

НЯКОИ АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ ПО ПРИЛАГАНЕТО НА ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

Антония Илиева¹

Анотация

С приемането на новия Закон за обществените поръчки през месец април 2016г., законодателят постави началото на привидно по-обоснована и прозрачна методика за възлагане на тръжни процедури от страна на публичните и секторните възложители. Макар и променен по същество, новият закон не уреди в пълнота натрупаните пороци и създадените лоши практики, които се обособиха в периода на съществуване на отменения ЗОП. Натрупаната практика по предходния Закон за обществени поръчки (отм.) послужи до известна степен на законодателя като добър фундамент относно адаптирането на новите текстове. Вместо да предложи на икономическите оператори-възложители на обществени поръчки една по-облекчена и ясна методика за възлагане, той създаде не малко на брой проблеми по отношение на прилагането и тълкуването на актуализираните процедури по възлагане. Настоящото проучване има за цел да анализира ефективността по прилагането на ЗОП във връзка с утвърдените нови методики.

Ключови думи: Закон за обществените поръчки.

Summary

With the adoption of a new Public Procurement Act in April 2016 the law-maker launched a more practice-oriented and transparent methodology concerning the awarding of procurement procedures on behalf of the public and sector assignors. Although changed in essence, the new Act did not settle completely the accumulated errors and created bad practices that emerged for the relatively short period of existence of the repealed PPA. The accumulated practice under the previous Public Procurement Act (repealed) served to a certain extent as a good foundation for the law-maker concerning the adaptation of the new texts, but instead of offering to the economic operators more streamlined and clear awarding methodology, it turned out that it set up a number of practical problems concerning the application and interpretation

¹ Доктор по право, главен асистент по Административно право и административен процес в ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“

of updated award procedures. This study aims to analyze the effectiveness of the implementation of the PPA in connection with the new methodologies.

Key words: Public Procurement Act

С членството на България в Европейския съюз, в правния живот на страната настъпиха редица промени, които наложиха обособяването на нови методики за работа в различните сфери на икономическия и управленски живот. Обособиха се нови практики по отношение на разходването на публични средства, които не бяха познати в правния и икономическия живот на страната до този момент. Пример за това е приетият през 2004г. Закон за обществени поръчки, чиято цел е да въведе *„условията и реда за възлагане на обществени поръчки с цел осигуряване на ефективност при разходването на бюджетните средства, средствата от Европейския съюз или от други международни програми и договори, чуждите средства, както и на средствата, свързани с извършването на определени в закона дейности с обществено значение“* -чл. I от ЗОП².

Концепцията на законодателя е ясна - равнопоставеност, свободна конкуренция и прозрачност по отношение на разходването на публични средства. Създадена е администрация в лицето на Агенцията за обществени поръчки, която да предоставя методически указания на възложителите по прилагането на закона. Контролът по спазването на законосъобразността на тръжните процедури е възложен на Сметната палата на Република България, като независим орган за последващ контрол върху дейността на възложителите, разходващи публични средства; Агенцията за държавна финансова инспекция, като орган на изпълнителната власт за последващ контрол върху дейността на възложителите; Комисията за защита на конкуренцията и ВАС. С вменияването на контролни функции на тези органи се създаде впечатление за поставено начало на публична прозрачност по отношение на методиката и начина за разходването на публичните средства. Заложената нормативна уредба е основополагаща за провежданата политика в областта на обществените поръчки. Тя има за цел да уреди отношенията, които възникват във връзка с подготовката, провеждането, обжалването, възлагането и контрола на обществените поръчки, а също и да определи статута и правомощията на органите в тази област. В голямата си част тези актове транспонират приложимите европейски директиви въз основа, на които е изградена и националната правна рамка в тази сфера³.

² Отменен ЗОП през 01.2016г.

