

## **АНАЛИЗ НА НЕРЕДНОСТИТЕ В ОБЛАСТТА НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ, УСТАНОВЕНИ ОТ УПРАВЛЯВАЩИЯ ОРГАН ПО ПРОЦЕДУРИ ВЪЗЛАГАНИ В ИЗПЪЛНЕНИЕ НА ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА „РЕГИОНИ В РАСТЕЖ“ 2014-2020 г.**

Настоящият анализ отразява резултатите от проверките, извършени в рамките на осъществяван от Управляващия орган на оперативна програма „Региони в растеж“ (УО на ОПРР) 2014-2020 г. предварителен контрол преди верификация за законосъобразност на процедури по реда на Закона за обществените поръчки. Натрупаната до момента съдебна и одиторска практика очертава сериозна тенденция, свързана с поставянето на условия, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в провежданите от бенефициентите процедури за възлагане на обществени поръчки. Практиката показва, че този тип нарушения са с най-големи финансови последици за бенефициентите вследствие на установени нередности и извършени финансови корекции. Нарушенията най-често са свързани с начина, по който са формулирани критериите за подбор към участниците или със съответните документи, изисквани за доказването им.

Правилното и еднакво разбиране на съдържанието и значението на елементите от фактическия състав на една нередност е централно за ефективното правоприлагане, като това важи в пълна мярка при възлагането и контрола върху обществени поръчки. Практиката до момента показва, че съществуват случаи на очевидно неразбиране от страна на бенефициентите на основните принципи на обществените поръчки и връзката им с другите права, уредени в правната доктрина на Съюза. Това обстоятелство води до пряко отражение върху елемента на фактическия състав на нередността, а именно нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право.

Често като основание за определяне на финансова корекция е нарушаването на основни принципи на Закона за обществените поръчки (ЗОП) като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, а чрез тях и на основни принципи, на които е изграден вътрешният пазар съгласно чл. 26. т. 2 от Договора за функциониране на ЕС - свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали. Нарушаването на тези принципи води до извода за непознаване или несъобразяване с рамките и гаранциите, които чл. 56 от ДФЕС налага на правните субекти за упражняване на четирите свободи. Особено съществен пример в това отношение е поставянето от бенефициентите - възложители на изискване за

годност (правоспособност) за упражняване на определена професионална дейност. Член 56 от ДФЕС забранява ограниченията пред свободното предоставяне на услуги в рамките на Съюза по отношение на граждани на Съюза, които са се установили в държава членка, различна от държавата, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите. Тази свобода е гарантирана чрез взаимното признаване на дипломи, сертификати и други доказателства за квалификации.

Законът за обществените поръчки, който транспонира европейското законодателство в областта на обществените поръчки, дава възможност на възложителите в изпълнение на критериите за подбор да изискват от кандидатите или участниците да са вписани в търговския регистър и/или в съответен професионален регистър, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени.

В тази връзка и с цел избягване допускането на ограничителни условия за участие в обществената поръчка при спазване на разпоредбата на чл. 60 от ЗОП, изискванията за регистрация, лиценз, разрешително и др. за упражняване на съответна дейност не следва да реферират към изисквания, регламентирани в българското законодателство, тъй като чуждестранните икономически оператори могат да докажат правото да изпълняват съответната дейност с документи от държавата, в която са установени.

От друга страна обаче, в съответствие с действащата национална нормативна уредба, когато предметът на поръчката изисква наличието на съответно разрешително или членство в професионална организация, възложителят не само има право, но е длъжен да изиска съответните доказателства за това.

С оглед на тези обстоятелства и спазването на принципите на ЗОП, важно е да бъде направено разграничение в кой момент какъв документ следва да изисква възложителят за доказване на исканата професионална годност. Пример е изискването за вписване на лице, което притежава правоспособност за извършване на конкретна дейност съгласно изискванията на държавата по установяване, в българския регистър, при установен в националното право облекчен ред за вписване при временно предоставяне на услуги. Поставянето на такова условие на етап допускане до участие в процедура по възлагане, а не като изискване за сключване на договор, се явява необоснована административна пречка пред участие в процедурата на лица от други държави членки.

