

Публичност и прозрачност при обществените поръчки

*Спазват ли се принципите за публичност и прозрачност
в новия Закон за обществените поръчки и в неговото
прилагане до момента*

Съдържание:

Резюме.....	4
Въведение	6
I. Основни положения	7
II. Проблеми на общите принципи за публичност и прозрачност	8
Основни понятия	8
Принципи на публичността и прозрачността	9
Съответствие с принципите	10
Яснота на процедурите	11
Разяснения на процедурите	11
Планиране на процедурите	13
III. Публичност и прозрачност на отделните етапи от ЗОП	13
1. Публичност и прозрачност при планирането.....	14
2. Публичност и прозрачност при обявяването	16
Директно възлагане	16
Дефиниране на предмета	16
Профил на купувача.....	17
3. Публичност и прозрачност при изискванията към участниците	17
Обоснованост на процедурите.....	17
Яснота и коректност	18
Административна тежест	18
4. Публичност и прозрачност при възлагането	20
Критерии.....	20
Оценка	20
Практика	21
5. Публичност и прозрачност при договорите за изпълнение	22
Заплащане под условие	22
Безвъзмездни услуги. Спомагателни услуги	23
Пример за публичност и прозрачност при възлагането - консорциуми	24
6. Публичност и прозрачност при обжалването на процедурите	28
7. Публичност и прозрачност при отчитането.....	31
Заключение	34

Използвани съкращения

АДФИ	Агенция за държавна финансова инспекция
АОП	Агенция за обществени поръчки
АПК	Административно-процесуален кодекс
ГД	Гражданско дружество
ДЗЗД	Дружество по Закона за задълженията и договорите
ДФЕС	Договор за функциониране на Европейския съюз
ЕЕДОП	Единен европейски документ за обществени поръчки
ЕОП	Електронни обществени поръчки
ЕС	Европейски съюз
ЗОП	Закон за обществените поръчки
КЗК	Комисия за защита на конкуренцията
ОП	Обществена поръчка
ППЗОП	Правилник за прилагането на Закона за обществени поръчки
РОП	Регистър на обществените поръчки
ЮЛНЦ	Юридически лица с нестопанска цел

Резюме

Една от основните задачи на държавните структури е да осигурят добро управление на публичните средства. Обществените поръчки са един от най-добрите методи за това и би трябвало да се основават на принципите на конкуренция, ефективност и прозрачност. В България, обаче, целият процес е опорочен от лоши решения, корупция, неефективност и злоупотреби, а доказателствата за пороците се виждат постоянно в докладите на българските и международните институции, анализите на неправителствените организации и медиите.

Поради тази причина именно публичността и прозрачността на процедурите при обществените поръчки са ключов фактор за противодействие на неефективното харчене и злоупотребите. Прозрачното управление на средствата осигурява възможността обществото да проследява процесите и да насочва и сигнализира на институциите за отстраняването на нередности. Крайният резултат трябва да осигурява получаването на най-добрите публични блага на възможно най-изгодната за данъкоплатеца цена.

Въпреки краткото прилагане на новия Закон за обществените поръчки (ЗОП) в практиката, вече се установяват някои от слабите звена на въведените принципи за публичност и прозрачност. Нещо повече, дори в законодателството изискванията за прозрачност в някои от етапите на процедурите формално да са спазени, тяхното прилагане невинаги е ефективно.

Предвид това, настоящото изследване се фокусира върху ефективното прилагане на принципите за публичност и прозрачност на всеки етап на процедурите за обществени поръчки.

- 1) **Планиране.** Цялостната дейност по планирането на процесите, свързани с обществените поръчки, се ръководи от два критерия: очаквани потребности и разполагам финансов ресурс. Въпреки това, нито в ЗОП, нито в правилника за прилагането му се включват индикатори, които ги взимат под внимание. По този начин законът не премахва субективната преценка на определени лица за необходимостта от дадени стоки и услуги и тяхната цена.
- 2) **Обявяване.** На този етап основните рискове и недостатъци са свързани с недобре представената информация при изготвянето и публикуването на параметрите на поръчката. Конкретните проблеми се виждат в редица примери като неспазване на минималното съдържание на решението или пък непълни или объркващи технически характеристики и спецификации.
- 3) **Поставяне на изисквания.** При поставянето на изискванията към участниците възложителят цели да избере най-добрата оферта в съответствие с принципа на пропорционалността. Затова ясните и коректни изисквания са основни елементи от процедурата. В редица случаи от практиката, обаче, залаганите изисквания са двусмислени или непълни, представляват необосновано висока административна тежест или не са съобразени с основната цел на поръчката.
- 4) **Възлагане.** В кратковременната практика по прилагането на ЗОП се констатира редица слабости, като субективното начало е водещо за сметка на принципните постановки. Най-често методиката за оценка е крайно субективна и предполага присъждането на различен брой точки на участниците без да са ясно дефинирани параметрите, по които се оценяват предложените решения за изпълнение на поръчката.

- 5) **Изпълнение.** Нарушаването на публичността и прозрачността тук се случва основно чрез прилагането на редица неуместни практики като заплащането под условие, включване на безвъзмездни услуги към договора и липсата на яснота по отношение на изпълнителите. Пример за последното са изпълнителите-консорциуми, при които често има неяснота на собствеността и свързаността между отделните фирми и лица.
- 6) **Обжалване.** На много места законът и практиката показват слабости при процедурите за обжалване на обществените поръчки на всеки един етап. Държавните органи са натоварени със защитата на публичния интерес, но в обществата с неработещо правосъдие и нефункциониращи институции е жизненоважно да бъдат създадени възможности гражданите и гражданските организации да бъдат овластени с правото на защита на публичния интерес. В противен случай по неясен, непрозрачен, а оттам и недоказуем начин се постига подмяна на предмета на договора по обществената поръчка до степен, в която той да бъде третиран като недействителен.
- 7) **Отчитане.** Спазване на основните принципи за публичност и прозрачност може да се търси и при отчитането на публичните средства, похарчени чрез обществени поръчки. Отворените данни за проведените обществени поръчки за периода 2007-2015 г. показват редица случаи на некоректно попълване на данните. Такъв пример са нулевите или минимални суми на договорите за обществени поръчки, които са меко казано нереалистични. Така формалистичният подход за подаване на информация е сведен до формален – важно е да отчиташ в срок и по ред информация, независимо каква е тя, а формата отново взема превес пред съдържанието.

В крайна сметка, въпреки че в законодателството публичността и прозрачността са един от водещите принципи при провеждането на обществени поръчки, от практиката става ясно, че манифестирането на принципи или записването им в закон не е достатъчно основание нито за добро законодателство, нито за доброто му приложение.

Въведение

Пренаписването на Закона за обществените поръчки (ЗОП) през 2016 г. се наложи поради необходимостта от възприемане и прилагане на някои основни принципи за провеждане на обществените поръчки, заложи в Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС) и няколко европейски директиви.

