



КОНФЕДЕРАЦИЯ
НА РАБОТОДАТЕЛИТЕ
И ИНДУСТРИАЛЦИТЕ
В БЪЛГАРИЯ

ГЛАСЪТ НА БЪЛГАРСКИЯ БИЗНЕС

Изх. № 180-00-180
София, 2 октомври 2013 год.

Г-Н ХРИСТО БИСЕРОВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОМИСИЯ ПО ПРАВНИ ВЪПРОСИ
НА НАРОДНОТО СЪБРАНИЕ

КОПИЕ:

✓ **Г-Н АЛИОСМАН ИМАМОВ**
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОМИСИЯ ПО ИКОНОМИЧЕСКАТА ПОЛИТИКА И ТУРИЗЪМ

Г-ЖА КОРНЕЛИЯ НИНОВА
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОМИСИЯ ПО ТРУДА И СОЦИАЛНАТА ПОЛИТИКА

Г-Н ЕМИЛ КОСТАДИНОВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОМИСИЯ ПО ИНВЕСТИЦИОННО ПРОЕКТИРАНЕ

ОТНОСНО: Законопроект за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, № 302-01-14, внесен от Министерския съвет на 29 август 2013 г.

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН БИСЕРОВ,

Във връзка с предстоящото обсъждане на внесения в Народното събрание законопроект за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, № 302-01-14, на МС Конфедерацията на работодателите и индустриалците в България изразява следната позиция:

Болшинството от предлаганите в законопроекта изменения и допълнения в Закона за обществените поръчки са очаквани и подходящи. Надяваме се, че те ще бъдат подкрепени и защитени. Правилното им прилагане би спомогнало за по-безпроблемното и ефективно провеждане на процедурите в полза на обществото.

Считаме, че от съществено значение за оптимизиране на националния пазар за възлагане на обществени поръчки в Република България, са следните мерки, препоръчвани и от Европейската комисия:

1. Разделяне на обществените поръчки на лотове (обособени позиции) и повече възможности за включване на подизпълнители.
В тази посока Европейската комисия счита, че разделянето на по-големите обществени поръчки на отделни лотове е изключително удачен инструмент за засилване на конкуренцията в пазара на обществени поръчки и улесняване на достъпа на малки и средни предприятия до същия.
2. Подобряване качеството на информацията, свързана с обществените поръчки;
3. Прилагане на пропорционални критерии за подбор на участниците в процедурите за възлагане на обществени поръчки;
4. Усъвършенстване на уредбата и практиката, касаещи критерии за възлагане на обществени поръчки и показателите за оценка на офертите;
5. Премахване на административно-бюрократичните пречки за участие в процедурите;
6. Осигуряване на регулярност и стабилитет в плащанията по сключени договори за обществени поръчки;
7. Превантивен контрол върху документацията за провеждането на процедурите и ефективен последващ контрол за изпълнението на сключените договори

Същевременно досегашната практика при подготовката и провеждането на процедурите за обществени поръчки показва проблеми, които не са уредени в закона или могат да бъдат регламентирани по-пълно и по-точно.

КОНКРЕТНИ ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО ЗАКОНОПРОЕКТА:

1. Създава се нов параграф § 3а със следното съдържание:
§ 3а. В чл. 5, ал. 4 първото изречение да придобие следната редакция:
„Обществените поръчки по ал. 1 се възлагат за срок до 5 години”.

Мотиви:

Предлаганата промяна предвижда 5 годишния срок да се отнася за всички обществени поръчки по ал.1, а не само за обществените поръчки по т.1 и т.2. При досегашната редакция за останалите точки (т.3 и т.4) на практика се въвежда безсрочност на договорите.

Много по-целесъобразно би било, ако се въведе едногодишен срок за доставки и двегодишен срок за услуги (при тях организацията на дейността и възвращаемостта на инвестициите изискват по-дълъг период от време), но не и 5 години; дълъг срок

позволява договори, сключени в резултат на порочни процедури, да се изпълняват в продължение на няколко години.

