**Често допускани грешки/нарушения по закон за обществените поръчки, при изпълнение на проекти, финансирани по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ (ОПОС)**

**Въведение:** Включената в този документ информация е предназначена за бенефициентите по оперативната програма „Околна среда 2014-2020” (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) и възлагания по реда на глава IV от ЗУСЕСИФ. Целта, която си поставя Управляващият 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 заимстван 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, ЗУСЕСИФ и ПМС 160/2016 г.

**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 състезаниe, 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 възложителят да проведете една процедура/ОП, като закона допуска формиране на отделни, но съобразени с приложимия праг в съответствие с общата им прогнозна стойност. Това правило се прилага без значение дали подобните дейности са заложени 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 й 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 обществена поръчка 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.

Констатират 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, заложени 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 качественото 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 участници – неперсонифицирани обединения:**

**Често срещана нередност при изготвянето на документации за провежадне на процедури за възлагане на обществени поръчки е залагането на следното изискване спрямо участници – обединения:**

**„*Участникът трябва да е регистриран в Централния професионален регистър на строителя (ЦПРС) към Камарата на строителите в Република България, за изпълнение на строежи Четвърта група, Втора категория, съгласно Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя, а ако е чуждестранно лице, същото да има право (съгласно националното му законодателство и при условията на взаимно признаване) да изпълни предмета на поръчката.***

***При участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в обединението, които ще изпълняват строителни дейности, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединение*“.**

Така поставеното условие в критериите за подбор, по отношение на участници обединения е заложено в нарушение на чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите, във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП. Съгласно чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите, когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра.

Изискването всеки член на обединението, който ще извършва строителство, да е регистриран в ЦПРС за изискуемата четвърта група, втора категория строежи, необосновано ограничава участието на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС по изискуемата от възложителя категория, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от ЗКС да участват в изпълнението на СМР, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице. След като законодателят е предвидил в нормативните актове възможността в обединението само един от участниците да е вписан в ЦПРС за изискуемата категория строеж, то неоснователно възложителя ограничава тази възможност като поставя условие всеки от участниците в обединението да има въпросната регистрация за четвърта група, втора категория строежи.

**Друг съществен проблем, който установяваме при възлагане на обществени поръчки с предмет строителство е, че в предмета на поръчката се включват СМР на повече самостоятелни обекти, които са с различни групи и/или категории строежи – т.е. за тях се изисква различна правоспособност.** По този начин необосновано се ограничава участието на лица, които имат правоспособност да изпълнят само част от обектите, включени в предмета на поръчката. Съгласно приложимото право, регистрацията за определена група строежи в дадена категория не дава право на икономическия оператор да извършва дейност и по отношение на обекти от останалите групи строежи в тази категория. Ето и пример от нашата практика: в предмета на поръчката са включени два вида обекти на техническата инфраструктура и съоръженията към тях в областта на водоснабдяването, а именно обект по изграждане и/или реконструкция на преносни проводи (мрежи) от водоснабдителната мрежа, попадащ в обхвата на първа категория строежи по чл. 137, ал. 1 от ЗУТ и на следващо място друг обект с разпределителни проводи, съоръжения и устройства към тях в областта на водоснабдяването, изграждане и/или реконструкция на разпределителни проводи, съоръжения и устройства към тях в областта на водоснабдяването, относим към втора категория строежи по чл. 137, ал. 1 от ЗУТ. Дейностите от предмета на поръчката се отнасят до различни видове строителни обекти, представляващи различни групи строежи. Същите не са и взаимно свързани, тъй като са разделени технически, икономически и функционално, съответно поотделно отговарят на изискването за „обособена позиция“.

**2.2. 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.

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

**2.3.1. 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 съждението, 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.

**2.3.2.** На следващо място, при извършен последващ контрол от страна на УО на ОПОС бе установено, в редица случаи заложено от възложителите изискване за специфичен оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката в размер, който не е съобразен със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка.

Съгласно чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП по отношение на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителите могат да поставят едно или повече от следните изисквания: да са реализирали минимален общ оборот, включително минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти. Съгласно чл. 61, ал. 2 от ЗОП изискваният от възложителите минимален общ оборот по чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП, трябва да е съобразен със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка и не може да надхвърля двукратния размер на нейната прогнозна стойност, освен ако това не е обосновано, с естеството на строителството, услугите или доставките.

В разглеждани случаи, възложителят незаконосъобразно е приложил чл. 61, ал. 2 от ЗОП по отношение на „специфичния оборот“, като не е извършил преценка на въведеното изискване за минимален специфичен оборот в съответствие със стойността, обема и срока на изпълнение на поръчката. Изискано е специфичен оборот надвишаваш размера на прогнозната стойност на обществената поръчка (съобразен като размер с чл. 61, ал. 2 от ЗОП), който не е фактически и нормативно обоснован, като нарушава и забраната на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Въвеждането на изискване за специфичен оборот (напр. от доставка на определено оборудване), в размер по-висок, от прогнозната стойност на поръчката, обуславя извод за необосновано въвеждане на ограничение спрямо кандидатите и участниците в обществената поръчка, като се дава необосновано предимство за участници, които главно отговарят на изискването за реализиран специфичен оборот, без да е съобразена стойността, обемът и срокът на поръчката, т.е. същият е незаконосъобразно завишен, като е придадено по-голямо относително значение на обективно не толкова значима специфична характеристика.

