

ОФИЦИАЛНО СТАНОВИЩЕ

И ПРЕДЛОЖЕНИЯ НА НСЕОП ПО ПРОЕКТА НА НОВ ПРАВИЛНИК ЗА ПРИЛАГАНЕ НА ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

Предложение (описание, предложени нормативен текстове)	Мотиви (цели и обосновка на предложението)
1. Общо прецизиране на подзаконовия нормативен акт чрез намаляване на множеството вътрешни препратки към отделни разпоредби, в т.ч. и към норми от закона, както и коригиране на явни фактически грешки като препращане към грешни разпоредби и други.	Използваната правна техника на разписване на акта, в това число множеството препратки, води до висока сложност на подзаконовия нормативен акт. В резултат се получава предвиденият от НСЕОП ефект от множеството процедурни правила, които са разпръснати в два нормативни акта (закона и правилника). Предвид това, считаме, че това ще доведе до максимално затрудняване на възложителите по отношение осигуряване на законосъобразност на действията им, поставяне на допълнителни пречки пред функциониране на администрациите, усложняване на процеса по подготовка на офертите на участниците и не на последно място, приемане на текстове, които пряко противоречат на европейските директиви и регламенти, както и на самия ЗОП. Така например, въвеждането на нови и противоречиви изисквания по отношение разделянето на обществените поръчки, критериите за подбор и оценка създават правна несигурност и на практика утежняват вътрешната законодателна уредба спрямо европейската чрез която по никакъв начин не се оптимизира процеса на възлагане на обществените поръчки. Също така, промяната на въведени на общностно ниво норми (относно подбора и оценката) създава реална опасност от налагане на финансови корекции при европейски проекти. Освен всичко друго, и самите контролни органи и финансиращи институции ще продължат да бъдат сериозно затруднени при извършване на одитната и контролна дейност. Заявяваме отговорно, че приемането на Правилника му в този вид няма да допринесе достатъчно за подобряване на процесите по възлагане на обществени поръчки.

<p>2. Въвеждане на изискване за професионална компетентност на членовете на комисията за избор на изпълнител, както следва:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>При процедури по чл. 18, ал. 1, т. 1 – 11 от ЗОП – всички членове на комисията да имат професионална компетентност по предмета на поръчката, участие на юрист и поне един външен експерт от списъка по чл. 229, ал. 1, т. 17 от ЗОП.</i> - <i>При национални процедури по чл. 18, ал. 1, т. 12 – 13 от ЗОП – поне половината от членовете на комисията да имат професионална компетентност по предмета на поръчката и участие на юрист.</i> - <i>При събиране на оферти с обява / покана до определени лица по Глава двадесет и шеста от ЗОП – поне един член на комисията да има професионална компетентност по предмета на поръчката.</i> 	<p>Считаме, че липсата на каквито и да е изисквания към комисията за избор на изпълнител в обществените поръчки е недалновиден и рисков процес, тъй като въвежда опасно правило, съгласно което няма никакво значение кои ще са лицата, които на практика извършват отговорната дейност по прекия подбор и оценка на предложенията в обществената поръчка. Последното може не само сериозно да застраши компетентността при разходването на публични средства, но и да повиши в значителна степен нивото на риска от допускане на процедурни грешки и нарушения, опасност от значително повече финансови корекции при разходване на средства от европейските фондове.</p>
<p>3. Определяне на изрични разпоредби относно стандартите и минималните и максимални нива при възнагражденията на експертите в оценителните комисии</p>	<p>В момента този аспект от възлагането според нас неоснователно е negliжиран. От това произтичат поне два потенциални риска. Първият е определянето на необосновани ниски възнаграждения, които да са в ущърб на професионалистите в областта, което не само подронва престижа на професията “експерт по обществени поръчки”, а може и да доведе до влошаване на качеството на работата на помощните органи при провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки. От друга страна, определянето на максимални нива на въпросните възнаграждения ще бъдат гаранция за защита на публичния интерес при разходване на обществени и приравнените на тях средства.</p>
<p>4. Отпадане на забраната, въведена в чл. 33, ал. 1 от правилника, относно оценяване на планове, графици и други документи, в които е представена организацията на изпълнение на дейностите</p>	<p>Предложената разпоредба на чл. 33, ал. 1 от проекта намираме за незаконосъобразна и е в нарушение на чл. 15, ал. 1 от Закона за нормативните актове поради несъответствието ѝ от една страна със ЗОП, а от друга с Директива 2014/24/ЕС. Нито в разпоредбите на европейските директиви, нито в ЗОП (в сила от 15.04.2016 г.) не е предвидено подобно ограничение. Тъкмо обратното – в Съображение 92 от Директива 2014/24/ЕС е посочено, че възлагащите органи</p>