- 2. В § 17, член 22б, ал.2 предлагаме за тези документи да се въведе срок за качване в Профила на Купувача един работен ден, след датата на създаването им.**

Мотиви:

С новопредложения текст на чл. 22б, ал. 2 се предвижда в Профила на Купувача, всеки възложител да публикува документи по развитието на обявената процедура. В ал. 4 на същия член 22б е предвиден срок за публикуването на тези документи в Профила на Купувач, като този срок е първия работен ден след изпращането им за публикуване в Регистъра на обществените поръчки или на Портала за обществени поръчки. Видовете документи, които не подлежат на публикуване нито в Регистъра на обществените поръчки, нито на Портала за обществени поръчки /като протоколите на комисията/, реално остават без определен срок за качване в Профила на Купувача.

- 3. В § 22 предлагаме нова точка, която да предвижда при промяна в обявлението и документацията на обявената процедура, срокът за подаване на оферти да бъде удължаван задължително минимум с броя дни, изтекли от първоначалното публикуване на обявлението.**

Мотиви:

С чл. 27а, се дава възможност възложителят да направи промяна в обявлението и документацията на обявената процедура. Промяната може да е по инициатива на възложителя или по искане на заинтересовано лице, като решението за промяна се публикува в 14 дневен срок от публикуване на обявлението.

При извършване на промяна в обявлението и документацията на обявената процедура, с ал. 5 на чл. 27а е предвидено определяне на нов срок за получаване на оферти, но едновременно със същата разпоредба се дава възможност на възложителя и да запази първоначално определения срок. Изразът „който не може да бъде по-кратък от първоначално определения“, реално дава право на възложителя да не удължи срока, което считаме, че представлява реално намаляване с 14 дни срока, който участниците имат за подготовка и подаване на оферта. Отчитаме наличието на ал. 6 на чл. 27а, която въвежда условието срокът да бъде удължен, ако промените засягат определените критерии за подбор, изискванията към офертата или изпълнението на поръчката, но считаме, че промяна и в други параметри задължително би довело до ангажиране на времеви и човешки ресурс на участниците за проучване на нововъведените обстоятелства и изисквания на възложителя, след това до поправка или изцяло преработване на вече подготвена документация и оферта, организиране изваждането на нови документи, като всичко това следва да се развие в същия първоначално определен срок.

- 4. В § 23, т. 1 да се създаде нова подточка със следното съдържание:
..) в т. 3 след думата „позиции“ да се добави изразът „и сроковете за изпълнение“**

Мотиви:

Липсата на задължение за включване в документацията за участие в процедурата за възлагане на обществената поръчка на изискуеми срокове за изпълнение на различните дейности, позволява тези срокове да бъдат избирани за показатели в методиката за оценка на офертите. Това от своя страна създава поле за надлъгване между фирмите и не допринася за качество на процедурата.

5. В § 23 , т. 2, ал. 2 във второто изречение да се заличи изразът „могат да” и да се добави ново изречение - трето, като ал. 2 придобие следната редакция:

„(2) Методиката за определяне на комплексната оценка на офертите съдържа показателите за комплексна оценка, тяхната относителна тежест и точни указания за определяне на оценката по всеки показател. В методиката, в съответствие с техническите спецификации, се определят минимално и максимално допустимите стойности на количествените показатели. Не се допускат за оценка показатели, измерими във време, включително отложено или разсрочено плащане, предложения в полза на възложителя и/или несвойствени дейности за предмета на поръчката. В случаите по чл. 25, ал. 3, т. 3 с методиката в съответствие с техническите спецификации следва да се определи и начинът за оценяване на офертите, които са подадени за част от номенклатурите по обособените позиции.”

Мотиви:

За да бъде намален субективизмът при оценката, рамката за стойностите на количествените показатели би следвало да бъдат предварително обявена.