Такава пречка наблюдаваме при поставяне от бенефициентите на изискване за пълна проектантска правоспособност за упражняване на професията „инженер в

инвестиционното проектиране“, съответно „архитект“, на територията на страната. Съгласно приложимата национална правна рамка, изискването за упражняване на пълна проектантска правоспособност на територията на страната е вписването в регистъра на Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране, съответно в Камарата на архитектите. Тук, както беше посочено по-горе, е от значение моментът, към който е необходимо доказването на това изискване - към датата на подаване на офертата за участие в обществената поръчка или към датата на сключване на договора за изпълнение на обществената поръчка.

В тази връзка следва да се има предвид, че съгласно Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране (ЗКАИИП) съществуват два начина за придобиване на право на упражняване на професията „инженер в инвестиционното проектиране“, съответно „архитект“, на територията на страната от граждани на държава членка, които притежават пълна проектантска правоспособност в държавата членка, в която са установени. Разликата е свързана с продължителността на упражняване на професията - дали става въпрос за установяване на територията на страната за упражняване на професията или за упражняване на професията на временен или случаен принцип, което е критерий за установяване на съществена разлика в изискванията и реда за придобиване на пълна професионална правоспособност, съответно по чл. 10 или по чл. 14а от ЗКАИИП. Предвид изложеното, поставянето на изискване за вписване в съответния регистър към датата на сключване на договора, а не към датата на подаване на офертата е установено изрично от разпоредбите на чл. 67, ал. 6 и чл. 112, ал. 1 от ЗОП, съгласно които възложителят преди сключване на договор изисква от определения изпълнител да представи актуални документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор, включително да извърши съответна регистрация, представи документ или изпълни друго изискване, което е необходимо за изпълнение на поръчката съгласно изискванията на нормативен или административен акт.

Посочените примери показват допускане на нарушения на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, водещи до установяване на нередности при възлагането на обществени поръчки, финансирани със средствата от европейските фондове, които често се явяват основания за определяне на финансови корекции за бенефициентите.

Друга лоша практика, свързана с доказване на правоспособността на участниците, е поставянето от възложителите на неизпълними или непропорционални към предмета на поръчката изисквания за правоспособност. Налице са случаи, при

които изискванията за определена регистрация не съответстват на сложността на поръчката - пример е изискването за представяне на удостоверение за вписване в Централния професионален регистър на строителя, че отговаря на изискванията за изпълнение на строежи от четвърта група, първа категория, при условие че поръчката е за инженеринг на обект втора категория. Друг подобен пример е случаят, в който е заложено изискването за представяне на удостоверение за вписване в Централния професионален регистър на строителя, че отговаря на изискванията за изпълнение на строежи от първа група, трета категория, при условие че поръчката е за инженеринг на три обекта, като само един е трета категория, а останалите два са четвърта категория.

Във връзка с изложеното е необходимо да бъдат съобразявани и конкретни насоки за избягване на посочените по-горе нарушения, като например в изискванията за участие в процедурата възложителят изрично да предвиди, че всеки чуждестранен участник може да докаже правото си да осъществява определена дейност с документи, издадени от държавата, в която е установен. Друга практика, която може да бъде въведена, е при определяне на изискванията за допустимост до участие да не се реферира към национални регистри или български нормативни актове, както и да не се поставят изисквания за съответна регистрация, разрешение или лиценз, които не са необходими за законосъобразното изпълнение на дейностите от предмета на поръчката. Същевременно когато определено удостоверение или друг документ се издава с оглед на конкретна дейност, която ще се изпълнява в резултат на договора за обществена поръчка, възложителят не следва да поставя като изискване представянето на съответния документ от всички участници при подаване на офертите. Не на последно място, изискванията за правоспособност на участниците следва да са адекватни към предмета и сложността на поръчката. Изискванията и относимите към тях доказателства следва да бъдат съобразявани с нормативно установените принципи на правото на Съюза и на свързаното с него национално законодателство по отношение на отделните режими за упражняване на определена дейност. По този начин възложителите ще избягват въвеждането на условия, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурите.