Напр., ***съгласно решение № 1988 от 07.02.2020 г. по адм. д. № 2885/2019 г., VІІ отд. на ВАС:***

В процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство: „*Възложителят незаконосъобразно е приложил чл. 61, ал. 2 от ЗОП по отношение на "специфичния оборот", като не е извършил преценка на въведеното изискване за минимален специфичен оборот в съответствие със стойността, обема и срока на изпълнение на поръчката. Изискал е "оборот от строително-монтажни работи, свързани с въвеждане/внедряване на мерки за енергийна ефективност в съществуващи сгради - 4 500 000 лв., който не е фактически и нормативно обоснован, като нарушава и забраната на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Правилно съдът е приел, че въвеждането на изискване за специфичен (само в областта на топлоизолация на сгради) оборот, в размер на 4 500 000 лв. (значително висок), при прогнозна стойност на поръчката от 3 179 646, 90 лв. (по-ниска от изисквания оборот), при обем и обхват 3 сгради с извършване на дейности предимно по топлоизолация за срок от 14 месеца (значително дълъг), обуславя извод за необосновано въвеждане на ограничение спрямо кандидатите и участниците в обществената поръчка, като се дава необосновано предимство за участници, които главно отговарят на изискването за реализиран специфичен оборот, без да е съобразен предметът, стойността, обемът и срокът на поръчката, т.е. същият е незаконосъобразно завишен, като е придадено по-голямо относително значение на обективно не толкова значима специфична характеристика*“.

Не бива да бъде пренебрегнат и факта, че в редица случаи е налице изцяло припокриване на дадената от възложителите дефиниция за специфичен оборот в сферата на поръчката със заложените изисквания за придобит опит в критериите за технически и професионални способности, където от друга страна се изисква изпълнение на идентична/сходна дейност по доставка/услуга/строителство предмет на съответната обществена поръчка. В тази връзка, залагането на изискване за специфичен оборот припокриващ се по дефиниция с критерия за технически и професионални възможности, създава противоречие и незаконосъобразно ограничава от участие в нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Размерът на изискания специфичен оборот следва да бъде обоснован от предмета на обществената поръчка, но в редица случаи не е налице твърдяната от възложителя изключителна сложност. Така например в процедура за възлагане на обществена поръчка с обект строителство, в Обявлението и Документацията за участие по отношение „Годността за упражняване на професионалната дейност“ и „Техническите и професионални възможности“ възложителят поставя условия, обосноваващи наличието на необходимия капацитет, възможности и опит за изпълнение на съответната група и категория строеж от страна на изпълнителя. Изпълнението на предмета е обезпечено и с изискване към потенциалните участници да са изпълнили поне един обект, сходен с предмета на поръчката. В тази връзка, заложеното изискване за специфичен оборот, не следва да надвишава нормативно определеният размер на минималния общ оборот, уреден в чл. 61, ал. 2 от ЗОП. В случая, предвиденият минимален специфичен оборот е в размер, доближаващ максималния установен по чл. 61, ал. 2 от ЗОП, като същият във всеки един случай следва да бъде съобразен с чл. 59, ал. 2 от ЗОП, а именно критерият да е съобразен с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката, което в редица случаи не е извършено, както е установено и от практиката на съдебните органи, видно от ***решение № 7916 от 22.06.2020 г. по адм. д. № 2885/2020 г., VІІ отд. на ВАС.***

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

**2.4.1. Незаконосъобразни изисквания за притежавана образователно-квалификационна степен/ 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 ЗУТ 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 от ЗУТ, 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 от ЗУТ. 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“. Законодателят 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 въвеждайки, по отношение на техническия ръководител, изискването да притежава квалификация "строителен инженер" или "строителен техник". Съгласно чл. 163а, ал. 4 от 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 от ЗУТ, а за строежите от пета категория- и отговорностите по чл.168, ал.1 и по чл. 169б, ал.1 от ЗУТ. 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 от 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 от ЗУТ, а за строежите от пета категория- и отговорностите по чл.168, ал.1 и по чл. 169б, ал.1 от ЗУТ. 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*“.

Друг често срещан случай, е когато възложителите поставят критерий за подбор към участниците да разполагат с екип ангажиран с изпълнението на поръчката в минимален състав, който включва и технически ръководител със следните изисквания: „да притежава висше образование с минимална образователно-квалификационна степен „магистър“ или еквивалентна образователна степен, в случаите когато е придобита в чужбина, с професионална квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“ или средно образование с четиригодишен курс на обучение със специалност „строителен техник“ или еквивалентна специалност съгласно чл. 163а от ЗУТ".

Така поставеното изискване „*да притежава висше образование с минимална* *образователно-квалификационна степен „магистър“*, безспорно е в нарушение на чл. 59, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като същото не е съобразено с предвидените в законодателството изисквания за упражняване на тези функции.

Разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ определя, 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“. Съгласно чл. 163а, ал. 4 от ЗУТ, техническият ръководител на обектите от всички категории може да бъде строителен инженер или строителен техник.

Извода от цитираните правни норми, е че законодателят не е въвел изрично изискване за висше образование с конкретно придобита образователна степен "бакалавър" или "магистър" за заемане на длъжността "технически ръководител".

На следващо място, съгласно Националната класификация на професиите и длъжностите и Методологичните бележки към нея, бакалавърската образователно-квалификационна степен е определена като изискуема за упражняването на професиите "строителен инженер" и "инженер". Следователно изискваната от възложителя степен "магистър" е по-висока от минимално изискуемата образователно-квалификационна степен за упражняване на посочените професии, без това да кореспондира с конкретни причини, произтичащи от предмета, обема, стойността или сложността на поръчката или да е обусловено от нормативно изискване.

В тази връзка, поставеното изискване към техническия ръководител да притежава образователно-квалификационна степен "магистър", не е съобразено с установените в закона изисквания за упражняване на тези функции, поради което изискването за по-висока образователно-квалификационна степен, макар и свързано с предмета на обществената поръчка, е непропорционално и несъответстващо. Затова условието е прекомерно и има възпиращ ефект за потенциалните участници, като необосновано ограничава възможностите за участие на икономическите оператори, разполагащи с необходимите експерти с висше образование със степен "бакалавър" или еквивалентна съгласно българското или чуждестранното законодателство.

**2.4.2.** **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.

**2.4.3.** **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.

**2.4.4. 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 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 придобита 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., VІІ отд. на ВАС и решение № 3928 от 18.03.2019г., по адм. дело № 14435/2018г., VІІ 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 чл.163а, ал.1 от ЗУТ 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.

* **В друга процедура за изграждане на ПСОВ за експерт „Пътно строителство“ от екипа за изработване на работния проект се изисква да има опит в разработването на поне един проект за реконструкция или изграждане на ПСОВ.**

Качеството на опита в изготвянето на проекти по част „Пътна“ не е в зависимост от това дали опитът е придобит при изготвянето на проект за реконструкция или изграждане на ПСОВ или при проектиране на път от пътна мрежа например. Следователно специфичният опит, който се изисква в конкретния случай, не е индикатор за професионалната компетентност на съответния експерт и е не относим белег за преценка дали експертите са годни да изпълнят възложените им дейности. Поставеното изискване не е съобразено със задачите (дейностите), които ще изпълнява този експерт, а именно проектиране по част „Пътна“ и затова поставя в по-неблагоприятно положение участниците, които разполагат с експерти, придобили опит в проектирането на път, но той не е във връзка реконструкция или изграждане на ПСОВ и е релевантен към изпълнението на предвидените дейности в предмета на възлагането.

Сходно не относимо изискване установихме и за експерт „Ландшафт” по част „Вертикална планировка”, за който се изисква да има опит в разработването на поне един проект за реконструкция или изграждане на ПСОВ. В техническите спецификации не са указани специфики и не са идентифицирани конкретен елемент от предмета на възлагане, дейности или резултат, които да налагат опита при проектиране от експерт „Ландшафт” по част „Вертикална планировка” да е придобит по проект за реконструкция или изграждане на ПСОВ. В тази връзка, качеството на опита в изготвянето на проекти по част „Вертикална планировка” не е в зависимост от това дали е придобит при изготвянето на проект за реконструкция или изграждане на ПСОВ или при друг проект. Поставеното изискване не е съобразено със задачите (дейностите), които ще изпълнява този експерт и необосновано ограничава участието на икономическите оператори в процедурата.

В този смисъл е ***решение № 5543/05.05.2021 г., по адм. дело № 12886/2020 г., на Върховният административен съд на Република България*** - Седмо отделение: „*Изискуемият от възложителя специфичен опит не е индикатор за професионална компетентност на посочените експерти и по същество не е относим за преценка дали експерта притежава способности да изпълни възложените му дейности. Заложеното изискване не е съобразено с дейностите, които ще изпълняват експерт „Пътно строителство“, по част „Пътна“, и експерт „Ландшафт,” по част „Вертикална планировка”. Не са указани специфики и не са идентифицирани елементи от предмета на възлагане, дейности или определен резултат, които да налагат опита при проектиране от посочените експерти да е придобит при изготвяне на инвестиционен проект във фаза „работен“ за ново строителство или основен ремонт или реконструкция или модернизация или разширение или рехабилитация на пречиствателна станция за отпадъчни води с пълно биологично пречистване с отстраняване на биогенни елементи азот и фосфор и анаеробно изгниване на утайката с оползотворяване на биогаза чрез ко- генерация. Изискванията за специфичен опит по отношение на тези експертите са необосновани и не кореспондират с предмета на дейностите по обществената поръчка относими за тях. Предвидените от възложителя и заложени в техническата спецификация отговорности и задължения на въпросните експерти са от съществено значение за преценка относно необходимостта от предвиденото изискване за специфичен опит. Съобразно описанието на дейностите в Техническата спецификация, раздели „Пътна“ и „Ландшафт“, са дейности, присъщи за всяко лице, което притежава опит по изграждане, реконструкция, рехабилитация на пътна настилка (за експерт „Пътно строителство“), а също така и по озеленяване и/или паркоустройство (когато се касае за експерта „Ландшафт“)*“.

