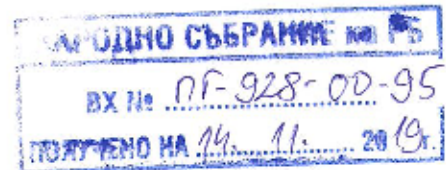


Изх. № 0077/14.11.2019 год.



ДО
Г-ЖА АННА АЛЕКСАНДРОВА
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА КОМИСИЯ
ПО ПРАВНИ ВЪПРОСИ
НАРОДНО СЪБРАНИЕ
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

Относно: Становище на Националното сдружение на експертите по обществени поръчки (НСЕОП) по проекта на ЗИДЗОП, одобрен с РМС № 655 от 6 ноември 2019 г.

УВАЖАЕМА ГОСПОЖО АЛЕКСАНДРОВА,

Водени от мисията си да подпомагаме чрез експертни становища нормотворческия процес и утвърждаването на добрите практики на национално и европейско ниво, представяме на Вашето внимание следното становище по проекта на Закон за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, одобрен с Решение на Министерския съвет № 655 от 6 ноември 2019 г.:

1. Подкрепяме предложената промяна на чл. 21, ал. 2 от ЗОП.

Позицията на НСЕОП е, че след приетите с РМС № 655 от 6.11.2019 г. редакции на първоначалния проект на ЗИДЗОП на практика са отстранени някои неоптималности в разпоредбата на чл. 21, ал. 2 от ЗОП, за които многократно бе алармирано от страна на професионалната организация.

По-конкретно, след измененията, в проекта изрично се посочва, че ал. 2 на чл. 21 от ЗОП се изменя така:

„(2) Прогнозната стойност на обществената поръчка се определя към момента на вземане на решение за нейното възлагане. Възложителят може да изчисли прогнозната стойност в резултат на проведени пазарни проучвания или консултации.“

От експертната общност изразяваме професионалното си удовлетворение, че с модификациите са взети предвид съображенията, нееднократно излагани в позиции на НСЕОП и аналитични материали по темата.

2. Изразяваме категорично несъгласие със запазването на предложението за редакция на чл. 57 в частта отпоспо доказването на обстоятелствата по т. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП, която намираме за несъответна на Директива 2014/24/ЕС и практиката на Съда на ЕС.

Ще припомним, че в решението на МС за одобрение на ЗИДЗОП тази разпоредба се одобрява следната промяна в закона:

§ 15. В чл. 57 се правят следните изменения и допълнения:

...

2. В ал. 4 думите „са налице“ се заменят с „наличието на“, а след думите „чл. 55, ал. 1, т. 4“ се добавя „е доказано с влязло в сила съдебно или арбитражно решение“.

Като мотиви е посочено, че с промяната в чл. 57, ал. 4 изрично са регламентирани документите, въз основа на които е допустимо вписването в списъка, поддържан от АОП, при наличие на обстоятелството по чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП. Те са сведени до съдебно или арбитражно решение предвид неблагоприятните последици, които могат да настъпят от вписването.

По наше мнение, така формулиран предложеният текст не съответства с предоставеното от АОП Методическо указание с изх. № МУ-2/14.02.2018 г. В него се посочва изрично, че що се отнася до доказването на вина за неизпълнението, то това не следва непременно да е с влязъл в сила акт на компетентен орган, в това число съдебен.

Тук всички в експертната общност сме единодушни, че темата безспорно е много деликатна. Особено предвид необходимостта от спазване принципите и нормите на правото на ЕС в областта на обществените поръчки с оглед на защитата на обществен интерес, на законните интереси на възложителите, както и на запазването на лоялната конкуренция между участниците.

Но за разлика от така предложеното изменение (в § 15 в ЗИДЗОП), заключенията на АОП в Методическо указание по прилагане на чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП са тези, които сме склонни да определим като значително по-правилни и юридически издържани. Най-малкото защото е естествено много често да няма съдебно решение, с което да се докаже наличието на виновно неизпълнение. Например поради простия факт, че броят на договорите за обществени поръчки с арбитражни клаузи е незначителен и едва ли алтернативното им включване ще направи нормата работеща.

В контекста на казаното, държим да подчертаем, че самите европейски директиви не изискват установяването на неизпълнението на договор за обществена поръчка да става единствено със съдебно или арбитражно решение.