По този начин сега действащият Закон следва да почива на следните принципи¹:

- ✓ **Равнопоставеност** на стопанските единици и недопускане на дискриминация – този фундамент следва да бъде разбран като равенство пред закона на всички и равни условия на достъп за икономическите субекти, независимо от държавата на регистрация;
- ✓ **Свободна конкуренция** – недопустими са условия, които ограничават конкуренцията в интерес на някого от участниците;
- ✓ **Пропорционалност** – този принцип вменява на възложителите да употребят такъв вид процедура и критерии за оценка, съобразени максимално с предмета и естеството на поръчката;
- ✓ **Публичност и прозрачност** – действието на това основно начало се изразява във възможността всички кандидати и обществеността да имат достъп до информация на различните етапи от процесите по обществената поръчка. Тези два свързани принципа стават гаранции за законосъобразността на процедурите.

Последният принцип, за публичност и прозрачност, е базовата основа за честното протичане на процедурите по възлагане на обществени поръчки. Същевременно той дава възможност на заинтересованите страни за противодействие на несвършенствата и лошите практики.

Основната задача на държавните структури е да осигурят добро управление на процедурите по изразходване на публичните средства. Това е свързано с възможността обществото като заинтересовано лице (дори извън установеното от закона определение за „заинтересовани лица“) да проследява процесите и да насочва и сигнализира на институциите за отстраняването на нередности². Крайният резултат трябва да осигурява получаването на най-добрите публични блага на възможно най-изгодната за данъкоплатеца цена.

Именно наличието на публичност и прозрачност правят възможно проследяването на процесите и реализирането на отговорността при харченето на публични средства чрез обществени поръчки. Публичността и прозрачността са и основните елементи за елиминиране на корупционните практики и спазването на ангажимента на страната в ДФЕС и европейските директиви³.

¹ Чл. 1 и чл. 2, ЗОП.

² Характерът на нередностите би следвало да активира ревизионната дейност на органите за финансов контрол, дисциплинарната отговорност на некоректните или некомпетентни лица от администрацията, политическата отговорност на управляващите администрацията, а в случай, че нарушението съставлява престъпление, виновните лица да понесат и наказателна отговорност.

³ Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. и Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. Повече подробности за тези и

Поради тази причина настоящото изследване се фокусира върху ефективното прилагане на принципите за публичност и прозрачност при обществените поръчки. Това налага както изясняването на концепцията за публичност и прозрачност, така и анализ на приложението ѝ през целия процес на процедурите по различните етапи:

- обявяване на ОП,
- възлагане на ОП и
- изпълнение и резултат от ОП.

Въпреки краткото прилагане на новия ЗОП в практиката, вече се установяват някои от слабите звена на въведените принципи за публичност и прозрачност. Нещо повече, дори в законодателството изискванията за прозрачност в някои от етапите на процедурите да са спазени, тяхното прилагане не винаги е ефективно и/или има по-добра алтернатива, прилагана в световната практика.

I. Основни положения

Управлението на обществените средства чрез обществените поръчки в голяма степен е отражение на цялостното управление на държавата и функционирането на институциите. В тази връзка, основен механизъм за добро управление е спазването на принципите за публичност и прозрачност.

Интересен е въпросът дали, въпреки законового възпроизвеждане на основните начала на Общността и налагането им от институциите, те постигат целите си. В българската практика могат да се открият множество примери и за добре уредени в законодателството, но недействащи правила, и за липсата на ефективна регламентация, и за прилагане на добри практики без те да са записани в закона.

За да проследим функционирането на ЗОП съобразно водещия принцип за публичност и прозрачност на процедурата, трябва критично да разгледаме ролята на участниците в процеса на всеки един етап.

На ниво обявление

Главната фигура тук е възложителят⁴ – неговата преценка за нуждата от някаква услуга, доставка или строителство е предпоставка за започване на процедурата за обявяване на ОП. Основната му роля е да подготви и започне процедура, годна да доведе до избор на изпълнител на обществената поръчка при максимално ясни, непротиворечиви и целесъобразни правила. Процесът се определя от практиката: *„законосъобразното провеждане на процедурата, освен в интерес на обществото и потенциалните участници, е в интерес и на възложителя, тъй като по този начин той ще изпълни едно свое основно задължение - да проведе законосъобразна процедура, което ще гарантира правомерност при разходването на предоставените му средства”*⁵.

други директиви, свързани с обществените поръчки - в изследването на ИПИ [„Преглед на европейската рамка на обществените поръчки”](#).

⁴ Възложителите са подробно изброени в чл. 5 – 9 от ЗОП. За подробности в анализа виж „Коментар на общите принципи”.

⁵ Цитирано Определение № 667 от 25.08.2016 г. на КЗК.

На ниво възлагане

Възложителят е длъжен да сключи договор с участник, отговарящ на критериите по ЗОП, а предметът на договора да урежда изпълнение, изцяло съобразено със заложеното предложение.

На ниво изпълнение

Основен акцент е доброто, открито и прозрачно за всички заинтересовани страни взаимодействие между възложителя и изпълнителя.

На ниво контрол

Тук намесата и влиянието на възложителя, Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), Сметната палата и Прокуратурата трябва да постигне синергичен ефект и ако предишните етапи не са законосъобразни, да бъде установено и доказано това и със съдебна намеса да бъде постигната целта на закона – наказване на виновните и поправяне на вредите. Потенциален риск е липсата на добро взаимодействие между институциите и размиване или противопоставяне на правомощия, а оттам и непостигане целите на ЗОП⁶.

II. Проблеми на общите принципи за публичност и прозрачност

Проблемите с публичността и прозрачността прозират още при залагането на основните принципи за провеждане на обществените поръчки. В текстовете на закона и в практиката се виждат големи несъответствия с целите по отношение на основните понятия и методи за възлагане, яснотата на процедурите, коректността на информацията и отчетността на похарченото пред обществото.

Нарушаването на публичността и прозрачността още в основите на закона е база и за проблемите в различните етапи на процедурите по обществените поръчки.

Основни понятия

Преди да проследим процедурите по ЗОП, нека обърнем внимание на несъвършенствата при дефиниране на основните понятия в закона, откъдето произлизат рисковете за нарушаване на принципите и целите на закона:

- **Възложители.** Неясно, а оттам и объркващо, е разграничението на видовете възложители на обществени поръчки. Според приложното поле на закона възложителите се делят на два основни вида – публични възложители⁷ и секторни възложители⁸. В добавка към двете категории е въведена и трета такава - възложители за конкретни случаи⁹. Още в по-следващата глава, обаче, в закона се допуска

⁶ Темата за ефективността на контрола изисква самостоятелно внимание и поради тази причина няма да бъде застъпена като отделен елемент на изложението.

⁷ Вж. чл. 5, ал. 1 ЗОП.

⁸ Вж. чл. 5, ал. 4 във връзка с пар. 2, т. 42, т.47, т.63 и т.64 от ДР на ЗОП.

⁹ Вж. чл. 6 от ЗОП.

несистематична употреба и на четвърти вид възложители - такива при възлагане на ОП в избраната и сигурността¹⁰.

Така под възложители следва да разбираме две различни фигури: 1) лицата, отговорни за подготовката и провеждането на процедурата и 2) реалните възложители на изпълнението на ОП, които подписват договор с изпълнителя. С цел избягване на двусмислената употреба на термина „възложител“, а оттам и засилване яснотата на ЗОП, спокойно можеше да залегне терминът „Обявител на ОП“ в първия етап на процедурата. По този начин едва при сключването на договор за обществена поръчка този, който възлага реалното изпълнение на предмета на договора, да се нарича оправдано Възложител.

