

ОТНОСНО ПРАВОТО НА СТОПАНСКИТЕ СУБЕКТИ ДА ПРЕДСТАВЯТ ДОКАЗАТЕЛСТВА ЗА ПРЕДПРИЕТИТЕ ОТ ТЯХ МЕРКИ ЗА ГАРАНТИРАНЕ НА НАДЕЖДНОСТ

Илонка Горанова*

Увод

Проблемът, свързан с изискванията към кандидатите и участниците в обществени поръчки, винаги е бил от изключителна важност в контекста на спазване правилата за защита на конкуренцията, надеждността на стопанските субекти да изпълнят сключения с тях договор и принципа на пропорционалност. От първостепенно значение е въпросът за личното състояние на лицата, проявяващи интерес към участие в обществени поръчки.

През април 2016 г. влезе в сила изцяло нов Закон за обществените поръчки (ЗОП) [1], който беше приет с цел Република България, в качеството си на държава членка на Европейския съюз (ЕС) да транспонира в срок новото европейско законодателство в областта на обществените поръчки и по-конкретно *Директива 2014/24/ЕС* на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО и *Директива 2014/25/ЕС* на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. 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 [2]. В съответствие с европейското право, българският законодател регламентира т.нар. *задължителни и факултативни основания за изключване на икономическите оператори от участие в обществени поръчки* [3].

За първи път беше въведена правната възможност да бъдат представени доказателства за предприети от съответния кандидат или участник мерки за гарантиране на неговата надеждност, чрез които той би могъл да преодолее наличието на основание за отстраняването му. Целта е по този начин да се премахнат необоснованите пречки пред конкуренцията [4], като в мотивите към проекта на ЗОП се подчертава, че по същество предлаганият механизъм се основава на концепцията, че „добрата воля и стремежът към законосъобразност в действията на лицата, независимо от факта, че в предходен период са допуснати нарушения, трябва да се поощри и стимулира, като на

* Илонка Горанова, доктор по право, главен асистент, катедра „Публичноправни науки“, УНСС, email: ilgoranova@unwe.bg

тези лица се позволи да участват в надпреварата за спечелване на договори, финансирани с публични средства.“ [5]. След влизането си в сила, ЗОП претърпя съществени промени, включително в частта, регламентираща въпросите, свързани с основанията за отстраняване и мерките за надеждност. Много от разпоредбите в тази част бяха изменени и допълнени, като повечето от тях породиха правни последици, считано от 1.03.2019 г. [6].

Обект на анализ в настоящата студия са основанията за отстраняване от участие в обществени поръчки. Предмет на изследване е правото на стопанските субекти да представят доказателства за предприетите от тях мерки, чрез които да гарантират своята надеждност при изпълнението на съответната обществена поръчка, въпреки наличието на основания за отстраняването им от участие.

Целта на автора е да представи и подчертае значението на правната възможност за стопанските субекти да гарантират своята надеждност при изпълнението на обществени поръчки въпреки наличието на основание за тяхното отстраняване от участие. В тази връзка се поставят следните изследователски задачи: в контекста на действащото европейско и национално законодателство да се анализират възможните мерки за надеждност, допустимите доказателства за предприемането им, задължението на възложителите да преценят доколко тези мерки са достатъчни, за да изпълнят своето предназначение и критериите за това; да се обърне внимание върху тежестта на доказване, че е налице основание за отстраняване, изискването за задължително излагане на мотиви от страна на възложителите относно взетите от тях решения да приемат или отхвърлят предприетите от стопанските субекти мерки и неговото значение; да се акцентира върху отговорността на възложителите за последиците от евентуалните си погрешни решения.

В студията се отстоява виждането, че упражняването на правото на стопанските субекти да представят доказателства за предприетите от тях мерки за гарантиране на надеждност е правна възможност, чрез която би могло да се избегне отстраняването от участие в обществена поръчка, въпреки наличието на основание за това поради наличието на проблеми, свързани с личното състояние на тези субекти.

Значението на настоящото изследване в теоретичен аспект е свързано с липсата на правен анализ на механизма за преодоляване наличието на основания за отстраняване от участие в обществени поръчки, както и на правомощията на възложителите да реагират по определен начин в качеството им на административни органи от гледна точка на административноправната наука. В практически аспект изследването ще подпомогне стопанските субекти да упражнят предвиденото им в закона право да докажат своята надеждност по отношение на конкретна обществена поръчка, въпреки наличието на основание за отстраняването им от нея, а при необходимост и

когато е приложимо да обжалват незаконосъобразните актове на възложителите, които ги засягат. Също така ще подпомогне и възложителите да вземат законосъобразни и правилни решения във връзка с упражняване на правомощията си при прилагането на правните норми, регламентиращи мерките за доказване на надеждност.

Ограничения по отношение участието в обществени поръчки

За да участват в процедура за възлагане на обществена поръчка, по отношение личното състояние на кандидатите [7] или участниците [8], *законодателят* въвежда определени ограничения. *По правило*, наличието на което и да е от тях се явява основание за *задължително* отстраняване, регламентирано в чл. 54, ал. 1 от ЗОП. По аргумент от чл. 195, във връзка с чл. 192 от ЗОП тези ограничения са приложими и в случаите на възлагане на обществени поръчки на ниска стойност по реда на Глава двадесет и шеста „Събиране на оферти с обява. Покана до определени лица“ т.е. когато се прилагат правила, които по своята правна същност не се явяват процедура за възлагане.

Освен законодателя, ограничения за участие могат да въведат и *самите възложители* на обществени поръчки при наличието на някое от посочените в чл. 55, ал. 1 от ЗОП обстоятелства. В тези случаи обаче те са длъжни да съблюдават *принципа на пропорционалността*, който се явява един от основните при възлагането на обществени поръчки. Това означава, че макар и да разполагат с оперативна самостоятелност при поставяне на изисквания за липса на обстоятелства по чл. 55, ал. 1 от ЗОП те следва да вземат предвид *предмета и обема* на конкретната обществена поръчка.

Важно е да се отбележи, че по аргумент от чл. 57, ал. 1 от ЗОП възложителят е *длъжен* да отстрани от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат или участник, за когото са налице въведените от законодателя основания по чл. 54, ал. 1 от ЗОП и посочените от самия възложител обстоятелства по чл. 55, ал. 1 от ЗОП, възникнали *преди или по време* на съответната процедура. Тази разпоредба се прилага и когато кандидат или участник в процедурата е обединение от физически и/или юридически лица и за член на обединението е налице някое от основанията за отстраняване.

Съгласно чл. 57, ал. 5 от ЗОП, в случай на отстраняване по чл. 54 и 55 от ЗОП *възложителят трябва да осигури доказателства за наличие на основания за отстраняването*.

Задължителни основания за изключване от участие в обществени поръчки

Както вече беше отбелязано, след влизането си в сила ЗОП претърпя съществени промени. Част от тези промени са свързани и с основанията за задължително отстраняване, като повечето от тях породиха правни последици, считано от 1.03.2019 г.

