

АДМИНИСТРАТИВНОПРАВЕН РЕЖИМ НА ВЪЗЛАГАНЕТО НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ С ПУБЛИЧНА ПОКАНА

Събин И. Събев

НАЦИОНАЛЕН ВОЕНЕН УНИВЕРСИТЕТ «ВАСИЛ ЛЕВСКИ»,
ФАКУЛТЕТ «ОБЩОВОЙСКОВИ»
КАТЕДРА «НАЦИОНАЛНА И РЕГИОНАЛНА СИГУРНОСТ»
5000 ВЕЛИКО ТЪРНОВО, БУЛ. «БЪЛГАРИЯ» № 76
E-MAIL: SUBEV@ABV.BG, OFFICE@SUBEV.EU
GSM: 0888 449957

ADMINISTRATIVE LAW PROCUREMENT PROCEDURE WITH A PUBLIC INVITATION

Sabin Sabev

The report examines the regulation of public procurement by public invitation and powers of the contracting authority in the collection and examination of tenders.

Key words: Public procurement, public invitation

Институтът на публичната покана беше въведен с промените в Закона за обществени поръчки [1], извършени в края на 2011 [2] г. и в сила от 26 февруари 2012 г. Този нов способ за възлагане на обществени поръчки с не особено големи размери дойде да замени познатото до тогава събиране на три оферти. Съгласно чл. 14, ал. 4 от ЗОП, възложителите могат да не провеждат процедурите по закона, но са длъжни да прилагат условията и реда на глава осма „а“ при обществени поръчки по чл. 3, ал. 1 на стойност без ДДС за строителство - от 60 000 до 264 000 лв., а когато поръчката е с място на изпълнение извън страната - от 670 000 до 1 650 000 лв.; за доставки или услуги - от 20 000 до 66 000 лв., а когато поръчката е с място на изпълнение извън страната - от 66 000 до 132 000 лв.

Тази разпоредба поставя възложителя в условията на оперативна самостоятелност. Независимо от малката стойност на поръчката, той разполага с правомощието, ако прецени, че е целесъобразно вместо да събере оферти с публична покана да проведе открита или ограничена процедура, както по общия ред, така и с опростени правила по смисъла на чл. 14, ал. 3.

Публичната покана е уредена в седем члена, като тази уредба е пълна и логична.

Възлагането на обществена поръчка чрез публична покана започва с публикуване на поканата и изискванията към участниците. В чл. 101б е посочено, че поканата трябва да съдържа най-малко следната информация:

1. наименование и адрес на възложителя;
2. описание на предмета на поръчката, а когато е приложимо - и количество или обем;
3. изискванията на възложителя за изпълнение на поръчката;
4. критерия за възлагане, а когато изборът се извършва по критерий „икономически най-изгодна оферта" - и показателите за комплексна оценка с тяхната относителна тежест;
5. срок за получаване на офертите.

Формулировката дава възможност на възложителя да впише в поканата и друга информация. Законът въвежда понятието „информация“, а не „изисквания към участниците“. Може ли възложителят да въвежда критерии за подбор към потенциалните лица, които биха подали оферти? Логичният отговор е – не! Смисълът на публичната покана е, на нея да се отзоват максимален брой лица, които с оглед ниските финансови стойности на поръчките, не е необходимо да притежават определени финансови и технически възможности. Аргументи в подкрепа на този извод могат да бъдат извлечени и при разглеждане на образеца на публична покана. Докато в образеца на обявление за открита процедура, в която изрично се предвижда възможността да се изискват доказателства за финансови и технически възможности има графи: „Изисквания към кандидатите или участниците“, „Икономически и финансови възможности“ с две колони – „Изискуеми документи и информация“ и „Минимални изисквания“, както и „Технически възможности“, също с две колони: „Изискуеми документи и информация“ и „Минимални изисквания“. Сравнявайки с образеца на публична покана, виждаме че в нея липсват тези графи. На практика някои възложители вписват изискванията си към участниците в карето „Изисквания за изпълнение на поръчката“, които нямат нищо общо с изискванията към лицата, подаващи оферти. Мястото на чл. 50 и 51 от ЗОП е в глава четвърта – „Общи правила за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка“. Възлагането на обществена поръчка чрез публична покана обаче, не е процедура. Това гласи и чл. 14, ал. 4 – възложителите могат да не провеждат процедурите по закона, но са длъжни да прилагат условията и реда на глава осма „А“ при обществени поръчки под съответните стойности. Отправянето на публична покана е самостоятелен способ за събиране на оферти и като такъв си има свои самостоятелни правила, различни от правилата при провеждане на отделните видове процедури.

