

МИНИСТЕРСТВО НА ФИНАНСИТЕ
АГЕНЦИЯ ПО ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ

2/13/2024

X МУ-2/13.02.2024

Signed by: Public Procurement Agency

МЕТОДИЧЕСКО УКАЗАНИЕ

Относно: Възлагане на обществени поръчки с процедури на договаряне без предварително обявление, на основание чл. 79, ал. 1, т. 4 от Закона за обществените поръчки (актуално към нормативната уредба, в сила от 22.12.2023 г.)

При процедурите на договаряне без предварително обявление възложителят провежда преговори за определяне клаузите на договора с едно или повече точно определени лица - чл. 18, ал. 7 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Участието в тях не е достъпно за всички заинтересовани лица на пазара, а е ограничено само до стопанските субекти, поканени от възложителя. По тази причина процедурите се считат за неконкурентни. Прилагането им е обвързано с изрично посочени в ЗОП условия, а провеждането им следва да е предшествано от оповестяване на фактическите обстоятелства, довели до необходимостта от игнориране на общия ред.

Процедурите на договаряне без предварително обявление, които се провеждат на основание чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП¹, са средство за бързо и гъвкаво решение при крайно неотложни/форсмажорни обстоятелства.

1. Нормативни изисквания за прилагане на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП

Законосъобразното прилагане на това основание изисква към момента на откриване на процедурата кумулативно да са изпълнени следните условия:

- ✓ нуждата от възлагането да е породена от изключителни обстоятелства по смисъла на § 2, т. 17 от Допълнителните разпоредби (ДР) на ЗОП;
- ✓ за преодоляване на последиците да е необходимо неотложно възлагане на договора, което изключва възможността за спазване на сроковете, включително съкратените, за провеждане на конкурентна процедура по ЗОП;
- ✓ обстоятелствата, с които се обосновава неотложността на възлагането да не се дължат на възложителя.

¹ Настоящото Методическо указание разглежда прилагането чл. 79, ал.1, т.4 от ЗОП от публични възложители. Аналогични са условията и редът за провеждане на процедура на договаряне без предварителна покана за участие на основание чл. 138, ал. 1 във вр. с чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, за процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка на основание чл. 164, ал. 1, т. 4 и пряко договаряне на основание чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Наличието само на едно или няколко от посочените изисквания не обосновава прилагането на правното основание.

2. Прилагане на изискванията по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП

✓ *наличие на изключителни обстоятелства по смисъла на § 2, т. 17 от ДР на ЗОП*

Според легалната дефиниция в § 2, т. 17 от ДР на ЗОП изключителни са обстоятелствата, които са предизвикани от непредвидими за възложителя събития, като природно бедствие, авария или катастрофа, както и други, които увреждат или непосредствено застрашават живота или здравето на хората, околната среда или националната сигурност.

Видно от определението, обстоятелствата могат да са от различно естество, но следва да се отличават с непредвидимост при настъпването и с негативни последици като резултат. Принципно за такива се приемат:

- всякакви природни бедствия – бури, проливни дъждове, наводнения, градушки, земетресения, заледявания, суша, свличане на земни маси и др. природни стихии;
- инциденти като пожари, производствени аварии, разливи на вредни продукти във водна среда, във въздуха и др.;
- извънредни събития в общественно-политическия живот като военни или терористични действия, ембарго, правителствени забрани, стачки, бунтове, безредици и др.

В обобщение „изключителните обстоятелства“, които трябва да са налице, за да се приложи чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, се характеризират с неочаквано възникнало събитие, водещо до увреждане или непосредствена заплаха за живота или здравето на хората и/или опасност за околната среда, и/или сигурността на държавата, което изисква предприемане на незабавни действия за преодоляване на конкретни негативни последици от настъпването му.

