04_The New Public Procurement Act – Its Main New Features Compared to the Existing Legal Framework_KGr

От 15 април 2016 г. влезе в сила изцяло новият Закон за обществените поръчки, който бе приет от Народното събрание в началото на годината. Законът транспонира двете нови директиви от 2014г., а именно: Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО и Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО.

Законът има за цел да създаде една обобщена правна рамка на националните правила за възлагане на обществени поръчки, която рамка обхваща както възлагане от т.нар. „секторни възложители“, така и възлагането на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността.

По-долу ще се постараем да разгледаме основните отлики на новата уредба спрямо досега прилаганите правила, както и да проследим по-значимите нововъведения.

За разлика от действащия ЗОП, подходът при дефинирането на кръга на възложителите е променен, като те са изброени изчерпателно по групи. Възложителите са обособени в две основни групи – секторни и публични, като в зависимост от това им качество, двете групи възложители разполагат с различни възможности за прилагане на процедури в зависимост от стойностните прагове на съответното възлагане.

С новоприетия ЗОП е предвидена възможност за прилагане на 13 различни процедури, в зависимост от вида на съответния възложител, обекта на поръчката и прогнозната й стойност.

Сред предвидените в закона процедури, се запазва приложимостта на откритата и ограничена процедура, състезателния диалог, конкурс за проект и процедурите на

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

договаряне, като внимание заслужава нововъведената процедура партньорство за иновации, при която възложителят провежда преговори с допуснатите кандидати след предварителен подбор с цел да установи партньорство с един или повече партньори, които да извършват определена научноизследователска и развойна дейност.

При провеждане на процедурите на договаряне без предварително обявление, договаряне без предварителна покана за участие, договаряне без публикуване на обявление и пряко договаряне, възложителят провежда преговори за определяне на клаузите на договора с едно или повече точно определени лица. Тези процедури не се различават значително както по отношение на процедурните правила за възлагането им, така и по отношение на условията за тяхната приложимост, като в закона е предвидено, че публичните възложители прилагат процедурата на договаряне без предварително обявление, секторните – процедура по договаряне без предварителна покана за участие, а при възлагане на поръчки в областта на отбраната и сигурността – процедура по договаряне без публикуване на обявление. Прякото договаряне се прилага както от публичните, така и от секторните възложители, като не може да се прилага при възлагане на поръчки в областта на сигурността и отбраната, а условията за приложимостта й зависят от вида на услугата и от стойностния праг, определен съгласно прогнозната стойност на поръчката.

По същия начин е определен и реда за прилагане на процедурите състезателна процедура с договаряне, договаряне с предварителна покана за участие и договаряне с публикуване на обявление за поръчка, при които възложителят провежда преговори с кандидати, получили покана след проведен предварителен подбор, като основа за провеждане на преговорите кандидатите подават първоначални оферти. Публичните възложители могат да прилагат при определени условия състезателна процедура с договаряне (чл.73, ал.2 от ЗОП), секторните – договаряне с предварителна покана за участие, а при възлагане на поръчки в сектора отбрана и сигурност – договаряне с публикуване на обявление за поръчка.

Процедурите публично състезание и пряко договаряне не се прилагат при възлагане на поръчки в секторите сигурност и отбрана, като същите могат да бъдат използвани

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

само при по-ниска прогнозна стойност на поръчката.

Аналогът на публичната покана по отменения ЗОП е възможността за възлагане на поръчки чрез събиране на оферти с обява и покана до определени лица, които отново не представляват процедури за възлагане на обществени поръчки и възлаганията в резултат на тези методи за възлагане отново ще бъдат изключени от възможността за контрол на законосъобразността на решенията на възложителите по реда на ЗОП.