* **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 не относимо 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 не относимо към момента на подаване на офертата за участие.

**2.4.5. 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 определения 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 (*пет*) 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 поръчка за строителство, възложителят е определил условие за осигуряване на ръководител екип с минимум пет години опит в строителство на ПСОВ и опит като ръководител проект или ръководител строителен обект на минимум две ПСОВ.**

Двете изисквания по отделно са пропорционални спрямо предмета на поръчката, но в комбинация водят до необосновано ограничение на лицата в процедурата, тъй като в периода от 5 години е възможно да се изпълнят две пречиствателни станции за 4 г. и 9 месеца, но и да не се изпълни и повече от една ПСОВ. Това не прави експертът негоден да изпълни дейностите от обхвата на поръчката. Всеки експерт, отговарящ на всяко едно от двете условия поотделно може да изпълни качествено дейностите, предмет на възлагане, поради което, кумулативно поставеното изискване необосновано ограничава участието на лицата в процедурата. Също така формулираното от възложителя изискване за години опит е трудно доказуемо, тъй като е ограничен кръгът от документи, които да удостоверяват подобни факти – пет години опит в строителство на ПСОВ. Изискването се явява неясно за потенциалните участници в процедурата, тъй като те не могат да бъдат сигурни какви доказателства трябва да представят, за да докажат удовлетворяване на поставеното от възложителя изискване.

* **Техническият ръководител на обекта да бъде строителен инженер с професионален опит минимум 3 г. или строителен техник с професионален опит минимум 5 г.**

Условието за опита на лицата е в зависимост от образованието на предложените експерти, като се изисква по-голям опит за експерт със средно техническо образование. Изискването поставя в неравностойно положение експертите със средно техническо образование, които съгласно чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ са правоспособни да осъществяват дейности по техническо ръководство на строежите. Цитираната правна норма не въвежда изискване за по-голям професионален опит в зависимост от вида на придобитото образование.

* **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, изисквания 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.

**2.4.6. 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 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*”.**

**3.1.1.** Определяне на изисквания при подготовка на офертите на участниците или в Техническата спецификация, чрезизползване на понятия/термини, условия, които по своята същност са неясни, незаконосъобразни и възпрепятстват възъможността на участниците а подготвят своите технически предложения при спазване изискванията на възложителя.

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

А. „Етапи и последователност на извършване на дейностите по изпълнение на проектантската задача“

В описанието на въпросното приложение, трябва да се разгледа „*изготвянето на проекта с поетапно разделяне, с посочени ключови моменти по време и взаимовръзката между отделните дейности, в съответствие с предложеният срок за проектиране“*. В изискванията за съдържание, възложителят е посочил, че предложението на участниците, трябва да съдържа „*поетапно разделяне на обекта, с посочени ключови моменти при изпълнение, периоди за одобрение, последователност и взаимовръзка между отделните дейности*“.

На практика заложените изисквания, не предоставят обективна информация на заинтересованите икономически оператори, за това как следва да изготвят своите предложения за изпълнение на поръчката, за да си осигурят необходимото съответствие с изискванията на възложителя и получат в последствие конкретен брой точки при оценка по методиката. Именно защото с Техническата спецификация се определят параметрите на обществената поръчка и основните изисквания за нейното изпълнение, е от съществено значение изискванията за съдържание на техническото предложение да не създават неяснота сред заинтересованите стопански субекти, а да предоставят обективна информация на заинтересованите икономически оператори, за това как следва да изготвят своите предложения за изпълнение на поръчката.

Въведените от възложителя условия „*с посочените ключови моменти по време*“ и „*с посочени ключови моменти при изпълнение“*, в изискванията за съдържание на техническото предложение, се дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на стопански субекти в процедурата, тъй като заложените от възложителя условия, не предоставят обективна информация на заинтересованите икономически оператори, за това как следва да изготвят своите предложения за изпълнение на поръчката, за да си осигурят необходимото съответствие с изискванията на възложителя.

Често срещана практика, при извършваните проверки от УО на ОПОС е използването на условия за допустимост на техническите предложения, които по своята същност съдържат изрази/термини/понятия, които по своята същност създават предпоставки за незаконосъобразност в преценката на комисията, което от своя страна безспорно нарушава основните принципи, установени в чл. 2 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност.

***В този смисъл е решение №5559/13.05.2020 г., по адм. дело № 648/2020 г., VII отд., на ВАС.***

**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 изискано 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 преимуществено, 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., VІІ 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 ППЗОП:**

**1.** В методиката за оценка са използвани термини и изрази като: *„навременно“, „качествено изпълнение“,* *„съставяне на необходимите документи“,* „*всеобхватно*”, „*подробно/конкретно*”, „*адекватно/относимо*”, „*съществени/несъществени непълноти/пропуск*”, *„предложени допълнителни ресурси, гарантиращи постигане на заложените резултат“*, „*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 незаконосъобразност 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 незаконосъобразна оценка на офертите, обосноват 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.