³ Годишен доклад на АОП- http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/agency/Annual_report_2013_1.pdf

Практиката обаче значително се различава с предварително заложените очаквания на обществото. Оказа се, че възложителите по смисъла на ЗОП, възприеха принципите на провеждане на процедурите, установени в закона, но липсата на изчерпателна уредба в сферата даде своето негативно отражение. на упражнения последващ контрол от Комисията за защита на конкуренцията и съдебен контрол от страна на ВАС, въз основа на който са констатирани значителен брой нарушения допуснати в процедурите по възлагане⁴. В годишните си доклади Агенцията за обществени поръчки анализира обстойно и упражнения предварителен контрол по подадените преписки за отчетните периоди 2013-2015г. Като пример може да бъде посочена 2013г., през която са разгледани общо 1655 преписки или по данни на Агенцията с около 1,5 пъти повече от тези за 2012г. През отчетната 2014г. са постъпили 1225 преписки за осъществяване на предварителен контрол. Най-голям брой заемат преписките по разходване на публични средства в областта на оперативните програми. Постъпилите преписки показва, че възложителите, опитвайки се да приложат коректно правните норми и да адаптират процедурите си към тях, допускат голям брой нарушения. Това води до незаконосъобразност на съответните обществени поръчки поради липса на еднозначна и ясна методика, засягаща критериите за възлагане, избор на процедура, съобразена със стойностните прагове и др. По този начин икономическите оператори ползватели на публични средства са поставени в уязвимо положение. Те избират процедури, които не подлежат на контрол, каквито бяха публичните покани по отменения ЗОП, а по сега действащия закон са обявите по глава двадесет и шеста. Тези процедури са под контролираните прагове, изискуеми по ЗОП. С цел избягване на контрола, възложителите адаптират процедурите си към тези стойности като разделят тръжните процедури на повече от една, за да се намалят стойностните прагове под изискуемите по чл.20 от ЗОП. Това обаче е в разрез с изискванията на закона във връзка с възможността процедурата да бъде разделена, запазвайки един и същи предмет на поръчката, но обявявайки ги в различни периоди на финансовата година.

Динамиката по отношение на развитието на европейското законодателство даде своето отражение и в нашето вътрешно законодателство. С приемането през 2014г. на няколко основни директиви - Директива 2014/24/ЕС и Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26.02.2014г. възникна необходимостта за промяна на съществуващия ЗОП, който беше в сила до 01.2016г.

⁴ За справка по отношение на изказаното мнение, могат да бъдат разгледани годишните доклади за дейност изготвени от АОП.

Новата променена уредба на ЗОП (Обн. ДВ, бр. 13/16.02.2016 г.) създаде първоначално впечатление за по-ясна структурираност на правната уредба относно процедурите за провеждане на обществени поръчки⁵. Подробните технически указания, дадени от законодателя, във връзка с методиката и последователността на провеждане на обществените поръчки се отличават от методиките в отменения закон. Това създаде чувство на несигурност у възложителите по отношение на първите проведени процедури по новоприетия закон.

Основните проблеми, които съществуват по отношение на прилагането на Закона за обществените поръчки проличават най-добре в различните сфери на дейност на икономическите оператори.