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП [9]** – осъждане *с влязла в сила присъда* за престъпление по чл. 108а, чл. 159а – 159г, чл. 172, чл. 192а, чл. 194 – 217, чл. 219 – 252, чл. 253 – 260, чл. 301 – 307, чл. 321, 321а и чл. 352 – 353е от Наказателния кодекс (НК). Това основание важи по отношение на лицата, които представляват участника или кандидата, както и за членовете на неговите управителни и надзорни органи съгласно регистъра, в който е вписан съответният участник или кандидатът (ако има такъв регистър), или документите, удостоверяващи правосубектността му. Когато в състава на тези органи участва юридическо лице, основанието по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП се отнася за физическите лица, които представляват това юридическото лице съгласно регистъра, в който е то вписано (ако има такъв регистър) или документите, удостоверяващи правосубектността му. Важно е да се отбележи, че съгласно новата ал. 3 на чл. 54 от ЗОП, считано от 1 март 2019 г. [10] когато кандидатът или участникът, или юридическо лице в състава на негов контролен или управителен орган се представлява от физическо лице по пълномощие, основанието по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП ще се отнася и за това физическо лице.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 1 от ЗОП, основанието за задължително отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП се прилага *до изтичането на пет години от влизането в сила на присъдата, освен ако в нея е посочен друг срок на наказанието.*

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 2 от ЗОП** – осъждане *с влязла в сила присъда* за престъпление, аналогично на тези по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП в друга държава членка на ЕС или трета страна [11].

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 1 от ЗОП, основанието за задължително отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 2 от ЗОП се прилага *до изтичането на пет години от влизането в сила на присъдата, освен ако в нея е посочен друг срок на наказанието.*

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП [12]** – наличие на задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК)

и лихвите по тях към държавата или към общината по седалището на възложителя и на кандидата или участника, или аналогични задължения съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен, *доказани с влязъл в сила акт на компетентен орган*. В чл. 162, ал. 2, т. 1 от ДОПК са посочени следните *публични държавни и общински вземания*: за данъци, включително акцизи, както и мита, задължителни осигурителни вноски и други вноски за бюджета. Важно е да се има предвид, че по аргумент от чл. 54, ал. 5 от ЗОП (след промяната от ДВ, бр. 86 от 2018 г.), считано от 1 март 2018 г., разпоредбата на чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП *няма да се прилага*, когато размерът на неплатените дължими данъци или социалноосигурителни вноски е до 1 на сто от сумата на годишния общ оборот за последната приключена финансова година, но не повече от 50 000 лв.

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 4 от ЗОП** – налице е *неравнопоставеност в случаите по чл. 44, ал. 5 от ЗОП*.

Систематичното място на чл. 44 от ЗОП е в Част втора „Правила за възлагане“, Глава шеста „Подготовка на процедурата“, Раздел I „Предварителни действия“ от ЗОП, а заглавието на разпоредбата е „Пазарни консултации и външно участие при подготовка на документацията“. Съгласно чл. 44, ал. 1 във връзка с ал. 2 от ЗОП, при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят има право да проведе пазарни консултации, като потърси съвети от независими експерти или органи, или от участници на пазара, при условие обаче, че консултациите не водят до нарушаване на конкуренцията и на принципите за недискриминация и прозрачност. По силата на чл. 44, ал. 3 от ЗОП по отношение на възложителя е въведено задължение за предприемане на действия, които да гарантират, че лицата, участвали в пазарните консултации и/или в подготовката на процедурата, нямат предимство пред останалите кандидати или участници; тези действия трябва да включват най-малко следното: 1. публикуване на профила на купувача на цялата информация, разменена по повод подготовката за възлагане на обществена поръчка, включително получения от възложителя резултат, а ако това е невъзможно – посочване чрез профила на купувача на мястото, от което тази информация може да бъде получена; 2. определяне на подходящ срок за получаването на оферти, включително като се прецени дали съкращаването на срокове не води до нарушаване на принципа за равнопоставеност. Съгласно чл. 44, ал. 4 от ЗОП, възложителят е длъжен да удължи срока за получаване на заявления за участие или оферти най-малко до минималните срокове за съответния вид процедура, в случай че е използвано съкращаване на сроковете и в определения срок е получена само една оферта или заявление за участие, които са представени от лице, участвало в пазарните консултации и/или в подготовката на документацията за участие.

В контекста на основанията за задължително отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 4 от ЗОП и по-конкретно във връзка с наличието на *неравнопоставеност* е от значение да се обърне внимание на самата формулировка на чл. 44, ал. 5 от ЗОП. Разпоредбата гласи, че в случай че *с извършването на действия по чл. 44, ал. 3 и/или 4 от ЗОП* не може да се осигури спазване на принципа за равнопоставеност, кандидатът или участникът, участвал в пазарните консултации и/или в подготовката за възлагане на поръчката, се отстранява от процедурата, *ако не може да докаже*, че участието му не води до нарушаване на този принцип.

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 5 от ЗОП** – установено е, че кандидатът или участникът: **а)** е представил документ с невярно съдържание, свързан с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор; **б)** не е предоставил изискваща се информация, свързана с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 2, буква „а“ от ЗОП, основаниято за задължително отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „а“ от ЗОП се прилага *до изтичането на три години от датата на влизането в сила на решението на възложителя, с което кандидатът или участникът е отстранен за наличие на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „а“*.

Съгласно чл. 57, ал. 4 от ЗОП, стопанските субекти, които са отстранени от процедура за възлагане на обществена поръчка поради наличие на обстоятелства по чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „а“ от ЗОП се включват в списък, който има информативен характер.

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 6 от ЗОП [13]** – установено е *с влязло в сила наказателно постановление или съдебно решение*, нарушение на чл. 61, ал. 1, чл. 62, ал. 1 или 3, чл. 63, ал. 1 или 2, чл. 118, чл. 128, чл. 228, ал. 3, чл. 245 и чл. 301 – 305 от Кодекса на труда (КТ) или чл. 13, ал. 1 от Закона за трудовата миграция и трудовата мобилност или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен. По-конкретно става въпрос за нарушения, свързани със: изискванията за сключването и формата на трудов договор, изпращането на уведомление за сключване, изменение или прекратяване на трудов договор до съответната териториална дирекция на Националната агенция за приходите, началото на изпълнението, забраната за едностранно изменение на трудовото правоотношение, задължението за начисление и плащане на трудово възнаграждение и др.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 2, буква „б“ от ЗОП, основанията за задължително отстраняване по чл. 54, ал. 1, т. 6 от ЗОП се прилагат *до изтичането на три години от датата на влизането в сила на акт на компетентен*

орган, с който е установено наличието на тези обстоятелства, освен ако в акта е посочен друг срок.