***Горепосоченото се потвърждава от решение № 2006 от 16.02.2021 г. по адм. д. № 13518/2020 г., VІІ отд. на ВАС, решение № 7292 от 11.06.2020 г. по адм. д. № 943/2020 г., VІІ отд. на ВАС и решение № 2062 от 17.02.2021 г. по адм. д. № 10964/2020 г., VІІ отд. на ВАС.***

**2.** В друг случай, методика за оценка, съдържа технически показател „Организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, с четиристепенна скала за присъждане на точки като за присъждане на минималния брой трябва да са налице следните обстоятелства: „У*частникът е предложил организация на ключовия екип, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с възложителя, координация и съгласуване на дейностите, които са необходими за качественото и срочно изпълнение на възложената услуга. Участникът е представил описание на дейностите по упражняване на строителен надзор и осъществяване на инвеститорски контрол.*“

Надграждащите четири обстоятелства, наличието на които обуславя по-високата оценка, са: „*1.) За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти кой какво ще изпълнява за изпълнение на конкретната дейност; 2.) За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (информация, документи, срещи с Възложителя, срещи със заинтересовани страни и др.) и задълженията на отговорния/те за изпълнението й експерт/и; 3.) Предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката; 4.) Посочени са и други организационни мерки, извън посочените в изискванията на Възложителя, които са описани като вид, обхват и съдържание и е обосновано, че тяхното включване ще доведе до повишаване качеството на изпълнение на поръчката.*“

Несъмнено, надграждащите обстоятелствата по т. 1 и т. 2 преповтарят обстоятелствата за получаване на минималния брой точки от процесния подпоказател. Така например, първото минимално изискване е относно разпределението на отговорностите и дейностите между персонала, докато първото надграждащо обстоятелство е разпределението по експерти кой какво ще изпълнява за изпълнение на конкретната дейност. В тази връзка, за задоволяване на минималните изисквания участникът би следвало да е представил организация на ключовия екип на ниво дейности в обхвата на поръчката и техническата спецификация. Организацията трябва да включва отговорностите, т.е. задълженията като функции, и дейностите, т.е. действията в съответната област, работата, която трябва да извършат членовете на персонала. Това значи, че на ниво минимални изисквания участникът трябва да представи функциите и действията, работата на ключовия екип по дефинираните дейности.

На следващо място, разпределението по експерти от първото надграждащо обстоятелство фактически би трябвало да дефинира действията в съответната област, работата, която трябва да извърши всеки експерт. Но за да представи минималното изискване за организация на дейностите на ключовия екип ("дейностите между членовете му", което значи всички) участникът трябва да е идентифицирал тези дейности, тези работи - кой какво ще изпълнява. По този начин първото надграждащо обстоятелство не се явява следващо ниво на конкретизация, а повторение на вече дефинираните задачи с цел организация на ключовия екип по дейностите.

Видно от изложеното, налице е оценяване на начина и пълнотата на представяне на информацията в нарушение на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП поради факта, че същата информация вече е била оценена в рамките на минималните изисквания.

Също така, от четвъртото надграждащо условие, не става ясно какви други организационни мерки, извън посочените от възложителя, биха довели до повишаване качеството на изпълнение на поръчката и как тези мерки ще бъдат сравнени и оценени. В този смисъл, критериите са неясни и изцяло подчинени на незаконосъобразна оценка на оценителната комисия, тъй като преценката дали конкретни предвидени в предложението на участника организационни мерки гарантират постигане на по-високо качество, не се основават на предварително зададени обективни измерители. Липсата на яснота относно механизма на оценяване на предложенията по това надграждащо условие е в нарушение на изискването на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП във връзка с чл. 70, ал. 5 от ЗОП и води до разубеждаващ ефект за потенциалните кандидати, съответно до ограничаване на конкуренцията.

**Несъмнено, изложените нарушения са наблюдават в редица процедури за възлагане на обществени поръчки при формиране на критерии за възлагане от възложителите, където основен проблем се откроява припокриване на минимални изисквания с надграждащи условия, водещи до по-висока оценка.**

***Горепосоченото, се потвърждава от постановени решение № 5186/08.04.2019 г. по адм. д. № 9387/2018 Г., VІІ отд. на ВАС и от решение № 3309 от 12.03.2021 г. по адм. д. № 13356/2020 г., VІІ отд. на ВАС*** ***по сходни случаи.***

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.** На следващо място, 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 качественото 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.