Важно:

Със Закона за изменение и допълнение на ЗОП, обнародван в ДВ, бр. 88 от 20.10.2023 г., дефиницията на „изключителни обстоятелства“ е променена. Видно от редакцията на разпоредбата, която е в сила от 22.12.2023 г., обхватът на понятието е стеснен и се доближава до класическото разбиране за непреодолима сила (*force majeure*) в гражданското и търговското право. Необходимо е да се има предвид, че от дефиницията са изключени събития и/или факти, които затрудняват или нарушават нормалното изпълнение на нормативно установени дейности на възложителя. Следователно основанието по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП не може да се прилага, ако изключителната спешност е мотивирана с невъзможността да се изпълняват нормативно регламентирани дейности и/или правомощия на възложителя. Предвид новия обхват на дефиницията, от съществено значение е правилното планиране, провеждане и възлагане на обществените поръчки. Ненавременното откриване на конкурентна процедура, забавата при сключването на договора, както и невъзможността за своевременно удовлетворяване на потребностите на възложителя, не следва да води до прилагане на договаряне без предварително обявление на посоченото основание с мотиви, че е

необходимо възложителят да осигури непрекъсваемост на определена дейност или да изпълни други нормативно определени задължения.

- ✓ *необходимост от неотложно възлагане на поръчката и невъзможност за спазване на сроковете, включително съкратените, за провеждане на конкурентна процедура по ЗОП*

Съгласно чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, основанието е приложимо, „когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката“. По същество това означава, че възникването на изключително обстоятелство по смисъла на § 2, т. 17 от ДР на ЗОП с неблагоприятно отражение не е достатъчна предпоставка за законосъобразното провеждане на договаряне без предварително обявление. Прилагането на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП е обвързано и с условието резултатът от възлагането да е необходим веднага или в много кратък срок, т.е. за да е обосновано пристъпването към този ред за определяне на изпълнител, трябва да е обективно невъзможно негативните последици от извънредното обстоятелство да се преодолеят чрез сключване на договор по общия ред – чрез открита, ограничена или състезателна процедура с договаряне. Доколкото „ускорените“ процедури, предвидени в закона, гарантират конкуренция дори при неотложни обстоятелства, възможността за провеждането на такава също трябва да е напълно изключена². Следва да се подчертае, че законоустановените срокове за провеждане на процедурите включват и производствата по обжалване, вкл. при „ускорените“ процедури. Сроковете за обжалване на актовете на възложителя са едни и същи, независимо от вида на процедурата (чл. 197, ал. 1 ЗОП). Затова възможността за обжалване не може да е аргумент за неприлагане на конкурентна процедура за избор на изпълнител, включително при съкращаване на сроковете за получаване на оферти.

Видно от изложеното, разпоредбата на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП урежда случаи, в които възложителите незабавно, в рамките на дни, дори часове, трябва да задоволят определена нужда. Следователно тя е приложима само когато възлаганите дейности имат спешен характер. Такава е и позицията на Европейската комисия³. Провеждане на договаряне години, а дори и месеци след възникването на извънредното обстоятелство (напр. възлагане на ремонт на инфраструктура, разрушена в резултат на природно бедствие, настъпило една или повече години преди откриване на договарянето), е незаконосъобразно. По същата причина то е необосновано и в случаите, в които откриването на процедурата или стартирането на изпълнението на договора е обвързано с получаването на конкретно финансиране (напр. изчакване на решение на комисии, които отпускат средства за преодоляване на последиците от бедствия и аварии, прилагане на чл. 114 от ЗОП или др.). Аналогична е хипотезата при сключването на дългосрочен договор, резултатът от който не би могъл незабавно да преодолее последиците. Доколкото основанието урежда възможност за игнориране на общия ред поради необходимост от незабавно задоволяване на определена нужда, то забавата при реакцията на възложителя принципно изключва необходимостта от неотложно изпълнение.

² Вж. Определение по дело С-352/12 от 20 юни 2013 г., т.52, Решение по дело С -126/03, параграф 23 и цитираната там практика на Съда на ЕС.

³ Така напр. вж. Насоки от Европейската комисия относно прилагането на нормативната уредба за обществените поръчки в извънредната ситуация, породена от кризата с COVID-19, т. 232, стр. 5.