На следващо място, новост при новата правна уредба представлява и допускането част от цялата поръчка (не повече от 20% от нея) да бъде извадена от общата прогнозна стойност на процедурата, когато възложителят сметне това за целесъобразно. В този случай ще е възможно тя да се възложи по реда, който съответства само на нейната стойност и който в повечето случаи ще е по-облекчен, като тази възможност е допустима в случаите, когато стойността на съответната обособена позиция не надхвърля 156 464 лв. за доставки и услуги и 1 000 000 лв. за строителство. При това положение за остатъчната стойност се прилага редът, предвиден за цялата поръчка. Съгласно мотивите на вносителя на законопроекта, чрез този подход би следвало да се осигури възможност за по-гъвкаво управление на процеса на възлагане, особено в случаите, при които част от резултата е необходимо да бъде получен незабавно, а останалата част може да се отложи.

Също така, изключително важно нововъведение е предвиждането от 1 Юли 2017 година, при възлагане на обществени поръчки възложителите използват единна национална електронна уеб-базирана платформа. По този начин се провежда принципът за публичност и прозрачност, и се постига напълно електронно управление на целия възлагателен процес, което ще се гарантира от централизираната електронна платформа, администрирана от Агенцията по обществени поръчки. Чрез нея поетапно ще се автоматизират процесите на подаване на оферти, оценка, класиране, сключване на договор, фактуриране и разплащане.

Предвидена е и възможност за напълно електронизирано възлагане на поръчки чрез електронният търг. Електронният търг е повтарящ се електронен процес, който започва след първоначална цялостна оценка на офертите и позволява те да бъдат

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

класирани чрез методи за автоматично оценяване на представените в офертите нови, по-ниски цени и/или нови стойности, засягащи определени елементи от офертите.Той е способ за провеждане на процедура, когато офертите могат да се оценят чрез формални/обективни математически показатели (като цена, срок и др.). Съгласно мотивите на законодателя, електронният търг дава възможност за провеждане на реално конкурентно състезание в рамките на процедурата, като участниците многократно могат да подобряват офертите си, наблюдавайки действията на останалите конкуренти (без да знаят кои точно са те), като по този начин се осигуряват максимални гаранции за обективност при избора.

Новост е и допускането за извършване на така наречените пазарни консултации (чл. 44). Чрез тях възложителите могат да извършат проучвания на пазара и естеството на дейностите, които възнамеряват да възложат, като се възползват от услугите на независими експерти. За да се избегнат злоупотреби и да се създадат предпоставки за последващо правилно възлагане на поръчките, са предвидени условия за извършване на тези консултации, така че да се гарантира, че в резултат от използването им не се дава необосновано предимство на лицата, които са ги извършили, или на свързани с тях лица. Предвид това, за възложителите възниква и задължение да публикуват в профила на купувача цялата информация, свързана с консултациите, както и да определят подходящи срокове за подготовка и участие в процедурата за всички лица, така че извършилите консултациите да не се окажат в привилегировано положение спрямо останалите, като се възползват от своята предварителна информираност.

Внимание заслужават също така и някои предвиждания на новата правна уредба, свързани с изискванията към кандидатите и участниците. Сред съществуващите до този момент изисквания към участниците и кандидатите, са предвидени и основания за задължително отстраняване при установени нарушения, свързани с екологичното, трудовото или социалното законодателство при изпълнение на договор за обществена поръчка. Съгласно мотивите на вносителите на законопроекта, в своята съвкупност нововъведените причини за недопускане на определени лица до процедурите целят да въведат принцип, че лицата, извършили престъпления, нарушения или които не са изпълнили конкретни задължения, рефлектиращи върху обществения ред и

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

финансовата сигурност, нямат право да се възползват от публичните средства в качеството им на изпълнители на обществени поръчки. Предвидена е и възможност за задължително отстраняване на участници, за които е установено, че са представили документ с невярно съдържание, свързан с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор или не са предоставили изискваща се информация, свързана с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор.

