



ПРОБЛЕМИ И ВЪНШЕН КОНТРОЛ ПРИ НЕПРИЛАГАНЕ НА ОБЩИТЕ ПРАВИЛА ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

гл. ас. д-р Миглена Павлова

Доктор по икономика, УНСС

Дипломиран експерт-счетоводител, регистриран одитор

Резюме

В статията е направен общ преглед на промените в законодателството по обществени поръчки, засягащи три групи правила и норми, обединени от общата им характеристика на изключения: изключения от закона; изменения на договорите (като отклонение от общата норма за принципната им забрана); и процедури на договаряне без обявление или пряко договаряне (при които се игнорира принципният ред за провеждане на състезателна процедура). Отражено е разбирането, че промените се явяват израз на натрупан опит в прилагането на предходното законодателство (вкл. в практиката на ЕС по различни казуси, очертали възлови проблеми и въпроси при практическото прилагане на правилата за обществените поръчки). Подходи за външен контрол при проверката им.

Основните тематични акценти в изложението са:

-нови решения при уредбата на някои от основанията, за които прилагането при предходния режим е съпътствано с проблеми, а с новото законодателство е намерено адекватно решение. Като примери са разгледани изключенията за правните услуги, арбитражните и помирителни услуги, както и специфичното основание за изключване на аудио-визуалните медийни услуги.

-изключения от приложното поле на закона, за които и след приемането на новите директиви остава необходимостта от изясняване на приложимостта на дадено изключение, и – ролята на методическите функции на АОП за законосъобразното прилагане на основанията (чрез методическо изясняване на същността и обхвата им), извън външния контрол, предвиден за част от основанията. Тук като примери са анализирани изключенията, свързани с прилагане на правила на международна организация или международна финансираща институция.

-промените в областта на изменение на договорите, при които е налице принципно нов подход в уредбата. Направен е общ анализ на основанията, като е изведена гледна точка за разбирането им като изява на водещия критерий – да не се стига до подмяна на условията на поръчката или игнориране на конкурентния избор, осъществен в процедурата, в нарушение на основните принципи за възлагане.

Накратко е отбелязано запазването на принципните положения по отношение основанията за прилагане на процедури на договаряне и запазването на утвърдения вече външен контрол.

Ключови думи: *изключения от приложното поле на Закона за обществените поръчки; правни услуги; арбитражни и помирителни услуги; медийни услуги; международна организация; изменения на договори, сключени по Закона за обществени поръчки; външен контрол*

Характерна особеност на законодателството по обществените поръчки е особената чувствителност към регулацията на правила, с които се въвежда отклонение от общия ред за възлагане. Този аспект има своето проявление спрямо няколко групи правила и норми, обединени от общата им характеристика на изключение. Това са:

- изключенията от приложното поле на закона;
- измененията на договорите – като отклонение от общата норма за принципната им забрана;
- процедурите на договаряне без обявление или пряко договаряне – при които се игнорира принципният ред за провеждане на състезателна процедура.

И при трите групи характерът на отклонение обуславя, от една страна, обвързването им с изрично дефинирани условия и предпоставки за допустимост, а от друга – необходимост от проследяване и контрол върху прилагането им.

Как се отразяват промените в европейското и национално законодателство след приемането на Директиви 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС и въвеждането им в Закона за обществените поръчки, в сила от 15.04.2016 г., спрямо тези части, както и контрола върху тях

Целта на настоящето изследване е да са идентифицират основните проблеми при очертаните направления на неприлагане на общите правила за възлагане на обществените поръчки и да се даде представа за различните форми на контрол, осигуряващи спазването на законодателството по обществените поръчки.

За постигане на целта са формулирани следните основни задачи:

- да се направи опит за задълбочено анализиране и тълкуване на разгледаните изключения от приложното поле на законодателството в областта или от предвидения в него общ ред;
- да се идентифицират основни проблеми, свързани с практическото им разбиране и прилагане;
- да се изложат мотиви и да се формулират изводи, очертаващи значението на методическите функции, наред с осъществяването на вътрешен контрол, с оглед гарантиране на законосъобразност при цялостното функциониране на системата на обществени поръчки.