За отложено и разсрочено плащане има Европейска директива и текстове в Търговския закон. Показателите за време водят само до надлъгване между кандидатите. Що се отнася до предложенията в полза на възложителя и несвойствени дейности, това са порочни практики за рекетиране на кандидатите или негласно съгласувани с „печелившия” доставчик. Пример е спечелената наскоро обществена поръчка от кандидат, който даде 101 % имуществена отговорност.

6. Да се създаде нов параграф § 26а със следното съдържание:

§ 26а. Чл. 32 се изменя така:

1. В ал. 1 след изреча „техническите спецификации трябва” се добавя „да бъдат обективно обосновани и”

2. Създава се нова ал. 3 със следното съдържание:

„(3) В документацията за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка възложителят е длъжен да представи подробна обосновка на причините за определяне на конкретните технически спецификации.”

Мотиви:

Предложените изменения и допълнения са продиктувани от необходимостта да се преустанови практиката на залагане на технически спецификации от възложителите на обществени поръчки, които, без да са наложени по обективни причини, ограничават възможността на определени правни субекти да участват в обществената поръчка. Това на практика води до ограничаване на конкуренцията и дискриминация, с което се нарушават както основните принципи, заложен в Закона за обществените поръчки, така и норми от европейското право.

За периода от 2006 г. до началото на 2011 г. Комисията за защита на конкуренцията и Върховният административен съд са установили редица случаи на ограничаване или нарушаване на конкуренцията и на принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, регламентирани в чл. 2, чл. 25, ал. 5 и чл. 32 от ЗОП. Нарушенията от

страна на възложителите са свързани най-често със залагане на условия в обявлението и документацията, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки, включително и чрез формулиране на технически спецификации, които елиминират конкуренцията. В този смисъл са: Решение № 876/2007 г. на КЗК, Решение 218/2008 г. на КЗК, Решение 378/2008 г. на КЗК, Решение № 608/2007 г. на КЗК и др.

Предлаганите изменения и допълнения ще доведат до по-голяма прецизност при залагането на технически спецификации и ограничаване на нарушенията преди фазата на обжалване актовете на възложителя.

7. Да се създаде нов параграф § 29а със следното съдържание:

§ 29а. В чл. 36, ал. 2 да се добави ново, второ изречение: „Ползването на отпуск не може автоматично да се счита за обективна причина.”.

Мотиви:

В практиката този въпрос се решава противоречиво и понякога се ползва като формален повод за обжалване - било защото член на комисията, който е в отпуск, не е бил заместен от резервен член или било защото такъв член, който реално е можел и е искал да продължи работата си в комисията, е бил принудително заменен от резервен член.

8. В § 32 да се създаде нова т. 3 със следното съдържание:

3. В чл. 39, ал. 4 изразът „най-ниската оферирана цена” да се замени с изречение „най-ниската и обоснована оферирана цена”.

Мотиви:

Това ще ограничи съществуващата практика за предварително съгласувани действия на възложителя с определен доставчик - обявяване на нереално ниска „прогнозна стойност”, представяне на фиктивна оферта, прекратяване на процедурата на основание чл. 39, ал. 1, т. 3 („3. всички оферти, които отговарят на предварително обявените от възложителя условия, надвишават финансовия ресурс, който той може да осигури;”) и поставяне на кандидатите по новата поръчка в некоректни условия, които не могат да бъдат оспорени.

9. Създава се нов параграф § 33а със следния текст:

§ 33а. В чл. 41, ал. 2 се създава изречение второ:

„Възложителят не може да сключи договор за обществена поръчка над обявената прогнозна стойност в обявлението и/или документацията за участие.”

Мотиви:

Необходимо е изрично да се въведе забрана за сключване на договори за обществени поръчки над обявената от възложителя прогнозна стойност, за да се избегнат злоупотреби.

10. В § 34, т. 1 предлагаме в чл. 43, ал. 2 да бъде включена и хипотеза, допускаща изменението на договор за обществена поръчка освен в

случаите, когато има изменение на държавно регулирани цени, така също и в случаите на изменение на цени, чиито размер е определен при договаряне с участие на държавен орган (в случая с НЗОК).

