

ИЗПОЛЗВАНЕ НА РЕСУРСИТЕ НА ТРЕТИ ЛИЦА ЗА ДОКАЗВАНЕ СЪОТВЕТСТВИЕТО НА УЧАСТНИКА С КРИТЕРИИТЕ ЗА ПОДБОР

Събин И. Събев

UTILIZATION OF RESOURCES OF ANY THIRD PERSON FOR PROOF OF PARTICIPANT COMPLIANCE CRITERIA FOR SELECTION

Sabin I. Sabev

ABSTRACT: The possibility of participants in the process of procurement is considered to use the resources of third person pursuant to Art. 51 PPL.

KEYWORDS: public procurement, participants, resources, third person

За да вземе участие в процедура за възлагане на обществена поръчка всяко лице трябва да отговаря на критериите за подбор, определени от възложителя в обявлението за обществена поръчка. Съгласно чл. 25, ал. 2, т. 6 от Закона за обществените поръчки¹, критериите за подбор включват изискване по чл. 49, и/или минимални изисквания за икономическото и финансовото състояние на кандидата или участника, и/или за техническите му възможности, и/или квалификация. Изискванията по чл. 49 включват регистрация на участника в професионален или търговски регистър в държавата, в която е установен, а при процедури за възлагане на обществени поръчки за услуги, доколкото кандидатите или участниците трябва да притежават специално разрешение или да членуват в определена организация, за да могат да изпълняват в своята страна съответната услуга, възложителят може да изиска от тях да докажат наличието на такова разрешение или членство.

По отношение на втората и третата група критерии за подбор – изисквания за икономическо и финансово състояние по чл. 50 ЗОП и технически възможности и/или квалификация по чл. 51 ЗОП, участникът има правото да докаже съответствието си с изискванията на възложителя, използвайки възможностите на едно или повече трети лица. В тези случаи, освен документите, определени от възложителя за доказване на съответните възможности, кандидатът или участникът представя доказателства, че при изпълнението на поръчката ще има на разположение ресурсите на третите лица.

Доколкото във второто изречение на чл. 51а, ал. 1 законодателят е използвал понятието „ресурси“, то участникът няма право да доказва съответствието си с критериите за подбор, определени от възложителя такива, с възможности на трети лица, които не биха могли да бъдат определени като „ресурси“.

Според Български тълковен речник², значението на понятието „ресурси“ е „Източници или запас от средства; доходи“. За целите на Закона за обществените

¹ Закон за обществените поръчки, ДВ бр. 28 от 06.04.2004 г.; в сила от 01.10.2004 г. и последващи изменения.

² Андрейчин Л., и колектив, Български тълковен речник, С. 1976, с. 833

поръчки, обаче, считаме че следва понятието ресурси да се разбира в смисъл, на такива възможности, които е възможно да бъдат обект на разпореждане – да се предоставят от третото лице на участника³. В този смисъл като ресурси например не може да се разглежда опитът на третото лице, въпреки че той представлява доказателство за технически възможности.

Според чл. 50 ЗОП, възложителят може да поставя изискване за размера на финансовия ресурс, с който разполага кандидатът или участникът. В този случай, участникът има правото да докаже наличието на този финансов ресурс, чрез финансовите възможности на трето лице. Документите за доказване на наличието на този ресурс на третото лице са същите, с които може да докаже възможностите си и самият участник – удостоверение от банка или годишния финансов отчет или някоя от съставните му части, когато публикуването им се изисква от законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен. Законодателят, обаче е въвел и допълнително изискване при използване на ресурсите на трети лица - кандидатът или участникът да представя доказателства, че при изпълнението на поръчката ще има на разположение ресурсите на третите лица. Обикновено това доказателство е декларация, с която третото лице удостоверява, че ще предостави на участника необходимия му финансов ресурс⁴.

Съгласно чл. 51 ЗОП, за доказване на техническите възможности и/или квалификацията на кандидатите или участниците възложителят може да изиска от тях да представят един или няколко от следните документи съобразно предмета на поръчката:

1. списък на доставките или услугите, които са еднакви или сходни с предмета на обществената поръчка, изпълнени през последните три години, считано от датата на подаване на заявлението или на офертата, а при поръчки по чл. 3, ал. 2 - изпълнени през последните 5 години, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с доказателство за извършената доставка и услуга;

2. списък на строителството, изпълнено през последните 5 години, считано от датата на подаване на заявлението или на офертата, а за строителство, което е еднакво или сходно с предмета на поръчката,

3. описание на техническото оборудване и мерките за осигуряване на качеството, както и на оборудването за изпитване и изследване, а при поръчки по чл. 3, ал. 2 - и на вътрешните правила на участника във връзка с интелектуалната собственост;

4. списък на технически лица, включително на тези, отговарящи за контрола на качеството;

5. образци, описание и/или фотографски снимки на стоките, които ще се доставят, чиято автентичност трябва да бъде доказана, ако възложителят изисква това;

³ „Когато сертификатът на акредитиран орган за контрол с обхват измервания, включени в предмета на поръчката, удостоверява, че конкретно лице е сертифицирано да извършва точно определени дейности, това не представлява ресурс по смисъла на чл. 51а ЗОП, който да може да бъде "преотстъпен" за ползване от друго лице с цел доказване възможностите му за изпълнение на поръчката.“ Решение № 13837 от 23.10.2013 г. по адм. д. № 10089/2013 на Върховния административен съд, докладчик съдията Кремена Хараланова.