- **Участници и изпълнители.** За видовете участници и изпълнители¹¹ е възприет сравнително ясен подход предвид широката формулировка.
- **Процедури.** Отново законодателството е обръквало при изброяването на видовете процедури¹². Въпреки наличието на изричен заглавен текст при регламентирането на стойностните прагове на ОП, чрез който се избира начинът за провеждане на процедурата, се въвеждат и три „несъществуващи“ до този момент приложения на закона – възлагане чрез събиране на оферти с обява, покана до определени лица и директното възлагане.

Принципи на публичността и прозрачността

Важността на информацията, достъпът до нея и нейният обмен са законоустановени в ЗОП¹³: обменът на информация при възлагане на обществени поръчки се извършва с електронни средства за комуникация.

Инструментите и устройствата, които се използват, както и техническите им характеристики трябва да са недискриминационни, достъпни и оперативно съвместими с най-разпространените пазарни продукти на информационните и комуникационните технологии за широка употреба и да не ограничават достъпа на заинтересовани лица. Това изискване е в пряка връзка с правото на информация, залегнало в чл. 41 от Конституцията на Република България.

Като доказателство за високото идейно място на принципите на публичността и прозрачността в ЗОП е обособяването им в самостоятелна глава 5 на Закона и определянето на **основни институти** (по смисъла на закона), които да обезпечат прилагането им. Това са:

- ✓ **решенията,**
- ✓ **предварителните обявления,**
- ✓ **обявленията за ОП, а те, от своя страна, са няколко вида:**
 - обявление за изменение или допълнение на информация,

¹⁰ Съгласно чл. 19, ал. 3 ЗОП.

¹¹ Виж чл. 10 ЗОП.

¹² Вж. чл. 18, ал. 1 ЗОП.

¹³ Съгласно чл. 39, ал. 1 от ЗОП.

- обявление за възлагане на поръчка,
- обявление за изменение на договор или рамково споразумение за ОП,
- обявление за доброволна прозрачност,
- обявление за приключване на договор за ОП, обявление за конкурс за проект.

Дължни сме да отбележим, че признаването на публичността и прозрачността на законово ниво и детайлизирането на процесите би могло да осъществи вложения нормативен смисъл, само ако всичко това бъде коректно попълвано и подавано като информация.

Основната цел е публичността и прозрачността на процесите при възлагане на обществени поръчки да осигури възможността обществеността и участниците в процедурите да получат достъп до документите безпрепятствено, документацията да бъде ясна като съдържание, а прилагането ѝ на отделните етапи да бъде непротиворечиво.

В множество случаи, обаче, тези принципи не се спазват в практиката.

Съответствие с принципите

Освен противоречието в определянето на основните участници и методи за осъществяване на обществени поръчки, проследяването на основните принципи, на базата на които е „построен“ Законът за обществените поръчки, разкрива и фундаменталното им нарушаване още на подготвителното ниво. В това отношение изключение не прави и самата Агенция за обществени поръчки (АОП), когато тя действа в качеството си на възложител.

Пример от практиката

През август 2016 г. АОП започва процедура за обществена поръчка за разработване, внедряване и поддръжка на единна национална електронна интернет-базирана платформа: Централизирана автоматизирана информационна система „Електронни обществени поръчки“ (ЦАИС ЕОП)¹⁴.

Почти месец по-късно КЗК започва производство за отмяна на решението за откриване на процедурата по жалба на един от кандидатите, а АОП спира собствената си процедура. В крайна сметка КЗК се произнася и заключава, че в поръчката има порок в решението за откриване и въвеждане на непрозрачни критерии, които не могат да бъдат преценени на обективно основание. Най-общо става въпрос за това, че е въведено необосновано изискване един от експертите на изпълнителя да е участвал в разработването на софтуер на стойност над 500 хил. лева.

Така се блокира и забавя изпълнението на Националната стратегия за развитие на сектора на ОП 2014-2020 г. и въвеждането на електронно възлагане на ОП като основен механизъм за обезпечаване на публичността и прозрачността.¹⁵

Именно несъответствието на процедурите с базисните принципи като публичност и прозрачност е основание за незаконосъобразност на процедурата в цялост¹⁶.

¹⁴ Поръчката е с идентификационен номер: 00005-2016-0001 от 17.08.2016 г.

¹⁵ В мярката IV.3., мерки 5 и 7 от Националната стратегия за развитие на сектора на ОП 2014-2020 г.

¹⁶ Виж Решение № 598 от 19.08.2016 г. на КЗК, както и Определение № 667 от 25.08.2016 г. на КЗК.

Последиците тук са ненавременно обезпечаване нуждите на възложителите, разпиляване на административен ресурс, излишни разходи в случаите на обжалване на процедурата и резултатите от ОП. В допълнение, конкретният случай с опорочената процедура на АОП забавя въвеждането на електронната системата за възлагане, която би направила обществените поръчки много по-бързи, публични и прозрачни.

Яснота на процедурите

За да е ясна процедурата, в ЗОП е възприет подход, който урежда действията на възложителите на всеки етап от процедурата. Това става чрез произнасянето на изричен акт – решение, за всяка една стъпка от осъществяването на обществената поръчка още от първия етап по откриването на процедурата¹⁷. Нещо повече – в законодателството са посочени и точните указания за срока за издаване на решенията, както и за тяхното съдържание.

Ако съдържанието не е спазено, процесът би могъл да се утежни. Примери за подобни нарушения също се откриват в практиката, а естеството им е разнообразно. Така например, в Определение на КЗК¹⁸ се казва, че възложителят не е посочил на какво основание от закона издава решение за откриване на процедурата и това е пряко нарушение на съдържателната страна на акта. Комисията е категорична, че правното основание не може да се презюмира, а това дава възможност на кандидатите за участие в поръчката да искат спирането ѝ поради неяснота на цялостната процедура.

Поправянето на грешките при решенията на възложителя може да стане по няколко начина. Ако някой от участниците забележи несъответствие или противоречие в решението за обявлението, например, той сигнализира до възложителя. В този случай възложителят има възможност да отстрани порока в 14-дневен срок (по чл. 100 от ЗОП). Ако не се съобрази със сигнала, участникът има възможност да подаде жалба и до КЗК и тогава възложителят трябва да предостави цялата документация на КЗК. За да не бъде спряна цялата процедура, възложителят може да отстрани нарушението още преди проучването и произнасянето от КЗК (по чл. 202 от ЗОП)¹⁹.

Практиката показва, че заради неотстраняване на пропуските в срок или на необходимия етап, в множество случаи цялата процедура (и съответно обществена поръчка) бива провалена.

Разяснения на процедурите

В случай на неяснота, която е относно съдържанието и приложението на решенията на възложителя, за потенциалните кандидати за участие в ОП е добавена възможността да потърсят разяснения по реда на чл. 33 от закона. Публикуването на обяснителните материали е достъпно за всички кандидати в съответния профил на купувача, поддържан онлайн. Това е инструмент, прилаган и при действието на отменения ЗОП.