Наред с това ще изразим категоричната си убеденост, че в така предложения текст на законова промяна де факто се връща предходно неработещо положение на чл. 47, ал. 2, т. 2а от ЗОП (отм.)¹, което беше в сила преди 2016 г. и което не се прилагаше на практика. Тогава в закона и в правилника всеки участник в процеса имаше своите задължения.

АОП поддържаще списък на лицата, за които е влязло в сила съдебно решение е установено неизпълнение на договор за обществена поръчка². Този списък, макар и добре поддържан, така и си остана празен.

Възложителите, от своя страна, бяха задължени в определен срок да изпращат копие от влезлите в сила съдебни решения³, с които са установили неизпълнение на договори за обществени поръчки. За изминалите седем години така и официално не стана ясно дали някой изобщо изпрати подобно решение.

И пай-накрая самите участници и кандидати подаваха декларации по образец съгласно Приложение № 3 от ППЗОП (отм.) към чл. 47а, ал. 4 от ЗОП (отм.). Там същите декларираха един малко странен текст (който очевидно сега се предлага да бъде върнат отново), а именно, че не са „виновни за неизпълнение на задължения по договор за обществена поръчка (включително по отношение на сигурността на информацията и сигурността на доставките в поръчки по чл. 3, ал. 2 ЗОП), доказано от възложителя с влязло в сила съдебно решение“.

Според нас, изложената кратка ретроспекция несъмнено показва, че вече 15 години от транспонирането на директивите от 2004 г. Продължаваме да се опитваме да намерим работеща формула, така че изпълнители, нарушили задълженията си, да бъдат поне временно отстранени от участие в обществени поръчки, каквато формула определено не успяхме да намерим с нормите на закона, действал до 2016 г. Потвърждение на горното заключение е и фактът, че чл. 47, ал. 2, т. 2а от ЗОП (отм.) беше напълно неработещ в практиката.

С оглед на изложеното потвърждаваме позицията си, че **преди да се вземе каквото и да е решение за законови изменения в тази връзка, безспорно следва да се направи експертен анализ на приложимата практика на Европейския съд и по-конкретно Решение на Съда (четвърти състав) от 19 юни 2019 година по дело C-41/18 с предмет пресюдициално запитване, отправено от Tribunale amministrativo regionale della Campania (Областен административен съд Кампания, Италия).**

В посоченото решение се открояват няколко ключови заключения, а именно:

1. Директива 2014/24 ограничава свободата на преценка на държавите членки,

¹ Чл. 47, ал. 2, т. 2а от ЗОП (отм.) Възложителят може да отстрани от участие в процедура за възникване на обществена поръчка кандидат или участник: ... 2а. (нова - ДВ, бр. 33 от 2012 г.) **който е виновен за неизпълнение на задължения по договор за обществена поръчка, включително по отношение на сигурността на информацията и сигурността на доставките в поръчки по чл. 3, ал. 2, доказано от възложителя с влязло в сила съдебно решение.**

² чл. 19, ал. 2, т. 25. от ЗОП (отм.)

³ Чл. 5, ал. 1, т. 15 от ППЗОП (отм.)

относно прилагането на Член 57, параграф 4, буква „ж“ от Директива 2014/24/ЕС, т.е. импшо **ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ**, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, могат да **изключат от участие в процедурата** икономически оператори за които е налице посоченото обстоятелство, а импшо *“Когато икономическият оператор е допуснал значителни или трайни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходен договор за обществена поръчка, предходен договор за поръчка с възложител или предходен договор за концесия, довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор, изплащане на обезщетения или други подобни санкции”*.

Според Съда на ЕС, от текста на посочената разпоредба е видно, че грижата да преценят дали даден икономически оператор трябва да бъде изключен от процедура за възлагане на обществена поръчка е поверена именно на **възлагащите органи, а не на националния съд**.

Съдът **заключва, че преценка на държавите членки не е всеобхватно и че щом като някоя държава членка вземе решение да възприеме определено факултативно основание за изключване по Директива 2014/24, тя трябва да се съобразява с основните му черти, предвидени в нея**. Като уточнява, че държавите членки определят „условията за прилагане на настоящия член“ „при спазване на правото на Съюза“, член 57, параграф 7 от Директива 2014/24/ЕС не допуска държавите членки да видоизменят предвидените в тази разпоредба факултативни основания за изключване или да не се съобразяват с целите или принципите в основата на всяко от тези основания.