следва да се насърчават да избират критерии за възлагане, които им позволяват да получат висококачествено строителство, доставки и услуги, които в най-голяма степен отговарят на техните потребности. Именно използването на най-доброто съотношение качество/цена възлагащите органи е приоритетно дефинирано в директивите и в ЗОП, като по отношение на самите критерии за възлагане е посочено, че същите трябва да са свързани с предмета на поръчката, да не предоставят неограничена свобода на избор на възлагащия орган и да осигуряват възможност за реална и лоялна конкуренция. Самата 24-та директива съдържа неизчерпателен списък на възможни критерии за възлагане, сред които са например:

- организация, квалификация и опит на персонала
- специфичния процес на производство, предоставяне или търгуване на това строителство, доставки или услуги
- качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и търговия и условията за нея и т.н.

В европейските директиви и в ЗОП не се съдържа ограничение и забрана сред качествените и организационни елементи на офертата да се включват и да подлежат на оценка например свързани с предмета на поръчката планове, графици и други документи, в които е представена организацията на изпълнение на дейностите, тъкмо обратното именно организацията на дейностите и предложеното ниво и подход за изпълнение на поръчката е пряко свързан с осигуряване на разумна увереност за качественото и пълноценно изпълнение на поръчката.

Текстът е и в пряко противоречие с практиката на Европейския съд и по-конкретно с Решение по Дело C-289/10 *Evropaiki Dynamiki v European Commission*, в което Съдът безусловно потвърждава възможността за оценка на всички документи/подход/стратегия/разбиране и т.н. и други технически предложения за качествено изпълнение на поръчката, пряко свързани с изпълнението ѝ, в т.ч. качество на планирането, качество на предложеното разпределение на ресурсите с оглед осъществяване

	<p>на всички задачи по поръчката, обективирани в различни по форма и съдържание планове, графици и други документи, в които е представена организацията на изпълнение на дейностите.</p> <p>В потвърждение на горното, потвърждаваме становището си, че предложената разпоредба е в явно и недопустимо противоречие с нормите на член 67 от Директива 2014/24/ЕС и чл. 70 от ЗОП и съдебната практика на Европейския съд, предвид което следва да отпадне.</p>
<p>5. Отпадане на разпоредбата на чл. 6 от проекта</p>	<p>В чл. 6 от проекта е посочено, че при определяне на прогнозната стойност на обществената поръчка, възложителят взема предвид очакваната стойност на всички еднакви и сходни дейности, които са му известни към момента на обявяване на поръчката. Това според нас противоречи на разпоредбата на чл. 21, ал. 16 ,т. 1 от ЗОП (в сила от 15.04), където е указано, че не се смята за разделяне възлагането в рамките на 12 месеца на две или повече поръчки с обект изпълнение на строеж или проектиране и изпълнение на строеж. По същество, предложения текст в проекта на ППЗОП задава по-рестриктивно правило от това, което е заложено в закона, което предвид йерархията на нормативните актове е напълно недопустимо. Нещо повече, самите Директиви 2014/24/ЕС и Директива 2014/25/ЕС не въвеждат задължение за възложителя да сумира всички “еднакви или сходни дейности”, каквото понятие е използвано в проекта на правилник. По-конкретно, съображение 19 на посочената директива се говори само за “сходни доставки”, но никъде не се коментират обществени поръчки с обект услуги и строителство.</p> <p>Текстът е и в пряко противоречие с практиката на Европейския съд и по-конкретно с Решение от 15 март 2012 г., на Трети състав на Съда по Дело С-574/10 (Обн. С ОВ. бр.72 от 5 Март 2011 г.), където ясно и безусловно се тълкуват задълженията на възлагащите органи относно недопускане разделянето на обществен поръчки.</p> <p>Предвид изложеното, намираме, че предложения текст на чл. 6 от проекта ППЗОП е крайно неясен, борави с понятия, които нямат легална дефиниция в приложимото европейско и</p>