Като цяло може да се обобщи, че в основата на новата уредба не стоят същностни и кардинални различия, а по-скоро промените могат да се разглеждат като проявление на натрупан опит в прилагането на предходното законодателство (вкл. с практиката на ЕС по различни казуси, очертали възлови проблеми и въпроси при практическото прилагане на правилата за обществените поръчки).

Очаквани и необходими решения в новите директиви, възпрети и в националния закон, в уредбата на някои от традиционните изключения, чието прилагане при предходния режим е било съпътствано с трудности и проблеми при изясняване на съдържанието им

Като един от примерите в тази посока могат да се посочат правните услуги (чл. 13, ал. 1, т. 7 от ЗОП) и особено услугите от нотариуси и упражняването на функции на държавна власт, включително услуги по съдебното изпълнение, предоставяни от съдия-изпълнител.

За целите на изключението и внасяне на яснота правните услуги, включени в обхвата на това основание, са определени посредством изричното изброяване на следните групи:

- а) представителство на клиент от адвокатско дружество или от адвокат в арбитражна или помирителна процедура в държава членка, трета страна или пред международна арбитражна или помирителна инстанция, или в производство пред съд, юрисдикция или публичен орган на държава членка, или трета страна, или пред международен съд, юрисдикция или институция;
- б) предоставяне на правни съвети от адвокатско дружество или от адвокат при подготовката на производство по буква „а“, както и предоставяне на правни съвети по въпроси, които могат да станат предмет на производствата по буква „а“;
- в) удостоверяване и заверяване на документи, които задължително се извършват от нотариус;
- г) предоставянето им от лица, определени от съд или компетентен орган, или по силата на закон, като изпълнението на услугите е под надзора на съда или на компетентния орган;
- д) упражняването на функции на държавна власт, включително услуги по съдебното изпълнение, предоставяни от съдия-изпълнител.

Услугите, посочени в буква „а“ и буква „б“, имат систематична обособеност с оглед връзката си с осъществяване на процесуално представителство от страна на адвокат или адвокатско дружество. За точното прилагане на това изключение е необходимо да се изясни съдържанието на елементите от фактическия състав на различните хипотези.

На първо място, налице са нормативно установени ограничения относно субекта, предоставящ услугите, а именно – адвокат или адвокатско дружество. За целите на ЗОП понятието за „адвокат“ е дефинирано в § 2, т. 1 от ДР на закона като „лице по смисъла на чл. 3, ал. 2 или чл. 11 от Закона за адвокатурата, както и лице, придобило адвокатска правоспособност в трета страна, когато има право да упражнява процесуално представителство в арбитражна или помирителна процедура или в производство по чл. 13, ал. 1, т. 7, буква „а“ от ЗОП“.

На следващо място, като изискуемо условие за прилагането на изключението, са характеристики на производството, а именно:

- арбитражна или помирителна процедура в държава членка, трета страна или пред международна арбитражна или помирителна инстанция;
- производство пред съд, юрисдикция или публичен орган на държава членка или трета страна, или пред международен съд, юрисдикция или институция.

Като задължителен елемент от фактическия състав за прилагане на основанието се явява и връзката с процесуалното представителство в описаните по-горе производства. Тази връзка следва да бъде в някоя от описаните в букви „а“ и „б“ форми:

- осъществяване на самото процесуално представителство в производство от изброените;
- предоставяне на правни съвети при подготовка на такова производство;
- предоставяне на правни съвети по въпроси, които могат да станат предмет на производство от изброените.

Доколкото осъществяването на процесуално представителство предполага отношения на доверие „с оглед на личността“, този им характер е в основата на установената неприложимост на правилата за обществените поръчки.

Във връзка с предоставянето на правни съвети в хипотезата на подготовка или по въпроси, които могат да станат предмет на производство от описаните, следва да се има предвид, че доколкото става дума за изключение, те следва да се разбират ограничително, с оглед на което трябва да е налице непосредствена и реална перспектива за образуване на подобно производство.

В букви „в“, „г“ и „д“ са обхванати услуги, общото между които е, че са част от изпълнение на определени държавни функции, свързани с упражняването на официална власт, и които се изпълняват от органи или физически лица, определяни или избирани по начин, който не може да се обхване от правилата на обществените поръчки. В буква „в“ изрично са конкретизирани услугите по удостоверяване и заверяване, които съгласно установения правен ред се извършват задължително от нотариуси, чиято дейност е изцяло регламентирана от специална правна уредба. Аналогично, в буква „д“ са посочени конкретно услуги, осъществявани от съдия-изпълнители, като упражняване на държавни функции, и изцяло регламентирани в специална нормативна уредба.

