

ЧЕСТО ДОПУСКАНИ ГРЕШКИ/НАРУШЕНИЯ ПО ЗАКОН ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ, ПРИ ИЗПЪЛНЕНИЕТО НА ПРОЕКТИ, ФИНАНСИРАНИ ПО ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА ОКОЛНА СРЕДА (ОПОС)

Въведение: Включената в този документ информация е предназначена за бенефициентите по оперативната програма „Околна среда” (ОПОС) и съдържа описание на често допускани грешки при изготвяне на документации за обществени поръчки, провеждане на избор на изпълнители и сключване на договори за изпълнение по реда на Закона за обществените поръчки (ЗОП). Целта, която си поставя Управляващия орган е да подпомогне бенефициентите, като им обърне внимание върху най-съществените пропуски при избор на изпълнители в рамките на реализираните дейности в изпълнение на проекти по ОПОС.

Ползвателите на помощ по оперативната програма „Околна среда” (бенефициентите), трябва да гарантират, че изборът на изпълнителите на строителство, доставки или услуги е направен в пълно съответствие с приложимото законодателство в тази област, както и че са спазени принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, пропорционалност, публичност и прозрачност.

Подходът използван от УО на ОПОС при извършване на последващ контрол за законосъобразност и при определяне финансовото влияние на нарушенията е изцяло взаимствен и в съответствие с този на одитния орган Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз”. За целта УО на ОПОС е използвал единен систематичен подход при извършването на последващ контрол за законосъобразност и е прилагал детайлни контролни листове, обхващащи всички рискови моменти съгласно Насоките за определяне на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, финансирани от ЕС в рамките на споделеното управление, при неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки, приети от Европейската комисия и съответно националната Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. и съответно приложимата към момента на откриване на процедурата, редакция на Закона за обществените поръчки.

I. ЧЕСТО ДОПУСКАНИ ГРЕШКИ ПРИ ПОДГОТОВКАТА НА РЕШЕНИЕТО ЗА ОТКРИВАНЕ, ОБЯВЛЕНИЕТО И ДОКУМЕНТАЦИЯТА ЗА УЧАСТИЕ:

1. Нарушения на правилата за определяне на реда за възлагане на обществените поръчки:

1.1. При определяне на реда за избор на изпълнител следва да се има предвид, че се третира като нарушение на чл. 21, ал. 15 и 16 от ЗОП случаите, при които един и същ

самостоятелен възложител открива в рамките на 12 месеца еднакви или сходни по характера си дейности, при използването на по-лек режим на възлагане вместо да приложи ред, съответстващ на сборната им стойност. Най-често, разделянето на обществените поръчки се прави, за да се обоснове прилагане на реда за възлагане по Глава 26 от ЗОП (*събиране на оферти с обява*) вместо публично състезание, открита процедура или друг вид състезателна процедура по реда на ЗОП.

Друго често срещано нарушение е сключването на договор при прилагане на чл. 20, ал. 4 от ЗОП при наличие на предпоставка за провеждане на поръчка по реда на Глава двадесет и шеста от ЗОП (*събиране на оферти с обява*) или публично състезание, открита процедура или друг вид състезателна процедура по реда на ЗОП.

Водещ фактор за разделянето на една обществена поръчка, респ. основание да се търси обединяване, е идентичността или сходството на възлаганите дейности. Възлагането на поръчки със сходен или еднакъв предмет, имащо за цел прилагането на по-лек процедурен ред, съставлява нарушение на закона. Ето защо, всички поръчки със сходен или еднакъв предмет, които са предварително планирани (т.е. известни на възложителя) към момента, в който стартира възлагането на конкретна обществена поръчка или са обявени през предходните 12 месеца, трябва да са възложени по реда, съответстващ на сумата от техните прогнозни стойности, като това изискване не задължава възложителя да проведе една процедура/ОП, като закона допуска формиране на отделни, но съобразени с приложимият праг в съответствие с общата им прогнозна стойност. Това правило се прилага без значение дали подобните дейности са заложили в един или повече проекти или се финансират със средства от бюджета на възложителя. Ако след датата на откриване на дадена процедура по ЗОП, респ. след публикуване на обява за събиране на оферти, или след предприемане на действия при условията на чл. 20, ал. 4 от ЗОП, за възложителя възникват нови потребности от еднакви и/или сходни дейности, той има право да третира нововъзникналите му потребности като нова обществена поръчка. Тя ще подлежи на възлагане по ред, съответстващ на собствената ѝ стойност, без към нея да се натрупват стойността на предходната обществена поръчка с еднакъв или сходен предмет. Така е напълно възможно възлагането на еднакви или сходни дейности в рамките на една година да е извършено по ред, който не съответства на общата им стойност, ако възложителят може да докаже, че отделните потребности са възниквали последователно в хода на годината и не са били предварително известни. В тази връзка, чл. 21, ал. 16, т. 2 от ЗОП, предвижда изрично, че не се смята за разделяне възлагането в рамките на 12 месеца на две или повече поръчки с идентичен или сходен предмет, които не са били известни на възложителя към момента, в който са стартирали действия по възлагането на предходна обществена поръчка с такъв предмет.

За обществените поръчки финансирани по ОПОС, датата на подписване на договора за БФП определя момента на възникване на необходимостта от провеждане на ОП по конкретния проект. Този елемент е съществен при определянето на реда за възлагане на обществена поръчка.

1.2. Констатира се, че дванадесет месечния период, съобразно който се изчислява натрупването на сходни възлагания в хипотезата на чл.21, ал.16 от ЗОП се изчислява от датата на сключване на договор за изпълнение на съответната поръчка.

Правилното изчисление на релевантния период се извършва с оглед разпоредбата на чл.21, ал.2 от ЗОП, според която възложителят изчислява прогнозната стойност на обществената поръчка към датата на решението за нейното откриване/обява за събиране на оферти. Само в случай, че се касае за избор на изпълнител чрез директно сключен договор, спрямо който следва да се докаже, че не са налице предходни сходни възлагания, то 12-месечният период в този случай следва да се изчисли от датата на директното възлагане/сключването на договора. Във всички останали случаи се съблюдава датата на издаване на акта/документа за стартиране на възлагането – Решение за откриване, съответно обява за събиране на оферти и др., с оглед вида процедура.

1.3. Неправилно определяне на реда за възлагане, когато идентичните или сходни възлагания се изчисляват с натрупване, съобразно вида на обекта и/или предмета, а само с оглед източника на финансиране на дейността, обект и предмет на възлагане, или с оглед неговото местоположение, или с оглед структурата на възложителя, когато в нея има обособени звена на териториален, функционален или друг принцип, които не са самостоятелни възложители, но прогнозната стойност на конкретна обществена поръчка се определя на база потребностите на всяко обособено звено по отделно, а не като общи потребности за възложителя.

Подобни разделяния се срещат често при възлагане на дейностите по „информация и публичност“ или „доставка на компютърно оборудване“, „доставка на офис консумативи“ и т.н. с мотива, че поръчките касаят реализация на различни проекти или част от тях са финансирани по линия ЕСИФ, а друга част от тях със собствени средства на възложителя, или се изтъкват мотиви, че определени консумативи са необходими в рамките на различни звена в администрацията на възложителя, или едни от тях са необходими за изпълнение на проекта по ОПОС например, а другите за други дейности на възложителя, които не са свързани с проектната реализация. Прилагането на въпросната интерпретация на закона би довела до прилагане на по-облекчен ред за възлагане на определена дейност по проекта, което ще доведе до констатация за нарушение на чл.21, ал.15 от ЗОП, във връзка с чл.2 от ЗОП и ще се третира като незаконосъобразно разделяне на обществена поръчка на части, с което се прилага незаконосъобразен ред за възлагане, относим за по-ниски стойности.

1.4. Друг случай на незаконосъобразно разделяне на обществени поръчки се наблюдава при услугите по изготвяне на инвестиционен проект и последващото упражняване на авторски надзор при реализиране на строителство, където често се прилага от възложителите разделяне на двете дейности, с цел възлагане на проектантските услуги чрез по-нисък ред/процедура по ЗОП. Съгласно чл. 162, ал. 2 и 3 от ЗУТ, условията и редът за осъществяване на авторски надзор по време на строителството се определят чрез договор между възложителя и проектанта, като предписанията на проектанта,

свързани с авторското му право, за точното спазване на изработения от него проект, са задължителни за останалите участници в строителството. В този смисъл, възложителят е задължен да възложи авторския надзор на проектанта на обекта, като го обвърже с условието услугата да се осъществи от същото лице /лицата/, изготвило проекта. Поради това, възлагането на дейностите по изготвяне на инвестиционен проект и упражняване на авторски надзор, се разглеждат като една услуга, независимо от времето на възлагане на проектантската дейност и последващата по упражняване на авторски надзор. Поради това, при възлагане на дейността по проектиране, задължително следва да се включи към стойността на проектантската задача и тази по упражняване на авторски надзор.