	<p>национално законодателство и е в явно противоречие с логиката, принципите и разпоредбите на новите директиви, ЗОП и приложимото европейско право изведено от практиката на Съда, с който изискванията на същите се въвеждат в националното законодателство. С оглед на това, същият следва да отпадне или да бъде приведен в съответствие с релевантните норми на ЗОП и директивите.</p>
<p>6. Прецизиране на разпоредбата на чл. 31, ал. 1 от проекта на правилник и съобразяването в цялост с нормата на чл. 61, ал. 1, т. 2 от ЗОП</p>	<p>Съгласно чл. 31, ал. 1 от проекта на правилник, изискването за застраховка по чл. 61, ал. 1, т. 2 от ЗОП се поставя когато произтича от нормативен акт. Съгласно посочената разпоредба на ЗОП обаче възложителите могат да поставят към кандидатите или участниците изискване да имат застраховка "Професионална отговорност" с покритие, съответстващо на обема и характера на поръчката или произтичащо от нормативен акт. Както е видно, реферирайки само към втората част на чл. 61, ал. 1, т. 2 от ЗОП, проекта на правилник стеснява обхвата на закона като пропуска една важна хипотеза, а именно изискването на застраховка "Професионална отговорност" с покритие, съответстващо на обема и характера на поръчката, която не произтича от изискванията на нормативен акт, но по преценка на възложителя е необходима за изпълнението на определени категории поръчки. Подобно стесняване обхвата на законова норма чрез разпоредба в подзаконов акт е напълно недопустимо и противоречи на всички принципи и правила на правната наука, и се явява в конкретно противоречие с Член 58, т. 3 от Директива 2014/24/ЕС, съгласно който застраховката за професионална отговорност е обща търговска гаранция за защита на обществения интерес и е в пряка и непосредствена последица от виновно неизпълнение на професионални задължения, т.е. защита от недобросъвестно изпълнение на обществената поръчка.</p>
<p>7. Прецизиране на разпоредбите относно обхвата на упражнявания от ЗОП предварителен контрол</p>	<p>В препоръките на ЕК доминираща роля за установяване на правилна практика е отредена на превенцията. Приема се, че тя в най-голяма степен спомага за възпрепятстване допускането на грешки и нарушения и като резултат за увеличаване броя на законосъобразно възложените поръчки. В тази връзка, наред с положителната оценка на предварителния контрол, осъществяван от АОП, се настоява за разширяването и по нататъшното му развитие в няколко насоки при</p>

запазване на неговия подпомагач, а не санкционен характер. Първата от тях се отнася до предварителния двуетапен контрол, извършван към момента, като се препоръчва разширяване на същия без ограничение от прогнозната стойност на обществената поръчка и с проверка на техническите спецификации. По този начин се смята, че болшинството съществени елементи на поръчката ще бъдат подложени на преглед преди процедурата да бъде реализирана и договорът възложен. Наред с горното се препоръчва да се установи равна възможност за всички останали процедури да бъдат обект на предварителен контрол, така че да се обезпечи законосъобразно провеждане и на тези от тях, които не са обхванати от задължителните проверки.

В приетия нов ЗОП всички тези препоръки са взети предвид, като са отразени в разпоредбите на чл. 232 – 235 от ЗОП, но с разписаните в проекта на ППЗОП правила за извършване на външен предварителен контрол от АОП обаче, горепосочените препоръки от ЕК няма да бъдат спазени, а напротив, вместо увеличаване на контрола извършван от АОП ще има намаление на същия относно неговия обем (ще се извършва проверка на по-малко процедури, отколкото при досега действащия контрол). Този извод се налага от следното:

- Първо, в чл. 115, ал. 2 от ППЗОП е указано, че всеки работен ден чрез системата за случаен избор (ССИ) се избира най-малко една процедура за контрол (обръщаме внимание, че в проекта на ЗОП внесен през месец август 2015 г. от МС в НС в чл. 232, отнасящ се за контрола на случаен избор, в ал. 3 беше указано следното „Контролната извадка обхваща 5 на сто от публикуваните процедури по ал. 2, но не повече от 3 процедури дневно“, като трябва да се има предвид, че предварителния контрол върху обществени поръчки, финансирани частично или изцяло със средства от европейските фондове и програми беше оставен като обем в сегашният му вид/ вж. чл. 230 в проекта на ЗОП/). Това означава, че при 250 работни дни в една календарна година е напълно възможно АОП да извърши контрол само на 250 процедури, които подлежат на контрол по чл. 232, ал. 1 от ЗОП. Трябва да се отбележи, че при осъществяваният предварителен контрол върху обществени поръчки финансирани частично или изцяло със средства от европейските фондове (контролът по чл. 232 от ЗОП е идентичен с него), за 2013 г. АОП е извършила проверка на 1655 преписки, а за 2014 г. – на 1225 преписки (данните са от Годишния доклад за дейността на АОП за 2014 г.). Имайки предвид, че контролът по чл. 232 от ЗОП обхваща всички процедури,

които са публикувани в РОП, може да се направи заключение, че предварителния контрол върху обществени поръчки финансирани частично или изцяло със средства от европейските фондове ще обхване значително по-малък брой обществени поръчки.

- Второ, с поставено условие в чл. 233, ал. 2 от ЗОП, контролът върху процедури на договаряне да обхваща процедури за възлагане на поръчки, чиито стойности са равни или по-големи от посочените стойности [5 000 000 лв. - за строителство и стойностния праг по чл. 20, ал. 1, т. 1, букви „б" и „в", т. 2, букви „б" и „в" и т. 3, букви „б" и „в" от ЗОП (т.е. 264 033 лв. за доставки и услуги, които включват продукти по приложение № 3 и 500 000 лв. за услуги по приложение № 2 за публични възложители и 817 524 лв. за доставки и услуги за секторни възложители)], значително ще се увеличи броя на процедурите, неподлежащи на този вид контрол. В Годишния доклад за дейността на АОП за 2014 г. е посочено, че от 1527 открити процедури за възлагане на обществени поръчки чрез договаряне без обявление, 389 от тях не са подлежали на контрол, поради добавеното със ЗИД на ЗОП (обн. на 13.05.2014 г. в ДВ, бр. 40 в сила 01.07.2014 г.) допълнително условие за осъществяване на предварителен контрол по чл. 19, ал. 2, т. 24 от ЗОП (отм.), а именно възлаганите поръчки, да са на по-висока стойност от 264 000 лв. за строителство и 66 000 лв. за доставки и услуги. От горепосочената информация е видно, че само за половин година процедурите неподлежащи на контрол рязко са се увеличили. Имайки предвид, че от всички постъпили и подлежащи на контрол обществени поръчки, най-висок дял са заемали обществените поръчки, чието правно основание предполага наличие на авторски или други права на интелектуална собственост, или на изключителни права, придобити по силата на закон или административен акт – приблизително 71 % [като преобладаващата част от тях са заемали услугата по упражняване на авторски надзор в процеса на строителството, реализацията на дейности като доставка на природен газ, топлинна или електрическа енергия, или питейна вода и доставката на учебници], категорично може да се направи извод, че процедурите на договаряне, които не подлежат на контрол, ще бъдат в пъти повече от тези, които ще подлежат на контрол (практиката показва, че са единични случаите, когато прогнозната стойност на горепосочените договаряния е по-висока от 264 000 лв.). Това намаление не е обосновано, защото през 2014 г. за 47% от проверените процедури АОП е изразила становище за незаконосъобразност.