В буква „г“ е очертан като общ критерий за изключване на услуги, които се предоставят от лица, чието определяне е в правомощията на съд или друг компетентен орган, по силата на закон, а самото изпълнение на услугите се осъществява под надзора на съда или компетентния орган. Неизчерпателното посочване, с извеждане на изискуемите характеристики и условия, позволява да се обхванат различни хипотези, които отговарят на критерия в буква „г“.

По отношение на арбитражните услуги (чл. 13, ал. 1, т. 6 от ЗОП) основанието е приложимо спрямо избора на арбитражен съд. Що се отнася до т. нар. „помирители услуги“, в съответствие с българското законодателство изключението следва да обхваща избора на медиатор, правно регламентиран като част от доброволна, поверителна процедура за извънсъдебно разрешаване

на спорове (медиация), при която трето лице – медиатор, подпомага спорещи страни да постигнат споразумение в съответствие с правила, уредени в специален закон (в българското законодателство – Закона за медиацията). Общият обединяващ признак, определящ изключването на тези услуги, е, че става дума за дейност по разрешаване на спорове като правно допустима и регламентирана алтернатива на процедури пред съд или друг орган. Съществено условие за тази дейност е наличие на съгласие и договореност между две страни относно прилагането на алтернативата, както и избора на лицето, на което страните ще предоставят решаването на спора (арбитражния съд или медиатора). Характерът на отношенията, които са отношения на доверие, както и наличието на специална правна уредба, регламентираща избора и съответните процедури, обуславят неприложимост на правилата за обществените поръчки спрямо този вид услуги и изключването им от приложното поле на ЗОП.

Ново развитие има и основанието за изключване на аудио-визуални медийни услуги, което се оказва със значително практическо значение с оглед необходимостта от информация и публичност във връзка с усвояването на средства, предоставяни от европейски фондове и програми.

Подходът за разбиране на изключението, регламентирано в чл. 10, буква „б“ от Директива 2014/24/ЕС, е зададен в текста на съображение 23 от преамбюла на директивата, според който в основата на изключването са аспекти с културна или социална значимост, които трябва да бъдат съобразени и които правят неподходящо прилагането на обществените поръчки.

Тези аспекти произтичат, от една страна, от особеното качество на субектите, които възлагат, или на които се възлагат услугите – доставчик на медийни услуги, а от друга страна – от специфичния предмет на тези услуги.

При анализ на чл. 10, буква „б“ от Директива 2014/24/ЕС могат да бъдат изведени три групи услуги, изключени от приложното поле на директивите:

- придобиване, разработка, продуциране или съвместно продуциране на материал за предавания, предназначен за аудио-визуални медийни услуги или радио услуги, които се възлагат *от доставчици на радио услуги или аудио-визуални медийни услуги*;
- поръчки за програмно време;
- осигуряване на предавания, които се възлагат *на доставчици на радио услуги или аудио-визуални медийни услуги*.

Извън поръчките за програмно време (за които не се поставят въпроси), останалите две групи са свързани с осигуряване на предавания или на материал за предавания. Разликата е, че в едната хипотеза – „осигуряване на предавания“, става дума за готов продукт, а в другата са обхванати дейности, които съставляват подготовка на този продукт – „материал за предавания“.

Това обуславя защо при дейностите по подготовка – придобиване, разработка, продуциране или съвместно продуциране на материал за предавания, предназначен за аудио-визуални медийни услуги, изключението е приложимо за поръчки, възлагани от доставчици на медийни услуги, а за готовия продукт „осигуряване на предавания“ – изключението е предвидено за поръчки, които се

възлагат на доставчиците на медийни услуги (изключението, приложимо към поръчките, възлагани от доставчици на медийни услуги, в българския закон е отнесено към основанията за изключване, приложими от публични възложители.)