Извършихме проучване на „Профил на купувача“ на различни по вид възложители с цел проверка бързината и коректността при прилагането на разяснителните кампании. В обхвата

¹⁷ Съгласно чл. 22 от ЗОП.

¹⁸ Виж Определение № 703 от 20.09.2016 г. на КЗК.

¹⁹ Виж Решение № 735 от 04.10.2016 г. и Решение № 735 от 04.10.2016 г. на КЗК. В този смисъл е и Решение № 949 от 15.11.2016 г. на КЗК. Обратното становище е застъпено в сборника „Обществени поръчки. Приложен коментар“, ИК Труд и право, София, 2016, стр. 72.

на проверката попаднаха различни в йерархична степен и вид институции: министерства, изпълнителни агенции, общини и висши учебни заведения. Номера и вида на поръчките избрахме произволно от базата отворени данни. В по-голямата си част наличните указания по приключили обществени поръчки показват адекватни отговори с конкретика по поставените въпроси.

Въпреки това, констатирахме и редица нередности. По-долу сме резюмирали някои от тях.

Примери от практиката

- ✓ **Министерство**, възложител на поръчка с предмет: „Избор на изпълнител за доставка на 56 броя санитарни автомобили“, получава детайлно запитване от участник да разясни дали е допусната техническа грешка при определянето височината на пациентския отсек на автомобила или нарочно се цели несъответствие с Български държавен стандарт (БДС). В отговор възложителят насочва: *„Участниците следва да спазват изискванията на документацията“*. Впоследствие процедурата е прекратена без да е посочено точно правното основание в решението за прекратяване. В мотивите се изтъкват редица технически данни, които съдържат ограничаващи участниците условия.
- ✓ **Висше учебно заведение (ВУЗ)**, възложител с ID № 13347 на поръчка с предмет „Доставка на хранителни продукти и напитки“, получава въпрос от участник относно техническите детайли: *„Пилешко филе – замразено с кост ли имате предвид, ако не, моля да уточните каква е разликата между двата артикула.“* Полученият отговор е с указание участникът отново да се запознае с документацията. Представяме и самия отговор: *„В техническото задание (образец 1) от документацията на възложителя подробно са описани изискванията към артикулите, които ще се доставят.“*
- ✓ Същият **ВУЗ**, в качеството си на възложител по поръчка с № 315403 и с предмет „Доставка на машини и оборудване за нуждите на проект № 2(4i)-3.1-12, MIS-ETC Code 697 Трансгранично градинско изкуство на Черноморието“, получава запитване от участник относно неизяснени в документацията на ОП технически спецификации. Въпросът е *„Тракторът – предмет на доставка по ОП, задължително ли да бъде с кабина или без?“* В отговор на конкретното питане участникът е препратен отново към неналична в документацията информация. Така, макар и законът да му гарантира редица права в съответствие с основните принципи на публичност и прозрачност, ставаме свидетели на безпрецедентното им нарушаване. Впоследствие възложителят е сключил договор за доставка на трактор, като в договора е вписано изрично *„в съответствие с изискванията на възложителя“*.
- ✓ Участник в ОП отправя запитване до **община**, възложител на ОП, със следното съдържание: *„Никъде не е упоменато дали участниците трябва да представят списък на техническите лица, ако ДА в Плик № 1 „Документи за подбор“ ли да бъде приложена и в каква последователност спрямо останалите документи?“* Въпреки изричното посочване, че такава информация липсва в документацията по процедурата, от общината отговарят: *„Изискванията на Възложителя за предоставяне на документи, доказващи изпълнението на минималните изисквания за технически възможности и квалификация, са описани в указанията за участие в процедурата.“* Тук, от страна на общината, са били задължени да укажат къде точно е достъпна

информацията, поне такава е практиката на институциите, които правилно прилагат закона.

- ✓ При друга поръчка на изследваната **община** с предмет „Реконструкция на общински пътища и улична мрежа в с. Ч.“ участникът е установил грешно зададени параметри в дължината на подлежащия на реконструирания път. От общината, в съдържателната част на отговора, публикуват същата информация от документацията без да отговарят ясно на въпроса.

Планиране на процедурите

ЗОП позволява на възложителите да обявят предварително какви поръчки ще направят в следващата една година (чл. 23 от ЗОП). Логично е при планиране на разходите и потребностите си държавните структури да могат да посочат потенциалните поръчки, които ще възложат. Нещо повече – един такъв процес от една страна ще спомогне за публичността при разходването на публичните средства с ясно видими намерения и резултати, а от друга – ще даде повече яснота и предвидимост на потенциалните изпълнители.

Възложителите също ще бъдат облекчени, тъй като доброто финансово планиране ще спести някои от задълженията им за публикуване на обявления за ОП. В потвърждение на изложеното, преимущество на доброто финансово планиране на възложителите е отпадането на задължението им за публикуване на обявление за ОП в редица случаи. Така се осветляват процесите и се намалява необходимостта от неколккратно администриране на процедурата на един и същ етап. Прогнозната стойност на поръчката гарантира предлагането на цени, съобразени със състоянието на пазара. В случай на рязката им промяна възложителят може да прекрати процедурата. Справка в РОП показва честата употреба на този институт, дори от по-малки възложители.

Пример от практиката

Така например, в началото на 2015 г. община Априлци публикува закуп всички обществени поръчки, които възнамерява да проведе през следващата една година (същата практика се наблюдава и за предишни години)²⁰. По този начин общината спестява публикуването на пет отделни обявления, потенциалните изпълнители имат яснота за какво и кога могат да кандидатстват, а обществото знае за какво ще се харчат публичните средства.

III. Публичност и прозрачност на отделните етапи от ЗОП

За да не останат единствено пожелателни разпоредбите за публичност и прозрачност в ЗОП, те следва да бъдат възприети при цялостната организация на процедурите за обществени поръчки. Затова е необходимо осигуряване на лесни механизми за достъп до всички етапи на процеса.

Технически това е постижимо чрез наличието на Регистър на ОП, администриран от АОП, но със задължение за възложителите за подаване на изискуемата информация. На

²⁰ Данни могат да се открият в РОП - http://rop3-app1.aop.bg:7778/portal/page?_pageid=93,758251&_dad=portal&_schema=PORTAL&ca_id=2868&menu_id=2&pre=1

практика, последователните действия на възложителите позволяват съблюдаването на принципите на закона.

Този процес, обаче, е свързан с множество рискове като неспазване на сроковете, в които да се извърши подаването на информация до Регистъра, неспазването на сроковете при издаването на решенията по ОП, незачитане на установеното съдържание на документите (включително непълно съдържание или въвеждането на нови, неизисквани по закона условия).

По този начин публикуването на информация се превръща в основно средство за постигане на публичност и прозрачност на обществените поръчки. Чрез наличната информация обществото има достъп до целия процес на харченето на публични пари, а всички потенциални участници имат възможност да изработят максимално конкурентни оферти.