- **Основание по чл. 54, ал. 1, т. 7 от ЗОП** – налице е конфликт на интереси, който не може да бъде отстранен. Това основание важи по отношение на лицата, които представляват участника или кандидата, както и за членовете на неговите управителни и надзорни органи съгласно регистъра, в който е вписан съответният участник или кандидатът (ако има такъв регистър), или документите, удостоверяващи правосубектността му. Когато в състава на тези органи участва юридическо лице, основанието по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП се отнася за физическите лица, които представляват това юридическото лице съгласно регистъра, в който е то вписано (ако има такъв регистър) или документите, удостоверяващи правосубектността му. Важно е да се отбележи, че съгласно новата ал. 3 на чл. 54 от ЗОП, считано от 1 март 2019 г. [14] когато кандидатът или участникът, или юридическо лице в състава на негов контролен или управителен орган се представлява от физическо лице по пълномощие, основанието по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП ще се отнася и за това физическо лице.

Съгласно §2, т. 21 от ДР на ЗОП, по смисъла на закона „конфликт на интереси“ е налице, когато възложителят, негови служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането на обществената поръчка или могат да повлияят на резултата от нея, имат интерес, който може да води до облага по смисъла на чл. 54 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество (ЗПКОНПИ) и за който би могло да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка. „Облага“ по смисъла на ЗПКОНПИ е всеки доход в пари или в имущество, включително придобиване на дялове или акции, както и предоставяне, прехвърляне или отказ от права, получаване на стоки или услуги безплатно или на цени, по-ниски от пазарните, получаване на привилегия или почести, помощ, глас, подкрепа или влияние, предимство, получаване на или обещание за работа, длъжност, дар, награда или обещание за избягване на загуба, отговорност, санкция или друго неблагоприятно събитие.

Както вече беше отбелязано, *по правило* наличието на което и да е от предвидените в чл. 54, ал. 1 от ЗОП от законодателя ограничения (условия) по отношение личното състояние на кандидатите и участниците се явява основание за тяхното задължително отстраняване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка. Считано от 1 март 2019 г., обаче, по силата на новата ал. 4 на чл. 54 от ЗОП [15] *възложителите ще имат право да не прилагат тези условия* при поръчки, възлагани на основание чл. 79, ал. 1, т. 3 [16] и т. 4 [17], чл. 182, ал. 1, т. 1 [18] или чл. 191, ал. 1, т. 2 [19] и

т. 3 [20] от ЗОП, когато се налага да се защитят особено важни държавни или обществени интереси. В тези случаи възложителят е длъжен да посочи мотиви в обявлението за възлагане на поръчка, а при възлагане по чл. 191, ал. 1, т. 2 и 3 от ЗОП – в досието на поръчката.

Факултативни основания за изключване от участие в обществени поръчки

За да участват в процедура за възлагане на обществена поръчка, по отношение личното състояние на кандидатите или участниците, възложителят разполага с правото да въвежда определени ограничения (изисквания за липса на определени обстоятелства). По аргумент от чл. 55, ал. 5, във връзка с ал. 1 от ЗОП това право на възложителя се упражнява при условията на оперативна самостоятелност, но в границите, посочени от законодателя при спазване на принципа за пропорционалност – възложителят е длъжен да вземе предвид предмета и обема на обществената поръчка.

- **Обстоятелства по чл. 55, ал. 1, т. 1 от ЗОП** – кандидатът или участникът е обявен в несъстоятелност или е в производство по несъстоятелност, или е в процедура по ликвидация, или е сключил извънсъдебно споразумение с кредиторите си по смисъла на чл. 740 от Търговския закон, или е преустановил дейността си, а в случай че кандидатът или участникът е чуждестранно лице – се намира в подобно положение, произтичащо от сходна процедура, съгласно законодателството на държавата, в която е установен.

Следва да се има предвид, че по аргумент от чл. 55, ал. 4 от ЗОП, когато възложителят е поставил изискване за липса на обстоятелства по чл. 55, ал. 1, т. 1 от ЗОП, той има право да не отстрани от процедурата кандидат или участник на посоченото основание, ако се докаже, че същият не е преустановил дейността си и е в състояние да изпълни поръчката съгласно приложимите национални правила за продължаване на стопанската дейност в държавата, в която е установен; тази възможност задължително следва да се посочи в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, а при процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 8 (договаряне без предварително обявление), т. 9 (договаряне без предварителна покана за участие) и т. 13 (пряко договаряне) от ЗОП – в решението за откриване.

- **Обстоятелство по чл. 55, ал. 1, т. 2 от ЗОП** – кандидатът или участникът е лишен от правото да упражнява определена професия или дейност съгласно законодателството на държавата, в която е извършено деянието.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 2, буква „б“ от ЗОП, основанието за задължително отстраняване по чл. 55, ал. 1, т. 2 от ЗОП се прилага до изтичане-

то на три години от датата на влизането в сила на акт на компетентен орган, с който е установено наличието на това обстоятелство, освен ако в акта е посочен друг срок.

- **Обстоятелство по чл. 55, ал. 1, т. 3 от ЗОП** – кандидатът или участникът е сключил споразумение с други лица с цел нарушаване на конкуренцията, когато нарушението е установено с акт на компетентен орган.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 2, буква „б“ от ЗОП, основанията за задължително отстраняване по чл. 55, ал. 1, т. 3 от ЗОП се прилага *до изтичането на три години от датата на влизането в сила на акт на компетентен орган, с който е установено наличието на това обстоятелство, освен ако в акта е посочен друг срок.*

- **Обстоятелства по чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП [21]** – доказано е, че кандидатът или участникът е виновен за неизпълнение на договор за обществена поръчка или на договор за концесия за строителство или за услуга, довело до разваляне или предсрочното му прекратяване, изплащане на обезщетения или други подобни санкции, с изключение на случаите, когато неизпълнението засяга по-малко от 50 на сто от стойността или обема на договора.

По аргумент от чл. 57, ал. 3, т. 2, буква „в“ от ЗОП, основанията за задължително отстраняване по чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП се прилагат *до изтичането на три години от влизането в сила на съдебно решение или на друг документ, с който се доказва наличието на някое от тези обстоятелства.*

Съгласно чл. 57, ал. 4 от ЗОП, стопанските субекти, за които са налице обстоятелства по чл. 55, ал. 1, т. 4 от ЗОП, се включват в списък, който има информативен характер.