Указание за смисъла, в който следва да се разбират определящите понятия от фактическия състав на изключението, се съдържа в чл. 10, буква „б“ от Директива 2014/24/ЕС чрез препращане към легалните дефиниции в член 1, параграф 1 от Директива 2010/13/ЕС. Тези дефиниции са въведени и в националното законодателство – в Закона за радиото и телевизията (ЗРТ), към който препраща и § 2, т. 6 от ЗОП.

Под „предаване“ следва да се разбира „поредача от движещи се образи със или без звук, която представлява обособена част от програмна схема или каталог, утвърдена от доставчик на медийни услуги и чиито форма и съдържание са сравними с формата и съдържанието на телевизионно излъчване (член 1, параграф 1, буква „б“ от Директива 2010/13/ЕС, респ. чл. 2, ал. 3 от ЗРТ). За целите на изключението „материал за предавания“ има същия смисъл като „предаване“.

От анализа на понятието „доставчик на медийни услуги“ е видно, че определящо значение има характеристиката „който носи редакционна отговорност за избора на съдържанието на медийната услуга и определя начина, по който тя е организирана“. Редакционната отговорност е дефинирана в чл. 4 от ЗРТ и в параграф 1 от Директива 2010/13/ЕС като „упражняване на ефективен контрол както върху избора на предавания, така и върху тяхната организация както в хронологичен ред при линейни услуги, така и в каталог при медийни услуги по заявка“. В текста от директивата изрично се подчертава, че редакционна отговорност не означава и не е юридическа отговорност. Видно от дефиницията тя има отношение и в нея се концентрират изтъкнатите в съображение 23 от Директива 2014/24/ЕС социални и културни аспекти. Това означава, че доставчикът на медийни услуги при осъществяване на очертаните дейности се ръководи и съобразява с множество фактори от различен характер, преимуществено социален, културен, политически, или друг (като напр. следване на определени социални или политически позиции, естетически разбирания, тематична насоченост, и пр.). Също така към особените аспекти следва да бъде отнесено и задължението на доставчиците на медийни услуги да разпространяват програми и предавания само с предварително уредени авторски и сродни на тях права (чл. 9 от ЗРТ).

Важно за очертаване обхвата на изключението е да се подчертае, че лица, които само разпространяват програми, за които не носят редакционна отговорност, нямат качеството „доставчици на медийни услуги“ при осъществяването на тази дейност (чл. 4, ал. 3 от ЗРТ). Затова тази хипотеза ще бъде извън обхвата на изключението, доколкото няма да е налице изискуемото качество „доставчик на медийни услуги“.

Редакционната отговорност се явява същностен признак и по отношение предметния обхват на изключението при дефиниране на понятието за „медийна услуга“.

Съгласно член 1, параграф 1, буква „а“ от Директива 2010/13/ЕС, респ. чл. 2, ал. 2 от ЗРТ, „аудио-визуалната медийна услуга“ има следните две форми:

- услуга в рамките на редакционната отговорност на доставчик на медийни услуги, чиято основна цел е осигуряването на предавания за информиране, забавление или образование на широката общественост чрез електронни комуникационни мрежи по смисъла на чл. 2, буква „а“ от Директива 2002/21/ЕО, която от своя страна може да бъде:
 - а) телевизионно излъчване за едновременно гледане на предавания въз основа на програмна схема (линейна аудио-визуална медийна услуга), или
 - б) аудио-визуална медийна услуга по заявка за гледане в избран момент, въз основа на каталог на предавания, подбрани от доставчика (нелинейна аудио-визуална медийна услуга);
- аудио-визуални търговски съобщения – изображения със или без звук, предназначени да рекламират пряко или непряко стоки, услуги или имидж (репутация) на физическо или юридическо лице, извършващо стопанска дейност, или да съдействат за популяризиране на кауза или идея, или да предизвикат друг ефект, желан от рекламирация, придружаващи или включени в дадено предаване срещу заплащане или друго възнаграждение (чл. 73 от ЗРТ). Те могат да бъдат съответно: *реклама, спонсорство, телевизионен или радио пазар, позициониране на продукт* (съгласно определенията в чл. 74, ал. 1-4 от ЗРТ). Включването им в медийните услуги става чрез писмен договор с доставчика на медийни услуги. Изрично е регламентирано, че в тях не могат да се използват гласове и образи на действащи журналисти – водещи на новини, с едно допустимо изключение: когато търговското съобщение е за популяризиране на кауза или идея (чл. 78 от ЗРТ).