Забележка: Независимо от начина на получаване на финансирането - директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по реда на ЗУСЕСИФ или чрез конкурентен подбор на проектни предложения, УО на ОПОС зачита, че момента на узнаване на необходимостта за възлаганията в рамките на проекта настъпва с датата на сключване договора за предоставяне на БФП.

1.5. Включването на доставки или услуги, които не са необходими за изпълнение на договор за строителство.

Констатира се случаи, при които в обществени поръчки с предмет „строителство или инженеринг“ се включва и задължение за изпълнение на мерки за информация и публичност, като например:

Възложителят е заложил изпълнение на дейности по „Осъществяване на мерките и предвидените дейности по информация и комуникация за проекта в съответствие с Насоки за информация и комуникация на проекти, финансирани по Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“.

Въпросната услуга е свързана с изпълнението на събития от информативен характер, които да придадат съответната публичност на изпълняваното строителство и проекта като цяло или понякога е свързано с изработване или доставка на рекламни табели, информационни материали и други. Това са именно случаите, в които УО на ОПОС констатира, че въпросните дейности не могат да бъдат причислени като услуги, които са свързани с изпълнението на строителните дейности и се извежда констатация за нарушение на нормите на чл. 21, ал. 17 от ЗОП, а също така и на основните принципи, заложиени в чл. 2, ал. 1 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и свободна конкуренция.

Друг практически пример за подобно нарушение се наблюдава в обществените поръчки с обект проектиране, авторски надзор, строителство, доставка и монтаж за изграждане на инсталации за компостиране на отпадъци например, където се наблюдава дискриминационно групиране на дейностите по доставка на контейнери и машина за разделно събиране на отпадъци с тези, предмет на инженеринг и/или на строителство и изграждане на инсталацията. Така, в рамките на обществената поръчка за СМР, при липсата на обособяването в отделна обособена позиция или отделен ред за

избор на изпълнител, се включва и възлагането на въпросната техника за разделно събиране, доставката на контейнери за отпадъци, които не са необходими за изграждане на инсталацията и предполагат участие на различна група икономически оператори, които биха могли да участват в поръчката и биха предложили и икономически по-изгодна оферта за изпълнение на тези доставки и услуги.

1.6. Липса на мотиви за невъзможността за разделяне на поръчката на обособени позиции, в нарушение на чл.46, ал.1 от ЗОП.

За всеки случай, в който възложителят е преценил, че за качествено изпълнение на поръчката, дейностите от нейния предмет трябва да бъдат изпълнени от един икономически оператор, той следва да мотивира решението си да не разделя поръчката на обособени позиции. Липсата на мотиви в акта, с който се открива процедурата би могло да доведе до констатация за нарушение.

1.7. Неправилно възлагане на услуги по Приложение № 2 от ЗОП, които не попадат в обхвата на приложението, което води до незаконосъобразното определяне на по-облекчен режим на възлагане.

Често срещано нарушение в този случай е възлагане на услуга за изготвяне на проект/и на документация за участие в процедури по Закона за обществените поръчки, на лице с юридическо образование.

Доколкото за посочената дейност, изпълнението не е ограничено до определена професия, а именно не са услуги, които биха могли да се осъществяват само от лица с юридическо образование, то същите не биха могли да се категоризират като такива по Приложение № 2 от ЗОП и не биха могли да се определят като „юридически услуги“ по смисъла на приложението.

II. ОПРЕДЕЛЯНЕ НА ОГРАНИЧИТЕЛНИ ИЗИСКВАНИЯ, КАСАЕЩИ ДОКАЗВАНЕ НА ГОДНОСТ, ПРАВОСПОСОБНОСТ, ИКОНОМИЧЕСКИ, ФИНАНСОВИ И ТЕХНИЧЕСКИ ВЪЗМОЖНОСТИ:

2.1. Ограничителни изисквания спрямо чуждестранните участници:

Участниците да притежават валидна застраховка „Професионална отговорност“ по чл.171, ал.1 от ЗУТ, да са вписани в Централния професионален регистър, да притежават Удостоверение за извършване дейността по оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване строителен надзор или удостоверяване на правото за упражняване на дейностите по чл. 166, ал.1, т.1 от ЗУТ или удостоверение от Камарата на архитектите или от Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране за вписване в регистрите по чл. 6 от ЗКАИИП на лицата с пълна проектантска правоспособност и други без допускане на възможност за представяне на еквивалент.

Формулирани по този начин критериите за подбор към участниците, на практика ограничават от участие чуждестранните икономически оператори, които не разполагат

с документ от посочените по-горе, който да е издаден от органите на територията на РБ, но биха могли да докажат правоспособността и годността си с представяне на еквивалентен документ, издаден от компетентния орган на държавата-членка на Европейския съюз или на друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, съобразно националното им законодателство.

От друга страна следва да се има предвид, че критериите за подбор и съответствието с тях на етап участие в процедурата се доказва чрез деклариране на данните в ЕЕДОП и е недопустимо да се изисква представяне на копие от съответния документ на етап подаване на оферта. Едва в хипотезата на чл. 67, ал.5 от ЗОП и чл.112, ал.1 от ЗОП е възможно да се изисква представяне само на документите по чл.60, чл.62 и чл.64 от ЗОП при съблюдаване нормата на 112, ал.9 от ЗОП.

2.2. Определяне на ограничителни критерии за подбор към участниците, по отношение на доказване на икономически и финансови възможности:

Често срещано нарушение в обявените условия за участие в обществени поръчки е дефинирането на погрешен период за доказване на поставено изискване за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката или общ оборот, като например:

Възложителят е посочил, че участника следва да има за последните три финансово приключени години (2014г., 2015г. и 2016г.) минимален общ оборот в размер на конкретна сума, но доколкото УО на ОПОС е констатирал, че обществената поръчка е обявена след 01.01.2018г. в рамките на календарната 2018г., то последните три приключени финансови години, релевантни за доказване на изискването са 2017, 2016 и 2015г.

Въз основа на изложеното, с въведеното изискване, оборота да се доказва за 2014г., 2015г. и 2016 г., УО на ОПОС е извел заключение, че възложителят е ограничил от участие лица, които биха могли да докажат наличен годишен оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката за 2017г.

При залагане на подобно изискване, препоръчваме да се съблюдават нормите на чл. 62, ал.3 от ЗОП, като се има предвид, че данните за оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката по чл.62. ал.1, т.4 от ЗОП, могат да обхващат най-много последните три приключили финансови години в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността си. Датата не се определя спрямо крайния срок за подаване на оферти или обявяването на поръчката, а съгласно датата на учредяване на участника и съгласно чл. 27 от Закона за счетоводството, който указва какво се има предвид под приключила финансова година, а именно: Финансовата година приключва със съставянето на годишен финансов отчет към 31 декември на отчетния период, който съгласно § 1, т. 14 ДР на същия закон е календарната година (1 януари - 31 декември). В допълнение, погрешно е създанието, че датата на публикуване на годишния финансов отчет в ТР не е относима за релевантния период по ЗОП, тъй като

възложителят би могъл да изисква онези негови части, които не са публикувани и достъпни в базата данни на Търговския регистър.

2.3. Определяне на ограничителни условия в критериите за подбор, по отношение на доказване технически възможности:

2.3.1. Незаконосъобразни изисквания за притежавана професионална квалификация от експерт - технически ръководител, при процедури за строителство:

Често срещано изискване използвано от възложителите при процедури за строителство е залагане на условие към участниците да разполагат с технически ръководител, който да притежава квалификация „строителен инженер” и/или „строителен техник“. В този случай, възложителя ограничава кръга от потенциални участници с оглед на факта, че не прилага законосъобразно чл. 163а, ал. 4 от ЗОП и по този начин нарушава основните принципи разписани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП за равнопоставеност и осигуряване на свободно конкурентна среда, както и чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В цитираната разпоредба от ЗУТ, ясно е посочено, че „Техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1 - 5, а за строежите по чл. 14, ал. 2 от Закона за Камарата на строителите - и отговорностите по чл. 168, ал. 1 и по чл. 169б, ал. 1. Други технически правоспособни лица по ал. 2 могат да осъществяват специализирано техническо ръководство на отделни строителни и монтажни работи съобразно придобитата им специалност и образователно-квалификационна степен“. Законодателя еднозначно е посочил три допустими хипотези за придобита квалификация от лицата, които могат да заемат длъжността „технически ръководител“, а именно: строителен инженер, архитект или строителен техник. Доста често възложителите пренебрегват условието за придобита квалификация „архитект“ и по този начин ограничават кръга от потенциални участници.