На възложителите също така е предоставена възможност да предвидят в обявленията т.нар. факултативно отстраняване на кандидати и участници в някои особени хипотези, свързани с неизпълнение на договор за обществена поръчка или на договор за концесия за строителство или за услуга, както и когато лице, представляващо участника членовете на управителни и надзорни органи и за други лица, които имат правомощия да упражняват контрол при вземането на решения от тези органи е опитало е да повлияе на вземането на решение от страна на възложителя, свързано с отстраняването, подбора или възлагането, включително чрез предоставяне на невярна или заблуждаваща информация, или да получи информация, която може да му даде неоснователно предимство в процедурата за възлагане на обществена поръчка. За тези лица се съставя списък, на който законът придава информативен характер, но все още не е ясно кой ще го изготвя, какви ще са основанията за включване в него и ще подлежи ли на обжалване включването на стопанския субект в този списък.

За кандидати и участници, за което е налице някое от условията за задължително или факултативно отстраняване, е предоставена възможност да представи доказателства, че е предприел мерки, които гарантират неговата надеждност, въпреки наличието на съответното основание за отстраняване. За тази цел кандидатът или участникът може да докаже, че е погасил задълженията си за данъци и задължителни осигурителни вноски, включително начислените лихви и/или глоби или че те са разсрочени, отсрочени или обезпечени, че е платил или е в процес на изплащане на дължимо обезщетение за всички вреди, настъпили в резултат от извършеното от него престъпление или нарушение или че е изяснил изчерпателно фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на компетентните органи и е изпълнил

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

конкретни предписания, технически, организационни и кадрови мерки, чрез които да се предотвратят нови престъпления или нарушения. Преценката доколко са налице достатъчно доказателства за прилагане на „мерките за надежност“ е предоставена на възложителя, който следва да изложи мотиви относно приемането или не на тези мерки и относно допускането или не на съответния кандидат или участник въз основа на това доказване. Считам, че това правомощие на възложителите ще предостави още по-голяма свобода при преценката кои кандидати и участници да бъдат допускани до оценка, която свобода може да бъде използвана с цел необосновано отстраняване на дадени кандидати и участници. Следва да се отбележи, че таи преценка би следвало да подлежи на контрол за законосъобразност от страна на КЗК, но тогава би се стигнало до ситуацията, при която този орган ще има правомощието да изясни дали съответният стопански субект е „изяснил изчерпателно фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на компетентните органи и е изпълнил конкретни предписания, технически, организационни и кадрови мерки, чрез които да се предотвратят нови престъпления или нарушения“, доколкото подобни констатации и предписания не е предвидено да се съдържат в официален документ, който да може да се ползва с необходимата материална доказателствена сила от правоприлагащите органи.

Друга съществена част от глава седма е посветена на критериите за подбор. За доказване на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителите могат изискват същите да са реализирали минимален общ оборот, включително минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти, който не може да надхвърля двукратния размер на прогнозната стойност на поръчката, да имат застраховка „Професионална отговорност“ с покритие, съответстващо на обема и характера на поръчката и/или да са постигнали положително съотношение между определени активи и пасиви.

По отношение на възможността за позоваване на ресурсите на трети лица, отново е предоставена възможност участниците и кандидатите да се позовават на капацитета на трети лица, независимо от правната връзка между тях, по отношение на

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, техническите способности и професионалната компетентност, като в новия закон е предвидена възможност в тези случаи възложителите да поставят изискване за солидарна отговорност за изпълнението на поръчката от кандидата или участника и третото лице, чийто капацитет се използва за доказване на съответствие с критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние.

Към подизпълнителите е поставено изискване те да отговарят на същите условия, както и основният изпълнител, в съответната степен на реципрочност в зависимост от обема от дейности, които ще изпълняват, както и да отговарят на съответните изисквания за лично състояние. При участието им отново се посочва обемът, който ще изпълняват тези лица, и да се представят доказателства, че са дали съгласие да поемат оферираните обеми. Новост е предвиденото задължение за възложителите да разплащат директно на подизпълнителите сумите за такива части от предмета на обществената поръчка, които могат да бъдат предадени като отделен обект.