2. Възможността всеки възлагащ орган, да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, е предназначена **именно да му даде възможност да оцени честността и надеждността на всеки оферент**, както е видно от член 57, параграф 4, букви в) и ж) и съображение 101 от Директива 2014/24⁴.

3. На следващо място, съгласно член 57, параграф 5 от Директива 2014/24/ЕС възлагащите органи трябва да могат да изключат даден икономически оператор „във всеки момент от процедурата“, а не само след като съд е постановил решението си, което е допълнителен показател за волята на законодателя на Съюза да позволи на възлагащия орган да направи собствена преценка на действията или пропуските на даден икономически оператор преди или по време на процедурата за възлагане на поръчката, в един от случаите, посочени в член 57, параграф 4 от тази директива.

4. На следващо място Съдът **заключва, че ако възлагащият орган следваше автоматично да бъде обвързан от преценка на трето лице, вероятно би му било трудно**

⁴ Всъщност, както подчертава генералният адвокат в точки 42 и 43 от заключението си, тези две основания за изключване се опират на един основен компонент в отношението между изпълнителя по договора и възлагащия орган, а именно надеждността на изпълнителя, на която се основава доверието на възлагащия орган към изпълнителя. Така в съображение 101, първа алинея от тази директива се посочва, че възлагащите органи могат да изключват „икономически оператори, които са се оказали ненадеждни“, докато във втора алинея се вземат предвид, при изпълнението на предходни обществени поръчки, „недопустими действия, които пораждаат сериозни съмнения относно надеждността на икономическия оператор“ (Решение на Съда (четвърти състав) от 19 юни 2019 г. по дело C-41/18).

да обърне особено внимание на принципа на пропорционалност при прилагането на факултативните основания за изключване. Съгласно съображение 101 от Директива 2014/24 обаче този принцип предполага по-специално че преди да се вземе решение за изключване на даден икономически оператор, това правомощие изисква да се отчете незначителността на допуснатите нередности или повтарянето на незначителни нередности.

Това заключение потвърждава практиката на Съда по старото поколение директиви, съгласно които не се допуска национална правна уредба, която предвижда, че е налице сериозно професионално нарушение, което води до **автоматично изключване на съответния икономически оператор** от текуща процедура за възлагане на обществена поръчка или такава, която **задължава** възлагащия орган да изключи автоматично икономически оператор.

Съдът напомня, че новото поколение директиви установява в механизма за коригиращи мерки (self-cleaning)⁵.

Този механизъм, напомня Съдът, се прилага по отношение на икономическите оператори, които не са били изключени с окончателно съдебно решение⁶, цели да насърчи икономическия оператор, който се намира в едно от положенията по член 57, параграф 4 от посочената директива, да представи доказателства за това, че предприетите от него мерки са достатъчни за доказване на неговата надеждност въпреки наличието на съответното факултативно основание за изключване. **Ако бъде преценено, че тези доказателства са достатъчни, икономическият оператор не трябва да бъде изключен от процедурата за възлагане на обществена поръчка**⁷. За тази цел икономическият оператор трябва да докаже, че е платил или е в процес на плащане на обезщетение за всички вреди, настъпили в резултат от престъплението или нарушението, изяснил е изчерпателно фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на разследващите органи, и е взел конкретни технически, организационни и кадрови мерки, които са подходящи за предотвратяването на нови престъпления или нарушения.

5. В заключение Съдът посочва, че Член 57, параграф 4, букви в) и ж) от Директива 2014/24/ЕС трябва да се тълкува в смисъл, **че не допуска национална правна уредба**, съгласно която оспорването по съдебен ред на решението за предсрочно прекратяване на договор за обществена поръчка, взето от възлагащ орган поради допуснати значителни недостатъци при неговото изпълнение, **пречи на възлагащия орган, който открива нова процедура за възлагане на обществена поръчка, да направи на етапа на подбора на**

⁵ Член 57, параграф 6 от Директива 2014/24/ЕС

⁶ Съдът прави ясно разграничение за случаите в които за икономическия оператор са налице единствено констатирани от възложител обстоятелства свързани с виновно неизпълнение и окончателното изключване на лицето е влязло в сила съдебно решение, без да изключва първият подход за доказване умишлено неизпълнение на договор за обществена поръчка.