⁴ „В самата цитирана разпоредба не е посочено какви точно доказателства следва да се представят за да се докаже факта на „разположение на ресурсите“. Следователно са допустими всякакви доказателствени средства, като едно от тях безспорно е представянето на декларация.“ Решение № 4396 от 28.03.2013 г. по адм. д. № 676/2013 на Върховния административен съд, докладчик съдията Галина Матейска

6. сертификати, издадени от акредитирани лица за управление на качеството, удостоверяващи съответствието на стоките със съответните спецификации или стандарти;

7. посочване на образованието, професионалната квалификация и професионалния опит на кандидата или участника и/или на ръководните му служители, включително на лицата, които отговарят за извършването на услугата или строителството;

8. декларация за средния годишен брой на работниците и служителите и за броя на ръководните служители на кандидата или участника за последните три години, освен когато кандидатът или участникът е посочил в офертата си, че ще използва подизпълнител или ресурсите на трето лице;

9. декларация за техническото оборудване, с което разполага кандидатът или участникът за изпълнение на обществена поръчка за услуги или строителство, а във всички случаи на възлагане на поръчки по чл. 3, ал. 2 - и за броя на работниците и служителите и ноу-хау и/или източниците на доставка с указание на географското местоположение, когато то е извън територията на Европейския съюз, с които разполага кандидатът или участникът за изпълнение на поръчката, за да посрещне евентуалното увеличаване на нуждите на възложителя вследствие на криза или за осигуряване на поддръжката, модернизацията или адаптиране на доставките, обхванати от поръчката;

10. данни за собствени или наети технически лица, които кандидатът или участникът ще използва за извършване на строителството;

11. за обществените поръчки за строителство и услуги - описание на мерките за опазване на околната среда, които кандидатът или участникът ще приложи при изпълнение на поръчката, ако възложителят е предвидил такива в обявлението.

12. разрешение, удостоверение или потвърждение за достъп до класифицирана информация по смисъла на Закона за защита на класифицираната информация, включително за възможността за обработка, съхранение и предаване на такава информация на равнището на защита, изисквано от възложителя - в случай на поръчки, които съдържат или изискват класифицирана информация.

13. сертификати, които удостоверяват съответствието на кандидата или участника със стандарти за системи за управление на качеството, в съответствие с чл. 53.

Видно от самите разпоредби на закона, само част от техническите възможности могат да бъдат удостоверени с ресурсите на трети лица, а именно – човешки и материални ресурси.

Човешките ресурси, които третото лице може да предостави на участника са лица, които ще отговарят контрола на качеството или ще отговарят за изпълнение на поръчката за строителство или услуга, или лицата, които ще бъдат използвани за изпълнение на строителството.

Възможността в тези случаи да се използват ресурсите на трети лица произтича и от формулировките на законовите разпоредби на чл. 51, ал. 1, т.8, 9 и 10.

Материалните ресурси се заключават в техническото оборудване за осигуряване на качеството, както и на оборудването за изпитване и изследване; техническото оборудване, с което разполага кандидатът или участникът за изпълнение на обществена поръчка за услуги или строителство.

Както и при доказателствата за икономическо и финансово състояние, така и при доказване на съответствието на участника с изискванията на възложителя за техническите възможности и/или квалификацията на кандидатите или участниците, участникът трябва да удостовери:

- Че третото лице разполага с изискуемите от възложителя ресурси;
- Че участникът ще има на разположение тези ресурси на третото лице.

Често срещата практика на участниците е да доказват, че ще имат на разположение ресурсите на третото лице с договор за наем. При преценка на тяхната валидност обаче, следва да се има предвид, че характерът на договора не се определя от неговото наименование, а от съдържанието на клаузите му.

