

ПРЕКАЛЕНО ДЪЛГИТЕ ГАРАНЦИОННИ СРОКОВЕ В ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ ЗА СТРОИТЕЛСТВО

Събин Събев

При оценката на офертите в процедурите за възлагане на обществени поръчки, законодателят е въвел два критерия:

- най-ниска цена;
- икономически най-изгодна оферта.

Съгласно §1, т. 8 от Допълнителните разпоредби на Закона за обществените поръчки, "Икономически най-изгодна оферта" е тази оферта, която отговаря в най-голяма степен на предварително обявените от възложителя показатели и тяхната тежест, пряко свързани с обекта на обществената поръчка по отношение на качество, цена, технически преимущества, естетически и функционални характеристики, характеристики, свързани с опазване на околната среда, оперативни разходи, **гаранционно обслужване** и техническа помощ, срок за изпълнение и други.

На това основание, при изготвяне на документацията за участие в процедурата, много възложители предвиждат гаранционния срок като един от показателите за оценка на офертите по критерия „икономически най-изгодна оферта”. Това от своя страна предизвиква в участниците надпревара за предлагане на все по-продължителни гаранционни срокове, в преследване на целта – спечелване на поръчката, без да си дават сметка, как след това ще прехвърлят на своите наследници гаранционно обслужване в продължение на петдесет, осемдесет, сто или сто и петдесет години.

Ако погледнем реално на съвременното строителство, колкото и модерни строителни технологии и съвременни материали да използва изпълнителят, то след изтичане на определен период, особено в публично достъпните сгради (общини, училища, детски градини, болници) е необходимо извършване на поредния ремонт. Дали тогава възложителят ще изтупа праха от стария договор, ако все още знае от кой архив да го изрови и дали ще открие правоприемника на днешния строител в бъдещия търговския регистър?

Безусловно не това е целта на законодателя. Въвеждайки гаранционното обслужване като показател за оценка, законодателят е имал ясно изразеното убеждение да осигури качествено изпълнение на строително – монтажните работи, а и един сравнително продължителен период, през който няма да е необходимо възложителите да изразходват публични финанси за отстраняване на дефекти.

За съжаление тази добра идея по един типично побългарен начин се пресътвори в реалната действителност. На практика и участникът предложил 50 годишен гаранционен срок, и участникът, предложил 100 годишна гаранционна поддръжка едва ли ще изпълняват каквито и да е дейности по гаранционно обслужване на съответната сграда след петата или десетата година. Когато се прилага методиката за оценка обаче, по-висок резултат ще получи участникът, предложил по-продължителния срок. Това не означава, че той е по-добрият строител. Просто е бил по-сообразителен или по-добре е познавал вратичките в закона.

В някои случаи възложителите отстраняват участниците, предложили сравнително високи гаранционни срокове, под предлог, че същите са нереални. За съжаление, такава практика не е съобразена със закона. Както посочва Комисията за защита на конкуренцията, „Следва да се отбележи, че в Наредба № 2/31.07.2003 г. за въвеждане в експлоатация на строежите в РБ и минимални гаранционни срокове за изпълнени строително монтажни работи, съоръжения и строителни обекти /чл. 20, ал. 4, т. 3 и т. 4/ са уредени само минимално допустимите гаранционни срокове: за топлоизолационни работи за сгради и съоръжения в неагресивна среда – 5 години, за всички видове строителни, монтажни и довършителни работи, както и за вътрешни инсталации на сгради – 5 години. **В нея обаче липсва уредба относно максималните гаранционни срокове или други условия, които да ограничават търговците при определяне на предлагания от тях срок.** Следователно законодателят е оставил преценката на извършващите такъв вид дейности предприемачи сами да определят гаранционните срокове за съответните видове СМР като единственото ограничение е, че същите не могат да бъдат по-малки от определените в наредбата срокове.” (Решение № 1079 от 20.10.2009 г. на КЗК по преписка № КЗК - 764/24.08.2009 г.)