В този смисъл е и решение № 296/09.01.2020г., по адм. дело № 3788/2019г., VII – отд. на ВАС: *„Възложителят необосновано е ограничил потенциалните участници във всякакви, по отношение на техническия ръководител, изискването да притежава квалификация "строителен инженер" или "строителен техник". Съгласно чл. 163а, ал. 4 ЗУТ, техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т.1 - 5, а за строежите от пета категория- и отговорностите по чл.168, ал.1 и по чл. 169б, ал.1. Други технически правоспособни лица по ал.2 могат да осъществяват специализирано техническо ръководство на отделни строителни и монтажни работи съобразно придобитата им специалност и образователно-квалификационна степен. Съгласно чл. 163а, ал.2 от ЗУТ, технически правоспособни са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника". Така*

заложеното изискване е довело до необосновано ограничаване на участието на потенциалните лица в процедурата, с което е допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП“.

Идентичен извод е аргументиран и в решение № 6386/25.04.2019г., по адм. дело № 596/2019г., VII – отд. на ВАС: „По отношение на предвиденото изискване, техническия ръководител на обекта да има квалификация "строителен инженер" или "строителен техник" съгласно чл. 163а ЗУТ или еквивалентна, разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 ЗУТ предвижда, че технически правоспособни са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника", а съгласно ал.4 на същия текст техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1 - 5, а за строежите от пета категория- и отговорностите по чл.168, ал.1 и по чл. 169б, ал.1. Други технически правоспособни лица по ал.2 могат да осъществяват специализирано техническо ръководство на отделни строителни и монтажни работи съобразно придобитата им специалност и образователно-квалификационна степен. Правилно първоинстанционния съд е приел, че е допуснато нарушение, което е основание за налагане на финансова корекция. ЗУТ, който е специален закон, уреждащ обществените отношения, свързани с устройство на територията, инвестиционното планиране и строителството в Република България предвижда по-широк кръг лица, които да осъществяват техническото ръководство на строежа“.

2.3.2. Незаконособразни изисквания за упражнен строителен надзор при изпълнение на строителство по изграждане на обект с конкретна дължина – линейни метри на ВиК или дължина на пътна отсечка, или РЗП на сграда и др.:

Възложителите поставят изискване за опит от упражнен строителен надзор при изпълнение на строителни дейности на обект с конкретно посочена дължина или застроена площ, напр: „Участникът да е изпълнил през последните 3 години, считано от датата на подаване на офертата, услуга за упражняване на строителен надзор при реконструкция или изграждане на път с дължина не по-малка от 2 км.“

Задълженията на лицата упражняващи строителен надзор са строго определени и уредени в чл. 168 от Закона за устройство на територията и дължината или съответно разгърнатата застроена площ на обект на интервенция, нямат отношение по отговорността и задачите, които регламентира нормативната уредба за строителния надзор. Упражняването на строителния надзор, не се определя от обема на строителните работи, поради строго определения характер на отговорности разписани в ЗУТ.

2.3.3. Незаконосъобразни изисквания за опит от изпълнени услуги по изготвяне на технически/работен проект:

При избора на изпълнител за възлагане на обществени поръчки с предмет насочен към предоставяне на услуги по проектиране:

Участникът да има опит в изпълнение на поне 1 (една) дейност/услуга с предмет, идентичен или сходен с този на настоящата поръчка, през последните 3 (*три*) години назад, считано от датата на подаване на офертата.

Под „сходен предмет“ се разбира дейност/услуга, по изготвяне на технически/работен проект, за който има издадено разрешение за строеж.

Важен момент, в настоящия случай е издаването на разрешение за строеж за конкретния инвестиционен проект. Въпросното разрешение не попада в обхвата на задължения на икономическите оператори в областта на проектантските услуги, с оглед на факта, че процеса по издаване на разрешение се инициира от възложителя, след приемане на изготвения проект от съответното лице/лица и оценяването му за съответствие с нормативните изисквания, съгласно чл. 142, ал. 1, чл. 144 и чл. 145 от ЗУТ.

2.3.4. Определяне на нерелевантен период за доказване на изисквания, например:

- ✓ **В поръчка за инженеринг, участниците следва да са реализирали опит в областта на проектирането през предходните три години, считано от крайния срок за получаване на офертите. Не се допуска възможност този опит да е придобит в резултат на инженеринг, реализиран през предходните 5 години, считано от крайния срок за получаване на офертите.**

Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 1, б. „а“ от ЗОП относимият период на опита в строителство е 5 години от крайния срок за получаване на офертите, като по смисъла на чл. 3, ал. 1, т. 1 от ЗОП обект на обществена поръчка са изпълнение или проектиране и изпълнение на строителство/строеж. Следователно, ако дейностите по проектиране са изпълнени в рамките на инженеринг, същите представляват строителство по смисъла на приложимото законодателство. Предвид изложеното относимият период на опита за проектиране по договор за инженеринг е 5 години.

- ✓ **Друг пример за определяне на нерелевантен период е въведено изискване за специфичен опит на експерти от екипа за изпълнение на поръчката, като се поставя условие, той да е придобит в определен период от време – последните 3 или 5 години или 7 години и др.**

Тук следва да се има предвид, че разпоредбите на чл. 63, ал.1, т. 1 от ЗОП се отнасят до участниците в процедурата, а не до персонала и/или ръководния състав за изпълнение на поръчката.

2.3.5. Незаконосъобразни изисквания към експертен състав:

- ✓ **Изискване, съгласно което експертите от екипа за изпълнение следва да притежават висше образование с квалификационна степен „магистър“ или еквивалент.**

Подобен пример на услуги по: проектиране, подготовка на проектни предложения, подпомагане на бенефициентите при кандидатстване за целите на изготвяне на проучвания, баланси или други документи, необходими за кандидатстване по ОПОС или при поръчки за подготовка на документации за обществени поръчки или други като доставки на офис консумативи, или компютърно оборудване или изпълнение на строителство, с изключение на архитектите или юристите, които по закон придобиват магистърска степен на образование. Аналогично, въпросното незаконосъобразно изискване се наблюдава и при обществени поръчки с обект строителство, както и „проектиране и строителство”

Примери в тази насока са още изисквания, според които:

- **При поръчка за строителство се изисква, техническият ръководител да е строителен инженер с образователна степен „магистър“;**
- **При поръчка за строителство се изисква участниците в процедурата да осигурят координатор по безопасност и здраве, който да бъде с придобито образование строителен инженер или да притежава професионална квалификация като строителен техник;**
- **При поръчка за доставка на оборудване възложителят е изискал участниците да осигурят експерт, който притежава документ, издаден от производителя на оборудването, че лицето е преминало обучение при производителя за монтаж и въвеждане в експлоатация на предлаганото оборудване;**

Законодателят ясно указва, че като критерий за подбор не може да се включват условия или изисквания, които не са необходими за изпълнение на поръчката или не са нормативно установени. Специално по отношение на експертите, следва да се има предвид, че при поръчките в сферата на ОПОС, които касаят предоставяне на експертни услуги, са относими изисквания за специфичен опит, квалификация с оглед предмета на поръчката или определен професионален стаж, за разлика от придобитата магистърска степен на висше образование, предвид че и специалист с образователно - квалификационна степен „бакалавър“ и наличен опит в сферата на поръчката, би могъл да изпълни качествено предмета на възлагане.

Горепосочените изводи на УО на ОПОС се потвърждават и от утвърдената съдебна практика в решение № 11357 от 24.07.2019г., по адм. дело № 10046/2018г., VII отд. на ВАС и решение № 3928 от 18.03.2019г., по адм. дело № 14435/2018г., VII отд. на ВАС.

- ✓ **В поръчка за инженеринг на ПСОВ, възложителят е поставил изискване ръководителят на обект и техническият ръководител да отговарят на**

изискванията на чл. 163а ЗУТ. Съгласно посочената норма строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите, като в процеса на избор на изпълнител е изискано да се представят доказателства, че предложените ръководител обект и технически ръководител отговарят на изискването да са назначени на трудов договор при строителя.

Видно от изложеното, възложителят изисква при подаване на офертата експертите, които са предложени в ръководния екип за изпълнението на обществената поръчка, да са назначени на трудов договор. При подаване на офертите икономическите оператори нямат интерес да влизат в подобни отношения с необходимите за доказване на годността експерти, тъй като липсва сигурност, че участниците ще бъдат определени за изпълнители.