Има случаи, в които участникът не посочва в договора наемна цена, или вписва уговорка, че цената ще бъде определена след спечелване на поръчката. В този случай липсва доказателство, че между страните по договора е постигнато съгласие за размера на наемната цена. Разпоредбата на чл.51а от закона урежда възможността за участник да използва ресурсите на други лица при изпълнение на поръчката. Изричното условие е да докаже, че ще ги има на свое разположение. Базирайки се на тази възможност, възложителят е дал право на избор на участниците да установят било правото си на собственост върху минимално необходимите машини, било правото си на ползване чрез представяне на договор за наем. Съгласно разпоредбата на чл. 228 от ЗЗД с договора за наем наемодателят се задължава да предостави на наемателя една вещь за временно ползване, а наемателят да му плати определена цена. От тази правна уредба на наемния договор е видно, че същественият негов елемент е наемната цена. Именно този елемент обикновено не е определен. Страните по договора обичайно посочват, че наемната цена и начина на заплащането ѝ ще бъдат предмет на допълнително договаряне между страните. Липсата на съгласие относно основния елемент от договора води до невъзможността му с него да се докаже, че участникът в конкретната процедура ще разполага за в бъдеще с необходимата техника, тъй като нищо не гарантира постигане на споразумение между страните по договора по този въпрос. Нещо повече - такъв договор не би могъл да се интерпретира дори, като предварителен. Разпоредбата на чл. 19, ал. 2 от ЗЗД изисква предварителният договор да съдържа уговорки относно съществените условия на окончателния договор, а цената е такова съществено условие. Липсата на уговорка по отношение на нея води въобще до липса и на предварителен договор. Поради това документът не е в състояние да установи задължителното изискване - участникът да докаже право на ползване върху вещта⁵.

В други случаи, в договора, наименован „договор за наем“ се уговаря третото лице да изпълни част от поръчката, вместо да предостави на участника за временно и възмездно ползване определени вещи. В договора се посочва, че наемателят изплаща на наемодателя възнагражденията за извършената работа - така формулирана разпоредбата не е приложима към договор за отдаване под наем, а за подизпълнение (извършване на част от работата от обхвата на поръчката)⁶ и лицето, което ще изпълни

⁵ Същото разбиране в Решение № 5408 от 18.04.2011 г. на ВАС по адм. д. № 3648 / 2011.г, докладчик съдията Аделина Ковачева

⁶ „Разпоредбата на чл.51а, ал.1 от ЗОП дава възможност на кандидат или участник да използва ресурсите на други физически или юридически лица при изпълнение на поръчката, но с уговорката тези ресурси за бъдат използвани от самия участник. Това е така, защото самото название „ресурси“ навежда на извода, че лицето, което предоставя ресурсите, няма да участва в изпълнението на обществената поръчка, а предоставя същите на участника в процедурата с цел да може да покрие определени изисквания за

тази част от работата следва да бъде посочено като подизпълнител в офертата на участника, по аргумент от разпоредбата на чл. 56, ал. 1, т. 8 ЗОП.

Като ресурс не могат да бъдат предоставени опитът на третото лице; разрешение, удостоверение или потвърждение за достъп до класифицирана информация по смисъла на Закона за защита на класифицираната информация, включително за възможността за обработка, съхранение и предаване на такава информация на равнището на защита, изисквано от възложителя - в случай на поръчки, които съдържат или изискват класифицирана информация; сертификати, които удостоверяват съответствието на кандидата или участника със стандарти за системи за управление на качеството, в съответствие с чл. 53 ЗОП⁷. Това са лични качества на третото лице, които са непрехвърлими и не могат да бъдат предоставени на участника по реда на чл. 51а ЗОП.

По отношение на третото лице, предоставящо своите ресурси законодателят не въвежда ограничения. Това може да бъде както лице, което няма да вземе участие в изпълнение на поръчката, така и посочен от участника подизпълнител или свързано с него лице.

Във всички случаи, когато участник декларира, че ще използва ресурсите на трето лице, възложителят следва внимателно да прецени, дали е налице действително ресурс, който може да бъде предоставен, както и дали участникът е доказал, че ще има на свое разположение този ресурс.

Събин Иванов Събев

Главен асистент по административно право и процес

Доктор по право

НВУ «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

Дванадесета Международна научна конференция „Иновативни стратегии за конкурентноспособен бизнес“, МВБУ гр. Ботевград, 2015, с. 408-411, ISBN 978-954-9432-67-1

изпълнението на обекта. Такива ресурси могат да бъдат технически (машини, съоръжения и други), логистични и кадрови и др., но по смисъла на чл.51а, ал.1 от ЗОП се предоставят от трето физическо или юридическо лице на участника, за да може той да изпълни определен обем работа при изпълнение на предмета на обществената поръчка.“ Решение № 347 от 19.03.2014 г. по преписка вх. № КЗК - 196/2014г. на Комисията за защита на конкуренцията; „Отпечатване на ваучерите за храна от друго лице въз основа на сключен договор с него, не е използване ресурса на това лице като материална база или кадри по смисъла на чл.51а от ЗОП.“ Решение № 8937 от 26.06.2014 г. по адм. д. № 5957/2014 на Върховния административен съд, докладчик съдия Красимир Кънчев.

⁷ Решение № 13837 от 23.10.2013 г. по адм. д. № 10089/2013 на Върховния административен съд, докладчик съдията Кремена Хараланова.