Действащите информационни инструменти на ЗОП са:

- ✓ **безплатен достъп до информацията и документацията по всяка една ОП²¹.** Това е конкретно достижение на новия закон, за разлика от отменения,
- ✓ **достъпът до информацията в максимална степен следва да се извършва чрез електронни средства** (ограничения се допускат само предвид естеството на поръчката). Пример за нарушаване на посочените критерии е неправилното позициониране на информацията на интернет страницата на възложителя и/или хаотичното ѝ публикуване. Подобни нарушения се класифицират от КЗК като неосигуряване на пряк достъп до самата преписка. Съществено нарушение по отношение на информацията, а оттам и на принципа за равнопоставеност е и непубликуването на поканите до определени лица (когато процедурата изисква това)²²,
- ✓ **обезпечено е публикуването на информация** на сайта на конкретния възложител чрез раздел „Профил на купувача“, РОП и обявление в Официален вестник на ЕС. Въведен е ясен режим на получаване на разяснения по приложението на закона за конкретната процедура²³. Трябва да се има предвид, че и разясненията по документите са публични и стават част от документацията по процедурата (чл. 33 от ЗОП).²⁴

Често, обаче, въпреки детайлната регулация на процеса, се допускат грешки при администрирането му, а формалното изпълване със съдържание не съответства на целите на закона.

1. Публичност и прозрачност при планирането

Цялостната дейност по планирането на процесите, свързани с ОП, се ръководи от два критерия: очаквани потребности и разполагаем финансов ресурс. Въпреки това, нито в ЗОП, нито в ППЗОП се включват индикатори, които ги взимат под внимание. И ако ЗОП е рамков

²¹ Съгласно чл. 32 от ЗОП, чл. 10 и чл. 23 от ППЗОП. Това е конкретно достижение на закона за разлика от отменения ЗОП.

²² Виж Определение № 41 от 17.01.2017 г. на КЗК.

²³ Чл. 33 от ЗОП.

²⁴ Чрез разясненията не могат да бъдат променяни условията или изискванията по процедурата. Разясненията имат за цел да създават по-голяма яснота, но не и да внасят изменение или да допълват изискванията. Изменението или допълването на условията по процедурата следва да се извършват с решения по чл. 100 и чл. 179 от ЗОП, но не и по реда на чл. 33 от ЗОП. Виж Решение № 837 от 13.10.2016 г. на КЗК.

закон, установяващ принципите, то ППЗОП би следвало да поставя акцент точно на процедурните процеси, които да направят действащи същите тези принципи.

Въвеждането на принципи като публичността и прозрачността е изпълнено със смисъл, ако законът изолира напълно субективната преценка на определени лица за необходимостта от дадени стоки и услуги и тяхната цена. В противен случай би съществувало едно противоречиво право на ясни процедури по закон, но на неизвестна и необяснима крайна цена при немотивирана необходимост от извършването им.

Една от съществените пречки за провеждане на принципа на публичността и прозрачността е именно субективният фактор. Елиминирането му в икономически план има за цел да ограничи неефективното изразходване на средства, а в юридически – да обезпечи съответствие между законовата процедура и реалната цена на услугите. В изпълнението на тези цели в ЗОП е въведен механизъм на пазарните консултации и външно участие при подготовката на документацията (чл. 44 от ЗОП). В закона са изброени последиците, до които следва да не водят самите консултации, а именно - облагодетелстване на участвалите в консултацията лица. Предвидени са и различни по вид и тежест задължения за публикуване на информация кои са участвалите лица, как е проведена консултацията и др. Това предполага законосъобразното приложение на текстовете.

Независимо от това, при анализирането на чл. 44 от ЗОП ясно се вижда, че приложението на тези принципи се оставя на преценката на възложителя, което на практика ги обезсмисля. Въпреки поставените цели на ЗОП за ефективност при разходването на средствата, са оставени пропуски, които да лишат възложителите от пазарно формиране на цените. Сред пропуските се откроява липсата на ясни и последователни критерии за прилагането на пазарните консултации. В ЗОП се обръща повече внимание на това до какви злоупотреби не бива да водят пазарните консултации, отколкото как да бъдат ползвани от възложителите. Така от иновативен и полезен законов инструмент те се превръщат в рискована процедура.

Освен това липсват и критерии за необходимостта от конкретни поръчки. В ЗОП няма инструмент, който да задължава възложителя да мотивира изразходването на дадени средства от бюджета си. Потребността от провеждането на обществена поръчка се свежда до определяне вида на процедурата според това каква сума възложителят е решил да похарчи. На този фон с промените в ЗОП се стесни и обхватът на вътрешните правила за управление на цикъла на обществените поръчки²⁵. Така възложителите могат, според вътрешното убеждение на ръководителите си, да харчат немотивирано средства при занижени изисквания как точно управляват процесите по харчене.

В крайна сметка можем да търсим източниците на основните негативи в:

- ✓ Липсата на икономически и финансови мотиви от осъществяване на ОП;
- ✓ Липсата на ясни пазарни критерии за цената на поръчката;
- ✓ Занижените изисквания при управлението на ОП.

²⁵ Виж чл. 244 от ЗОП.

2. Публичност и прозрачност при обявяването

С обявяването на възложителя по чл. 24 от ЗОП се открива същинският етап от ОП – тя става достъпна за обществеността и по нея могат да заявят интерес участниците в процедурата.

На този етап основните рискове и недостатъци са свързани с недобре представената информация при изготвянето и публикуването на параметрите на поръчката. Конкретните проблеми се виждат в редица примери като неспазване на минималното съдържание на решението, въвеждане на неясни или трудно определими изисквания към участниците, представяне от страна на възложителите на некоректни договори. Така на всеки етап описаните нарушения поставят в риск цялостното провеждане на процедурата, а това влияе негативно върху интересите на различните страни в процеса.

Директно възлагане

Важно е да се отбележи, че по действащия ЗОП възложителите могат да възлагат директно ОП при определени стойности на поръчките (предвидени в чл. 20, ал. 4) без провеждане на процедура, при така нареченото директно възлагане за разлика от ЗОП (отм.), при който при приблизителни стойности на определените прагове се провеждаше изрична процедура. При нея възложителят беше длъжен да публикува публично достъпна покана за вида на стоките и услугите, които възнамерява да заплати. Целта на тази покана бе да се съберат три различни оферти, от които възложителят да избере най-конкурентната.²⁶ И въпреки че в стария ЗОП имаше повече предвидимост и яснота, очевидно с действащия ЗОП се дава преимущество на бързината за сметка на публичността и прозрачността при поръчките с по-ниски стойности.

Дефиниране на предмета

Неясното дефиниране на предмета на поръчката съществено възпрепятства потенциалните участници да изготвят конкретно предложение. Често пъти объркването, както за възложителя, така и за участниците, настъпва при определяне на поставените техническите изисквания. Така например, задават се неизмерими или алтернативни възможности за изпълнение на една и съща услуга, което води до реалното обособяване на две или повече услуги.

Пример от практиката

Например, при консултантска услуга за изготвяне на проектно предложение възложителят е определил в предмета на възлагане и допълнително условие „управление на проекта и отчитането му, и съпътстващите дейности“. От една страна се залага една услуга, свързана с конкретно изпълнение, а паралелно с нея се въвежда изискване за изпълнение и на последваща, втора услуга, свързана с управление и контрол на първата. Това води до пълно противоречие в документацията на процедурата и до неяснота на предмета на ОП, при което участниците не знаят какви оферти за изпълнение да предложат, а комисията по провеждане на процедурата не знае как да ги оцени. Допуснатото нарушение неминуемо бива последвано

²⁶ Вж. чл. 101а и сл. от ЗОП (отм.). Мотивите за повишаване на стойностните прагове са развитието на българския пазар, а оттам и повишаването на цените на доставките и услугите.