- **Обстоятелства по чл. 55, ал. 1, т. 5 от ЗОП** – кандидатът или участникът се е опитал да: а) повлияе на вземането на решение от страна на възложителя, свързано с отстраняването, подбора или възлагането, включително чрез предоставяне на невярна или заблуждаваща информация, или б) получи информация, която може да му даде неоснователно предимство в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Тук е важно да се има предвид, че след изменението в чл. 55, ал. 3 от ЗОП, считано от 1 март 2019 г. тези обстоятелства (основания) се отнасят за лицата, посочени в чл. 54, ал. 2 и 3 от ЗОП. Това са лицата, които представляват участника или кандидата, както и членовете на неговите управителни и надзорни органи съгласно регистъра, в който е вписан съответният участник или кандидатът (ако има такъв регистър), или документите, удостоверяващи правосубектността му. Когато в състава на тези органи участва юридическо лице, основанията се отнасят за физическите лица, които представляват това юридическото

лице съгласно регистъра, в който е то вписано (ако има такъв регистър) или документите, удостоверяващи правосубектността му. Когато кандидатът или участникът, или юридическо лице в състава на негов контролен или управителен орган се представлява от физическо лице по пълномощие, основанията по чл. 55, ал. 1, т. 5 от ЗОП ще се отнасят и за това физическо лице.

Механизъм за преодоляване наличието на основание за отстраняване от участие в обществени поръчки

Съгласно действащото законодателство стопанските субекти разполагат с изрично регламентирана възможност за преодоляване наличието на основание за отстраняване от участие в обществени поръчки, без значение на неговия характер т.е. без значение дали то е от категорията на задължителните или факултативните основания. По силата на чл. 56, ал. 1 от ЗОП, кандидат или участник, за когото са налице основания по чл. 54, ал. 1 от ЗОП и посочените от възложителя обстоятелства по чл. 55, ал. 1 от ЗОП, има *право да представи доказателства, че е предприел мерки, които гарантират неговата надеждност*, въпреки наличието на съответното основание за отстраняване. С други думи, правото на стопанските субекти да гарантират своята надеждност е *приложимо в случаите и на задължителни, и на факултативни основания за изключване*.

Видно от съображение 101 от преамбюла на Директива 2014/24/ЕС, респ. 106 от преамбюла на Директива 2014/25/ЕС, европейският законодател подчертава, че „при прилагането на факултативни основания за изключване възлагащите органи следва да обръщат особено внимание на принципа на пропорционалност“ и че „само в изключителни случаи дребните нередности следва да водят до изключване на икономически оператор“. В същото време обаче се обръща внимание, че „независимо от това повтарящите се незначителни нередности могат да породят съмнения относно надеждността на даден икономически оператор, което може да обоснове неговото изключване.“

В контекста на въпроса за правото на стопанските субекти да представят доказателства за предприети от тях мерки за надеждност е необходимо да се обърне специално внимание на разпоредбата на чл. 56, ал. 5 от ЗОП, въвеждаща забрана по отношение на кандидат или участник, който с влязла в сила присъда или друг акт съгласно законодателството на държавата, в която е произнесена присъдата или е издаден актът, е лишен от правото да участва в процедури за обществени поръчки или концесии. Такъв стопански субект няма право да използва предвидената в чл. 56, ал. 1 от ЗОП възможност *за времето, определено с присъдата или акта*. Прави впечатление, че е нали-

це разминаване с идеята, заложена от европейския законодател в разпоредбата на чл. 57, параграф 6 от Директива 2014/24/ЕС, която гласи: „Икономически оператор, който е бил изключен с окончателна присъда от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки или концесии, няма право да използва предвидената в настоящия параграф възможност по време на срока на изключването, произтичащ от тази присъда *в държавата членка, в която присъдата поражда последици.*“ (к.м. – И.Г.).

Съгласно чл. 45, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки (ППЗОП) [22], когато за кандидат или участник е налице някое от основанията по чл. 54, ал. 1 ЗОП или посочените от възложителя основания по чл. 55, ал. 1 ЗОП *и преди подаването на заявлението за участие или офертата той е предприел мерки за доказване на надеждност* по чл. 56 ЗОП, тези мерки следва да се опишат в единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП).

Вече беше подчертано, че с разпоредбата на чл. 57, ал. 1 от ЗОП се въвежда задължение за възложителя да отстрани от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат или участник, за когото са налице основанията по чл. 54, ал. 1 от ЗОП и посочените от самия възложител обстоятелства по чл. 55, ал. 1 от ЗОП, възникнали преди или по време на съответната процедура. В тази връзка, съгласно чл. 46, ал. 1 от ППЗОП, кандидатите и участниците са длъжни да *уведомят писмено възложителя в 3-дневен срок от настъпване на някое от посочените основания или обстоятелства.* В тези случаи възложителят предава уведомлението на председателя на комисията по чл. 103, ал. 1 ЗОП (комисията, която възложителя назначава с цел извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори и диалог), а когато документите по чл. 106, ал. 1 ЗОП (докладът по чл. 103, ал. 3 от ЗОП, в който се отразяват резултатите от работата на комисията и приложените към него протоколи) вече са получени от възложителя, той връща на комисията доклада с указания за отразяване на новонастъпилите обстоятелства.

Важно е да се подчертае, че що се касае до възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност, то прилагането на мерки за доказване на надеждност е недопустимо (аргумент от чл. 157, ал. 8 от ЗОП). [23]

Възможните мерки за надеждност и допустимите доказателства за предприемането им

Погасяване, разсрочване, отсрочване или обезпечаване на задълженията по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП, включително начислените лихви и/или глоби

Вече беше посочено, че в обхвата на чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП се включват задълженията за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от ДОПК и лихвите по тях към държавата или към общината по седалището на възложителя и на кандидата или участника, или аналогични задължения съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен, доказани с влязъл в сила акт на компетентен орган. Необходимо е да се напомни, че по аргумент от чл. 54, ал. 5 от ЗОП (след промяната от ДВ, бр. 86 от 2018 г.), считано от 1 март 2019 г., разпоредбата на чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП *не се прилага*, когато размерът на неплатените дължими данъци или социалноосигурителни вноски е до 1 на сто от сумата на годишния общ оборот за последната приключена финансова година, но не повече от 50 000 лв.

Като доказателство за своята надеждност, по аргумент от чл. 45, ал. 2, т. 1 от ППЗОП, стопанският субект следва да представи документ за извършено плащане или споразумение, или друг документ, от който да е видно, че задълженията са обезпечени или че страните са договорили тяхното отсрочване или разсрочване, заедно с погасителен план и/или с посочени дати за окончателно изплащане на дължимите задължения.

Плащане (процес на изплащане) на дължимо обезщетение за вреди

Кандидатът или участникът може да докаже, че е платил или е в процес на изплащане на дължимо обезщетение за *всички* вреди, *настъпили в резултат от извършеното от него престъпление или нарушение*.

Като доказателство за своята надеждност, по аргумент от чл. 45, ал. 2, т. 1 от ППЗОП, стопанският субект представя документ за извършено плащане или е в процес на изплащане на дължимо обезщетение.

Изясняване на факти и обстоятелства.

Изпълнение на конкретни предписания и мерки

С цел да избегне отстраняването си от участие, кандидатът или участникът има право да докаже и това, че е *изяснил изчерпателно* фактите и обстоятелствата, като *активно е съдействал* на компетентните органи, и е *изпъл-*

нил конкретни предписания, технически, организационни и кадрови мерки, чрез които да се предотвратят нови престъпления или нарушения.