В обобщение, когато между настъпването на събитието и откриването на договарянето и/или получаване на резултата от реализацията е изминал период от време, достатъчен, за да се проведе открита, ограничена или състезателна процедура с договаряне вкл. „ускорена“⁴, определянето на изпълнител по реда на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП не може да се приеме за обосновано. Приложимостта на основанието предполага изпълнението на възложеното да се извърши в непродължителен период, така че възложителят да придобие за максимално кратко време съответната доставка, услуга или строителство.

✓ *обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, да не се дължат на възложителя*

Съгласно чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП „обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя“. От цитирания текст се налага извод, че те не бива да са резултат от негови действия или бездействия, а трябва да се проявяват обективно и неочаквано за него и въпреки положената дължима грижа, т.е. обстоятелствата, с които се мотивира необходимостта от спешно възлагане и изпълнение на договора, следва да са не само извън волята на възложителя, но и извън възможностите му да предвиди и предотврати тяхното настъпване. В този смисъл явленията и събитията, които са известни на възложителя, могат да се очакват, планират и/или управляват от него (напр. изтичане срока на действие на договор, навременно осигуряването на снегопочистване и опесъчаване на пътища, регулярно пръскане срещу комари, поддържане проходимостта на речно корито, законоустановени срокове по провеждане на процедура за обществена поръчка, включващи и производствата по обжалване и др.), не са относими към това нормативно изискване. Възникването на негативни последици от тяхното настъпване (напр. риск от пътно-транспортни произшествия, липса на хранителни продукти за уязвими групи или лекарства за болни, разпространение на болести и зарази, опасни за здравето на човека и/или околната среда и др.) обичайно произтича от пропуски, бездействие или неправилни действия от страна на възложителя – недобро планиране и грешки при организиране на възлагателния процес (напр. късно стартиране на конкурентна процедура, неточности при провеждането на предходни процедури, предсрочно прекратяване на договор по вина на възложителя и др.) и/или неполагане на дължимата грижа (напр. критично състояние на съоръжение, за което не е осигурена текуща поддръжка, чести аварии на амортизиран водопровод и др.).

✓ *предмет на договорите, сключвани на основание чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП*

Дори да са изпълнени всички нормативни изисквания, правното основание по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП е възможност за посрещане единствено на преките и най-належащи потребности, свързани със спешно преодоляване на негативни последици от извънредно обстоятелство по § 2, т. 17 от ДР на ЗОП (напр. разчистване след ураганни ветрове, възстановяване проходимостта на път при възникнали свлачищни процеси и др.). В тази връзка за законосъобразното му прилагане трябва да са изпълнени следните условия:

- между последиците, които се преодоляват, и възлаганите дейности да е налице причинно-следствена връзка, т.е. трябва да може да се изведе, че причините за

⁴ Провеждани при условията на чл. 74, ал. 4, чл. 75, ал. 7, чл. 76, ал. 6 от ЗОП.

прилагането на нормата произтичат от съответното извънредно обстоятелство и че с възлаганите дейности ще се преодолее негативният ефект от настъпването му;

- в предмета на възлагания договор да не са включени дейности, които могат да се възложат по общия ред:

- целящи трайно и/или цялостно решение, което не е свързано с най-належащите потребности (напр. цялостна реконструкция на водопровод, изграждане на мост и др.);
- такива, за които се изисква определена подготовка, осигуряването на която позволява провеждане на конкурентна процедура (напр. изготвяне на проект, осигуряване на финансиране и др.) и
- такива, чиято реализация или употреба е отложена във времето (напр. създаване на резерв от лекарства, отложено стартиране на изпълнението и др.).

Следва да се има предвид, че променената дефиниция на § 2, т. 17 от ДР на ЗОП изключва възможността основанието по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП да се приложи по отношение на договори, които обезпечават изпълнението на „непрекъсваеми“ дейности, доколкото обичайно се касае за нормативно установени задължения на възложителя.