от възможност за различно третиране на участниците в процедурата, а оттам за необосновано предимство за едни и необосновано ограничаване на други участници²⁷.

Стига се до противоречие и с два от водещите принципи на ЗОП - принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация (разписани в чл. 2, ал. 1, т. 1 и 4 от ЗОП) и принципа на свободната конкуренция (чл. 2, ал. 2 от ЗОП). За да се отстрани този недостатък, съдържанието на документацията трябва да бъде ясно формулирано, така че да не създава възможност за двусмислено и противоречиво тълкуване на заложените изисквания.

Профил на купувача

Като съществено неразбиране на предназначението на профила на купувача могат да бъдат посочени грешките от страна на възложителя в процедурите по уведомяването. Такава практика се наблюдава при промяната на датата и часа на отваряне на офертите. В някои случаи в документацията на ОП се съдържа указание за писменото уведомяване на участниците при промяна на датата и часа на отваряне на офертите, а в нормативната уредба (чл. 53 от ППЗОП) участниците трябва да се уведомяват чрез профила на купувача най-малко 48 часа преди новоопределения час.

Характерът на пропуски води до вероятността да не се спазят изискванията на чл. 53 от ППЗОП, като по този начин се лишат участниците от възможност за присъствие при публичното отваряне на офертите в абсолютно нарушение на публичността на процеса²⁸.

3. Публичност и прозрачност при изискванията към участниците

При поставянето на изискванията към участниците възложителят цели да избере най-добрата оферта в съответствие с принципа на пропорционалността. Затова ясните и коректни изисквания и относително простата и бърза процедура за кандидатстване са ключови.

Обоснованост на процедурите

Липсата на изискване възложителят да мотивира необходимостта от обявяването и провеждането на ОП с конкретно посочен предмет също влияе на процедурата. Предвидената към настоящия момент възможност по силата на чл. 31, ал. 3 от ЗОП възложителят да изисква и допълнителни документи касае единствено спецификациите на поръчката и служи за по-ясно техническо обезпечаване на предложенията, но по никакъв начин не влияе на обосновката на определени разходи от страна на възложителя.

Възможно решение за преодоляване на този законов недостатък е въвеждането на изрична мотивировка от страна на възложителят защо провеждат дадена поръчка. Това би обяснило пред обществеността потребността от изразходване на публични средства. Кандидатите за изпълнението на поръчката биха могли да аргументират офертата си, освен с техническите спецификации, също и с това до каква степен предложеното от тях изпълнение допринася за изпълнение на целите и стратегиите, които възложителят си поставя. Така би могло да се акцентира и на трудно проследимия критерий за целесъобразност, като се дадат измерители за реализирането му. В допълнение, във финалния етап на ОП, когато

²⁷ Виж Определение № 667 от 25.08.2016 г. на КЗК и Решение № 837 от 13.10.2016 г. на КЗК.

²⁸ За цялостно проследяване на примера виж Решение № 837 от 13.10.2016 г. на КЗК.

изпълнителите отчитат пред възложителите какво са свършили по договор, целият процес може да бъде съпроводен с оценка за постигане целите на поръчката и провежданите политики от възложителите. По този начин възложителите биха могли да отправят констатирани забележки към изпълнителите, за да упражнят отговорност по договорите.²⁹

Яснота и коректност

Нашият преглед на процеса от гледна точка от прозрачността показва, че един от пропуските от страна на възложителите, който предполага порок на процеса по обявяване на ОП, е некоректното публикуване на информацията относно документацията на ОП във връзка с техническите спецификации. Макар и да съществува наличен документ, представен като „технически спецификации“, това не означава непременно, че той отговаря на изискванията за яснота и непротиворечивост. Определеното съдържание на един такъв документ (указано в чл. 48 от ЗОП) е единственият фактор, който го прави годин да валидира процедурата.

Пример от практиката

Неотдавнашен случай от практиката на КЗК³⁰ показва как възложител на ОП при обявяването ѝ публикува документация, която не съдържа технически спецификации, определени по начина, указан в чл. 48 от ЗОП. Съгласно този текст от закона в документацията за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка възложителят определя техническите спецификации чрез посочване на работни характеристики или функционални изисквания. Те трябва да позволяват точно определяне на обекта на поръчката.

При обжалване на процедурата КЗК изследва техническите спецификации, които са част от утвърдената от възложителя документация. Така установява, че само са изброени съответните проектни части и отделните видове работи, които следва да се изпълнят. КЗК приема, че в документа, наименован "Технически спецификации", не се съдържа информация за задължителни технически изисквания, на които трябва да отговарят материалите, стоките или консумативите. КЗК счита, че е налице нарушение, тъй като документацията по процедурата в частта, касаеща техническите спецификации, не е имала изискуемото от закона съдържание, поради което обосновава отмяна на решението за обявяване на ОП и така слага край на самата процедура.

Административна тежест

В мотивите на ЗОП е посочено въвеждането на Единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП) като една от мерките, които целят съществено облекчаване на достъпа до процедурите. По този начин принципът за публичност и прозрачност тук се спазва чрез улесняване на достъпа за потенциалните участници и изпълнители и по-малка административна тежест за бизнеса при подаване на проектно предложение. Кандидатите и участниците в ОП само декларират актуалното си състояние без да го доказват. Доказването се извършва с удостоверителни документи само от спечелилия поръчката кандидат³¹.

²⁹ чл. 36, ал. 1, т.4 от ЗОП

³⁰ Решение № 111 от 31.01.2017 г. на КЗК.

³¹ Съгласно чл. 67, ал. 1 ЗОП при подаване на заявление за участие или оферта кандидатът или участникът декларира липсата на основанията за отстраняване и съответствието с критериите за подбор

ЕЕДОП представлява декларация в унифицирана за ЕС форма, която се попълва и подава от кандидатите и участниците в процедурите. Чрез нея се декларира изпълнение на условията относно личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителя, без на този етап да се изискват конкретни удостоверявателни документи. Фактическото доказване на заявените обстоятелства по правило се извършва от спечелилото поръчката лице, без да възниква задължение за останалите да извършват редица административно ангажиращи дейности. По този начин се разрешава както въпросът за улесняване на заинтересованите лица, така и условието за унификация на процеса в границите на ЕС. Така на етапа на подаване на документите за участие в процедурата възложителят може да изиска само представяне на ЕЕДОП, чрез който се декларира обстоятелства, но не и да въвежда задължение за доказване на тези обстоятелства или повторното им деклариране.

Прекомерното събиране на доказателства, за да се преценят техническите и човешки ресурси на кандидатите, се приема от практиката за утежняващо изискване. То противоречи чл. 59, ал. 3 от ЗОП, съгласно който възложителите нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в закона. Нещо повече - в закона е въведена забрана като критерий за подбор да се включват условия или изисквания, които са свързани с изпълнението на определен брой изпълнени договори с конкретно посочване на предмета им (чл. 63, ал. 6 от ЗОП). Допуснатото нарушение е от категорията на съществени и се явява самостоятелно основание за отмяна на решението за откриване на процедурата по ОП. А поради това се проваля и цялата процедура по ОП. Това е пример за злоупотреба с принципите на публичността и прозрачността и превратното им тълкуване³².