Като доказателство за своята надеждност, по аргумент от чл. 45, ал. 2, т. 1 от ППЗОП, стопанският субект представя документ от съответния компетентен орган за потвърждение на описаните по-горе обстоятелства.

Плащане на дължимо вземане по Кодекса на труда

Друга възможност, с която разполага стопанският субект е да докаже, че е платил *изцяло дължимото вземане по чл. 128, чл. 228, ал. 3 или чл. 245* от Кодекса на труда. Най-общо казано, става въпрос за уговорено трудово възнаграждение за извършена работа, както и за обезщетения, дължими при прекратяване на трудовото правоотношение.

По аргумент от чл. 58, ал. 1, т. 4 от ЗОП (след допълнението от ДВ, бр. 102 от 2017 г.) за доказване на посоченото по-горе обстоятелство се представя удостоверение от органите на Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“.

Преценка на предприетите мерки и представените доказателства. Отговорност за евентуално погрешно решение

Правото на стопанските субекти да представят доказателства, че са предприели мерки, чрез които да гарантират своята надеждност поражда задължение за възложителя на съответната обществена поръчка да направи преценка дали тези мерки са достатъчни, за да изпълнят своето предназначение. Възложителят преценява предприетите мерки, като отчита *тежестта и конкретните обстоятелства, свързани с извършеното престъпление или нарушение и в случай, че тези мерки са достатъчни, за да се гарантира надеждността на съответния кандидат или участник, възложителят не го отстранява от участие в поръчката* (аргумент от чл. 56, ал. 2 от ЗОП и чл. 56, ал. 3 от ЗОП в нейната редакция от ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1 март 2019 г.). Този подход на българския законодател напълно кореспондира с идеята, заложена в европейското законодателство възложителят да е този, който преценява дали предприетите мерки са достатъчни, но счете ли ги за такива той няма право да отстрани съответния стопански субект от участие в обществената поръчка (аргумент от чл. 57, параграф 6 от Директива 2014/24/ЕС). Действително в конкретния случай се касае за преценка по целесъобразност, но това е логично да бъде така, тъй като отговорността за последиците от „евентуалното си погрешно решение“ [24] ще се понесе именно от възложителя (аргумент от съображение 101 от преамбюла на Директива 2014/24/ЕС, респ. 106 от преамбюла

на Директива 2014/25/ЕС). *Тежестта на доказване, че е налице основание за отстраняване от участие лежи върху възложителя.* Европейският законодател изисква възложителят с „подходящи средства“ да докаже това, без да конкретизира обаче какъв точно смисъл влага в понятието. С други думи, оставено е на преценката на възложителя да реши кои средства счита за подходящи, за да обоснове *законно* отстраняване от по-нататъшно участие. Очевидно всичко ще зависи от конкретния случай с оглед съответното правно основание за отстраняване.

Прави впечатление, че в директивите се обръща внимание на отговорността на възложителя за последиците от евентуалното му погрешно решение, но не се уточнява какъв вид юридическа отговорност следва да бъде понесена. В контекста на българското законодателство в областта на обществените поръчки и по-конкретно по-аргумент от чл. 218 от ЗОП всяко заинтересовано лице (лице, което има или е имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или може да бъде нанесена вреда от твърдяното нарушение [25]) може да претендира обезщетение за вреди, претърпени вследствие на нарушения *при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка*, при условията на чл. 203, ал. 1, чл. 204, ал. 1, 3 и 4 и чл. 205 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК). Систематичното място на посочените разпоредби от АПК е в Глава единадесета „ПРОИЗВОДСТВА ЗА ОБЕЗЩЕТЕНИЯ“. Съгласно чл. 203, ал. 1 от АПК „искове за обезщетения за вреди, причинени на граждани или юридически лица от незаконосъобразни или очевидно нарушаващи правото на Европейския съюз актове, действия или бездействия на административни органи и длъжностни лица, се разглеждат по реда на тази глава“. С промените в АПК, които влязоха в сила от 01.01.2019 г., в чл. 203, ал. 1 от АПК след думата „незаконосъобразни“ беше добавен изразът „или очевидно нарушаващи правото на Европейския съюз“ [26]. В административноправната теория се подчертава, че се касае за две различни, самостоятелни основания за обезщетения за вреди от актове, действия и бездействия на административни органи и длъжностни лица – незаконосъобразни актове, действия и бездействия и очевидно нарушаващи правото на ЕС актове, действия и бездействия като се посочва, че не става ясно защо законодателят прави такова разграничение, тъй като липсват мотиви за въпросната промяна (Янкулова, Николова, 2018, с. 221; Сивков, 2019, с. 72) Повдига се и въпросът *дали е възможно един акт, действие или бездействие да бъдат законосъобразни и в същото време очевидно да нарушават правото на ЕС*. Изразяват се опасения, че поради неясния смисъл, вложен в понятието „очевидно“ и липсата на достатъчно подготвени специалисти, които да познават достатъчно добре правото на ЕС, за да могат да преценят кога е налице *очевидното* му нарушаване, съществува реален риск от

субективна оценка. Тази субективна оценка ще се обуславя от знанието и разбирането на оценяващия и то без каквито и да било обективни критерии, докато нарушението на правото на ЕС е винаги обективен факт (Янкулова, Николова, 2018, с. 221). Както подчертава и Сивков (2019, с. 73) „за едни едно нарушение е очевидно, а за други – друго“, т.е. „за тези, които познават добре европейското право, едно нещо ще бъде очевидно нарушение, а за тези, които не го познават – то ще бъде друго“.

Освен това, проблем би могъл да възникне и при прилагането на чл. 204, ал. 1 ат АПК. Разпоредбата гласи, че иск за обезщетение може да се предяви след отмяната на административния акт *по съответния ред*. Да отменя административни актове на възложителите е в правомощието на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК), а контролът, който тя упражнява е единствено и само за законосъобразност (арг. от чл. 196 от ЗОП). Що се касае до обществените поръчки на ниска стойност, при които се прилагат правила, които по своята същност не представляват процедура за възлагане, то по отношение на тях контрол от страна на КЗК е неприложим.

Когато обаче вредите са причинени от нищожен или оттеглен *административен акт*, незаконосъобразността на акта се установява от съда, пред който е предявен искът за обезщетение (арг. от чл. 204, ал. 3 от АПК, във връзка с чл. 218 от ЗОП).

Съгласно чл. 56, ал. 4 от ЗОП, *мотивите за приемане или отхвърляне на предприетите мерки и представените доказателства се посочват* в решението за предварителен подбор, съответно в решението за класиране или прекратяване на процедурата, в зависимост от вида и етапа, на който се намира процедурата, а при събиране на оферти с обява – в протокола от работата на комисията. От направените през октомври 2018 г. промени в чл. 56 от ЗОП (в сила от 1 март 2019 г.) е очевидно, че *правото на стопанските субекти да представят доказателства за предприетите от тях мерки за гарантиране на надеждност може да се упражни не само във връзка с участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, но и при събирането на оферти с обява* (един от начините за възлагане на обществени поръчки на ниска стойност) [27].