За целите на практическото прилагане и контрол на изключението е необходимо да се разграничат двете форми на аудио-визуална медийна услуга – от една страна, аудио-визуални услуги в рамките на редакционната отговорност на доставчика, и от друга – аудио-визуални търговски съобщения. Основен разграничителен критерий за това разграничение е – дали съответната „медийна услуга“ е в рамките на редакционната отговорност на доставчик на медийни услуги, или не.

Въз основа на обсъдените текстове може да се направи извод, че изключението е приложимо към аудио-визуалните услуги от първата група – телевизионно излъчване и аудио-визуална медийна услуга по заявка по каталог, подбран от доставчика (т.е. линейните и нелинейни медийни услуги), които са в рамките на редакционната отговорност на доставчика. Това именно са визираните в чл. 10, буква „б“ от Директива 2014/24/ЕС „предавания“ и „материал за предавания“.

Извън обхвата на изключението ще бъдат търговските съобщения, доколкото те са извън редакционната отговорност, макар и придружаващи или включени в дадено предаване.

По отношение на изключенията от закона осъществяване на външен контрол от Агенцията по обществени поръчки е предвидено спрямо изключенията по чл. 14, ал. 5-8 от ЗОП (т. нар. „in-house“ от страна на публичен възложител).

По отношение на останалите изключения от закона, независимо че не са обхванати от уредбата на външния контрол, АОП има косвено въздействие за осигуряване законосъобразното им прилагане, посредством упражняване функциите си на методически орган, доколкото основно значение за законосъобразното позоваване има изясняването и разбирането на съдържанието на съответните норми. Това има особено актуално значение по отношение на някои изключения, чието законосъобразно прилагане неизбежно изисква методическо изясняване на обхвата и предпоставките.

По отношение на някои от изключенията от приложното поле на закона и след приемането на новите директиви остава необходимостта от изясняване на същността и обхвата на дадено изключение. Такива са например:

Основанието за изключване на обществени поръчки и конкурси за проект, които се възлагат по правилата на международна организация или международна финансираща институция, изцяло или частично финансирани от съответната организация или институция (чл. 13, ал. 1, т. 2 от ЗОП). Това изключение допуска дерогиране на ЗОП и възлагане на поръчки по правила на международна организация или международна финансираща институция, когато те се финансират изцяло от съответната организация или институция. При съфинансиране с повече от 50 на сто от международна организация или международна финансираща институция приложимите процедури се договарят между страните. За прилагането на това изключение е необходимо наличието на следните условия:

- субектът, който предоставя финансирането (изцяло или частично) да е международна организация или международна финансова институция, като това качество подлежи на установяване и доказване;
- възлагането на поръчките да се подчинява на определени правила на международната организация или международна финансова институция, в които се съдържат конкретни изисквания и процедури за възлагане. Тези процедурни правила могат да произтичат от учредителния договор на организацията и/или от разпоредбите за реда и условията за прилагане на конкретния договор, както е определено от компетентните органи за вземане на решения на организацията.

Уместно е да се подчертае, че в хипотезата на частично съфинансиране с над 50 на сто, когато приложимият ред за възлагане на поръчки се договаря между страните, позоваването на това изключение ще изисква да се обоснове какво налага при договарянето да се приеме прилагането на различни процедурни правила вместо директивите и националното законодателството по обществените поръчки.

Друго основание, което традиционно поражда въпроси относно обхвата на приложението му, е изключението, предвидено за обществени поръчки, които се

възлагат в съответствие с процедури за възлагане на обществена поръчка, установени от международна организация в нейни правила (чл. 13, ал. 1, т. 3 от ЗОП).

Относно предпоставките за прилагане на това изключение от страна на Европейската комисия е изразявано становище, че е необходимо наличието на следните условия:

- институцията, с която се сключва договор, да има качеството „международна организация“;
- дейностите, които ще се възлагат, да са предвидени в учредителните документи на организацията като част от нейните институционални и законоустановени дейности;
- възлагането да се подчинява на процедурни правила на съответната международна организация, различни от тези по директивите.