Изключенията при публичната покана от правилата на процедурите, произтичат преди всичко от факта, че участниците и заинтересованите лица нямат право да обжалват нито условията на публичната покана, нито резултатите от разглеждане, оценка и класиране на офертите, като по този начин не могат да се защитят нито срещу условия или изисквания които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки (както е в посочената в началото публична покана), нито срещу незаконосъобразното им отстраняване поради несъответствие с критериите за подбор.

На второ място, при откритата процедура чл. 68, ал. 7 – 10 уреждат възможността участникът да представи допълнително липсващи документи или такива за отстраняване на откритите от комисията несъответствия. В правилата за разглеждане на офертите, събрани с публична покана такъв втори шанс, не е

предвиден, което също води до извода, че тези правила не съдържат възможност за въвеждане на критерии за подбор към лицата, подали оферти.

Подробно е уреден въпросът и с условията, на които трябва да отговаря участникът. Съгласно чл. 101е, ал. 2 ЗОП, се предвижда информация за липсата на обстоятелства по чл. 47, ал. 1, т. 1 и чл. 47, ал. 5 да се изисква само от участника, избран за изпълнител и то в етапа на сключване на договор. По аргумент от противното и по съображенията, изложени по горе, при възлагането на обществена поръчка чрез публична покана възложителят няма право да изисква от участниците подобни декларации да бъдат част от подаваните оферти.

Казаното до тук не означава, че възложителят няма никакви права да въвежда изисквания за изпълнение на поръчката, както и да изготви някакъв вид документация или образци на оферта. Важното е да се знае, че изискванията следва да са ориентирани към изпълнение на поръчката, а не към изпълнителя.

Неприложимостта на разпоредбите, отнасящи се до процедурите за възлагане на обществени поръчки при възлагането на поръчките чрез публична покана се отнася и до съдържанието на изискуемите от участниците оферти. Не е нужно изискване на отделни пликове, дори и за ценовото предложение, доколкото при въведения в чл. 101г ЗОП ред за разглеждане и оценка на офертите не се предвижда публичност, нито оценка на техническото предложение, предхождаща оценката на ценовото.

Текстът на закона предвижда тази дейност да се извършва от длъжностни лица, определени от възложителя, като тези лица сами определят реда за разглеждане на офертите и съставят протокол за резултатите от работата си. Проблемите произтичат от разнообразните правила, които различните длъжностни лица приемат, без да отчитат особеностите на публичната покана и се задълбочават поради пълната липса на информация относно работата на тези длъжностни лица и получените резултати. За да избегне тази тайнственост Агенцията за обществени поръчки на 20 декември 2012 г. излезе с методическо указание[3], в което препоръча с оглед принципа на прозрачност, възложителят да уведомява по подходящ начин лицата, които са подали оферта за резултатите от оценяването, включително и като им предостави копие или достъп до съответния протокол.

В закона не се предвижда възможност комисията да прилага правилата на чл. 68, ал. 7 - 10, поради изричната вече забрана с публичната покана да се определят критерии за подбор. Неприложими са и правилата на чл. 70 ЗОП.

Публичноправната част от действията на възложителя по възлагане на обществени поръчки чрез публична покана приключва с утвърждаване от възложителя на протокола за резултатите от работата на длъжностните лица.

Действията на възложителя по публикуване на поканата, назначаване на длъжностни лица и утвърждаване на протокола от тяхната работа не подлежи на административен и съдебен контрол. Според константата съдебна практика: „Анализът на приложното поле на чл. 120, ал. 1 от ЗОП налага извода, че провежданите обществени поръчки по реда на глава осма "а" не подлежат на обжалване пред КЗК относно тяхната законосъобразност, тъй като по аргумент за противното не попадат в т. нар. "процедури по закона", по които възложителите

са длъжни да провеждат определените в закона процедури (чл. 14, ал. 1 - 3 от ЗОП) и при които се постановява подлежащ на обжалване индивидуален административен акт. Когато не е налице акт, попадащ под обхвата на горните разпоредби, контролът за законосъобразност спрямо тях по чл. 120, ал. 2 от ЗОП е законодателно изключен. В конкретния случай е налице точно тази хипотеза, касае до процедура за извършване на услуга, за която не се провежда процедура по възлагане на обществена поръчка, поради което спрямо нея е недопустим контрола за законосъобразност по чл. 120 и следващите от ЗОП пред Комисията за защита на конкуренцията, респ. пред съда.“[4]