Ако разгледаме по-подробно обществените поръчки в сектора „здравеопазване“, впечатление прави непригодността на нормативната уредба спрямо предмета и методиката на провеждане на процедурите. Считам, че е налице и противоречие с основните принципи за равнопоставеност, които прокламира ЗОП. В чл. 5, ал. 1, т. 16 от ЗОП, е посочено, че секторни възложители са представляващите лечебните заведения - търговски дружества по чл. 36 - 37 от Закона за лечебните заведения, собственост на държавата и/или общините, на които повече от 50 на сто от приходите са от държавния и/или общинския бюджет, и от бюджета на Националната здравноосигурителна каса, т.е. възложители са само държавните и общински болници. Частните лечебни заведения са извадени от приложното поле на ЗОП. Редакцията на ЗОП (2004г. отм.) гласеше: „Публичноправна организация (тоест Възложител) е и лечебно заведение - търговско дружество, на което повече от 30 на сто от приходите за предходната година са за сметка на държавния и/или общинския бюджет, и/или бюджета на Националната здравноосигурителна каса.“. Подходът на законодателя в ЗОП (отм.) гарантираше равнопоставеност на субектите с оглед тяхната „собственост“ – те придобиваха качество на административен орган в зависимост от техните приходи, а не от статута на собствеността си. Изключването на частните лечебни заведения от приложното поле на ЗОП нарушава принципите на равнопоставеност, прозрачност и ефективност при разходването на публичните средства. Налице е неравнопоставеност между частните - от една страна и от друга - държавните и общински лечебни заведения за болнична помощ по отношение на реда за разходване на публичните средства. Тази неравнопоставеност се изразява в това, че частните лечебни заведения могат да определят свободно условията и реда за сключване и изпълнение на всички сделки, без какъвто и да е контрол за

⁵ Марков, М., Димова, Е. „Обществени поръчки“, ИК „Труд и право“, София, 2016

законосъобразност в съответствие с принципите на ЗОП и Директива 2014/24/ЕС. Държавните и общинските лечебни заведения, обаче трябва да се съобразяват стриктно с редица процедури, с отчетността и с поддържания твърде голям административен апарат, което прави още по-сложно и тромаво тяхното управление⁶.

Съществуващата неравнопоставеност е допълнително засилена и от начина и методиката на финансиране на частните лечебни заведения и на държавните и общински лечебни заведения за болнична помощ.

И двата вида лечебни заведения имат възможността при еднакви условия да сключат договори с НЗОК/РЗОК, без значение от собствеността на капитала на дружествата. Разликата се проявява в начина на разходване на тези средства, когато става въпрос за лекарствоснабдяване, модернизация на апаратура, както и по отношение на качеството на предлаганите медицински изделия. Ако задълбочим анализа си ще констатираме, че затрудненията, свързани с прилагането на ЗОП при закупуването на медицински изделия, са ясни. От една страна, ЗОП задължава възложителите да не фаворизират определен модел, марка и производител на медицинско изделие, а да формулират условията на поръчката по такъв начин, че да се гарантира възможността за участие на по-широк кръг продукти. От друга страна, списъкът с утвърдени медицински изделия, приет от НЗОК, предвижда, че само определени продукти, конкретизирани до модел и производител ще бъдат реимбурсирани, т.е. разходите за закупуването им ще бъдат възстановявани на лечебните заведения. Възложителите – лечебни заведения са поставени пред ситуация, при която не могат свободно да договорят медицинските изделия, подлежащи на реимбурсиране и евентуално да използват изделия, които са договорени по ЗОП, но не се реимбурсират. Това неминуемо ще доведе или до финансови загуби, или до невъзможност пациентите да се възползват от по-подходящи за тях изделия, с оглед заболяването или други физиологични и фактически особености на клиничния случай.

Лечебните заведения - възложители по ЗОП, закупуват медицински изделия (МИ), които се финансират по два начина:

- МИ, които се заплащат изцяло или частично чрез публични средства - заплащат се от НЗОК или Републиканския бюджет. Стойността на такива МИ може да е включена в цената на съответната клинична пътека, но може да се заплаща и отделно (реимбурсира се напълно или частично) от бюджета на НЗОК или от Републиканския бюджет.

⁶ Мавров. М. "Обществени поръчки в здравеопазването" - доклад представен на кръгла маса организирана от Съюза на юристите на 16.11.2016г.

- МИ, които не се покриват (заплащат) нито от бюджета на НЗОК, нито от Републиканския бюджет. Това са предимно скъпи МИ (*например: гръбначни и интракраниални импланти, очни леци и трансплантанти, лапароскопски консумативи, различни ушиватели при почти всички хирургични клинични пътеки, стентове и стентграфтове при съдови операции, тъканни лепила, пластини, винтове, различни видове фиксиращи системи и почти всички импланти при оперативни процедури за лечение на травми и т.н.*), необходими за лечението на пациентите и прилагани по техен избор⁷.

