.8 не се търси момент на извънредност или допълнителна необходимост. Провеждането на процедура на договаряне при посоченото основание се разглежда като естествено продължение на вече започнал процес, с приключването на който възложителят ще получи цялостната услуга. Тъй като при първата процедура са били спазени всички принципи, втората може да продължи, като се ограничи само до успешните участници в предходната процедура. Важно условие за провеждане на договаряне на посоченото основание е, предходната процедура “конкурс за проект” да е проведена като част от обществена поръчка за услуга. Това означава, че при определяне реда за провеждането на конкурса стойността трябва да е изчислена съгласно чл. 15, ал. 2, т. 7 ЗОП.

8. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 8 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- възникване на обстоятелства, които не са могли да бъдат предвидени от възложителя при сключване на основния договор и изискват възлагането на допълнителна услуга или строителство;

- допълнителната услуга или строителството са съществено необходими за изпълнението на поръчката;

- допълнителната услуга или строителството не могат технически или икономически да се разделят от предмета на основния договор без значителни затруднения за възложителя или въпреки че могат да се разделят, са съществено необходими за изпълнението на поръчката;

- общата стойност на допълнителната услуга или строителството не е повече от 50 на сто от стойността на основната поръчка.

Обърнете внимание!

- на първо място, възложителят следва да докаже наличието на непредвидимост. Това понятие не съвпада напълно с понятието “непреодолима сила”, но е в тясна логическа връзка с него. Непредвидимостта обаче не е обвързана с всички условия, обуславящи наличието на “непреодолима сила”. В този случай възложителят следва да докаже, че в първоначалния проект липсват съществени елементи, предполагащи успешното му изпълнение. Трябва да се отбележи, че ако тези елементи са били пропуснати умишлено, основанието за договаряне става неприложимо. Във всеки случай, това основание следва да се приема като възможност за доработване по проект, така че да е налице пълноценен резултат за възложителя. Доработването е ограничено до 50% от стойността на поръчката;
- не може да се приеме за правилно възлагането на несъотнесими към предмета на основния договор работи. Например, ако при ремонта

на пътно платно е заложено полагане на пътно покритие с определена устойчивост, но в хода на изпълнение на работите се окаже, че пътят ще бъде използван от тежки машини, поради пренасочен трафик например, то ще възникнат условия за провеждане на договаряне. Ако обаче, при изработването на заданието за същия обект е забравено да се включи крайпътното озеленяване, то ще трябва да е обект на отделна процедура.

9. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 9 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- повторение на услуга или строителство от същия изпълнител не по-късно от три години от възлагането на първата поръчка;
- първата поръчка е възложена при открита или ограничена процедура и в обявлението за нея е посочена възможността за такова възлагане;
- общата стойност на тази поръчка е включена при определяне стойността на първата поръчка;
- новата поръчка съответства на основния проект, в изпълнение на който е възложена първата поръчка;
- договарянето за допълнителна поръчка не може да бъде по-дълъг от три години (чл. 90, ал. 2 от ЗОП).

Обърнете внимание!

- o разглежданото основание предполага повторение на услуга или строителство, а не възлагането на нови такива. Това означава, че могат да се възлагат само типове дейности, които вече са били извършвани в хода на изпълнение на основния предмет на обществената поръчка, но не и такива които се различават от него;
- o от съществено значение е да се докаже по безспорен начин наличието на изискваните от закона предпоставки, а именно наличието на определена информация в обявлението за предходната процедура и единството на проекта по който се извършват и двете възлагания. Това е така, защото законодателят е приел, че ако всички лица са били надлежно информирани за потенциални бъдещи договори, не е необходимо на следващ етап да се провежда отново открита или ограничена процедура, тъй като тези обстоятелства са били взети под внимание при подаване на офертите по вече проведена открита или ограничена процедура.

10. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 11 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- поръчката е за доставка на стоки;
- стоките са включени в списък, предложен от Държавната комисия по стоковите борси и тържищата и одобрен от Министерския съвет в Правилника за прилагане на закона.

Обърнете внимание!

- o посоченото правно основание по същество препраща към различен ред за възлагане, предвид спецификата на сделките. Видно от чл.93, ал.7 ЗОП, при провеждане на процедура на договаряне без обявление на това основание не се спазва общият ред за провеждане

на процедурата, а договорите се сключват по реда на Закона за стоковите борси и тържища.

11. Договаряне без обявление по чл. 90, ал. 1, т. 12 ЗОП

Правното основание изисква да са изпълнени кумулативно следните условия:

- поръчката е за доставка на стоки;
- цените на доставяните активи са под пазарните;
- цените са постигнати на търг за разпродажба на имуществото на търговски дружества, обявени в ликвидация или в несъстоятелност.

Обърнете внимание!

- o както и в горния случай, това са особен вид сделки при които не се спазва общият ред за провеждане на договаряне. Тъй като цените са определени на база търг за разпродажба на имущество не е възможно провеждане на типично договаряне, а договорите се сключват директно по реда на търговския закон /чл.93, ал.8 ЗОП/.

Допълнителни пояснения

Във връзка с осъществявания от агенцията предварителен контрол на всички процедури на договаряне без обявление по ЗОП, възложителите следва да имат предвид и следното:

- При мотивиране избора на процедура, не е достатъчно позоваването на съответното нормативно основание. От съществена важност за получаването на позитивно становище е изчерпателно и аргументирано представяне на мотивите по същество и подкрепата им с доказателства. Така например, когато се твърди наличието на изключителни права е необходимо да бъдат предоставени копия от документите, които ги доказват или да се укаже изрична препратка към общодостъпен регистър. Твърденията за наличие на “непреодолима сила” се доказват с документи и протоколи, издадени от специализирани органи или длъжностни лица в кръга на тяхната компетентност. Необходимостта от извършване на допълнителни работи се доказва с предписания от упълномощени органи, заключения на вещи лица и т.н. Всяка процедура на договаряне, мотивите към която не са подкрепени с доказателства не може да получи становище за законосъобразност. Възложителите следва да пазят доказателствата за проверка и да ги представят на контролните органи при извършване на одити и инспекции;
- Възложителите имат задължението да избират точно нормативното основание въз основа на което пристъпват към договаряне без обявление. В случай, че на агенцията са представени неоснователни мотиви за избор на определено основание, заключението ще бъде за незаконосъобразност, независимо от това, дали възложителят би бил в правото си при позоваване на друго основание;
- Всички процедури на договаряне без обявление, по които агенцията не е изразила изрично становище за законосъобразност и по които са сключени договори се изпращат своевременно до Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция, предвид което възложителите могат да очакват, че същите ще бъдат обект на последващ контрол от страна на тези органи.