⁷ В това отношение коригиращите мерки подчертават, значението, което се придава на надеждността на икономическия оператор, като този компонент се отразява значително на основанията за изключване, отнасящи се до субективното положение на оферента.

оферентите каквато и да било преценка на надеждността на засегнатия от това прекратяване оператор.

Полезно ще бъде да се направи и анализ на решения на Съда по и други дела, приложими към разглеждания случай.

Например решението по дело C-465/11 с предмет пресюдициално запитване, отправено на основание член 267 от ДФЕС от Krajowa Izba Odwoławcza (Полша) и други.

Повод за убедеността ни в изразената позиция ни дава и заключението на генералният адвокат в точка 32 от заключението си по посоченото дело, съгласно което *“текстът на член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 е достатъчно близък до текста на член 45, параграф 2 от Директива 2004/18 – разпоредба, която той отменя, така че исканото от запитващата юрисдикция тълкуване да може да се основе на практиката на Съда относно последната разпоредба”* (арг. Дело C-41/18).

Всъщност изложената практика на Съда, в пълна степен е споделена и от националните органи – КЗК и ВАС. Така например, в серия свои решения⁸ IV-то Отделение на ВАС, потвърждава, че не е допустимо автоматичното отстраняване на участниците.

Примери в тази връзка са напр. случаите когато участниците са включени в списъка на АОП по чл. 57, ал. 4 от ЗОП или в РОП е публикувана информация, която има статистически цели и не може да се приеме за годно доказателство, че по отношение на стопанския субект е палице обстоятелството по чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП и т.н.

В своите решения КЗК и ВАС потвърждават, че що се отнася до доказването на вина за неизпълнението, то не следва непременно да е с влязъл в сила акт на компетентен орган, в това число съдебен. Независимо от това, възложителят трябва да се снабди с безспорни доказателства относно твърдяното виновно неизпълнение.

Съгласно съдебните мотиви за да бъде аргументирано допускането или недопускането на съответния участник в процедурата, това следва да става само и единствено след извършване на самостоятелна оценка и проучване от страна на помощния орган.

Намираме всичко това за достатъчно основание да твърдим, че вече са палице резултати от възможностите, предоставени в националната уредба, за елиминирането на изпълнители, които постоянно не изпълняват задълженията си и поставят самите възложители в много неблагоприятна ситуация.

В тази връзка ще напомним и това, че етапът на проследяване изпълнението на сключените договори и приемане на резултатите от тях всъщност са ключови и в значителна степен по-важни като резултат за обществото, отколкото който и да е от другите етапи на процеса. Не случайно с промените от ДВ, бр. 13 от 2019 г. в чл. 13 от

⁸ Напр. Решения на ВАС с № 9717 / 20.07.2017, № 6821 / 23.05.2018 г., № 7851 / 12.06.2018 г., № 9399 / 10.07.2018 г. и др.

Закона за финансово управление и контрол в публични сектор беше въведено задължение възложителите да извършват контролни дейности, включващи: “политики и процедури за текущ контрол върху изпълнението на поети финансови ангажименти и сключени договори” и “политики и процедури за последващи оценки на изпълнението”.

Обобщавайки изложеното потвърждаваме становището си, че така предложен, текстът в § 15 на ЗИДЗОП, одобрен с РМС № 655 от 6 ноември 2019 г., не само няма да внесе необходимата яснота относно предвидената законова възможност за отстраняване на некоректни изпълнители, а де факто ще направи нормата отново неработеща. Никак не е маловажен в случая и фактът, че, както става ясно и от изложените тук аргументи, предложеният текст на §14 от проекта е в явно противоречие с Член 57, параграф 4, буква „ж,, от Директива 2014/24/ЕС.

В заключението на горесизложеното становище, изразяваме надежда, че ще срещнем подкрепа и разбиране за направените констатации и конструктивни предложения, като с това ще утвърдим принципите на откритост, съгласуваност, диалогичност и едиподдействие при създаване и развитие на нормативната рамка в сектора на обществените поръчки.

Защото възлагаме надежди за едно по-добро общо бъдеще!

гр. София

С УВАЖЕНИЕ:

ИВАЙЛО СТОЯНОВ,

ГЛ. СЕКРЕТАР НА НСЕОП