- ✓ **При възлагане на поръчка за строителство на ПСОВ възложителят е заложил изискване за осигуряване на Технически ръководител, в съответствие с изискванията на чл. 163а от ЗУТ, като е уточнено, че техническата правоспособност на чуждестранно лице, предложено за технически ръководител, може да бъде призната при условията на взаимност, установени за всеки конкретен случай, когато лицето притежава диплома, легализирана по съответния ред, и когато отговаря на изискванията на приложимия закон.**

Изискването за наличие на призната професионална квалификация, поставено на етап подготовка и подаване на предложения за изпълнение на договора, е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците, включили в екипа си за изпълнение чуждестранни лица. Основателно е подобно изискване да бъде предвидено единствено спрямо участника, избран за изпълнител.

- ✓ **При поръчка за услуги по предоставяне на техническа помощ при изпълнение на проект, възложителят е поставил изискване за осигуряване на екип от експерти – ръководител екип и финансист и др., които следва да притежават опит в секторите „Води“ или „ВиК“.**

Изискването за опит е неотнормирано към функциите, които ще изпълняват съответните експерти, като необосновано се ограничава участието на лица, които притежават нужната квалификация и опит, но последните не са свързани с изпълнението на проекти в секторите „Води“ или „ВиК“.

- ✓ **В поръчка за строителен надзор, възложителят е поставил изискване да се осигури резидент инженер (ръководител екип), който притежава квалификация по договорните условия на ФИДИК.**

Изискването за квалификация по договорните условия на ФИДИК за резидент-инженера е ограничително и неясно, тъй като ФИДИК (FIDIC) са стандартни договорни условия за строителни и инженерингови проекти, издадени от

Международната федерация на инженерите консултанти с различен обхват - "Червена книга", "Жълта книга" и др. и за прилагането им не е необходима специална квалификация.

- **В поръчка за строителен надзор, всички или част от предложените експерти (ключови и неключови) трябва да са част от заверения списък към лиценза за упражняване на строителен надзор на консултанта. Експертите от екипа на участника да са вписани в основния или разширения списък по Наредбата за условията и реда за издаване на лицензи на консултанти за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор.**

С поставеното условие експертите да са част от списъка на правоспособните физически лица, е ограничено правото на икономическите оператори да докажат годността и капацитета си за изпълнение на поръчката чрез позоваване ресурсите на трети физически или юридически лица по чл. 65, ал. 1 от ЗОП, като се използват лица, които притежават изискуемите квалификация и опит и не са част от лиценза за упражняване на строителен надзор.

В посочения пример участникът може да кандидатства за обществената поръчка само чрез специалистите, с които е получил съответния лиценз, което е ограничително. Това е така, защото икономическият оператор, тъй като не знае дали ще бъде определен за изпълнител на обществената поръчка, няма интерес да влага допълнителен ресурс (материален и/или времеви), за да отговори на изискването на възложителя.

- ✓ **В поръчка за услуга, възложителят е посочил, че участниците трябва да разполагат с експерт „ръководител на екип“ с „квалификация и капацитет за маркиране на птици“, притежаващи разрешително от МОСВ за опръстеняване през последните три години.**

Разрешително за опръстеняване може да бъде изисквано само от избрания изпълнител, доколкото съгласно чл. 49 от Закона за биологичното разнообразие и Наредба № 8 от 2003 г. за реда и условията за издаване на разрешителни за изключенията от забраните, въведени със Закона за биологичното разнообразие, то се издава за конкретно посочени екземпляри и местообитания, поради което поставеното условие необосновано ограничава участието в процедурата и е неотнормено към момента на подаване на офертата за участие.

2.3.6. Други незаконосъобразни изисквания в критериите за подбор:

- ✓ **Определяне на условия или изисквания, които са свързани с изпълнението само на обществени поръчки, или с изпълнението на конкретно посочени програми или проекти, или с конкретизирането на източници на финансиране, или на определен брой изпълнени договори с конкретно посочване на предмета им;**

- ✓ Изискване за прилагане на система за осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд, сертифицирана съгласно стандарт OHSAS 18001:2007 (или еквивалентен) в обхват приложим към предмета на поръчката или на друг сертификат, извън посочените в чл.63 и 64 от ЗОП, освен ако определеният сертификат не е законово необходим и изискуем като предпоставка за изпълнение на дейността от обекта на възлагане.
- ✓ Изискване, според което всеки член на обединение - участник в процедурата следва да покрива изискванията за технически възможности, а именно: да има опит в изпълнение на поне 1 (една) строителна дейност с предмет, идентичен или сходен с този на настоящата поръчка, през последните 5 (*net*) години назад, считано от датата на подаване на офертата, или членове на обединението участник, които ще изпълняват строителни дейности предмет на поръчката да притежават въпросния опит.

В чл. 59, ал. 6 от ЗОП, изрично е регламентирано че съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението като цяло, като направеното допълнение *„съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидени в договора за създаване на обединение”* се отнася единствено за тези условия и изисквания, които са свързани пряко с изпълнението на поръчката и без които съответното лице, съдружник в обединението, не може да осъществява предвидените в нея дейности. Такива условия са наличието на вписване в ЦПРС за съответна група и категория строежи при обществени поръчки за строителство, въвеждането на система за управление на качеството, наличието на необходима регистрация/ лицензия и т.н., но не и изискването за специфичен опит по предмета на поръчката.

- ✓ При поръчка за строителство, възложителят е поставил минимално изискване участниците да имат успешно изпълнени и въведени в експлоатация в рамките на последните 5 г. (до датата на подаване на офертата) строителен/ни обект/и с предмет, сходен на предмета на поръчката, като за доказване на техническите възможности е изискано представяне на списък на строителството идентично или сходно с предмета на поръчката, придружен с разрешения за ползване и удостоверения за добро изпълнение, които съдържат стойността, датата, на която е приключило изпълнението, мястото, вида и обема, както и дали е изпълнено в съответствие с нормативните изисквания.

Изискването сходният обект да е въведен в експлоатация необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, тъй като строителят предава обекта на възложителя, в едно със строителните книжа, при съставяне на констативен акт за установяване годността за приемане на строежа (приложение № 15) в съответствие с Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, с което неговите ангажименти по договора за строителство приключват. Съгласно приложимото законодателство строителят не взема участие в процедурите по

въвеждане в експлоатация и издаване на разрешение за ползване – той не е адресат на издадените документи и не разполага с тях.

- ✓ **При поръчки за строителство/доставки и/или услуги, възложителите са изискали участниците да осигурят експерти, които да притежават определен брой години трудов стаж.**

Изискването за трудов стаж е ограничително спрямо лицата, придобили професионален опит въз основа на гражданско или друго правоотношение. В допълнение, изискванията относно начина на придобиване на опита не се съдържат в приложимото към предмета на поръчката законодателство.

- ✓ **Възложителят изисква участниците да са изпълнили дейност по изготвяне на анализ разходи ползи (АРП) за инвестиционен проект, който анализ да е извършен съгласно конкретно ръководство, издание на Европейската комисия.**

Поставеното изискване от една страна няма как да бъде доказано, а от друга страна е ограничаващо спрямо участниците, поради следното:

По своята същност Ръководството за АРП на инвестиционните проекти е документ, който цели улесняване на процеса на оценка на качеството и перспективата на проектите, финансирани по линия на Структурните фондове, Кохезионния фонд и Инструмента за предприсъединителна финансова помощ. С оглед обаче обхвата на неговото прилагане, следва да се отчете факта, че документа е с предимно практическа насоченост, съдържащ структуриран набор от предложения за оценката на проекти, както и редица препратки към допълнителна литература по темата, но във всички случаи, няма задължителен характер, а по-скоро използването му и прилагането му от страна на експертите в тази област е препоръчително.

Относно техническото оборудване на участниците:

- ✓ **Изискване, според което участникът следва да има/е осигурил ползването на оторизиран от производителя сервиз в определено населено място, с необходимия капацитет и кадрова обезпеченост за комплексно гаранционно и извънгаранционно поддържане на обекта на поръчката, включително и за ремонт при подаване на офертата или**
- ✓ **Участникът да разполага със сервизна база на точно определено разстояние до мястото на изпълнение, осигуряваща техническа възможност за обслужване и ремонт на машините, оборудването и транспортните средства, които се използват за изпълнение на поръчката;**

Изискването за наличие на оторизиран от производителя сервиз в определено населено място или на определено разстояние от определено място към датата на подаване на оферти, а не като условие за изпълнение на договора, е дискриминационно, тъй като

поставя оферентите, които вече имат достъп до изискваната база, в по-благоприятно положение спрямо останалите оференти.