Мотиви:

Съгласно чл. 43, ал. 2, изменение на договор за обществена поръчка, освен в останалите посочени случаи, се допуска и: при изменение на държавно регулирани цени, когато основен предмет на договора за обществена поръчка е дейност, чиято цена е обект на държавно регулиране и срокът му на изпълнение е над 12 месеца, или когато се налага увеличение в цената поради приемането на нормативен акт - до размера, произтичащ като пряка и непосредствена последица от него.

Така описаните хипотези не обхващат в съдържанието си случаите, когато НЗОК отправя покана до притежателя на разрешение за употреба на лекарствен продукт за представяне на предложения за отстъпки от стойността, която заплаща за лекарствени продукти, включени в Позитивния лекарствен списък. Описаната процедура е уредена в чл. 20 и сл. от Наредба № 10 от 24 март 2009 г. за условията и реда за заплащане на лекарствени продукти по чл. 262, ал. 5, т. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина, на медицински изделия и на диетични храни за специални медицински цели.

Доколкото тази процедура по същество представлява договаряне на цени, то тя предполага отношения на равнопоставеност между участниците, т.е. не е предмет на едностранно държавно регулиране и не попада в обхвата на горепосочените хипотези на чл. 43, ал. 2, т. 3 и 4. В случаите, когато след договаряне по описаната процедура се стигне до увеличаване на цената на даден лекарствен продукт, в сравнение с цената преди извършеното договаряне, липсва законово уредена възможност изпълнителят по вече сключен договор за обществена поръчка да изиска от възложителя корекция на договорените цени.

11. В § 41 в предлаганото изменение на ал. 1 изразът „възложителят може да изиска от всеки кандидат” да се замени с израза „възложителят изисква от всеки кандидат”.

Мотиви:

Думата „може” не задължава възложителя.

Ако за определена дейност се изисква задължително разрешение и възложителят не го изисква, то тогава може да бъде допуснат кандидат за участие в процедурата в нарушение на специален закон или такъв кандидат, който осъществява или ще осъществи нерегламентирана дейност.

12. В § 43, т. 1 предлаганият текст за създаване на т. 13 да отпадне или предлаганият текст да се прецизира

Мотиви:

Считаме, че предлаганото изменение на чл. 51, ал. 1 посредством добавяне на т. 13 не е обосновано, а също така не синхронизира напълно с европейското право. В разпоредба 48 на Директива 2004/18 императивно не е включена възможността възложителите да поставят изискване за внедряване на системи за управление на качеството при доказване на техническите възможности. Адмирираме избора на фирмите доброволно да прилагат международно признати стандарти в своята дейност и сме убедени в адекватността съответствието с редица изисквания на възложителите да бъде доказано посредством призната сертификация за въведени и ефективно функциониращи системи за управление в предприятията и именно в такъв аспект считаме, че е заложена философията на Директивата. Не случайно този инструмент не е включен в обхвата на чл. 48, а е разгледан допълнително в контекста

на въвеждане на ясен регламент относно обхвата и признаването на сертификатите, както и да осигурят възможността целите да бъдат постигнати посредством използване на еквивалентни на стандарта мерки за осигуряване на качеството. Макар да внася в известна степен по-голяма яснота от прилаганите към момента практики, педоставянето на възможността възложителите да изискват като условие за доставка на конкретен продукт внедряване на система за управление на качеството в предприятието, без да са регламентирани условията при които подобно изискване е обосновано, може да има ефект на стесняване на потенциалните участници в процедурата. Следва да се отчете, че в определени стопански отрасли изискванията за системен подход в производствения процес са част от нормативните условия за осъществяване на бизнес дейности, например производството на храни. Обръщаме внимание, че мотивите за добавянето на т. 13 в чл. 51, ал. 1 не са представени в придружаващия законопроект документ, което, според нас, налага по-широка дискусия.