На следващо място държавните и общински лечебни заведения за болнична и доболнична помощ нямат практически равен достъп до възможността да кандидатстват по различни оперативни програми за модернизация на материалните си бази. Приемането на Националната здравна карта на Република България от Министерството на здравеопазването цели определянето и планирането на потребностите на населението от достъпна извънболнична и болнична медицинска помощ. На тази база трябва да се адаптира структурата на здравната мрежа и да се планира ефективно и справедливо използване на ресурсите. Стана ясно, че е на лице сериозен дисбаланс между регионалното разпределение на лечебните заведения в различните области на страната. Наблюдава се пренасочване на пациенто-поток от малките районни болници към големите областни университетски болнични центрове. Това е ясен показател и за концентрирането на по-голям финансов ресурс от една страна от бюджета на НЗОК в определени лечебни заведения, за сметка на по-малките такива, но от друга страна е реципрочно на броя здравнонеосигурени лица, които също са пренасочени към спешните центрове на големите областни лечебни заведения. Без съмнение тази порочна тенденция дава отражение и върху разходването на публичните средства по условията и реда на ЗОП. Малките общински лечебни заведения страдат от липса на здравноосигурени пациенти, поради което и финансовият оборот на лечебното заведение е нисък, а оттам на преден план се появява и опасността те да бъдат закрити. В случай, че продължат да функционират, те не разполагат с необходимия административен капацитет, посредством който могат да кандидатстват за обновяване на материалната си база по различни оперативни програми с цел модернизация.

⁷ Мавров. М. “Обществени поръчки в здравеопазването”- доклад представен на кръгла маса организирана от Съюза на юристите“ на 16.11.2016г.

Считам, че отново е преграден принципът за равенство и достъпност по отношение на възможността да се усвояват публични средства от лечебни и здравни заведения.

Изложеният проблем съществува не само в сектора „здравеопазване“, подобен дисбаланс е налице и в сферата на висшето образование. Висшите учебни заведения, които са на бюджетна издръжка от министерството са задължени при разходване на публични средства да провеждат процедури по Закона за обществените поръчки. Отчетността при тях е стриктна и засяга всички дейности по модернизация, ремонт и строителство, доставка на стоки и услуги, закупуване на консумативи и др. Поставя се въпроса дали при същите условия разходват средствата си и частните висши учебни заведения? Тук трябва да бъде споменато, че и частните учебни заведения, получават средства от държавния бюджет, макар те да не съответстват на средствата отпускани на държавните висши учебни заведения.

Считам, че законодателят, трябва да измени и допълни чл. 5, ал. 1, т. 16 от ЗОП, като в приложното му поле включи и частните лечебни заведения разходващи публични средства. На практика, държавните, общински и частните лечебни заведения, а също и висшите учебни заведения получават бюджетни средства, но по смисъла на ЗОП възложители са само държавните и общински. Разходването на публични средства от тях подлежи на предварителен и последващ контрол, докато частните могат свободно да разходват средствата си без да подлежат на идентичен контрол, въпреки че са налице елементи от изискванията на ЗОП за публични възложители по смисъла на чл.5, ал.2.

Този законодателен пропуск, който е допуснат дава възможност да бъдат реализирани злоупотреби от страна на частни лечебни заведения и висши учебни заведения, които не са възложители по смисъла на закона, но, от друга страна, са частично дофинансирани и чрез публични средства от държавата.

Липсата на специализирана правна уредба, която да регламентира разходването на публичните средства в здравеопазването също влияе негативно на сектора. Считам, че законодателят трябва сериозно да обърне внимание на необходимостта такава специализирана уредба да бъде обособена, с цел постигане на по-голяма прозрачност при възлагане на публичните поръчки и създаването на облекчени критерии за лечебните и здравни заведения при откритите процедури.