Подобно разбиране е изразено и в друго решение: „Що се отнася до наведените доводи за прекомерно завишаване на представените гаранционни срокове от участниците в процедурата, КЗК счита, че доколкото възложителят не е предвидил горна граница и доколкото такава не се съдържа в законова или подзаконова разпоредба, участниците могат сами да определят периода на гаранционния срок в офертите си.” (Решение № 951 от 27.07.2010 г. на КЗК по преписка № КЗК - 563/19.07.2010 г.)

С последните промени в Закона за обществените поръчки (ДВ бр. 52 от 09.07.2010 г.) беше въведено изменение в чл. 70, ал. 1, която придоби следния вид: „Когато офертата на участник съдържа предложение, което в зависимост от избрания критерий по чл. 37, ал. 1 е с 30 на сто по-благоприятно от средната стойност на съответните предложения в останалите оферти, комисията трябва да изиска от него подробна писмена

обосновка за начина на неговото образуване. Комисията определя разумен срок за представяне на обосновката, който не може да бъде по-кратък от три работни дни от получаване на искането за това.”

Следователно вече комисията е длъжна да поиска обосновка не само когато цената е с 30 % по-ниска от средната цена на всички останали участници, а и когато по всеки друг показател, включително и гаранционният срок, предложението на отделен участник е с 30% по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници. Тогава вече участникът предложил гаранционен срок, който е с 30% и повече, по-дълъг от средната стойност на предложените от останалите участници гаранционни срокове, ще трябва подробно да обоснове неговата продължителност, съгласно чл. 70, ал. 2 ЗОП посредством:

1. оригинално решение за изпълнение на обществената поръчка;
2. предложеното техническо решение;
3. наличието на изключително благоприятни условия за участника;
4. икономичност при изпълнение на обществената поръчка;
5. получаване на държавна помощ.

Естествено, за обосновка на продължителността на гаранционния срок могат да бъдат използвани единствено първото и второто основание, тъй като едва ли икономичността при изпълнение на обществената поръчка би могла да мотивира прилагането на по-дълъг срок на гаранционно обслужване.

Според ал. 3 на чл. 70 ЗОП, когато участникът не представи в срок писмената обосновка или комисията прецени, че посочените обстоятелства не са обективни, комисията предлага участника за отстраняване от процедурата.

Това е единствената възможност на комисията да отстрани участник от процедурата, за това, че е предложил гаранционни срокове, чиято продължителност е доста над предложената от останалите участници.

Тази възможност, обаче от своя страна поставя два нови проблема:

Тя няма да може да бъде използвана ако всички, или повечето участници предложат прекалено дълги гаранционни срокове и средната стойност също е прекалено висока, сравнена с нормалния гаранционен срок.

На второ място, преценката на комисията за обективност на предложените обстоятелства, мотивиращи продължителния гаранционен срок е преценка за целесъобразност и не подлежи на контрол от страна на КЗК и ВАС, които осъществяват единствено контрол за законосъобразност. „Установено бе още, че съгласно представената оферта на спечелилия участник и приложената от него писмена обосновка на предложението гаранционен срок от 600 месеца (петдесет години) за гаранционно поддържане, същият се е ангажирал да отстранява за своя