2.3.7. Незаконосъобразни изисквания за доказване на поставени критерии за подбор, при условията на чл. 67, ал. 5 и чл. 112, ал. 1 от ЗОП:

- ✓ **Изискване декларацията за техническото оборудване, с което разполага участникът, да бъде придружена с документи, доказващи собствеността на оборудването, механизацията и техниката или договори за лизинг, наем и др.**

Съгласно чл. 64, ал. 1, т. 9 от ЗОП, За доказване на техническите и професионалните способности на кандидатите или участниците се представя единствено декларация за инструментите, съоръженията и техническото оборудване, които ще бъдат използвани за изпълнение на поръчката, като въпросния документ се изисква единствено при условията на чл. 67, ал. 5 и чл. 112, ал. 1 от ЗОП.

- ✓ **Изискване за представяне на списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, и/или на членовете на ръководния състав, без поставяне на условието за прилагане и на документи, които доказват професионална компетентност на лицата;**

Съгласно промените в Закона за обществените поръчки, изм. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г., за доказване на поставените към участниците изисквания да разполагат с персонал, който ще изпълнява поръчката, и/или ръководен състав, заедно със списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, и/или на членовете на ръководния състав, следва да се представят и документи, които доказват професионална компетентност на лицата. Наблюдава се, че въпросното изискване за представяне на документи, които доказват професионална компетентност на лицата, да не се залага от възложителите, с което същите нарушават разпоредбите на чл. 64, ал. 1, т. 6 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. По този начин несъмнено се нарушават конкурентния подбор и равнопоставеността на участниците, както и принципите на публичност и прозрачност при избора на изпълнители.

- ✓ **Изискване за представяне списък на доставките или услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с удостоверения/референции, които доказват извършената доставка или услуга;**

Важен момент, който се забелязва при процедурите/обявите за събиране на оферти обявявани от възложителите е изискването към списъка на доставките или услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, участниците/съответно избрания изпълнител да представят конкретни документи за доказване на извършената доставка или услуга, напр. удостоверения или референции. Безспорно, така заложеното изискване създава противоречие с разпоредбата на чл. 64,

ал. 1, т. 2 от ЗОП, съгласно която възложителите трябва да изискат към списъка с доставки или услуги, представяне на документи, които доказват извършената доставка или услуга, но не и конкретно посочване на определен документ, с оглед на факта, че така поставеното изискване, ограничава кръга на потенциалните участници в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Също така, поставянето на условие за представяне единствено на списък на доставките или услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, е в разрез с чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП, с оглед липсата на пълно прилагане на нормативната разпоредба, като се наблюдава единствено частичното и тълкуване.

III. НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНИ УСЛОВИЯ ЗА ДОПУСТИМОСТ НА ТЕХНИЧЕСКО ПРЕДЛОЖЕНИЕ И В КРИТЕРИИТЕ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ ПО ЧЛ. 70, АЛ. 2 ОТ ЗОП:

3.1. Комисията определена от възложителя, отстранява участници на етап преглед за допустимост на технически предложения, респ. техните предлагани ценови параметри не са били отваряни и същите не са били оценявани, при критерии за възлагане „най-ниска цена” или „оптимално съотношение качество/цена”, но с цифрово измерими показатели.

3.1.1. Определяне на изисквания при подготовка на офертите на участниците или в Техническата спецификация, които наподобяват надгаждащи елементи в методика за оценка с критерий „оптимално съотношение качество/цена”, чрез използване на понятия/термини, условия и изисквания, идентични с посочените по-долу за разгледаните случаи на различни по вид показатели за оценка, които по своята същност са неясни, субективни и пречат възможността на участниците до подготвят своите технически предложения при спазване на посочените изисквания на възложителя.

Напр: Възложителят е посочил условия за допустимост на техническото предложение, съгласно които всеки един участник следва да представи към своята оферта:

А. „Организация на работа за качествено изпълнение на проектирането“ и

Б. „Организация на работа за качествено изпълнение на сторителството“.

По отношение на буква А. „Организация на работа за качествено изпълнение на проектирането“, възложителят е поставил изискване към участниците да разпишат в своите оферти „конкретни процедури и средства за осъществяване на контрол върху качеството, в съответствие с предмета и обхвата на услугите, поставените цели и изискванията на възложителя“. Също така от участниците е изискано в представеното предложение за изпълнение на поръчката, да е осигурено „качество на изпълнение на договора, чрез подходящо и изчерпателно обезпечаване на всички дейности с необходимите ресурси – човешки и технически. Участникът следва да представи конкретни задължения и отговорности на персонала за изпълнение на поръчката“.

Безспорно, комисията ще извърши преценка за допустимост на техническите предложения на участниците, спрямо изискванията на документацията за участие, използвайки понятия като „конкретни“, както и „подходящо и изчерпателно“, без да е предоставена съответната дефиниция за тяхното тълкуване и приложимост. Този подход на възложителя, несъмнено възпрепятства предвидимостта при подбора на офертите от членовете на комисията, като оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните участници и води до липса на информираност на заинтересованите лица, за това по какъв начин да подготвят офертите си, за да бъдат допуснати до по-нататъшно участие, което в разрез с разпоредбите на чл. 2, ал. 1, от ЗОП, предоставя неограничена свобода на избор и липса на гаранция за реална конкуренция.

3.2. Определяне на незаконосъобразна методика за оценка и /или непропорционални или незаконосъобразни или неясни показатели за оценка при избор на икономически най-изгодна оферта при оптимално съотношение „качество /цена“ – чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП. Често срещано нарушение от подобен характер се наблюдава по отношение на указанията за оценка спрямо техническите показатели в методиката.

3.2.1. Формулиране на незаконосъобразни показатели за оценка, в противоречие с чл. 70, ал. 5 и 7 от ЗОП.

При показател за оценка, напр.: „Програма за изпълнение” или „Организация за изпълнение на поръчката” е изисквано всеки участник да посочи *техническите преимущества на своето предложение*, без в даденото определение на понятието да се съдържат точни указания. Съгласно дефиницията, дадена от възложителя *под технически преимущества следва да се разбира оферта, в чиито обхват и съдържание са предвидени технически и технологични параметри, които превъзхождат тези посочени в техническата спецификация, както и оферта, в чиито обхват и съдържание са предложени елементи, свързани с възможностите да се постигне по-високо качество (в технически и икономически аспект) на резултата и на предлаганите за влагане материали, предложения за иновативни методи на изпълнение и техники за работа*. От така заложената дефиниция не става ясно кои технически и кои технологични параметри трябва да надграждат техническата спецификация и ако една оферта предлага технически, а друга технологични параметри, на кой ще бъде дадено преимущество и как ще бъдат оценени. Същото важи и по отношение на качеството - как ще се оценява по-високото качество и кое е ще е преимущество, в технически или икономически аспект. Това дава възможност за субективен подход от страна на комисията, без възможност за предвидимост при оценяването. – *В този смисъл е и Решение № 296 от 09.01.2020 г. по адм. д. № 3788/2019 г., VII отд. на ВАС.*

3.2.2. Методика за оценяване на участниците в обществената поръчка, в нарушение на чл. 70, ал. 5 и 7, във връзка с чл. 2, ал. 1 и 2 от ЗОП и чл. 33, ал. 1, от ПЗОП:

1. В методиката за оценка са използвани термини и изрази като: „всеобхватно”, „подробно/конкретно”, „адекватно/относимо”, „съществени/несъществени непълноти/пропуск”, „демонстрирана е логична последователност...”, „представени са съответните инструменти и методи за постигане на заложените цели...”, „аргументиран е начинът, по който предложената организация на работа гарантира качествено изпълнение...”. Тези изрази без съмнение допускат субективизъм в преценката на комисията, което е в конфликт с принципите, установени в чл.2 ЗОП - равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност. Употребените в методиката неясни понятия и изрази, допускащи субективна оценка на офертите, обосновават извода за създадена от възложителя възможност за интерпретации от страна на потенциалните участници в обществената поръчка и членовете на оценителната комисия, което води до субективно оценяване, непреодолимо с експертността на състава на комисията.

2. В друг случай, методика за оценка, съдържа технически показател „Организация на работата на експерта“, с тристепенна скала за присъждане на точки като за присъждане на минималния брой 10 точки трябва да са налице следните обстоятелства: „Участникът е предложил организация на изпълнението на поръчката, която осигурява изпълнението на минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническата спецификация, а именно: представил е описание на дейностите за изпълнение на поръчката; предложил е организация на работа на експерта за постигане на целите на предмета на поръчката; посочил е методи за осъществяване на комуникация с възложителя; предложил е методи за осъществяване на комуникация с членовете на екипа за управление на проекта.“

За присъждане на следващата скала за оценяване, 30 точки, освен посочените горе обстоятелства, „участникът трябва да е надградил своето техническо предложение със следните обстоятелства: предложил е начини за съгласуване и координация на различните действия с възложителя; описал е предпоставките за успешното изпълнение на договора; предложението на участника логически обвързва различните дейности с тяхната последователност и начин на изпълнение.“

За да получи 60 точки, освен посочените горе обстоятелства за присъждане на 30 точки, „участникът трябва да е надградил своето техническо предложение със следните обстоятелства: предложил е методи и организация на текущия контрол за качеството на крайния продукт; предложението за осъществяване на дейностите е обвързано с приложимите нормативни изисквания, стандарти, наръчници и указания”.