В ЗОП, както и в европейското законодателство по обществени поръчки липсва дефиниция на понятието „международна организация“ за целите на разпоредбите, в които се съдържа – чл. 13, ал. 1, т. 2 и 3 от ЗОП. Предвид липсата на легално определение са изведени негови съществени белези и характеристики. Като „международна организация“ се определя обединение на субекти на международното право, главно държави. Обединението следва да притежава собствена международна правосубектност, която включва дееспособност да се създават договорни отношения с трети държави, както и възможност да участва в създаването на международноправни норми. Тази правосубектност има произведен характер, доколкото възниква по силата на международен договор. Организацията трябва да функционира постоянно, чрез система от висши, изпълнителни и административни органи.

Организацията трябва да е създадена за постигане на законосъобразни цели, които по своята същност не са от предимно икономическо естество и са различни от обикновеното генериране на печалба. Такива са организациите, които изпълняват мисии посредством икономически средства за цели, като подобряване на обществената инфраструктура, доколкото чрез тях допринасят за изпълнението на обществена политика, без основната им цел да е генериране на печалба. От тази гледна точка ЕК приема, че ЕИБ, ЕБВР и Световната банка (вкл. МБВР, МФК и останалите институции от групата на Световната банка) могат да се считат за международни организации по смисъла на посоченото изключение.

Възлагането следва да се урежда от процедурни правила, които са различни от тези по приложимите директиви и националното законодателство по обществени поръчки. Те трябва да се основават на разпоредби от учредителния договор на организацията или такива, отнасящи се до изпълнението му. Това означава, че е необходимо дейностите, предмет на възлагане, да са предвидени в учредителните документи, както и да съществуват процедури за преценка на искането или на изразения интерес от страна на международната организация, които не позволяват участието ѝ в конкурентна процедура. Като пример за това биха могли да се посочат разпоредбите на „Редактираната рамка за услуги по предоставяне на знание срещу заплащане – „Revised Framework for the Provision

of Fee-Based Knowledge Services” на Световната банка от 5 септември 2008 г. (SecM2008-0376), за които ЕК счита, че могат да се приемат за процедурна рамка, която отговаря на изложените изисквания.

Едни от най-съществените промени в действащото законодателство по обществените поръчки са в областта на изменение на договорите.

В предишните директиви тази материя не е уреждана, като е предоставена възможност на държавите членки сами да изберат начина, по който да я регламентират. Така в национално законодателство, в предходния режим е възприет подход, който може да се обобщи като доста рестриктивен, с обща забрана за изменение и изключения, строго изчерпателно изброени и описани в закона.

Действащият закон следва решенията, възприети в директивите от 2014 г., основани на натрупаната през годините практика на Съда на Европейския съюз. Следвайки този опит, новите законодателни решения уреждат възможностите за изменение на договорите по начин, който може да се определи като значително по-гъвкав, способен да отговори на реалните потребности в различни възможни хипотези.

Новата уредба в изменението на договори за обществени поръчки, която следва решенията, възприети в Директиви 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС, се отличава с принципно нов подход при очертаването на допустимите основания. Характерното за предходната уредба формулиране на конкретни хипотези е заменено с извеждане на обобщени основания въз основа на принципите за равнопоставеност и свободна конкуренция, публичност и прозрачност. Във всяко от основанията се съдържа определено проявление на водещия критерий – да не се стига посредством изменението до подмяна на условията на поръчката и/или игнориране на конкурентния избор, осъществен в процедурата, в нарушение на основните принципи за възлагане. Изрично са обхванати и рамковите споразумения, с което се дава отговор на съществуващи при действието на предходния режим въпроси в практиката.

Конкретните основания за изменение на договорите и рамковите споразумения са посочени в чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Някои от тях имат различна степен на конкретизация, според отделни елементи на договора, които се засягат, докато други могат да се разглеждат като „общи“ състави, при които не се конкретизира в какво точно се изразява изменението, а се задават критерии за преценка на допустимостта (напр. предварителното оповестяване и уреждане на възможността за промяна; ограниченията в стойността; определяне на изменението като несъществено; абсолютното ограничение – недопустимост на промяна в предмета или в цялостния характер на поръчката, и пр.).