Пример от практиката

В прегледната за целите на този анализ практика констатирахме как възложител на ОП въвежда изискване към кандидатите за наличие на опит, изразяващ се в изпълнението на определен брой договори, сходни с предмета на обявената ОП. Това е в противоречие със ЗОП (разпоредбата на чл. 59, ал. 3 от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 1, б. "б" и ал. 6 от ЗОП). Съгласно закона (чл. 63, ал. 1 от ЗОП) възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество.

По закон възложителят може да изиска от участника в последните три години да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на обявената поръчка. В настоящия случай, обаче, възложителят не е отчел обстоятелството, че законодателят му е предоставил правото да изисква изпълнението на определени дейности, а не на брой договори.

чрез представяне на ЕЕДОП. От разпоредбата са видни обстоятелствата, които следва да се декларира от ЕЕДОП. На първо място, това са обстоятелствата, касаещи личното състояние на кандидата или участника, разписани в чл. 54, ал. 1 и/или чл. 55, ал. 1 ЗОП. На второ място това са обстоятелствата, свързани с критериите за подбор, поставени от възложителя.

³² Виж Решение № 735 от 04.10.2016 г. на КЗК.

4. Публичност и прозрачност при възлагането

Централното място от процедурата на една ОП е начинът, по който възложителят прави избор на изпълнител. Тук основен акцент следва да бъде поставен върху работата на възложителя при вземане на решение за изпълнител.

Критерии

На първо място това се предопределя от избора на водещ критерий за оценка, както и от правилното задаване на непротиворечиви подкритерии, допълващи основния. На второ място, от съществена важност е процесът на формиране на решение при работата на оценителната комисия. Именно публичността и прозрачността трябва да са водещи при всяко едно от действията на възложителя.

Критерият за възлагане „икономически най-изгодна оферта“ е водещо понятие, като задава ясен метод за избор на изпълнител. Определянето на най-изгодната оферта, от своя страна, почива на три подкритерия:

- ✓ най-ниска цена,
- ✓ ниво на разходите, отчитащо разходната ефективност,
- ✓ оптимално съотношение цена/качество³³.

Оценка

Определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителите. Те сами дават преимущество на онези показатели, които имат фундаментално значение за избора на участниците, посочвайки и тяхната относителна тежест.

Въпреки това, при изготвяне на методиката трябва да се спазват основни законови положения като принципите на публичността и прозрачността. Тяхното спазване следва да бъде проверено според това доколко са застъпени при избора на методиката за определяне на съвкупността от всички показатели, формиращи крайната оценка за избор на изпълнител. Важно за отбелязване е, че възложителят е в правото си да определи показателите за оценка и тяхната тежест по целесъобразност. Последното не трябва да се бърка с контрола за законосъобразност, извършван от КЗК и съда.

Именно целесъобразността налага критериите на възложителя да бъдат ясно разписани, а мотивите за избор на изпълнител да оставят недвусмислено убеждение за правилността на взетото решение.

Основните изисквания към методиката са законово определени³⁴. Те трябва да дават възможност да се оцени нивото на изпълнение, да позволяват сравнение между различните технически характеристики на офертите, да дават достатъчно информация на участниците за приложимите правила относно количествените и качествените показатели на офертите. Така

³³ Детайлно разписани в чл. 70 от ЗОП.

³⁴ Чл. 70, ал. 7 от ЗОП.

зададените изисквания към методиката в ЗОП са наситени с пожелателни очаквания, на които да отговорят офертите, без да задават обективни изисквания.

Оценката на възложителя за избор на изпълнител се извършва от помощен за възложителя орган – комисия. В действащия ЗОП, за разлика от отменения, няма конкретни правила относно професионалната компетентност (квалификацията и практическия опит) на членовете на комисията. Разпоредбата на чл. 103 предвижда възложителят да назначи комисия за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори и диалог, която се състои от нечетен брой членове и по отношение на тях не трябва да е налице конфликт на интереси с кандидатите или участниците. Отсъствието на конфликт на интереси е с чисто декларативен характер от страна на членовете. Не е въведено задължение възложителят да извърши специална проверка за декларираните обстоятелства.

Практика

В кратковременната практика по прилагането на ЗОП се констатира редица слабости, като субективното начало е водещо за сметка на принципните постановки. Най-често методиката за оценка е крайно субективна и предполага присъждането на различен брой точки на участниците без да са ясно дефинирани параметрите, по които се оценяват предложените решения за изпълнение на поръчката.

Възложителят формално се придържа към спазване на разпоредбите на ЗОП. В същото време, при възползване от оперативната си самостоятелност, възложителите допълнително въвеждат понятия в методиката, водещи до поставянето на различен брой точки от комисията без това да почива на измерими показатели. Такива са допълнителните уточнения към основните характеристики, които възложителите залагат, например, използвайки изискванията за "ясно" или "подробно" описание или пък "да няма непълноти в техническото предложение" и т.н. По този начин те на практика дописват закона и вместо да посочват начина на оценка на предложенията на участниците, те водят до още по-голяма неяснота и субективизъм и засилват предимството на определен изпълнител³⁵. В резултат на това предварително обявените от възложителя показатели и тяхната тежест не са пряко свързани с обекта на поръчката и не са съобразени с качеството, цената и техническите преимущества. Предоставената неограничена свобода в преценката на комисията за оценка, излъчена от възложителя, не води до обективно измерване на техническите предложения в офертите, каквото е изискването на ЗОП.

Друг констатиран проблем, който затруднява участниците да изготвят ясни оферти и се среща при работата на комисии на възложителя, е обръкването на показателите за изпълнение с критериите за оценка.

Пример от практиката

При възлагането на конкретна обществена поръчка³⁶ чрез прилагане на критерия "икономически най-изгодната оферта" се залага оценката да се осъществи на база на "нивото на разходите, като се отчита разходната ефективност, включително разходите за целия жизнен цикъл". Показателите, посочени в методиката по горепосочения критерий, обаче, са в пълно

³⁵ Виж Определение № 667 от 25.08.2016 г., Определение № 668 от 25.08.2016 г., Определение № 701 от 20.09.2016 г. на КЗК.

³⁶ Виж Решение № 719 от 04.10.2016 г. на КЗК.

противоречие с изискванията, установени в разпоредбите на закона относно критериите за оценка на разходите за целия жизнен цикъл и изискванията за съдържание на методиката. Възложителят е игнорирал изцяло предписаното в разпоредбите на ЗОП и е включил като показатели срок за доставка и срок за рекламация, които са показатели относно самото изпълнение. Те по никакъв начин не позволяват да бъдат отнесени към критерия "ниво на разходите", чието естество и обхват следва да бъде съобразено със закона (чл. 71, във връзка с чл. 70, ал. 2, т. 2 от ЗОП). КЗК приема нарушението като съществено, защото е в обективно несъответствие с принципите на ЗОП, и приема за опорочена цялата процедура по ОП.