сметка повреди, настъпили по повод на изпълнените СМР, както 10 и да подменя деформирали тръби. За пълнота на горните обстоятелства и факти следва да се поясни, че гаранционния срок за обслужване, предлаган от участника не е еднакъв и не бива да се приравнява с този на гаранционния срок на материалите, даван от производителя на същите. Следователно непосочването на изискване за максимален срок на гаранционно обслужване на тръбната мрежа и на радиаторите от възложителя, предоставя възможност на участниците да посочват максимален срок, който да е съобразен с техните възможности (технически и квалифициран персонал) като КЗК приема, че посочването на 600 месеца от класирания на първо място участник е допустим срок за гаранционно обслужване, в който той се ангажира да отстранява всякакви повреди за своя сметка, настъпили по повод на изпълнените СМР, както и да подменя деформирали тръби. В тази връзка както се установи, всички участници при подготовка на своите оферти и по специално на предложените срокове на гаранционно обслужване са се съобразили напълно със заложеното изискване на възложителя в Обявлението и документацията за участие. В подкрепа на горните изводи, следва да се отбележи, че в състава на комисията присъстват членове със съответната професионална квалификация, и **КЗК е на мнение, че преценката дали предложените по – дълги гаранционни срокове са реални и изпълними е в рамките на тяхната оперативната самостоятелност**, и доколко тези срокове удовлетворяват в най – голяма степен изискванията на възложителя. С оглед гореизложеното КЗК намира, че възложителят правилно е извършил класирането на участниците като е избрал за изпълнител спечелилия участник в обществената поръчка.” (Решение № 358 от 31.03.2010 г. на КЗК по преписка № КЗК - 84/08.02.2010 г.)

Това от своя страна е предпоставка за корупция и възможност за елиминиране на неудобни кандидати, както и за допускане на кандидати с явно нереални срокове.

Възможностите на възложителя да избегне капаните на свръхдългите срокове са няколко:

Най-радикалното предложение е гаранционният срок да не се включва като показател за оценка.

Слабост на това предложение е, че тогава всички участници ще се ограничат до минималните гаранционни срокове, съгласно Наредба № 2/31.07.2003 г. и възложителят няма шанса да получи по-дълги от тях, независимо от възможностите на спечелилия участник.

Една практика, която намери приложение, е посочване от възложителя на максимално допустим гаранционен срок, като всички

участници, оферирали срок над него, получават еднакви оценки по този показател.

Положителното в тази практика е, че участниците не предлагат безумни гаранционни срокове с единствената цел да спечелят поръчката, а се ориентират около предложения от възложителя максимален размер.

За сметка на това, обикновено почти всички участници посочват точно този максимален размер, което обезсмисля съществуването му. Така те получават еднаква оценка по този показател и в действителност, класирането се извършва само по останалите показатели.

Може би най-неудачно разрешение, според мен, е въвеждането на изискване за доказване на предложения гаранционен срок.

Добрата страна на тази идея е, че принуждава участниците да не прекаляват с дълги гаранционни срокове.

Съществена слабост е, че преценката доколко предложеният гаранционен срок е реален, е предоставена на комисията за провеждане на процедурата, а в много случаи тази преценка е поставена в зависимост от субективни фактори. Както казахме по-горе, това е преценка за целесъобразност и не подлежи на контрол от КЗК и съда.

Вторият важен въпрос е свързан с това, как се доказва гаранционният срок. Обикновено за доказване на оферирания гаранционен срок възложителите изискват сертификати, удостоверяващи гаранционния срок на използваните материали. Гаранционният срок, предлаган от участника, обаче, не бива да се приравнява на гаранционния срок на материалите. Срокът за гаранционно обслужване, предлаган от участника, означава, че в този срок, същият се задължава да отстрани за своя сметка повреди, настъпили при изпълнените от него строително – монтажни работи, които не се дължат на неправилна експлоатация.

Гаранционното обслужване, което участникът предлага включва и замяна за негова сметка на деформирани материали, независимо дали тази повреда е настъпила преди или след изтичане на гаранционния срок, който е дал производителят на материалите. В този случай гаранцията която производителят дава е само по отношение на съответния участник, като негов контрагент, а самият участник от своя страна гарантира пред Възложителя с договора за изпълнение предлагания от него по-дълъг срок.