Основанията, ориентирани към конкретни елементи от съдържанието на договора, са:

Поради непредвидени обстоятелства е възникнала необходимост от извършване на допълнителни доставки, услуги или строителство, които не са включени в първоначалната обществена поръчка, което покрива белезите на едно от често прилаганите в предходната уредба основания за възлагане на

допълнителна поръчка чрез договаряне без обявление (по чл. 90, ал. 1, т. 8 от ЗОП-отм.), при което се изискваше наличието на действащ договор. С новата уредбата – като основание за изменение, се преодолява необходимостта от формално провеждане на процедура в случаи, когато е достатъчно сключването на анекс. Става дума за възлагането на допълнителни доставки, услуги или строителство, които не са били включени в предмета на първоначалната поръчка и не могат да бъдат възложени на друг изпълнител по причина, произтичаща от естеството на допълнителните дейности – такова, че смяната на изпълнителя е невъзможна по икономически или технически причини (напр. поради изисквания за взаимозаменяемост или оперативна съвместимост със съществуващо оборудване, услуги или съоръжения по договор, възложен с първоначалната поръчка) или би предизвикала значителни затруднения (свързани с поддръжка, експлоатация, обслужване или дублиране на разходи за възложителя). Поставеното ограничение, което очертава допустимите граници, е до 50 на сто от стойността на основния договор или рамково споразумение, като това се отнася за всички последователни изменения, които са се наложили. Изискуемо условие е възникналата необходимост от допълнителните доставки, услуги или строителство да се дължи на непредвидени обстоятелства. С последователните изменения не трябва да се цели заобикаляне на закона.

При договори, чиято стойност е равна или по-висока от стойностните прагове по чл. 20, ал. 1, т. 1 – 3 от ЗОП, измененията на това основание подлежат на външен контрол, осъществяван от Агенцията по обществени поръчки (АОП), в рамките на който се извършва проверка за наличие на условията за прилагането му (чл. 235 от ЗОП). За целите на осъществявания контрол възложителят е длъжен преди сключване на споразумението да изпрати в АОП мотиви относно причините, които налагат изменението, и – ако е приложимо – доказателства, въз основа на които АОП предоставя становище относно законосъобразността на предвижданото изменение.

При замяна на изпълнителя с нов изпълнител се предоставя уредба на често срещани в практиката случаи, когато определени обстоятелства водят до необходимост от промяна в изпълнителя. Обособени са две различни хипотези:

- а) при невъзможност за първоначалния да продължи (без значение по какви причини), при условие че възможността за замяна е предвидена в документацията и договора и са очертани конкретните условия с клаузи, които са ясни, точни и недвусмислени;
- б) в случаи на правоприемство (универсално или частично) в резултат от преобразуване (сливане, вливане, разделяне или отделяне, промяна в правноорганизационната форма, вкл. и в хипотези на ликвидация или производство по несъстоятелност). Необходимите условия са:
 - за новия изпълнител не са налице основанията за отстраняване и отговаря на първоначално установените изисквания за подбор;
 - промяната да не води до други съществени изменения на договора и да не цели заобикаляне на закона.

В първата хипотеза (по буква „а“) са зададени общи рамки, в които биха могли да се вмести различни фактически ситуации, но с определящото условие

тази възможност за изменение да е предварително предвидена. Втората (по буква „б“) е ориентирана към предоставяне на уредба за често срещаните случаи на правоприемство, с което е даден отговор на установена в практиката необходимост.

Основанията, които биха могли да бъдат разгледани като „обща“ състави, задаващи критериите за преценка на допустимостта, са:

- за промени, предвидени в документацията и договора чрез ясни, точни, недвусмислени клаузи; обхватът и естеството на промените, както и условията, при които може да се приложат, не трябва да водят до промяна в предмета на поръчката или рамковото споразумение. *С това основание се дава възможно решение за множество хипотези в практиката, при които спецификата на договора изисква включване на клаузи, съдържащи предварително зададен механизъм, чието действие се определя от настъпването на предварително посочени обстоятелства, за което заинтересованите лица са наясно още при запознаване с предварителните условия на поръчката. За да се разглеждат и приемат клаузи от договор в този аспект, е необходимо те ясно и прецизно да са определени в предварително обявените условия на поръчката, така че заинтересованите лица да са били наясно с предвиждания механизъм още при запознаване с условията за възлагане и да са били в равностойно положение при подготовката на офертите си.*
- за промени, които се налагат в резултат от обстоятелства, които възложителят не е можел да предвиди при полагане на дължимата грижа, ако не води до промяна в предмета на поръчката или рамковото споразумение. Ограничението е до 50 на сто от стойността на основния договор или рамково споразумение, като това се отнася за всички последователни изменения, които са се наложили. И тук важи забраната да се цели заобикаляне на закона.
- обхванати са допустими изменения, за които може да се приеме, че не са „съществени“, съгласно дефиницията в чл. 116, ал. 5, а именно:

Съществени са измененията, когато са изпълнени едно или няколко от следните условия:

1. въвеждат се условия, които, ако са били част от процедурата, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата;
2. води до ползи за изпълнителя, които не са били предварително известни на останалите участници;
3. засяга предмета или обема на договора;
4. заменен е изпълнителят извън предвидените случаи, разгледани по-горе.

Въз основа на тези критерии може да се изведе обобщеният извод, че *не е съществено изменение, при което не се засягат предварително обявените*

условия на поръчката, критериите за подбор, показателите за оценка; не се засяга предметът и обемът на поръчката и не се променя икономическият баланс в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предварително оповестен и известен на всички заинтересовани лица.

- за наложили се поради непредвидени обстоятелства промени, чиято стойност е до 10 на сто от стойността на първоначалния договор за услуги и доставки и до 15 на сто – за строителство, при условие че не надхвърля съответната прагова стойност по чл. 20, ал. 1 и не променя цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. Ако се налагат няколко изменения, ограниченията за максималния размер се отнасят за общата им стойност.

По отношение основанията за прилагане на процедури на договаряне без обявление или пряко договаряне действащото законодателство като цяло запазва както принципните положения, така и конкретните основания, с някои промени, ориентирани към по-точно разбиране и прилагане. Запазва се и утвърденият вече външен контрол от Агенцията по обществените поръчки за законосъобразността на избора на основанието.

Библиографска справка:

1. Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО.
2. Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година 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.
3. Закон за обществените поръчки, обн., ДВ, бр. 13 от 16 февруари 2016 г.

PROBLEMS AND EXTERNAL CONTROL WHEN NOT APPLYING THE GENERAL RULES FOR PUBLIC PROCUREMENT AWARDING

Chief Ass. Prof. Miglena Pavlova, PhD

PhD of Economics, UNWE

Certified Public Accountant, Registered Auditor

Summary

The article is an overview of the changes made in the legislation on public procurements, concerning the three groups of rules and standards, united by their common characteristic of exceptions: exceptions to the law; amendments of the contracts (as a deviation from the general rule for their prohibition in general); and negotiated procedures without notice or direct negotiations (in which the general rule of conducting a competitive procedure is ignored). It is reflected the understanding, that the changes are an expression of experience gained in the application of the previous legislation (including in the practice of the EU in different cases, outlined key problems and issues in the practical application of the public procurement rules). Approaches for external control during their check.

The main thematic focuses in the statement are:

- new solutions in the arrangement of some of the reasons, for which the application at the previous regime is accompanied with problems, but with the new legislation an adequate solution is found. The exceptions for the legal services, arbitration and conciliation services, as well as the specific ground for the exclusion of audiovisual media services are considered as examples.

- exceptions from the scope of the law, for which even after the adoption of the new directives, remains the need of clarification of the applicability of an exception, and – the role of the methodological features of PPA for the legal application of the grounds (via methodological clarification of the nature and scope), outside of the external control provided for part of the grounds. Here the exceptions relating to the application of the rules of an international organization or an international financing institution are analyzed as examples.

- the changes in the amendment of the contracts, under which there is a fundamentally new approach in the arrangement. A general analysis of the grounds is made, as a perspective is delivered for their understanding as a manifestation of the leading criterion – to avoid the replacement of the terms of the public procurement or ignoring the competitive selection carried out in the procedure, in violation of the basic principles for the award.

Briefly it is noted the keeping of the principal positions regarding the grounds for the application of negotiated procedures and the keeping of the already established external control.

Keywords: *exemptions from the scope of the Public Procurement Law, legal services, arbitration and conciliation services, media services, international organization, amendments to contracts concluded under the Public Procurement Law, external control*