Несъмнено, надграждащите обстоятелствата за присъждане на 30 т. и 60 т. преповтарят обстоятелствата за получаване на 10 т. по процесния подпоказател. Така например, условието за получаване на 30 т. участникът да е „предложил е начини за съгласуване и координация на различните действия с възложителя“ се припокрива с обстоятелството за получаване на 10 точки - участникът да е „посочил е методи за осъществяване на комуникация с възложителя. По същия начин, условията за точкуване с 10 т. по подпоказателя, а именно участникът да е „представил е описание

на дейностите за изпълнение на поръчката “ и да е „предложил е организация на работа на експерта за постигане на целите на предмета на поръчката“ повтаря обстоятелствата за присъждане на 30 т. - „предложението на участника логически обвързва различните дейности с тяхната последователност и начин на изпълнение“ и участникът да е „описал е предпоставките за успешното изпълнение на договора“. Видно е, че обстоятелствата за присъждане на по-голям брой точки са по същество същите като тези за присъждане на 10 точки и не дават съществена добавена стойност към предложенията участниците, а предоставят по-пълна и подробна информация относно техническото предложение на участниците. Именно такива практики законодателят изрично е забранил в разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, според която пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите.

Също така, методиката за оценка допуска присъждането на повече точки на предложения, за които „предложението на участника логически обвързва различните дейности с тяхната последователност и начин на изпълнение“ и „предложението за осъществяване на дейностите е обвързано с приложимите нормативни изисквания, стандарти, наръчници и указания“ и присъждането на по-малко точки за предложения, при които не са изпълнени тези условия, което не е коректно, тъй като изпълнението на тези условия е свързано с изискванията към изпълнението на поръчката и би следвало да е минимално изискване към техническото предложение с оглед прилагането на чл. 70, ал. 1 от ЗОП.

Горепосочените обстоятелства са отчетени като нарушения в решение № 512 от 14.01.2020 г. по адм. д. № 8365/2019 г., VII отд. на ВАС, решение № 6386 от 25.04.2019 г. по адм. д. № 596/2019 г., VII отд. на ВАС и решение № 11357 от 24.07.2019г., по адм. дело № 10046/2018г., VII отд. на ВАС.

За да бъде една методика законосъобразна, тя трябва да е създадена по начин, обезпечаващ обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Правният ефект на нарушаването на посочените принципи е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да формират предварителна преценка за потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да подготвят участието си в нея. Създаването на предпоставки за разубеждаващ ефект върху потенциалните участници в обществената поръчка, нарушава основните принципи на ЗОП, установени в чл. 2 от закона. Тълкуването на нормативната регламентация, обективирана в чл. 70, ал. 7, вр. с чл. 70, ал. 5 от ЗОП, налага извод, че законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, което да гарантира запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложат оферта, целяща най-добро класиране. Показателите следва да са със стриктно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване.

3. В следващ пример, методика за оценка по показател „Техническа оценка на офертата” (ТО) и съответния му подпоказател – организация на персонала, всяка оферта, която съдържа организация на персонала, осигурява изпълнението на минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническите спецификации, и съответно получава 10 т. Присъждането на допълнителни точки съгласно методиката е обвързано с „надграждане“ на минималните изисквания на възложителя, чрез предложена Концепция за организация на персонала, при която с посочване на от 1 до 5 изброени обстоятелства, се присъждат повече точки. По този начин възложителят в нарушение на закона презюмира допускане на участници, които да организират по такъв начин своя персонал, че същия да е неспособен да изпълни поръчката при спазване на изискванията на възложителя, съдържащи се в Техническата спецификация, вместо същите такива участници да бъдат отстранявани на етап допустимост от процедурата.

В подкрепа на направеното заключение е и действащата съдебна практика, обективизирана в Решение № 8577 от 26.06.2018г. на ВАС по адм.д. № 3909/2018, а именно: „...оценката на офертата не може да се обвърже с пълнотата на описанието на дейностите, а на преценка следва да се подложи качеството на изпълнението. Чрез системата на оценяване трябва да може да се отчитат преимуществата на крайния резултат, който ще се получи чрез офертата. Затова е необходимо методиката да обхваща оценка на всички аспекти на изпълнението, като гаранция за минимум за качествено изпълнение предмета на поръчката. До нарушаване на чл. 107 ЗОП се достига, когато до оценка се допусне оферта, която не отговаря на предварително обявените от възложителя условия..“

Безспорно, така приложена методика не съдържа конкретно определени критерии за съответствие с изискванията на възложителя, с което се създават предпоставки за неравно третиране на участниците. Също така, например при заложено допълнително условие/надграждащо условие: *предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на ръководния екип от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката*, не става ясно кои са тези мерки според възложителя, които гарантират качествено изпълнение на поръчката, доколкото за всеки участник и член на оценителна комисия те могат да са различни и съответно водещи до различен резултат.

4. На следващо място при изискани от възложителят конкретни рискове и допускания в методика за оценка, за да покрие минималните изисквания, участникът следва да е описал мерките, които ще предприеме за управление на всеки един от идентифицираните от възложителя рискове и допускания, като в случая е достатъчно да са посочени някакви мерки за всеки риск, без да се държи сметка доколко същите са относими, ефективни, приложими към идентифицираните допускания и съответно без да са ясни критериите на възложителя относно тези мерки. В тази връзка е дадена неограничена свобода на оценителната комисия на база посочените мерки от участници да извършва преценка доколко същите са приложими към съответния риск или в случай на посочване на мярка към риск да се презюмира, че е изпълнено посоченото условие, без това по никакъв начин да води до качествено изпълнение на предмета на поръчката.

Също така, изискванията за разглеждане на рискове, като: „*Закъснение поради неуточнени решения или бездействие на Изпълнителя/поради спиране на строителството по искане на Възложителя*”, „*Недобра комуникация и координация между екипа на Възложителя и ръководния състав на Изпълнителя*”,

„Затруднения/закъснения при получаване на информация от съответните компетентни органи, останалите участници в процеса на строителство и др. заинтересовани страни”, „Съществени промени в националното и европейско законодателство”, са от такова естество, че не зависят от пряката воля на изпълнителя по договора и в тази връзка не може да се очаква същият да предложи относими мерки за тяхното преодоляване.

В този смисъл е и установената съдебна практика на ВАС, обективирана в Решение № 3047/28.02.2019 г. по адм.д. № 13941/2018, а именно: *По отношение на идентифицираните рискове по подпоказател П2 "Подход за управление на риска: правилно същите са преценени от съда, като неотнормими към предмета на поръчката. В методиката възложителят предварително е определил конкретните рискове, които участниците следва да анализират в офертите си. Съгласно минималните изисквания кандидатите следва да разгледат аспектите на проявление, степента на въздействие и мерките, необходими за минимизиране на рисковете. Последните са идентифицирани по следния начин: "... липса/недостатъчната координация в сътрудничеството между отделните екипи на изпълнителя". Правилна е преценката на първоинстанционния съд, че подобни обстоятелства биха могли да окажат влияние върху изпълнението на всеки един договор и поради това се явяват общи, бланкетни и неадаптирани към конкретната поръчка. Тези негативни обстоятелства са присъщи за всеки един договор, доколкото в една или друга степен водят до забавено, лошо или непълно изпълнение. Следователно правилно е преценено от АС - Видин, че формулираните от възложителя рискове са неотнормими към предмета на поръчката, а това затруднява потенциалните участници да представят оферта по зададените в методиката параметри. При положение, че управлението на риска е предпоставено от неговото точно идентифициране, то когато няма яснота по този обуславящ въпрос, няма как да бъде направена адекватна оценка и да бъдат правилно планирани дейностите за неговото контролиране и избягване. ..“*

5. В методика за оценка, при заложен Техническият показател и включените в него подпоказатели се съдържат множество неясни елементи и условия, които чрез надграждане водят до присъждане на повече точки, при липса на яснота относно това какво разбира възложителят под например *„и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на дейностите по проектиране“* по подпоказател П3, или кои са тези допълнителни мерки, които участникът следва да предприеме с цел осигуряване на качество при изпълнение на СМР и които не са идентифицирани от възложителя по подпоказател П2 или на допълнителни такива които водят до редуциране на негативния социален ефект по време на реализацията на предмета на поръчката по подпоказател П3.