Гаранционният срок по своето същество представлява не период, през който няма да има въобще никакви повреди по обекта, а период през който тези повреди ще бъдат отстранявани от изпълнителя за негова сметка. По силата на чл. 20а от ЗЗД договорите имат силата на закон за тези, които са ги сключили и за каквото и да е неизпълнение, вкл. и при неспазване на предложения гаранционен срок са предвидени достатъчно законни механизми за санкциониране на нередовния изпълнител, стига възложителят да има желание за това.

Спорен е въпросът и на какво основание възложителят би отстранил участник, който не успее да докаже гаранционния си срок по критериите на възложителя. (Изключваме случаите, в които се прилага чл. 70 ЗОП)

Най-вероятно възложителят би избрал чл. 69, ал. 3 ЗОП – комисията предлага за отстраняване от процедурата участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на възложителя. Тук обаче, ще попадне в собствения си капан. От една страна, ще наруши чл. 25, ал. 7 от ЗОП, защото гаранционният срок е **заложен като показател за оценка на офертите, с оглед на което в случая е приложима императивната разпоредба на чл. 25, ал. 7 от ЗОП.** Същата въвежда ЗАБРАНА при избран критерий икономически най-изгодна оферта, какъвто е настоящият случай, да се включват като показатели за оценка критериите за подбор на офертите по чл. 25, ал. 2, т. 6 от ЗОП. **По аргумент на противното, доколкото гаранционният срок е заложен като показател за оценка и предвид обстоятелството, че в документацията за участие в процедурата няма заложено изискване за неговата максимална продължителност, същият не представлява критерий за допустимост на офертата и съответно не дава основание за отстраняване от участие в процедурата.** (подобно Решение № 274 от 16.03.2010 г. по преписка № КЗК-43/2010 г.)

Едно интересно разрешение на проблема, което неизвестно защо не се прилага от възложителите, е максимален бал да получава не максималният предложен гаранционен срок, а този чиято стойност е най-близка до средноаритметичната стойност от предложените гаранционни срокове от всички участници. По този начин автоматично ще се избегне посочването на прекалено дълги гаранционни срокове, защото всеки участник ще търси „златната среда“. Впрочем този механизъм вече се прилага от някои възложители по отношение на предлаганата цена.

Не на последно място, може да се потърси изход и в обвързване на гаранционните срокове с гаранцията за добро изпълнение. Съгласно чл. 63 от ЗОП, условията и сроковете за задържане или освобождаване на гаранцията за изпълнение се уреждат в договора за възлагане на обществена поръчка. Доколкото в правомощията на възложителя е да предлага клаузите на договора за възлагане на поръчката, то той има възможността в този договор да уреди задържане на гаранцията за добро изпълнение, която може да е в размер до 3% от стойността на поръчката, до изтичане на гаранционния срок, предложен от участника, избран за изпълнител, или до друг срок, но също обвързан с офертираната продължителност на гаранцията.

Проблемите, свързани с гаранционните срокове не са един или два. В настоящата статия разгледахме само един от тях – неговата продължителност. Той е важен не само поради факта, че посочва периода, през който изпълнителят трябва да осъществява за своя сметка поддръжка на съответния обект, но и периода (същия) през който **възложителят не би трябвало да изразходва публични финанси за такава поддръжка, нито да обявява нова обществена поръчка за нови ремонтни работи.** Ако бъде обявена нова обществена поръчка за нов ремонт, значи гаранцията не е изпълнена. Това означава, че изпълнителят не е изпълнил договора, а възложителят не е реализирал предвидената юридическа отговорност.

С последните законодателни промени българският законодател предвиди известни ограничения относно предлаганите прекалено дълги гаранционни срокове. Би следвало обаче, *de lege ferenda* да се обмислят и реални санкции от страна на независим държавен орган за неизпълнение на договорените гаранции. Тези санкции да бъдат както за некоректни изпълнители, така и за възложители, които не предприемат мерки за изпълнение на гаранцията. Единствено по този начин би се пресякла порочната практика на уговорки между възложители и изпълнители.

Статията е публикувана в сп. „Обществени поръчки” бр. 3/2010 г.