В зависимост от вида и етапа на съответната процедурата за възлагане на обществена поръчка възложителите издават различни решения, включително решения за предварителен подбор, за класиране и за прекратяване, които по своята правна същност представляват индивидуални административни актове, издавани по реда на ЗОП (аргумент от чл. 22, ал. 1, във връзка с ал. 9 от ЗОП). Елемент от съдържанието на посочените решения са и мотивите т.е. фактическите и правни основания за издаването им. В административноправната доктрина *липсата на мотиви винаги се е възприемала като основание за отмяна на административния акт, без значение дали админи-*

стративният орган е овластен да реши въпроса по свободна преценка или не. В този смисъл е и трайната съдебна практика, включително в тълкувателната практика на Върховния съд (ВС), респ. на Върховния административен съд (ВАС) [28]. В *Постановление № 4 от 22.IX.1976 г. по гр.д. №3/76 г. на Пленума на ВС* се отбелязва, че административният акт трябва да бъде мотивиран, включително и когато административният орган е овластен да реши въпроса по свободна преценка и неизлагането на съображенията, по които е издаден актът се явява основание за неговата отмяна. ВС обръща внимание, че мотивирането на административния акт улеснява контрола, който се упражнява над него при обжалването му, поради което самото то представлява изискване за законосъобразност на самия акт. Подчертава се, че задължението за мотивиране съществува за административния орган и тогава, когато е овластен да реши въпроса по свободна преценка като в тези случаи правата на административния орган са ограничени в рамките на оперативната му самостоятелност и с оглед на целите, за които тя му е предоставена. Въпрос за законосъобразност е дали той не е нарушил тези рамки и дали не е упражнил превратно правото си на свободна преценка. Подобна позиция е застъпена и в *Тълкувателно решение № 16 от 31.III.1975 г. на Общото събрание на Гражданската колегия на ВС*, в което се припомня, че фактическите и правни основания за издаване на акта са необходима и задължителна част от съдържанието на индивидуалния административен акт, а искането за мотивировка представлява една от гаранциите за законосъобразност на акта, които законът е установил за защитата на правата и правнозащитените интереси на гражданите и организациите – страни в административното производство. В своето решение ВС пояснява, че тази гаранция се проявява в две насоки. От една страна, с излагането на мотивите се довеждат до знанието на страните съображенията, по които административният орган е издал административния акт като по този начин се подпомагат страните в избора на защитните средства и въобще при изграждането на защитата им срещу такива актове. От друга страна, наличието на мотиви улеснява контрола върху законосъобразността и правилността на акта, допринася за разкриване на евентуално допуснатите закононарушения, разкрива и възможности за контрол над случаите, в които въпросът е решен по целесъобразност, но са надхвърлени рамките на предоставената на административния орган оперативна самостоятелност. Според ВС, значението на изискването за мотиви е голямо, тъй като неизлагането на мотиви към административния акт съставлява съществено нарушение на закона и основание за отмяна на акта. Позицията, че липсата на мотиви във всички случаи (и когато административният орган действа при условията на обвързана компетентност, и при оперативна самостоятелност) е основание за отмяната на административен акт се поддържа и в *Тълкувателно решение*

№ 4 от 22.IV.2004 г. по д. № ТР-4/2002 г. на Общото събрание на съдиите от ВАС. Въпреки предоставеното от закона право на действие при оперативна самостоятелност, според съдиите от ВАС, неизлагането на мотиви по въпроса защо е избрано едно от няколко възможни законосъобразни решения е основания за отмяната на акта. В решението се подчертава, че проверката за законосъобразност на един административен акт, освен преценката дали органът не е нарушил съответните законови рамки включва в себе си и отговор на въпроса дали той не е упражнил превратно така предоставеното му право на оперативна самостоятелност и съответства ли взетото решение на целта на закона.

И от позиция на административноправната теория, а и видно от подхода, следван от българския законодател, изискването за мотивиране винаги се е възприемало като изискване за форма на административния акт, което означава, че то по своята същност представлява и изискване за законосъобразност. Мотивиране означава обосноваването, което авторът на акта трябва да направи и изложи преди самото волеизявление в административния акт, за да обясни явно съображенията, които го ръководят, за да вземе това, а не друго решение в този административен акт (Стайнов, 1952, с. 165). По своята същност, мотивите трябва да бъдат не някакви общи разсъждения, а конкретни съображения за този именно административен акт, съставна част от който са и чието издаване трябва да обосноват (Лазаров, 1999, с. 38-39; Лазаров, Тодоров, 2018, с. 305). В мотивите си административният орган следва да прецени всички доказателства, които са от съществено значение за този въпрос, чието разрешаване се цели с издаването на административния акт. (Лазаров, Тодоров, 2018, с. 305).

По аргумент от чл. 170 от АПК, във връзка с чл. 214 от ЗОП тежестта на доказване лежи върху автора на административния акт и лицата, за които той е благоприятен. Именно административният орган, издал съответния акт (в разглеждания случай това ще е възложителят на обществената поръчка) и лицата, за които той е благоприятен трябва да установят съществуването на фактическите основания, посочени в него, и изпълнението на законовите изисквания при издаването му.

Освен това, както вече беше отбелязано по-горе в изложението, в контекста на отговорността за вреди от незаконосъобразни или очевидно нарушаващи правото на Европейския съюз актове, действия или бездействия на административни органи и длъжности лица следва да се има предвид, че всяко заинтересовано лице може да претендира обезщетение за вреди, претърпени вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, при условията на чл. 203, ал. 1, чл. 204, ал. 1, 3 и 4 и чл. 205 от АПК.

При всички положения обаче отговорността за последиците от евентуално погрешно решение, свързано с преценката дали един стопански субект се е оказал ненадежден и съответно довело до неизпълнение или неточно (забавено, частично или лошо) изпълнение на възложената обществена поръчка ще лежи върху възложителя.