	<p>Освен това следва да се обърне внимание и на факта, че в проекта на ППЗОП са поставени срокове, в които АОП трябва да изготви своите становища за законосъобразност (14 дни за първият етап на контрола и 10 дни за вторият етап на контрол) само при осъществяването на контрола чрез случаен избор. За останалите видове предварителен контрол, извършван от АОП, не са поставени срокове за издаване на становищата за законосъобразност, което означава, че АОП може да се произнесе и след повече от месец. Съчетаването на това с обстоятелствата, че процедурите на договаряне на основание на чл. 79, ал. 1, т. 4 от ЗОП и изменението на договори за обществена поръчка на основание по чл. 116, ал. 1, т. 2 от ЗОП винаги са свързани с необходимостта от неотложно и спешно възлагане и в случай, че законосъобразно прилагане на правното основание не е безспорно доказано при извършването на контрола по чл. 233 – 235 от ЗОП, АОП е задължена да уведомява органите по чл. 238, ал. 1 от ЗОП, ще доведе до необосновано забавяне на приключване на горепосочените процедури, защото при всички случаи възложителите няма да предприемат никакви действия преди получаване на становището за законосъобразност изготвено от АОП по осъществения от нея контрол.</p> <p>Във тази връзка считаме, че в ППЗОП задължително трябва да се поставят минимални срокове за всички осъществявани от АОП видове външен предварителен контрол, за да може същият да бъде ефективен и полезен за всички участници в процеса на процедурите за възлагане на обществени поръчки.</p>
<p>8. Определяне на минимални срокове, в които АОП следва да излиза със становища по запитвания на възложители</p> <p>Обвързване осъществяването на функциите на АОП като методологически орган и орган за предварителен контрол с конкретни срокове и оповестяване на становищата, изразени при изпълнение на тези функции на интернет страницата на агенцията.</p>	<p>Без определяне на подобни минимални срокове се създават предпоставки за продължаване на досегашната практика в отделни случаи органът по методология да се произнася изключително късно, което не само обезсмисля поставените въпроси и затруднява възложителите, но реално прави невъзможно осъществяването на това правомощие, вменено на АОП с нормативен акт. Всички тези ефекти са в разрез с всички стандарти за модерно административно обслужване и категорично противоречат на основаната целта на закона за постигане на ефективност при разходването на публични и приравнени на тях средства.</p> <p>Липсва конкретика по текстове, свързани със сроковете за извършване на дейности от Агенцията</p>

	<p>и кръга на уведомяваните лица.</p> <p>След въвеждане на принципа за по-високо ниво на публичност, поставено като изискване спрямо възложителите, необосновано се премахват така необходими за обществото действия по публичност на органа по предварителен контрол и методология.</p> <p>В настоящия проект на правилник не се предвижда публикуване на електронната страницата на АОП на част от така необходимите за възложителите, участниците и всички заинтересовани лица документи за предоставена методическа помощ и за осъществен предварителен контрол. Това пречи на правилното функциониране на цялата система за възлагане на обществени поръчки в Република България и по никакъв начин не добавя стойност в процеса.</p> <p>Обособяването на едно място, на което да е събрана предоставяната от АОП методология, становища по конкретни запитвания и осъществени предварителни контроли ще способства за недопускане на незаконосъобразни действия от възложителите.</p>
<p>9. Коригиране на редица технически пропуски, включително при препращане към ЗОП</p>	<p>Преди окончателното приемане на ЗОП следва да бъдат изправени множеството технически пропуски в проекта, в това число:</p> <ul style="list-style-type: none"> - В чл. 46, ал. 3 е допусната техническа грешка като посочено, че „при открита процедура и публично състезание опаковката по ал. 2 включва документите по чл. 37, ал. 2,„. Следва да се отбележи, че чл. 37 няма ал. 2, освен това чл. 37 няма отношение към документите, които трябва да се представят. - Съдържанието на оферта посочено чл. 38 , ал. 3 от ППЗОП не е пълно. В офертата не се включва ЕЕДОП, посочване на подизпълнители и документ за обединение, което не е юридическо лице. - В чл. 66, ал. 1 от ЗОП се посочва, че „Кандидатите и участниците посочват в заявлението или офертата подизпълнителите и дела от поръчката, който ще им възложат, ако възнамеряват да използват такива“. Същевременно в чл. 67, ал. 1 ЗОП се указва, че „При подаване на заявление за участие или оферта кандидатът или участникът декларира липсата на основанията за

отстраняване и съответствие с критериите за подбор чрез представяне на единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП)“. Горните разпоредби не са съобразени при създаване на нормата на чл. 36, ал. 3 от ППЗОП, според която „Възложителят може да изиска от кандидат или участник - обединение, което не е юридическо лице да представи учредителния акт, споразумение и/или друг приложим документ, от който да е видно правното основание за създаване на обединението“.

- в чл. 93, ал. 1, т. 3 от проекта е посочено, че досието за всяка обществена поръчка, освен документите и информацията по чл. 121, ал. 2 от ЗОП, включва и протокола по чл. 46, ал. 4. В случая е допусната техническа грешка при препращането към ЗОП, тъй като въпросният протокол е посочен в чл. 47, ал. 4 от ЗОП.