#### **УСТАНОВЕНИ ОТ УПРАВЛЯВАЩИЯ ОРГАН ТИПОВЕ НЕРЕДНОСТИ**

Обръщаме внимание, че в анализа са представени всички нарушения с финансово влияние, които Управляващият орган е констатирал. Следва да се отбележи, че в повечето проверени процедури са налични повече от едно нарушения, като в съответствие с принципа за некумулиране на корекциите в докладите за резултатите от

УО на ОПРР е налагал финансова корекция по засегнатия договор, съответстваща на най-тежкото нарушение.

В изложението по-долу са представени данните за установените типове нарушения, групирани в съответствие с етапите на обществената поръчка, а именно:

✓ Нередности, свързани с подготовката и откриването на процедурите за възлагане на обществени поръчки;

✓ Нередности, свързани с оценяване на получените оферти;

1. Грешки при подготовката и откриването на процедурата за възлагане на обществена поръчка.

Най-голям дял от установените нарушения са свързани с подготовката на обществената поръчка за възлагане и нейното обявяване, т.е. при формулиране на нейния предмет, при формулирането на критериите за подбор и възлагане, както и при формулирането на техническите спецификации.

1.1. Условия, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата.

Този тип нарушения са с най-големи финансови последици за бенефициентите. Нарушенията най-често са свързана или с начина, по който са формулирани критериите за подбор към участниците, или с документите, които следва да се представят за доказването им. Критериите за подбор са свързани с финансовото и икономическо състояние на участниците, техните технически възможности и професионална квалификация. За да са законосъобразни и за да осигуряват принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, същите следва да са съобразени с предмета, характера, стойността, количеството и обема на обществената поръчка.

За доказване на правото да се осъществява определена дейност, подлежаща на разрешителни или лицензионни режими, възложителите често ограничават неправомерно участието на чуждестранни икономически оператори, като се позовават на национални регулаторни режими, **без да допускат изрично възможност за представяне на еквивалентни документи** от държавата, в който чуждестранният участник е установен. Примери за това са изискванията за: регистрация в Централния професионален регистър на строителя; регистрация в Регистър на лицата, упражняващи независим строителен надзор в проектирането и строителството; регистрация по Закона за туризма; разрешение от Изпълнителната агенция по лекарствата; удостоверение за търговия на едро с медицински изделия на територията на Република България; регистрация по Закона за независимия финансов одит и т.н.

Установихме и допускане на грешки при определянето на изискванията за техническите възможности за участниците:

Друга група нарушения са свързани с изискванията за представяне на сертификати, които удостоверяват съответствието на кандидата или участника със стандарти за системи за управление на качеството. Установихме случаи, в които възложителят изисква от участниците да имат сертификати, които не са относими към предмета на поръчката, не се отнасят до стандарти за системи за управление на качеството и за опазване на околната среда и същите не попадат в хипотезата на чл. 64, ал. 3 и 4 от ЗОП, следователно изискването им в такъв случай необосновано ограничава участието на лицата в процедурата.

При проверките констатирахме и пропуски по отношение на формулираните от възложителите изисквания за професионална квалификация на експертите:

Изисква се опит на ключовите експерти, чиято продължителност не е съобразена или с нормативни изисквания за изпълнение на съответната дейност, или с обичайна практика в съответната сфера.

Установихме и случаи, в които изискванията за експерти са незаконосъобразни - твърде завишени и/или несъответстващи на предмета и дейностите по поръчката. В такива случаи образователната степен, професионалната квалификация или продължителността на опита са прекомерни спрямо отговорностите, предвидени за съответния експерт при изпълнението на поръчката - същите отговорности биха могли да бъдат поети и изпълнени от експерти с по-ниска квалификация и опит, без това да се отрази на качеството на изпълнение. Заложени са конкретни изисквания за професионална квалификация – специалност или степен на образование, при липса на ограничения или др. условия в относимата в областта нормативна уредба. В тези случаи е необосновано позоваването на квалификация/образование, когато е достатъчно доказването на съответствието с критерия за подбор чрез документ за завършен курс/диплома и т.н, както е в случаите за експерти по безопасност и здраве в строителството.