Заклучение

Съгласно действащото европейско и българско законодателство упражняването на правото на стопанските субекти да представят доказателства за предприетите от тях мерки за гарантиране на надеждност е реален способ (механизъм) за преодоляване наличието на проблеми, свързани с личното състояние на съответния кандидат или участник, които представляват основание за отстраняване от участие в обществена поръчка. Тази правна възможност е приложима не само по отношение на процедурите за възлагане на обществени поръчки, но и при възлагането на обществени поръчки на ниска стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, когато се прилагат правила, които по своята същност не представляват процедура за възлагане. Прилагането на мерки за доказване на надеждност не се допуска при възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност. Документите, които се приемат за доказателства са регламентирани в подзаконов нормативен акт, приет от Министерски съвет вместо в ЗОП така, както е подходено спрямо документите за доказване на икономическо и финансово състояние, техническите и професионалните способности на стопанския субект, а и на тези за доказване липсата на самите основания за отстраняване поради проблеми, свързани с личното състояние. Когато преценява дали предприетите от кандидата или участника мерки са достатъчни, за да се гарантира неговата надеждност, възложителят действа при условията на оперативна самостоятелност, но при строго съблюдаване на принципа на пропорционалност. Възложителят е длъжен да вземе предвид тежестта и конкретните обстоятелства, свързани с извършеното правонарушение. Приемането, респ. отхвърлянето на предприетите мерки и представените доказателства задължително се мотивира. Липсата на мотиви е основание за отмяна на съответното решение, взето в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка. Тежестта на доказване, че е налице основание за отстраняване (без значение дали се касае за задължително или факултативно основание) лежи върху възложителя. Що се касае до правилата за възлагане на обществени поръчки на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, регламентирани в Глава двадесет и шеста „Събиране на оферти с обява. Покана до определени лица“ те, както вече беше отбелязано, не представляват процедура по възлагане, поради което е и недопустим контрол за законосъобразност от страна на КЗК.

Контрол от страна на КЗК е недопустим и по отношение на самата преценка по целесъобразност относно това дали съответните мерки, предприетите с цел доказване на надеждност са достатъчни, за да гарантират възможността за изпълнение на сключен договор за обществена поръчка. При всички случаи обаче отговорността за последиците от евентуалното си погрешно решение, свързано с преценката дали един стопански субект се е оказал ненадежден, довело до неизпълнение или неточно изпълнение на възложената обществена поръчка ще лежи върху възложителя като въпросите за вида на юридическата отговорност и начина за нейното реализиране биха могли да бъдат предмет на по-нататшно научно изследване.

Бележки:

[1] Обн. ДВ. бр. 13 от 16 февруари 2016 г., с посл. изм. и доп. Последната актуализация е тази на ДВ. бр. 17 от 26 февруари 2019 г.

[2] Вж. ОВ L 94, 28.03.2014 г. Пълните текстове на двете директиви в превод на официалните езици на ЕС са свободно достъпни в Интернет на страницата за достъп до правото на ЕС <http://eur-lex.europa.eu/>.

[3] Терминологията, типична за европейското законодателство и практика включва: икономически оператори (*economic operators*); задължителни основания за изключване (*mandatory exclusion grounds*) и факултативни основания за изключване (*facultative grounds for exclusion*). В действащото българско законодателство се използват понятията: стопански субекти, основания за задължително отстраняване и основания за незадължително отстраняване.

[4] Вж т. II, от Мотиви към Проект на Закон за обществените поръчки със сигнатура 502-01-69, внесен от Министерски съвет на 12.08.2015 г., с. 10, достъпен от официалната страница на Народното събрание в Интернет.

[5] Пак там

[6] Вж. по-специално Закона за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки, Обн. ДВ. бр. 13 от 18 октомври 2018 г.

[7] По смисъла на §2, т. 19 от Допълнителните разпоредби на ЗОП „кандидат“ е стопански субект, който е подал заявление за участие в ограничена процедура, състезателна процедура с договаряне, договаряне с предварителна покана за участие, договаряне с публикуване на обявление, състезателен диалог, партньорство за иновации или участва в ограничен конкурс за проект.

[8] По смисъла на §2, т. 59 от Допълнителните разпоредби на ЗОП и съгласно §126, т. 1, буква „к“, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г., считано от 1 март 2019 г. „участник“ е стопански субект,

който е представил оферта или идеен проект или е поканен да участва в преговори.

[9] По аргумент от §28, т. 1, буква „а“, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ, бр. 86 от 2018 г. в чл. 54, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП думите „освен ако е реабилитиран“ се заличават.

[10] Вж. §28, т. 3, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г.

[11] По аргумент от §2, т. 55 от ДР на ЗОП, „трета страна“ е страна, която не е държава-членка.

[12] Тази редакция е в сила от 1 март 2019 г. (Вж. §28, т. 1, буква „б“, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г.). Преди това текстът на разпоредбата гласи: „има задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях, към държавата или към общината по седалището на възложителя и на кандидата или участника, или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен, освен ако е допуснато разсрочване, отсрочване или обезпечение на задълженията или задължението е по акт, който не е влязъл в сила“.

[13] От приемането на ЗОП от 2016 г. разпоредбата на чл. 54, ал. 1, т. 6 от ЗОП е претърпяла няколко промени като са се включвали все повече състави на административни нарушения в областта на трудовото законодателство.

[14] Вж. § 28, т. 3, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г.

[15] Вж. § 28, т. 4, във вр. с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г.

[16] На основание чл. 79, ал. 1, т. 3 от ЗОП, публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление когато поръчката може да бъде изпълнена само от определен изпълнител в някой от следните случаи: а) целта на поръчката е да се създаде или да се придобие уникално произведение на изкуството или творчески продукт; б) липса на конкуренция поради технически причини; в) наличие на изключителни права, включително на права на интелектуална собственост.

[17] На основание чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП, публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно да бъдат спазени сроковете, включително съкратените, за открита, ограничена процедура или състезателна процедура с договаряне; обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя.

[18] На основание чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП, възложителят може да проведе пряко договаряне с определени лица при наличие на някое от основанията по чл. 79, ал. 1, т. 3 и т. 5 – 9 от ЗОП или когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно спазване на сроковете по чл. 178, ал. 2 и 4 от ЗОП (считано от 1 март 2019 г. чл. 178, ал. 2 и 3 се променя на чл. 178, ал. 2 и 4 от ЗОП – аргумент от §82, т. 1, във връзка с §141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ. бр. 86 от 2018 г.). Обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя. Основанията по чл. 79, ал. 1, т. 5-9 от ЗОП са както следва: 5. стоките – предмет на доставка, се произвеждат с цел изследване, експериментиране, научна или развойна дейност и са в количества, които не позволяват да се осигури достатъчна пазарна реализация или да се покрият разходите за научноизследователска и развойна дейност; 6. когато са необходими допълнителни доставки на стоки от същия доставчик, предназначени за частична замяна или допълване на наличните доставки или съоръжения, и смяната на доставчика води до несъвместимост или до съществени технически затруднения при експлоатацията и поддържането поради придобиване на стока с различни технически характеристики; 7. предмет на поръчката е доставка на стока, която се търгува на стокова борса, съгласно списък, одобрен с акт на Министерския съвет, по предложение на министъра на финансите; 8. при доставки или услуги, доставяни при особено изгодни условия от лице, което прекратява стопанската си дейност, както и от синдици или ликвидатори при производство по несъстоятелност, при наличие на споразумение с кредитори или друга сходна процедура, в която е лицето, съгласно неговото национално законодателство; 9. услугата се възлага след конкурс за проект, проведен по реда на закона, като се изпращат покани за участие в преговорите на класирания участник или на всички класирани участници в съответствие с условията на конкурса.