При тази формулировка за присъждане на допълнителни точки, не е ясно кои допълнителни мерки биха се възприели от възложителя, като осигуряващи нужното качество на изпълнение на поръчката, и съответно кои не биха се дефинирали като такива от една страна и от друга ако действително са от такова естество, че да гарантират качествено изпълнение то не следва ли да бъдат заложили като изискване в техническата спецификация от възложителя.

Горепосочените изводи се потвърждават и от постановено решение № 5186/08.04.2019 г. по адм. д. № 9387/2018 Г., VII отд. на ВАС, по сходен случай.

6. Друг момент при формиране на методиката за оценка от възложителите е посочване на скала за оценка на офертите, в която се изисква от участниците да предложат „глобалното разпределение на времето и ресурсите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложените СМР, както и идентифициране, изброяване и описание на техническите средства и процеси. За целите на методиката, възложителите често посочват, че глобалното разпределение на времето и ресурсите следва да се тълкува като: „Участникът трябва да предостави подробна информация за разпределението на времето и човешките ресурси за всяка дейност/задача/ и обосновката на избор на това разпределение“.

В тази връзка, цитираните обстоятелства несъмнено са в нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, тъй като не дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците, както и факта, че като елемент на оценяване се откроява пълнотата и начина на представяне на информацията в техническото предложение с приложенията към него. Безспорно е, че комисията оценява степента на съответствие на техническите предложения на участниците, спрямо изискванията на методиката за оценка, използвайки понятия „като глобалното разпределение на времето и ресурсите“, за което възложителят изрично е посочил, че се тълкува като „предоставяне на **подробна информация за разпределението на времето и човешките ресурси**“, което от своя страна, нарушава разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, с оглед на факта, че е налице оценка на пълнота и начин на представяне на информацията в документи от техническото предложение. Липсата на дефиниция за понятието „подробно“, не дава възможност за обективно сравняване и оценка на техническите предложения, представени от участниците. На практика се стига до неограничена свобода на избор и липса на гаранция за реална конкуренция в нарушение на чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Наличието на неясни и неточни указания, създава предпоставки за субективизъм от страна на комисията и води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на съответният подбор и оценка.

7. При обществена поръчка с обект проектиране и изпълнение на строителство, показателите за оценка не включват характеристики, относими към всяка от двете дейности, което безспорно попада в кръга на нарушения по чл. 70, ал. 9 от ЗОП;

IV. НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНИ ДЕЙСТВИЯ ПРИ ПРОВЕЖДАНЕ НА ПРОЦЕДУРА И НА ЕТАПИТЕ СЛЕД НЕЙНОТО ОБЯВЯВАНЕ:

1. Промяна на условията за участие с предоставяне на разясненията:

- **Възложителят посочва, че релевантния период за доказване на опит от изпълнение на строителство и/или строителство и проектиране на сходни с предмета на поръчката обекти е именно посочения в документацията за участие – 3 години, предхождащи крайната дата за получаване на оферти. В допълнение обаче пояснява, че ще приеме и доказване на сходни дейности в посочената област, изпълнени за последните 5 години.**

С предоставеното разяснение от една страна се санира нарушението на чл. 63, ал.1, т. 1, буква „а“ от ЗОП, предвид, че законосъобразния период, относим за доказване на опит от строителство и/или и инженеринг е 5 години, но от друга страна се разширява обхвата на изискването, като се удължава първоначално посочения период на придобиване на този опит. По този начин обаче се стеснява кръга от конкуренция, доколкото се ограничават от участие лица, които са се запознали с условията по поръчката в началото на нейното обявяване и са потенциално възпрепятствани да участват, ако са разполагали с опит в сферата търсена от възложителя, на придобит в предходните 5, а не 3 години. В тази връзка, с предоставеното разяснение е допуснато нарушение на разпоредбите на чл.100, ал. 10 от ЗОП, а именно: въведени са условия, които променят кръга на заинтересованите лица.

- **С предоставени в условията на чл. 33 от ЗОП разяснения се препятства участието на потенциални участници в процедурата, тъй като с част от тях не се изпълнява целта и предназначението на института на разяснението – да внесе яснота и конкретика по отношение минималните изисквания на възложителя и начина на покриване на критериите за подбор.**

Искано е разяснение във връзка със заложеното условие за професионалната квалификация на ключов експерт еколог с посочена специалност, която би се приела за еквивалентна, като в отговор възложителят е посочил, че от компетентността на комисията е да прецени дали декларираната специалност е еквивалентна на образованието на експерта. УО на ОПОС е приел, че възложителят в този случай не е дал на заинтересованите лица конкретна дефиниция на използваното от него понятие „еквивалентно“ при формулиране на условието за изискуемо образование на ключов експерт „еколог“, т.е. дадените разяснения съставляват липса на отговор по отношение на еквивалентността на изискуемото образование за този ключов експерт.

3. Едно от най-често срещаните нарушения е в случаите, при които офертата на определения за изпълнител участник, не отговаря в пълна степен на изискванията на възложителя:

- **Липса на извършени проверки или искания на разяснения за данни заявени от участниците по чл. 54, ал. 13 от ППЗОП, от страна на комисията по време на преценка за съответствие с изискванията за личното ъстояние и/или поставените критериите за подбор, когато в еЕЕДОП липсва необходимата информация, която служи за деклариране на условията за участие, но не е изискана с Протокол № 1;**

4. Незаконсъобразно отстраняване на участници в процедурата:

- **Случаи, в които с Протокол № 1 не се указват конкретно несъответствията, които следва да се отстраняват, а същите се посочват общо, като в последствие в мотивите за отстраняване фигурират различни основания за отстраняване, които се базират на несъответствия, които не са посочени в Протокол №1;**

- **Случаи, в които даден експерт от екипа за изпълнение на поръчката, който не е в трудовоправни отношения с участника, се третира като трето лице; В следствие, комисията неправомерно изисква лицето да представи еЕЕДОП и констатира несъответствия в попълнената от експерта в еЕЕДОП информация, поради което директно отстранява участника, подал оферта от по – нататъшно участие в процедурата.**

5. Грешки в работата на комисията за оценка, които водят до нарушаване на принципите на равно третиране или до незаконосъобразен избор на изпълнител, или до незаконосъобразно отстраняване на участници:

- **критериите за подбор са изменени по време на етапа на подбор, което води до отстраняване на участници/кандидати, които не би трябвало да бъдат отстранени при спазване на обявените критерии за подбор;**
- **изменение на оферта по време на оценяването с изискване на разяснение/я от участника;**

6. Офертата на участника, определен за изпълнител, не отговаря на изискванията на възложителя и същият е следвало да бъде отстранен от участие в процедурата

- **комисията не е установила липси/несъответствия/непълнота, включително нередовност или фактическа грешка на документите по чл.39, ал.2 от ППЗОП за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителя, а съответно такива са налице;**
- **комисията е установила липси/несъответствия/непълнота, включително нередовност или фактическа грешка на документите по чл.39, ал.2 от ППЗОП за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителя. На участника е дадена възможността по чл.54, ал.8 от ППЗОП, като:**
 - а/ в срок са представени документи, с които обаче не се санират пороците в офертата, въпреки това участникът е допуснат до разглеждане и оценка на техническо и ценово предложение или**
 - б/ не са представени в срок документи, въпреки това комисията е приела, че е спазена нормата на чл. 54, ал.9 от ППЗОП и офертата е оценена по техническите и ценови показатели за оценка.**
- **незаконосъобразно комисията е приела, че техническото предложение на изпълнителя отговаря на минималните изисквания на възложителя, заложи в Техническите спецификации или чрез способите по чл. 54, ал.13**

от ППЗОП/ чл. 104, ал. 5 от ЗОП, комисията е изисквала от участника разяснение за данни, заявени от участника, като с даденото разяснение участникът, определен за изпълнител е променил своето техническо предложение или хипотеза, при която в техническото предложение се откриват елементи от ценообразуването;

- **незаконосъобразно комисията приема, че ценовото предложение на изпълнителя отговаря на изискванията на възложителя – например: констатирани са аритметични грешки между единични цени, както и по отношение на изискуемите количества; офериранията обща цена надвишава максимално определената прогнозна стойност на обществената поръчка и др.**

7. Сключване на договор с участник определен за изпълнител, който не е представил всички изискуеми документи:

Това нарушение се констатира когато се установи, че изпълнителят не е изпълнил изцяло изискванията на чл. 112, ал. 1 от ЗОП:

- Не е представено доказателство, под формата на списък, придружен с референции и/или препоръки и/или документи, доказващи изпълнение на декларираните услуги. СМР/инженеринг;
- Не са представени актуални свидетелства за съдимост от всички задължени лица;
- Не е представена гаранция за изпълнение
- Не са представени документи/част от тях, от които да е видно, че участникът отговаря на поставените критерии за подбор, съгласно декларираната информация в eЕЕДОП и други, които служат за доказване на задължителните основания за отстраняване на участника, посочени изчерпателно в ЗОП.

V. НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНИ ДЕЙСТВИЯ ПРИ ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКИ ЧРЕЗ ОБЯВА ЗА СЪБИРАНЕ НА ОФЕРТИ ПО РЕДА НА ГЛАВА ДВАДЕСЕТ И ШЕСТА ОТ ЗОП:

1. Прилагане чл. 72 от ЗОП в разрез с условията на ЗОП и ППЗОП за възлагане на поръчки чрез обява за събиране на оферти:

При обществени поръчки възлагани чрез събиране на оферти с обява, често срещано нарушение установено от УО на ОПОС е залагане на изискване към участниците, за прилагане на чл. 72 от ЗОП при възникнало обстоятелство в офертата на участник, свързано с цена или разходи, което подлежи на оценяване, и е с повече от 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници по същия показател за оценка. Важен момент в настоящия случай е факта, че при способа "събиране на оферти с обява", съгласно чл. 97 от ППЗОП, че комисията отваря офертите по реда на тяхното постъпване и обявява ценовите предложения, след което

съставя протокол за разглеждането и оценката на офертите и за класирането на участниците, като само при обстоятелствата по чл. 97, ал. 5 от ППЗОП, създава отделен протокол. Това показва, че ценовите предложения на участниците се отварят в рамките на едно публично заседание, като това законодателно решение кореспондира с идеята обществените поръчки на ниска стойност да се възлагат по облекчен ред. В тази връзка, сред действията на комисията, посочени в чл.97 от ППЗОП, не е предвидено задължение или възможност за изискване на писмена обосновка, аналогично на предвиденото в чл. 72 от ЗОП. Също така, препращащата норма на чл.195 то ЗОП, се отнася за неуредените в глава двадесет и шеста от ЗОП въпроси, като същевременно действията на оценителната комисия при способа "събиране на оферти с обява" имат изрична регламентация в ППЗОП. В тази връзка, възложителите неправилно прилагат чл.72 от ЗОП при този вид възлагане.

В тази смисъл е и решение 13001/26.10.2018г., по адм. дело № 6840/2018г., VII – отд. на ВАС

2. Прилагане на доказателства по чл. 64 от ЗОП в опаковката с оферта, за съответствие с поставени критерии за подбор:

При възлагането на обществени поръчки, чрез обява за събиране на оферти, възложителите често прибегват да поставяне на условия, съгласно които доказването на заложените критерии за подбор да се извършва с прилагане на доказателствата по чл. 64 от ЗОП, в подадената опаковка с оферта. Така поставените изисквания създават противоречие с разпоредбата на чл. 67, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл. 195 от ЗОП. В тази връзка, участниците следва да декларират, съответствие с поставените критерии за подбор, като единствено при условията на чл. 67, ал. 5 от ЗОП/ съответно чл. 112, ал. 1 от ЗОП, имат задължение да представят доказателства по чл. 64 от ЗОП.

Важен момент, върху който УО на ОПОС обръща внимание е и факта, че съгласно чл. 192, ал. 3 от ЗОП, (*Изм. - ДВ, бр. 102 от 2019 г., в сила от 01.01.2020 г.*): към своите оферти, участниците са длъжни да подават ЕЕДОП, за липсата на основанията за отстраняване и съответствие с критериите за подбор, ако има такива.

VI. НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНО ПРИЛАГАНЕ НА ЧЛ. 79, АЛ. 1, Т. 1 ОТ ЗОП:

Възложителите често прибегват до условията на чл. 79, ал. 1 от ЗОП, чрез използване на процедура на договаряне без предварително обявление, когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени. Аналогично и до чл. 182, ал. 1, т. 2 от ЗОП, възложителите провеждат пряко договаряне с определени лица, когато процедурата за възлагане чрез публично състезание е прекратена, тъй като няма подадени оферти или подадените оферти са неподходящи и първоначално обявените условия не са съществено променени. Тук на преден план се откроява приложното

поле на чл. 18, ал. 7 от ЗОП, а именно: При процедурите на договаряне по чл. 18, ал. 1, т. 8 - 10 и 13 възложителят провежда преговори за определяне на клаузите на договора с едно или повече точно определени лица.

Съществено нарушение допускано от възложителите, е че при преценка относно броя на поканените лица, същите в рамките на оперативната си самостоятелност, често отправят уведомление за представяне на оферта до само едно лице/икономически оператор, като се позовават именно на чл. 18, ал. 7 от ЗОП. Важен момент при вземането на подобно решение което не се взема предвид от възложителите е предмета на обществената поръчка и преценката за реална възможност, същия да може да бъде изпълнен от повече от един икономически оператор, което е характерно най-вече за процедурите свързани със строителство или упражняване на строителен надзор или друг вид услуги/доставки в широк спектър на изпълнение от икономически оператори/лица.

Горепосоченото се потвърждава в *решение № 337/10.01.2020г., по адм. дело № 13297/2019г., VII – отд. на ВАС*, където, съдебния орган аргументира незаконосъобразност на възлагане по чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП, за поръчка с предмет в областта на строителството, като излага мотиви, че *„Предметът на поръчката може да бъде изпълнен от повече от един оператори. Същата не попада в нито една от хипотезите, предвидени в чл.79, ал.1, т.3 ЗОП - нито се създава или придобива уникално произведение на изкуството или творчески проект; нито има някакви технически причини за отсъствие на конкуренция; нито се отнася до наличие на изключителни права, вкл. и по интелектуалната собственост, които да обосновават отправяне на поканата към един конкретен изпълнител. Оперативната самостоятелност на възложителя да избира между нормативно предоставени му възможности не следва да нарушава принципите на свободна конкуренция, като не трябва и необосновано да ограничава същата. Прилагане на процедурата на договаряне без предварително обявление по чл. 79, ал.1, т.1 от ЗОП, с отправяне на покана към само един икономически оператор, без конкретната обстановка по поръчката да го налага, безспорно ограничава в максимална степен необосновано принципа за свободната конкуренция в процедурата”*.

IV. ФИНАНСОВО ВЛИЯНИЕ НА НАРУШЕНИЯТА:

До 23.08.2019 г. финансовото влияние на нарушенията за ограничителни изисквания се определяше съгласно Насоките за определяне на финансовите корекции, които се прилагат спрямо разходите, финансирани от ЕС в рамките на споделеното управление, при неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки (*приети с Решение на ЕК от 19.12.2013 г.*).

След 23.08.2019 г. и последващо от 06.03.2020г., са в сила изменения в Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции

по реда на ЗУСЕСИФ, които регламентират нередностите за нарушения по обществени поръчки съгласно новите Насоки за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени, приети с Решение от 14.05.2019 г. на Европейската комисия (наричани по-нататък Насоките на ЕК).

Обърнато е внимание на случаите, при които е налице необосновано ограничение по национален признак при формулиране на основанията за отстраняване, критериите за подбор и/или възлагане, или условията за изпълнение на поръчката, или техническите спецификации. Тук попадат всички случаи на условия кандидатът/участникът да е установен в страната или региона, да има опит и/или професионална компетентност или оборудване в страната или региона, изисквания, произтичащи от национални разпоредби и други, определени според национален, регионален или местен признак, възпрепятстващи участието на чуждестранните икономически оператори.

Уредени са специални условия, при които процентният показател е 25 – 1. когато формулираното ограничително изискване не е свързано с предмета на обществената поръчка и 2. когато поставянето на ограничителното условие е довело до ситуация, при която само един кандидат/участник би могъл да представи оферта и това не може да бъде обосновано от спецификата на конкретната поръчка. При наличие на конкуренция е посочено, че се прилага финансова корекция с процентен показател 5 %.

Необоснованото ограничение на възможността за използване на подизпълнители е изведена в нова нередност по точка 13 от Наредбата, като приложимият процентен показател е 5 %.

Обръщаме внимание, че нарушенията за ограничителни изисквания не са с формален характер, те винаги водят до финансова корекция, определена по основание и размер съгласно Наредбата за посочване на нередности и Насоките на ЕК. Ролята на настоящия анализ е да създаде инструмент за подобряване на процеса по възлагане на обществени поръчки от бенефициентите, които изпълняват поръчки финансирани по ОПОС. Информацията за срещаните отклонения може да послужи за предприемане на мерки за избягването им, което от своя страна ще доведе до налагане на по-малко финансови корекции.

Настоящият анализ, не съдържа всички възможни отклонения при обявяване и/или провеждане на процедурите за възлагане на обществени поръчки. Посочените по-горе примери за избягване на нарушения, не изключват и други възможни варианти.