Подобни са и случаите, в които от експертите се изисква да имат натрупан опит в изпълнението на определен вид дейности, но само в публични институции, като по този начин се дискриминират лицата, натрупали съответния опит в частния сектор.

Установихме и случаи, в които се изисква всички лица от инженерно-техническия персонал за осигуряване на техническото ръководство при изпълнение на строителството 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. Следователно, за да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, икономическите оператори трябва да сключат трудови договори с всички лица от инженерно-техническия персонал, които предлагат за изпълнението на поръчката. В случая съответствие с чл. 163 а от ЗУТ е следвало да се изисква от спечелилия участник преди подписване на договора за обществена поръчка.

Има и случаи, при които бенефициентът е поставил изискване ключовите специалисти да са включени в списъка на правоспособните физически лица, чрез които се упражнява дейността, съгласно списъка към Лиценза за упражняване на дейността. Следователно участникът може да кандидатства за обществената поръчка само чрез специалистите, с които е получил съответния лиценз, което е ограничително, тъй като лицензът може да е получен от икономическия оператор много преди обявяването на поръчката.

Възложителите допускат и грешки при определяне на изискванията към личността на участниците - свързани с тяхната правоспособност и по-специално притежаване на лицензи или регистрацията в определени професионални регистри.

Специфичен пример за нарушение, свързано с изискуемите документи, е изискването за всеки изпълнен договор участникът да представя не само препоръки за добро изпълнение, но и Разрешение за ползване (Удостоверение за въвеждане в експлоатация) за съответния строителен обект - изпълнителите на строежи не са включени в процеса по издаване на разрешение за ползване и не са страна по него.

По отношение на техническите спецификации най-често срещаната незаконосъобразна практика е употребата на конкретни марки и модели при подготовката на количествени сметки за строителство или услуги без думите „или еквивалент”. Установихме и случаи, в които възложителят посочва, че доставените стоки и оборудване следва да отговарят на определени стандарти, без да са посочени еквивалентни такива.

Установихме и нарушения при формулиране на предмета на обществената поръчка. Констатирахме случаи, в които описанието, което възложителят е направил в документацията за участие, е недостатъчно с оглед на това участниците/кандидатите в процедурата да могат да определят предмета на поръчката. Обстоятелство от този тип също има разубеждаващ ефект по отношение на заинтересованите лица. Същият ефект има и определянето на такъв предмет на поръчката, който включва множество дейности, които не са идентични или подобни и изискват различни познания. Неоснователното окрупняване на предмета на обществената поръчка ограничава

възможностите за участие на лицата, които биха могли да изпълнят отделните групи дейности поотделно.

## 1.2. Незаконосъобразна методика за оценка на офертите

Формулирането на незаконосъобразна методика за оценка по същността си представлява обстоятелство, което необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. налице е разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници/кандидати в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Нарушенията по отношение на методиката за оценка на офертите основно са свързани с:

Формулиране на показатели за оценка, които не са свързани пряко с предмета на обществената поръчка. Примерите за това са в две посоки:

- използване на показатели за оценка, които не допринасят за качествено изпълнение на поръчката и съответно не способстват за избор на най-добрата оферта;
- използване на показатели за оценка, при които присъждането на точки е свързано не с предмета на поръчката, а с офертите на другите участници.

Противоречие със законовите изисквания са налице когато възложителят е предвидил показатели за оценка, при които присъждането на точки е свързано не с предмета на поръчката, а с офертите на другите участници. При изготвянето и подаването на офертата си никой от участниците няма възможност да знае какво ниво по съответния показател за оценка ще е достигнато от другите участници, поради което за него няма как да е налице яснота каква оценка ще получи неговата собствена оферта. В тези случаи сравнението между офертите се извършва от членовете на комисията за провеждане на процедурата, без да са налице точни указания за това. В конкретния случай са използвани изрази от типа: „предложението има по-нисък ефект в сравнение с предложенията с най-висок качествен ефект ...“:

Друг често срещан порок е съгласно методиката за оценка по-високо да се оценяват оферти които имат предимство спрямо останалите оферти, като се установява от УО, че в тези случаи участниците не са обезпечени с информация относно конкретните характеристики, по които ще се сравняват предложенията. Липсва уточнение спрямо кои показатели комисията следва да установи предимство на техническото предложение спрямо останалите оферти. От друга страна възложителят може да е посочил определени категории преимущества, но завършвайки пояснителната бележка с „и др.“, означава че изброяването е примерно и неизчерпателно. Случаите, в които дадени технически предимства не са посочени от



възложителя, дава неограничена възможност на комисията да избере характеристиките, които да сравнява, т.е. придава субективна преценка на помощния орган. В действителност, липсва указание как следва да постъпи комисията, ако различните оферти предлагат по-добри характеристики на различни части от оборудването/материалите, т.е. кои компоненти на същото се третираат приоритетно спрямо останалите, както и как трябва да се процедира, ако различните участници са предложили по отношение на едно и също оборудване/материали различни по-добри характеристики. Подобен подход води до неяснота относно това какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания за допустимост на офертата, за да получат по-голям брой точки, съответно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата.

Друга констатирана грешка е, когато възложителят не е обезпечил участниците с точни и ясни указания за определяне оценката по показателя, тъй като описанието на степента на съотносимост на офертата спрямо изискванията на възложителя включва термини и изрази като „ясно“, „подробно/конкретно“, „формално изложени“, „общо и бланкетно посочване“, „приемлив“, и др., които поради липса на яснота/определеност в съдържанието, предполагат субективното им третиране от страна на помощния орган, независимо от притежаваната експертиза за оценката. Описанието на това кога даден участник получава съответния брой точки не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено в оферта, не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно предложенията за изпълнение на поръчката. В допълнение, за част от използваните термини някои възложители дават дефиниция, която по своята същност обаче: не внася определеност или за обяснението са използвани синоними или самото обяснение обективно е въведено като условие/показател, поради което нарушението не се санира.

Продължават да се срещат случаи на неправомерно смесване на критерии за подбор с показатели за оценка: възложителят е заложил изисквания за екипа специалисти, предложен от участниците като критерий за подбор, а едновременно с това като показател за оценка е въведена организацията и професионалната компетентност на персонала, обхващащ техният специфичен професионален опит.

Възложителят е предвидил присъждането на точки (дори и 0) за предложения, които не отговарят на изискванията на техническата спецификация или други условия, поставени от възложителя, като същевременно подобни предложения подлежат на отстраняване.

Констатирахме и случаи на математически грешки във формулите, използвани

при изчисляване на оценките по отделните показатели и/или при изчисляване на комплексната оценка. Установихме и несъответствия между посочените в обявлението тежести на показателите и тези, съдържащи се в методиката за оценка.

## 2. Грешки, свързани с оценяване на получените оферти

Този тип нередности е пряко свързан с работата на комисията за провеждане на процедурата. В резултат на извършените проверки сме установили следните нередности:

- определеният за изпълнител участник не отговаря на предварително определените от възложителя изисквания, но в резултат на пропуски в работата на комисията е допуснат до участие и оценка;
- неправилно прилагане от страна на комисията на определените от възложителя критерии за подбор, което е довело до неоснователно отстраняване на участници/кандидати;
- при установена липса или нередовност в Плик 1 от офертата, комисията не е дала възможност на участника да отстрани нередовността;
- неправилно прилагане от страна на комисията на определените от възложителя показатели за оценка, което е довело до неправилно класиране на офертите;
- допуснато е договаряне по време на процедурата на възлагане, като това е довело до изменения в първоначалните условия, посочени в обявлението на поръчката или документацията за участие;
- комисията е третирила по различен начин участника, определен за изпълнител и отстранените участници - в сходни ситуации комисията е интерпретирила различно определени изисквания на възложителя и документи за доказването им, а при равнопоставено третиране е следвало да отстрани всички участници или да допусне всички;
- неоснователно отстраняване на участници за необичайно ниско предложение, поради неоснователно отхвърляне на представена обосновка или изискване на обосновка без правно основание.