Съществува разбиране[5], че утвърждаването на протокола за разглеждане на офертите от длъжностните лица по чл. 101г ЗОП представлява изрично волеизявление на възложителя, с което се засягат законни интереси на отстранени или класирани на второ и следващо място участници, поради което това утвърждаване представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл. 21, ял. 1 ЗОП и след като не е посочен изрично сред решенията на възложителя, подлежащи на обжалване по реда на чл. 120 ЗОП, подлежи на обжалване по общия ред по АПК пред съответния административен съд, на основание общата клауза за обжалваемост пред съд на административните актове, прогласена в чл. 120, ал. 2 от Конституцията на Република България. Това разбиране е неправилно, тъй като не е налице административен акт по смисъла на АПК, до които изводи е достигнал и Върховният административен съд: „Неоснователни са възраженията на жалбоподателя за наличие на предпоставки за разглеждане на спора от административния съд. Не се спори от страните, че предмет на спора е публична покана издадена от възложителя по глава осма "а от ЗОП. В съответствие с чл.11, ал.1 от ЗОП решенията на възложителите, приети във връзка с процедурите за възлагане на обществени поръчки, са индивидуални административни актове, които се издават по правилата на този закон. С разпоредбата са определени като индивидуални административни актове само решения на възложителя приети във връзка с провеждане на процедури по ЗОП, но не и тези, за които е изключено провеждането на процедури, а се прилагат специални правила и ред за възлагане на обществени поръчки. Публичната покана по глава осма "а от ЗОП не е индивидуален административен акт по смисъла на чл.11, ал.1 от ЗОП, както не съдържа белезите на индивидуален административен акт по чл.21 от АПК, които да обосновават обжалваемостта ѝ пред административния съд. С оглед на изложеното настоящият съдебен състав приема, че публичната покана издадена от възложител по глава осма "а от ЗОП, не представлява индивидуален административен акт по смисъла на чл.21 от АПК, поради което е недопустимо обжалването ѝ по реда на АПК.“[6]

За нарушение на разпоредбите, свързани с възлагане на обществени поръчки чрез публична покана, възложителят и лицата които го представляват или са упълномощени от него да възложат поръчката, носят административнонаказателна отговорност. Съгласно чл. 129, ал. 5 от ЗОП, възложител който възложи обществена поръчка на стойност по чл. 14, ал. 4, без да спази правилата на чл. 101а, 101б или 101е се наказва с имуществена санкция в размер от 1000 до 2000 лв. или с глоба в размер от 500 до 1000 лв., а лицето по чл. 8, ал. или ал. 3 – с глоба в размер от 500 до 1000 лв.

Публичната покана е един сравнително лесен и облекчен начин с прости правила за възлагане на обществени поръчки, на сравнително ниски стойности, посочени в чл. 14, ал. 4 ЗОП. Възложителите следва да прилагат малко на брой правила, за да могат просто и елегантно да намерят най-добрия изпълнител за своята поръчка.

ЛИТЕРАТУРА:

- [1] Държавен вестник бр. 28 от 6 април 2004 г. в сила от 01.10.2004 г. и последващи изменения
- [2] Държавен вестник бр. 93 от 25 ноември 2011 г.
- [3] Текстът на указанието е достъпен на http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/practika/PublicnaPokana_dostyp_protokol.pdf
- [4] Определение № 9713/27.06.2013 г. по адм. Дело № 8507/2013 г. на ВАС, IV отделение, докладчик съдията Тодор Петков. Същите разсъждения в Определение № 1068 от 04.09.2013 г. на КЗК по преписка № КЗК-932/2013 г. докладчик членът на комисията Александър Александров, Определение № 5995 от 20.9.2013 г. по адм.д. № 8354/2013 г. на Административен съд – София, потвърдено с Определение № 13960 от 24.10.2013 г. по адм. д. № 14386/2013 на Върховния административен съд, докладчик председателят на отделение Мариника Чернева и др.
- [5] Жалби по Адм.дело № 1709/2013 г. на Адм. съд Пловдив, адм.д.№ 165/2014г. на Административен съд – Бургас и др.
- [6] Определение № 3825 от 19.03.2013 г. по адм. д. № 2167/2013 на Върховния административен съд, докладчик съдията Марио Димитров, също и Определение № 9713/27.06.2013 г. по адм. Дело № 8507/2013 г. на ВАС, IV отделение, докладчик съдията Тодор Петков