**4.** В проверявани процедури за възлагане на обществени поръчки, възложителят не е посочил примерни характеристики на надграждащите или допълнителните елементи/дейности, или ги е указал по начин, от който също не става ясно какво ниво на техническото предложение ще се приеме за надвишаващо изискванията на възложителя и при какви качествени измерители ще се оцени като осигуряващо по-добро качество – напр. които постигат по-ефективен краен резултат и повишаване качеството на изпълнение на проекта; които осигуряват по-добро качество и устойчивост на материалите; гарантират по-голяма безопасност, ефективност и дълготрайност; включват оптимизиране и максимизиране на експлоатационните качества на обекта на поръчката и др. В някои случаи подобни елементи на оценка, напр. „иновативни търговски техники и условия“ не са свързани с предмета на поръчката – строителство, тъй като не са относими към измерването на качеството на изпълняваното СМР. В други случаи качеството „иновативност“ е неотносимо към предмета на поръчката, тъй като дейностите, които следва да бъдат изпълнени са нормативно определени – дейности за строителен надзор и др.

**5.** В друг случай съгласно указанията за присъждане на точки се допускат до оценка предложения, които не отговарят на изискванията на възложителя и на действащата нормативна уредба в противоречие с чл. 107, т. 2 от ЗОП – напр. „от организацията на работа не личи, че участникът е запознат с приложимата нормативна уредба, съществуващите технически изисквания и стандарти, както и че разбира поставените за изпълнение задачи“. В допълнение, непознаването на нормативната уредба и техническите изисквания/стандарти поставя под съмнение оферирането на изпълнение по конкретната обществена поръчка, с нейните специфични особености, както и способността да се изпълни предмета на поръчката.

**6. 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 заложено условие за професионалната квалификация на ключов експерт еколог с посочена специалност, коя 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 състояние и/или поставените критериите за подбор, когато в ЕЕДОП липсва необходимата информация, която служи за деклариране на условията за участие, но не е изискана с Протокол № 1;**

**4.** **Незаконосъобразно 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 трудово правни отношения с участника, се третира като трето лице; В последствие, комисията неправомерно изисква лицето да представи *е*ЕЕДОП и констатира несъответствия в попълнената от експерта в *е*ЕЕДОП информация, поради което директно отстранява участника, подал оферта от по – нататъшно участие в процедурата.**
* **В друга процедура, участник е отстранен неоснователно, независимо от факта, че е доказал изискуем опит. В този случай, комисията е разполагала с необходимата информация, за да прецени съответствието на участника с всички поставени от възложителя изисквания, тъй като документите, удостоверяващи минималните изисквания са представени на комисията в рамките на същата процедура, но по друга обособена позиция. Изискванията на възложителя за съответните позиции са еднакви, като участникът се позовава на едни и същи обстоятелства, за да докаже изискванията на възложителя. Мотивите на комисията за липса на информация и доказателства, удостоверяващи съответствието с минималните изисквания на възложителя са неоснователни и участникът е незаконосъобразно отстранен.**

**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, заложени в Техническите спецификации или чрез способите по чл. 54, ал.13 от ППЗОП/ чл. 104, ал. 5 от ЗОП, комисията е изискала 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; оферираната 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 *е*ЕЕДОП и други, които служат за доказване на задължителните основания за отстраняване на участника, посочени изчерпателно в ЗОП.

**8. Незаконосъобразно изменение на сключен договор за обществена поръчка:**

**Установените нередности, свързани с изпълнението на договорите за обществени поръчки, които могат да се причислят към категорията на съществено изменение на елементи на поръчката, посочени в обявлението и/или в техническите спецификации.**

Към тази категория нередности могат да се обособят подгрупи в зависимост от същността на установените незаконосъобразните промени, а именно: промяна в начина на плащане и/или размера на плащанията по договора; промяна на екипа за изпълнение на поръчката в несъответствие с поставените изисквания на възложителя от документацията за участие относно квалификация и опит и др.

Установени конкретни нарушения от първата група са свързани с промяна в начина на плащане, чрез включване на междинни плащания при изначално заложени в договора за обществена поръчка, авансово и окончателно, както и изменение в размера на авансовото/ съответно окончателното плащане.

Пример за нарушения от втората подгрупа е замяна на един от предложените експерти с нов, който не отговаря на условията за опит и/или квалификация на възложителя за този експерт. В допълнение, в конкретния случай е направена и промяна, с която е нарушено и друго изискване, а именно, че едно физическо лице може да изпълнява функциите само на един експерт.

В цитираните случаи е направена преценка, че ако новите условия относно начина на плащане, размера на дължимото възнаграждения по етапи, броя, вида и опита на експертите са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, същите биха могли да привлекат към участие допълнителни участници или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Освен това и измененията водят до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата, както и на потенциално заинтересованите лица, които не са подали оферти.

**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 прибягват 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. НЕРЕДНОСТИ ПРИ ПРОЦЕДУРИ ЗА ИЗБОР НА ИЗПЪЛНИТЕЛ ПО РЕДА НА ПМС № 160/2016 г.:**

**1. Незаконосъобразно разделяне на поръчки с идентичен/сходен предмет поради различен източник на финансиране:**

Често допускано нарушение от възложителите при възлагане на поръчки по реда на ПМС № 160/2016 г., е несъобразяване с разпоредбите на чл. 2, ал. 5 във връзка с параграф 1, т. 5 от допълнителните разпоредби на ПМС № 160/2016 г.