В обобщение, обемът на дейностите, които се възлагат с процедура на договаряне без предварително обявление по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, трябва да е внимателно преценен и да е сведен до най-необходимите и неотложни нужди. Договарянето е законосъобразно за временни решения, които целят да обезпечат неотложните нужди за периода, през който се планира, подготвя, възлага и реализира окончателното решение. Необосновано е сключването на договор за цялостно решение, с изключение на случаите, когато временното е окончателно, не съществува алтернатива или въпреки че съществува, тя е неприемлива, неподходяща или крайно неефикасна (напр. ограничаване на разлив на нефтопродукти във водна среда, еднократно почистване на път след прилив на река или др.).

3. Провеждане на процедурата по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП

В ЗОП и ППЗОП не са разписани минимални срокове за провеждане на процедура на договаряне без предварително обявление. В тази връзка и доколкото чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП се прилага при неотложна необходимост, времето за определяне на изпълнител и сключване на договор почти изцяло зависи от техническите възможности за реакция и оперативност на съответния възложител.

Задълженията на възложителя във връзка с откриването се свеждат до:

- мотивиране на избора на правно основание в решението за откриване, като изложените аргументи не трябва да са формални, а да изясняват конкретната фактическа обстановка, довела до прилагането му (вж. чл. 79, ал. 6 от ЗОП и чл. 131, ал. 2 от ППЗОП);

- осигуряване на документи, които удостоверяват изложените мотиви⁵, като е добре част от доказателствата да са съставени от лица, различни от възложителя (напр.

⁵ В случаите по чл. 233 от ЗОП за осъществявания контрол от АОП се предоставят доказателства https://www2.aop.bg/wp-content/uploads/2021/06/MU4_2021.pdf

когато се мотивират необичайни природни явления документите, доказващи тяхното възникване и щетите, които са нанесени, да са от съответните компетентни органи);

- посочване в решението за откриване на лицето, което се кани за изпълнител, дори и в случаите когато възложителят не изпраща покана до него (вж. чл. 64, ал. 1 и чл. 65, ал. 1 и ал. 2 от ППЗОП);

Необходимо е да се има предвид, че възложителят може да пристъпи към откриване на процедура на договаряне при съобразяване на правилото по чл. 110, ал. 4 от ЗОП. Разпоредбата забранява откриване на нова процедура за възлагане на обществена поръчка със същия предмет преди влизане в сила на решението за прекратяване на първоначално обявената процедура. Нормата е обща и важи за всички видове процедури, поради което се прилага и в случаите на договаряне без предварително обявление. Следователно мотивирането на избора на процедура на договаряне без предварително обявление с аргумент, че не може да се открие нова конкурентна процедура, вкл. „ускорена“ поради неприключено обжалване на последната стартирана процедура, е неприемливо, а откриването на договаряне в този случай е и в нарушение на чл. 110, ал. 4 от ЗОП.

Когато са налице всички изисквания за възлагане на дейности с процедура по чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, възложителят може да сключи договор и преди влизане в сила на решението (вж. чл. 112, ал. 8 от ЗОП). Тази опция не изключва възможността за обжалване на процедурата от заинтересованите лица, но те не могат да правят искане за налагане на временна мярка „спиране на процедурата“ (чл. 203, ал. 2 от ЗОП).

Отговорност за законосъобразното прилагане на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП се носи от възложителя⁶. Предвидена е санкция при сключване на договор в резултат на процедура на това основание без да са налице условията, посочени в ЗОП. С промените в закона, обнародвани в ДВ, бр. 88 от 20.10.2023 г., санкцията е увеличена от 5 на сто на 6 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, като максималният ѝ размер може да достигне до 50 000 лв.⁷ (чл. 250а от ЗОП). Новият размер на санкцията е в сила от 22.12.2023 г.

ИЗПЪЛНИТЕЛЕН ДИРЕКТОР:

12.2.2024 г.

X GN

Signed by: Georgi Nikolov

ГЕОРГИ НИКОЛОВ

⁶ Вж. Решение по дело С-20/01 и С-28/01, т. 58.

⁷ Посоченият размер се отнася за процедури по чл. 18, ал. 1, т. 8 – 10 ЗОП. При процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП той може да достигне до 24 000 лв.