13. В § 48, т. 1, буква „в” да придобие следната редакция:

в) доказателства за упражняване на професионална дейност по чл. 49, ако такива се изискват от възложителя или са задължителни по закон;”

Мотиви:

Ако за определена дейност се изисква задължително разрешение и възложителят не го изисква, то тогава може да бъде допуснат кандидат за участие в процедурата в нарушение на специален закон или такъв кандидат, който осъществява или ще осъществи нерегламентирана дейност.

14. В § 48, т. 3 предлагания текст на ал. 3 да придобие следната редакция:

„(3) В случаите по чл. 25а изискването на възложителя за ползване на подизпълнители може да не се изпълни, ако участникът е обединение, което не е юридическо лице и всяко от лицата в обединението ще вземе участие в изпълнението на обществената поръчка в размер, съответстващ на видовете работи, посочени в представения договор за обединение или в друг документ, подписан от лицата в обединението. Разпределението на работите трябва да осигури размера, определен от възложителя за подизпълнители, да се изпълни от поне едно от лицата в обединението. В този случай отношенията между съдружниците се уреждат съобразно договореното между тях за изпълнението на поръчката.”

Мотиви:

Смисълът на тази промяна е в това, че не трябва да се смесва понятието „дялове на съдружниците”, така както е определено в ЗЗД, с понятието размер или количество работи, които съдружниците от обединението поемат да извършат в резултат от ОП. Смесването на тези понятия води до много практически проблеми от счетоводен и данъчен характер при разплащането между съдружниците при получаване на плащане от възложителя. За това допринася и противоречивата практика на ВКС.

15. В § 56 в чл. 69а, ал. 3 първото изречение да придобие следното съдържание:

„Минимум три работни дни преди определената дата за отваряне на ценовите оферти, комисията обявява чрез съобщение в профила на купувача датата, часа и мястото на отваряне на ценовите оферти.”

Мотиви:

В новия предложен текст на чл. 69а, ал. 3 е предвидено комисията да обяви чрез съобщение в Профила на Купувача датата, часа и мястото на отваряне на ценовите оферти. В новата разпоредба не е предвиден срок, в който да се извърши това обявяване, за да се даде възможност на участниците да изпратят свои представители на отварянето на ценовите оферти.

В практиката има случаи, по досега действащия ред комисии да изпращат писма по факс, с които обявяват отваряне на ценовите оферти в същия ден, след 3 часа след изпращане на факса, без да отчитат факта, че тяхното седалище е извън София, а седалищата на фирмите - участници е в София и представители на участниците не е възможно физически да пристигнат на мястото на отваряне на офертите.

Липсата на нормативно установен задължителен минимален срок преди отварянето на ценовите оферти, в който да се обявява датата и часът на отваряне на ценовите оферти, създава предпоставки за опорочаване принципа на прозрачност при провеждане на процедурите.

16. В § 75 в чл. 101б да се добави нова алинея 7 със следното съдържание:

„(7) При подготовката и провеждането на процедурата възложителите спазват задълженията, забраните и ограниченията, съдържащи се в чл. 25, чл. 28, чл. 37а, чл. 50 и чл. 51 от закона”.

Мотиви:

В глава 8 липсват текстове, които да регламентират подробно критериите за подбор, изготвянето на методиката за оценка и пр., което позволява порочни практики, срещу които са насочени изискванията в горепосочените норми.

17. В § 85 да се направят следните промени:

**1. В т. 1, буква „а” предлаганата нова т. 1 да придобие следната редакция:
„а) създава се нова т. 1:**

1. изтичането на срока по чл. 27а, ал. 3 - срещу решението за откриване на процедурата и/или решението за промяна, а относно изисквания, които не са посочени в обявлението - от получаване на документацията, когато не е публикувана едновременно с обявлението за откриване на процедурата и/или решението за промяна;

2. създава се нова т. 6:

„6. до изтичането на срока за подаване на офертите – срещу решението по чл. 25, когато в него са заложили критерии, условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки или когато е налице нарушение на чл. 32, ал. 3.”