Нарушението се наблюдава при възлагане на поръчка, като не е съобразено наличието на предходни възлагания с идентичен/сходен предмет, независимо от различните източници на финансиране. Определящо при спазване на чл. 2, ал. 5 във връзка с параграф 1, т. 5 от допълнителните разпоредби на ПМС № 160/2016 г., е идентичността/сходството в предметите на възложените поръчки, през предходните 12 месеца, като източника на финансиране няма относимост в този процес.

**2. Незаконосъобразно прилагане на изключение по реда на чл.49, ал.3 от ЗУСЕСИФ за лица, които не са наети/ангажирани по трудово или служебно правоотношение към бенефициента:**

Съгласно приложното поле на чл.49, ал.3 от ЗУСЕСИФ, в изключенията за избор на изпълнители по ПМС № 160/2016 г., попадат единствено групи от лица, в обхвата на изрично предвидена специална норма - чл. 21, ал. 4, т. 1 от ЗДСл – Закон за държавния служител, съгласно която на държавния служител, с негово съгласие и срещу допълнително възнаграждение, може със заповед на органа по назначаването да се възлагат допълнителни задължения във връзка с изпълнението и/или управлението на проекти, съфинансирани със средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове, по които съответната администрация е бенефициент, при условията на чл. 49, ал. 3 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Също така, чл.49, ал.3 от ЗУСЕСИФ е относими и за лицата назначени по трудово правоотношение с работодателя – бенефициент, където съгласно чл. 260 от Кодекса на труда, работник или служител, който работи по външно съвместителство, получава пълния размер на трудовото възнаграждение за основната работа, както и възнаграждение за работата по външно съвместителство според уговореното между страните.

В тази връзка, използването на способа за възлагане в изключенията на чл.49, ал.3 от ЗУСЕСИФ, на лица различни от горепосочените, се счита за нарушение на въпросната разпоредба и водят до нередност.

**3. Незаконосъобразно прилагане на чл.50, ал.5 от ЗУСЕСИФ:**

**Наблюдават се действия на възложителите в разрез с приложното поле на чл. 50, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, посредством възлагане на поръчки** **без провеждане на процедура за избор с публична покана, с мотиви, съгласно които възлагането на поръчката на друго лице би довело до нарушаване на авторски или други права на интелектуална собственост, или на изключителни права, придобити по силата на закон или на административен акт, без да са налице въпросните основания.**

Така например, в поръчка с предмет насочен към създаване на система за електронно автоматизирано управление на определени стоки, възложителя се позовава незаконосъобразно на чл. 50, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, като възлага изпълнението на конкретен изпълнител без провеждане на необходимата процедура, с мотиви, че въпросния икономически оператор единствен предлага софтуерен продукт, който ще удовлетвори търсения резултат от възложителя. При анализ на въпросната поръчка, бе установено, нарушение и на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, с оглед на факта, че предмета на поръчката цели създаване на въпросната система за електронно автоматизирано управление, посредством доставка и внедряване на софтуер, а не поддръжка на вече въведен, което би обосновало наличие на авторски или други права на интелектуална собственост.

**4. Незаконосъобразен предмет на обществената поръчка:**

1.1. В разглеждания случай, възложителя е посочил изискване за конкретни стандарти, марки, производители и др. без да е добавил, че ще приеме изпълнение с еквивалентни на изискуемите характеристики.

**5. Условия, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата:**

**5.1. Най-често тези нарушения са свързани или с формулировката на критериите за подбор на участниците, или с документите, които следва да се представят за доказването им**. Критериите за подбор се отнасят до финансовото и икономическо състояние на участниците, техните технически възможности и професионална квалификация, и годността/правоспособността на икономическите оператори за упражняване на определена професионална дейност. За да са законосъобразни и за да осигуряват принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, същите следва да са необходими и да са съобразени с предмета, характера, стойността, количеството и обема на обществената поръчка и да третират равнопоставено различните видове кандидати – национални и чуждестранни, физически, юридически лица и техни обединения.

Особен случай нередности са тези, свързани с поставени изисквания за опит или технически възможности – сервиз/база на територията на Република България. Изискването за местоположението на сервиза към момента на подаване на офертата е не относимо към възможността на икономическия оператор да изпълни поръчката, същото има разубеждаващ ефект, тъй като потенциалните участници нямат сигурност, че ще бъдат избрани за изпълнители, поради което за тях не е налице интерес да си осигурят изискуемия обект, само за да участват в процедурата.

**5.2. На следващо място, от участниците в процедурата се изисква да притежават „Застраховка за професионална отговорност“ или еквивалентен документ със застрахователно покритие посочено с точно определен лимит**.

С цитираното условие, необосновано се ограничават икономическите оператори, тъй като към момента на подаване на офертата същите нямат сигурност, че ще спечелят обществената поръчка, следователно нямат интерес да разполагат и/или поддържат застраховка за професионална отговорност в изискуемия от възложителя размер.