Внимание заслужава и т.нар. Единен европейски документ за обществени поръчки. Той представлява декларация в унифицирана за ЕС форма, като чрез нея се декларира изпълнение на условията относно личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителите, без на този етап да се изискват конкретни удостоверителни документи, а фактическото доказване на тези обстоятелства се извършва при сключване на договора за възлагане на поръчката. Въведена е възможността веднъж попълнен единният документ да може да се използва за повече от една поръчка, ако е налице сходство в изискванията между отделните поръчки.

Следващият съществен момент, който е намерил място в новия закон, е свързан с критериите за възлагане. На първо място, в закона е отразен нов подход, че следва да се търси икономически най-изгодната оферта, като дори когато оценката е базирана само върху цена, отново се преследва икономически най-изгодният резултат.

В тази връзка, предвидено е, че поръчките се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта, която се определя чрез най-ниска цена, чрез ниво тона разходите, като се отчита разходната ефективност, включително разходите за целия

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

жизнен цикъл или чрез оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка.

Съществена новост е, че вече ще е позволено на възложителите да включват като показател за оценка професионалната компетентност на персонала. Към момента такава оценка не може да се прави в състезателния етап на процедурата, а е допустима само като минимално изискване.

Новост са предвидените възможности за представяне на гаранции за изпълнение под формата на застраховка, обезпечаваща отговорността на изпълнителя.

Като положителна следва да се оцени въведената от закона възможност, съгласно която част от досега действащите основания за провеждане на процедурата „договаряне без обявление“ са трансформирани в основания за промяна на договорите за обществена поръчка. Това са случаите, при които се налага да бъде оптимизиран вече договорен процеса,като целта е да се избегне новото провеждане на допълнителна процедура, с която де факто ще се постигне същия резултат. За да се гарантира осигуряване на публичност обаче, промяната на договори с такова основание ще подлежи на оповестяване чрез Регистъра на обществените поръчки и съответно – в „Официален вестник“ на ЕС при договори на високи стойности.

И на последно място, следва да се посочи, че по отношение на системата за обжалване, досега предвиденият ред по същество не се отличава принципно от досега действащия, като новите моменти са свързани с нейното оптимизиране с цел ускоряване на производството и предотвратяване на случаи на злоупотреба с правото на обжалване.

Следва да се посочи също така и че от 15 Април 2016г. действа нова Тарифа за таксите, които се събират за производствата по Закона за обществените поръчки пред КЗК и ВАС, която предвижда различни размери на таксите в зависимост от прогнозната стойност на обществената поръчка, а именно: за поръчки на стойност до 1 000 000 лв. – таксата е 850 лв, за поръчки на стойност от 1 000 000 до 5 000 000 лв. –

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

1700 лв., а за поръчки на стойност над 5 000 000 лв. – 4500 лв.За касационното производство пред ВАС се дължи такса в половин размер на таксите, събирани от КЗК по съответната преписка, а за производствата по частни жалби пред ВАС, образувани по реда на ЗОП, се събира такса в размер 10 на сто от внесените или дължимите такси по за производствата пред КЗК и ВАС, но не по-малко от 100 лв.

Предстои да се установи дали в хода на правоприлагане на този нов закон ще се постигнат целите на ЗОП и ще се защитят основните принципи, които същият гарантира. Това в много случаи досега не бе постигано или по причина, дължаща се в дадената оперативна самостоятелност на възложителите, с която понякога се злоупотребява, или поради факта, че практиката на правоприлагащите органи до настоящия момент по допускане на предварително изпълнение на решенията на възложителите за избор на изпълнител или по налагане на временна мярка „спиране на процедурата“ доведе до редица случаи, при които се обезсмисля на практика обжалването на акта на възложителя и произнасянето по същество на спора. В общ интерес на всички участници на пазара е новият закон да предотврати подобни негативни резултати от прилагането на процедурите за възлагане на обществени поръчки, като от една страна се осигури по ефективно разходване на средства и по-голяма прозрачност, а от друга – по-голяма конкурентост между участниците в процедурите.редба

CR legal DL 2018. Всички права запазени.