Мотиви:

Въвеждането на критерии, условия и изисквания, даващи предимство или необосновано ограничавачи участието на лица в обществените поръчки, представлява съществено нарушение на процедурата, което в особена степен засяга обществения интерес. Съгласно действащата редакция на чл. 120 от ЗОП, подобни пороци следва да е допустимо да се обжалват в десетдневен срок от публикуването на решението и обявлението за откриване на поръчката, а по отношение на изискванията, които не са посочени в обявлението - от получаване на документацията.

Често на практика наличието на дискриминационни и антиконкурентни критерии се установява от участниците в процедурата на един по-късен етап, когато срокът за

обжалване на решението за откриване на процедурата е вече изтекъл. По този начин се санира един съществен порок на процедурата. Общественият интерес налага въвеждане на правна норма, която да преустанови досега действащата практика.

Предложеното удължаване на срока за обжалване е в съответствие и с разпоредбата на чл. 29, ал. 1 от ЗОП, съгласно която на лицата е предоставена възможност, в срок до 10 дни преди изтичането на срока за подаване на офертите или заявленията, да могат да поискат писмено от възложителя разяснения по документацията за участие. От своя страна, възложителят е длъжен да отговори на запитването в 4-дневен срок от неговото постъпване. Едва след изтичането на този срок, субектите биха могли да преценят дали заложените критерии, условия или изисквания, действително дават предимство или необосновано ограничават участието на определени лица в обществената поръчка. Редно е законът да предостави възможност на субектите да упражнят правата си, когато имат достъп до цяла информация, въз основа на която могат да направят обоснован извод за наличието или липсата на нарушение.

Същевременно, предлаганото удължаване на срока за обжалване на решението за откриване на процедурата е ограничено до етапа на подаване на офертите, което е приемлив баланс между необходимостта от стабилност и бързина на процедурата от една страна и от друга страна - обществения интерес от провеждането на поръчки, съобразени с принципите за свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация (чл. 2, ал. 1).

ПРЕДЛОЖЕНИЯ ЗА ДРУГИ ПРОМЕНИ И ДОПЪЛНЕНИЯ В ЗОП

1. В Допълнителните разпоредби да се дефинира понятието „прогнозна стойност“:

„Прогнозната стойност е максималният размер на бюджета на възложителя за изпълнение на договора, който не може да бъде променян в хода на процедурата“.

Мотиви:

Публикуването на предвидения бюджет в обявлението ще даде възможност на кандидатите предварително да преценят смисъла на своето участие.

На практика възложителите, когато обявяват прогнозна стойност, имат предвид максималната стойност и никой от кандидатите не офертира равна или по-висока цена. Но когато има основание за обжалване на обявената прогнозна стойност, възложителят веднага изтъква като оправдание, че това е прогнозна стойност, а не максимална; КЗК, естествено, приема такава обосновка, защото в закона липсва определение на понятието „прогнозна стойност“.

Бюджетът е важен елемент от методиката за оценка на офертите при критерия „икономически най-изгодна оферта“. На практика той показва границата, до която методиката работи правилно и публикуването му ще позволи на участниците в процедурата сами да изчисляват оценката, която заслужават.

Обвързването на прогнозната стойност с максималния размер на бюджета ще отнеме възможността и ще преустанови съществуващата практика възложители да прекратяват процедурата на основание на чл. 39, ал. 1, т. 3 или т. 5 от ЗОП, без наличие на обективни причини за това и/или, ако случайно не е спечелила „правилната“ фирма.

2. В Допълнителните разпоредби, т. 12 да се измени така:

„12. "Минимална цена на труд" е минималният размер на фонд работна заплата за работната сила, определен на база на минимален осигурителен доход по дейности и групи професии, съгласно чл. 8, т. 1 от закона за бюджета на държавното обществено осигуряване за съответната година.”

Мотиви:

Задължителните разходи за работната сила не са само разходи за възнаграждения, но включват също така и икономически показатели, свързани с прилагането на трудово-осигурителното законодателство (осигуровки за сметка на работодателя, извънреден труд, отпуски, професионален стаж, работа в празнични и почивни дни, нощен труд и др.)

С уважение,

Евгений Иванов
Изп. директор