**5.3. В поръчка за услуги, включваща изготвяне на 10 бр. текстове на статии относно изпълнението и ползите от съответния проект, възложителят е изискал опит на участника в разработване на текстове за информационни материали, статии и т.н., свързани с изпълнение на проекти във водния сектор.**

Предвид предмета на поръчката, за преценка на опита на участника в изпълнението на сходни дейности, не е от значение дали посочените проекти са били в сектор „води“, тъй като дейността по изготвяне на текстовете не изисква специфична експертиза, а се базира на предварително предоставени данни/информация от други лица. С изискването за опит в сектор „води“ се ограничава участието на икономически оператори, притежаващи изискуемия опит по изготвяне на статии и публикации в други сектори и/или области и имащи възможности да изпълнят поръчката.

**5.4. Изискването за опит (строителство/ услуги/ доставки) е обвързано с условие за брой изпълнени договори.**

Съгласно ЗОП изискването за опит следва да е свързано с изпълнението на определени дейности, а не договори. В рамките на един договор могат да бъдат изпълнени няколко различни на брой и обем дейности. В тази връзка изискването за брой изпълнени договори е незаконосъобразно.

**5.5. 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.**

Изискването специалистите да са преминали обучение при производителя на предлаганото оборудване има ограничителен характер, тъй като такова обучение може да бъде осъществено и от оторизирани от производителя икономически оператори, партньори и/или други сертифицирани лица.

**5.6. При поръчка за извършване на анализи, възложителят е поставил изискване за осигуряване на ключови експерти, имащи специфичен професионален опит през последните 3 години от датата на подаване на офертата.**

В този случай, възложителят необосновано е заложил изискване практическите умения на посочените лица да са натрупани единствено в рамките на посочения от период. Естеството на предмета на обществените поръчки позволява дейностите да се извършват извън определените от възложителя рамки, като е ограничена възможността за участие на лица, притежаващи минимално изискуемия или по-голям специфичен опит, реализиран извън ограничения от възложителите период.

**6. Незаконосъобразни условия за допустимост на техническо предложение и критериите за възлагане:**

Аналогично с горепосочените нередности в условия за допустимост и показатели за оценка при изготвянето на документации за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки по реда на ЗОП, възложителите по ПМС № 160/2016 г., допускат редица сходни/идентични нарушения в разрез с чл. 3, ал. 4-9 от ПМС № 160/2016 г..

Наблюдават се редица случаи, при които минимални изисквания за допустимост се припокриват с надграждащи условия в методика за оценка, които са степенувани във възходяща скала на оценка, в разрез с изискванията за гарантиране на реална конкуренция.

Незаконосъобразната методика за оценка по същността си необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. налице е разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници, или оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата, тъй като не е налице достатъчно информация относно начина на извършване на оценката, обективните качества, характеристики и условия, при наличието на които ще бъдат присъдени точките.

В една от процедурите установихме, че бенефициентът e предвидил показател, при който за присъждане на съответния брой точки се използват понятия като „напълно съответства“, „подходящ и ефективен начин“, „отличителен и позитивен образ“, „отлично балансирани“, „ясни, разбираеми и четивни“. Цитираните понятия са незаконосъобразни и не предоставят на заинтересованите стопански субекти информация за реалните качества, на предложенията които ще доведат получаването на съответния брой точки, респективно за обективните правила, при които ще се извърши оценката.

Показателите, включени в критериите, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

**7. Не на последно място по значимост, е и установено от УО на ОПОС нарушение свързано с липсата на представени от участника определен за изпълнител, документи необходими за сключване на договор за поръчка:**

При извършване на последващ контрол от страна на УО на ОПОС, бяха установени редица случаи при които възложители сключват договори за поръчки след успешно проведен избор на изпълнител, без да е изпълнен фактическия състав на чл. 11, ал. 1, т. 2 и т. 3 от ПМС № 160/2016 г.

Така например при определен изпълнител на поръчка за услуга, възложителя сключва договор, който е с отложено изпълнение, като към датата на сключване на договора определения за изпълнител участник, не е представил всички необходими документи по чл. 11, ал. 1, т. 2 и т. 3 от ПМС № 160/2016 г., а след неговото подписване. В този смисъл, независимо от отложеното изпълнение, релевантния момент относим към изпълнение на цитираните разпоредби от ПМС № 160/2016 г., е датата на сключване на договора за поръчка, а не момента, от който започва неговото реално изпълнение.

Не на последно място, наблюдава се представяне на документи с изтекъл срок на валидност, преди датата на сключване на договора за обществена поръчка – напр. представено свидетелство за съдимост на управител на участника определен за изпълнител. Независимо от факта, че към датата на представяне на въпросния документ същия е бил валиден, както възложителя така и изпълнителя на поръчката, следва да имат предвид, че с оглед законосъобразност на сключения договор за поръчка, всички документи с определена срочност от нормативната уредба, следва да бъдат валидни именно към датата на сключване на договора за поръчка, а не към момента на представянето им от изпълнителя.

**Като цяло най-голям дял от установените нарушения в практиката на УО на ОПОС до момента е свързан с подготовката на процедурите и тяхното обявяване от възложителите, т.е. при формулиране на предмет, критериите за подбор и възлагане, техническите спецификации и методиката за оценка, както и при определянето на сроковете за получаване на оферти.**

**В резултат на извършените през 2020 г., проверки сме установили най-много нарушения, свързани с определянето на условия, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурите.**