[19] На основание чл. 191, ал. 1, т. 2 от ЗОП, възложителите могат да не публикуват обява, а да изпратят покана до определено лице, когато възлагането на обществената поръчка на друго лице е невъзможно поради наличие на авторски или други права на интелектуална собственост, или на изключителни права, придобити по силата на закон или на административен акт, както и когато естеството на доставката или услугата е ограничено до точно определен изпълнител по причини, които не се дължат на възложителя.

[20] На основание чл. 191, ал. 1, т. 3 от ЗОП, възложителите могат да не публикуват обява, а да изпратят покана до определено лице/лица, когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно спазването на сроковете по чл. 188, ал. 1

от ЗОП. Обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя. Съгласно чл. 188, ал. 1 от ЗОП, считано от 1 март 2019 г. срокът за получаване на оферти трябва да е съобразен с обема и сложността на поръчката и не може да бъде по-кратък от 10 дни, от публикуването на обявата (вж. § 86, т. 2, във вр. с § 141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ, бр. 86 от 2018 г.).

[21] Редакция от ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1 март 2019 г. Преди промяната разпоредбата гласи: „доказано е, че е виновен за неизпълнение на договор за обществена поръчка или на договор за концесия за строителство или за услуга, довело до предсрочното му прекратяване, изплащане на обезщетения или други подобни санкции, с изключение на случаите, когато неизпълнението засяга по-малко от 50 на сто от стойността или обема на договора“.

[22] Обн. ДВ. бр. 28 от 8 април 2016 г., с посл. изм. и доп. Последните промени са тези в ДВ, бр. 17 от 26 февруари 2019 г., попр. ДВ. бр. 20 от 8 март 2019 г.

[23] По-подробно относно изискванията за лично състояние и основанията за отстраняване от участие в обществени поръчки в областите отбрана и сигурност вж. Събев, С. Възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност, Издателски комплекс на НВУ „Васил Левски“, Велико Търново, 2016, с. 18 и сл.

[24] Именно изразът „евентуалното си погрешно решение“ е употребен в съображение 101 от преамбюла на Директива 2014/24/ЕС, респ. в съображение 106 от Директива 2014/25/ЕС. В текста на директивите на английски език изразът е *possible erroneous decision*.

[25] Това е легалната дефиниция на понятието „заинтересовано лице“ по смисъла на ЗОП съгласно § 2, т. 14 от Допълнителните разпоредби на ЗОП.

[26] Вж. § 47, т. 1, във вр. с § 156 от ЗИДАПК, обн. ДВ. бр. 77 от 2018 г.

[27] По аргумент от § 30, т. 1 във вр. с § 141 от ЗИДЗОП, обн. ДВ, бр. 86 от 2018 г. в чл. 56, ал. 3 от ЗОП думата „процедурата“ се заменя с „участие в поръчката“.

[28] Посочените в изложението постановления и тълкувателни решения са достъпни В: Канатова-Бучкова, В. Тълкувателни решения и тълкувателни постановления на Върховния административен съд (Върховния съд) на Република България по административни дела (1973-2008), издателство „Фенея, София, 2009.

Референции:

Лазаров, К. (1999), Изисквания за законосъобразност на административните актове, Фенея, София.

(Lazarov, K. 1999. Iziskvania za zakonosaobraznost na administrativnite aktove, Feneya, Sofia)

Лазаров, К., Тодоров, И. (2018), Административен процес с измененията на АПК от септември 2018 г., Сиела, София.

(Lazarov, K., Todorov, I. 2018. Administrativen protses s izmeneniyata na APK ot septemvri 2018 g., Siela, Sofia)

Сивков, Ц. (2019), Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г., Сиби, София.

(Sivkov, Ts. 2019. Izmeneniyata na Administrativnoprotsesualnia kodeks ot esenta na 2018 g., Sibi, Sofia)

Стайнов, П. (1952), Административните актове в правната система на Народна република България, Издание на Българската академия на науките, София.

(Staynov, P. 1952. Administrativnite aktove v pravната sistema na Narodna republika Bulgaria, Izdanie na Balgarskata akademia na naukite, Sofia)

Янкулова, С., Николова, Т. (2018), Промените в Административнопроцесуалния кодекс от 2018 г., ИК „Труд и право“, София.

(Yankulova, S., Nikolova, T. 2018. Promenite v Administrativnoprotsesualnia kodeks ot 2018 g., IK „Trud i pravo“, Sofia)

ОТНОСНО ПРАВОТО НА СТОПАНСКИТЕ СУБЕКТИ ДА ПРЕДСТАВЯТ ДОКАЗАТЕЛСТВА ЗА ПРЕДПРИЕТИТЕ ОТ ТЯХ МЕРКИ ЗА ГАРАНТИРАНЕ НА НАДЕЖДНОСТ

Резюме

Целта на настоящата студия е да представи правната възможност за стопанските субекти да гарантират своята надеждност при изпълнението на обществени поръчки въпреки наличието на основание за тяхното отстраняване от участие. Подходът за постигане на тази цел е практически ориентиран анализ на действащото европейско и българско законодателство. Основните задачи на изследването са: преглед на допустимите мерки за надеждност и анализ на задължението на възложителите да преценят доколко те са достатъчни, за да изпълнят своето предназначение. В разработката се подчертава значението на изискването за излагане на мотиви към решението на възложителя да приеме или отхвърли предприятиите от стопанския субект мерки. Възложителят носи отговорност за последиците от евентуалното си погрешно решение, като тежестта на доказване, че е налице основание за отстраняване от участие лежи върху него.

Ключови думи: обществена поръчка, основания за отстраняване от участие в обществена поръчка, мерки за доказване на надеждност

JEL: K23

ON THE RIGHT OF ECONOMIC OPERATORS TO PROVIDE EVIDENCE TO DEMONSTRATE THEIR RELIABILITY

Ilonka Goranova*

Abstract

The aim of the following paper is to illustrate the legal courses of action for economic operators to demonstrate their reliability in the performance of public procurement contracts despite the existence of a relevant ground for exclusion, through practical oriented analysis of the current European and Bulgarian legislation. The main tasks of the research are: review of the admissible self-cleaning measures and analysis of the obligation of contracting authorities to assess the extent to which those measures are sufficient to fulfill their intended purpose. It is emphasized on the importance of the requirement the reasons for the contracting authority's acceptance or reject of the measures undertaken by the economic operator, to be stated. The contracting authority is to bear the consequences of a possible erroneous decision. The burden of proof that there is a ground for exclusion of the economic operator from further participation rests on the contracting authority.

Key words: public procurement, grounds for exclusion, self-cleaning measures

JEL: K23

* Ilonka Goranova, PhD in Law, Chief Assist. Prof., Department of Public Legal Studies, UNWE, email: ilgoranova@unwe.bg