Така субективизмът за пореден път взема превес над прозрачността и публичността. Реалното проявление на принципните начала в ЗОП не е практически обезпечено поради липсата на изискване за мотиви на възложителите защо предпочитат определени лица с професионален опит пред други при излъчване състава на комисиите. Замяната на членове на също се извършва без да е необходимо да се мотивира. И ако това е обяснимо за ЗОП, тъй като последният е рамков закон, то нищо не оправдава подхода на утвърдителен субективизъм, възприет от законодателя и в изработването на Правилника за прилагане на закона.

5. Публичност и прозрачност при договорите за изпълнение

Условие за публичността на договора за изпълнение е обявяването му в законоустановения срок и съобразно предписаното съдържание от страна на възложителя. Това следва да стане по реда на чл. 26 от ЗОП в 30-дневен срок от сключването³⁷. По този начин обявяването на договора се разглежда като способ за реализиране на публичността и прозрачността в отношенията между възложителя и изпълнителя. Съществено преимущество на действащия ЗОП пред отменения е въведеното изискване, когато изпълнител на обществена поръчка е обединение, което не е юридическо лице като например консорциум от дружества, възложителят да посочва в обявлението за възлагане на поръчка наименованието на участниците, които са включени в него.

Заплащане под условие

Едно от действията в нарушение на принципа на публичността и прозрачността е липсата на информация относно срока за заплащане на цената по договора или опитът за трансформацията му в алеаторен³⁸ договор от страна на възложителя. Последното се прави чрез поставяне под условие какво точно ще дължи изпълнителят и каква цена ще му бъде платена.

Пример от практиката

Възложител е обявил обществена поръчка, чиито предмет е консултантска услуга за написване на проект по оперативна програма. В документацията на обществената поръчка³⁹ възложителят е публикувал проект на договор, съгласно който първото плащане по договора в размер до 50% от цената за изпълнение на дейностите ще бъде извършено, ако възложителят получи проектното финансиране. Формулираният текст сериозно накърнява правата и

³⁷ Прилага се също и за рамково споразумение, както и при прекратяване на договор за ОП.

³⁸ Алеаторни са тези договори, при които една от страните не знае точния размер на задължението си или на вземането си, т.е. не знае с точност колко ще дължи или какво ще получи.

³⁹ Виж Определение № 667 от 25.08.2016 г. на КЗК.

интересите на изпълнителя на обществената поръчка, доколкото е възможно същият да не получи уговореното си възнаграждение за изпълнение на дейностите по подготовка на проектното предложение (изготвяне на заявлението за кандидатстване, окомплектоване на останалите документи за кандидатстване и др.), в случай че същото не бъде одобрено и не бъде сключен договор за отпускане на финансова помощ. Следва да се отбележи, че одобряването на дадено проектно предложение в повечето случаи не зависи от действията на този, който го е изготвил, като в повечето случаи това зависи от наличието на текущ финансов ресурс по финансиращата програма (възможно е при подаване на предложението, ресурсът по програмата да е изчерпан). Залагайки горепосочената клауза в договора за изпълнение на поръчката, възложителят ограничава правата на изрядния изпълнител по договора, доколкото заплащането на дейностите по него се поставя в зависимост от бъдещо несигурно събитие, което не зависи от него.

Безвъзмездни услуги. Спомагателни услуги

По дефиниция договорът за обществена поръчка е възмезден. Определената по него цена трябва да включва изпълнението на всички дейности по поръчката. С изискване за безплатна работа възложителят нарушава принципите на публичност и прозрачност, т.к. желаните от него безплатни дейности, не се явяват безплатни за участниците, а те ще трябва да калкулират колко би им струвало да ги извършат и след тази калкулация да включат цената на "безплатните" дейности към стойността⁴⁰. При тези обстоятелства съществува опасност възложителят да получи недължимата по договор услуга като по този начин се постави в зависимост спрямо изпълнителя, а отношенията им не биха почивали на публично известни престации.

Нарушение на възмездния характер на договора се констатира и когато възложителят постави изискване изпълнителят да предостави спомагателни услуги спрямо основния предмет на договора. Такова изискване противоречи на множество норми и принципни основания. Търговските дружества са стопански субекти, като тяхната основна цел е формирането на добавена икономическа стойност и определен процент печалба и е недопустимо да бъдат задължавани да работят безвъзмездно.

Пример от практиката

Възложител залага в документацията за участие в обществената поръчка условието да се представи декларация, че при закупуването на нови гуми изпълнителят по ОП ще предлага безплатен демонтаж, монтаж и баланс на гумите. Изпълнението на част от дейностите по договор, без то да бъде заплатено, води до предоставянето на безвъзмездни услуги от страна на изпълнителя към възложителя. Такова предоставяне е недопустимо, тъй като в § 2, т. 4 от ДР на ЗОП изрично е посочено, че "Договор за обществена поръчка" е възмезден писмен договор, сключен по реда на закона между един или повече възложители и един или повече изпълнители, с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги⁴¹. Възложителят не разполага с правно основание да задължава своите контрагенти да извършват безвъзмездни дейности. Това условие КЗК счита като незаконосъобразно и отменя решението за откриване на процедурата по ОП

⁴⁰ Съгласно Решение № 598 от 19.08.2016 г. на КЗК.

⁴¹ Виж Определение № 667 от 25.08.2016 г. на КЗК и Определение № 702 от 20.09.2016 г. на КЗК.

Пример за публичност и прозрачност при възлагането - консорциуми

Друг елемент от спазването на принципите на публичност и прозрачност при възлагането на обществени поръчки е яснотата по отношение на изпълнителите.

Като потвърждение за защита на прозрачността при възлагането на ОП можем да посочим разпоредбата на чл. 38, ал. 1 от Кодекса на обществените поръчки в Италия⁴². Според посочената разпоредба при неяснота относно реалните собственици на дружеството (intestazione fiduciaria), участник в процедурата, то подлежи на отстраняване поради риск от скрита инфилтрация на мафията при изразходването на публични средства.

В България в редица случаи участниците и изпълнителите по обществените поръчки са обединения от търговски дружества. Това свое обединяване те най-често извършват под формата на консорциуми, а по своята правна природа консорциумите се регистрират като граждански дружества по Закона за задълженията и договорите.

Изпълнението на обществени поръчки от група от фирми е застъпено силно през годините. За периода 2007-2015 г. отворените данни за обществените поръчки показват, че над 4 хиляди от изпълнителите или 19% от всички изпълнители са консорциуми (в които се включват записаните в базата данни като обединения, консорциуми, ДЗЗД - дружества по Закона за задълженията и договорите).

Обикновено обединенията на фирми се правят с цел да се посрещнат изискванията за големи, по-трудоемки, по-обхватни поръчки, например при инфраструктурните проекти за строителство и ремонтни дейности. Това се потвърждава и от данните – от парите, които консорциумите печелят, около 80% са в строителството. За сравнение, от общите средства за всички обществени поръчки 43% са за строителство.

Именно поради тази причина данните показват голяма разлика между дела на



⁴² art. 38 par. 1 d, Italian Public Contracts Code.

консорциумите в броя на спечелените поръчки и съответно дела им при сумата в общите поръчки за периода. Така, докато 5% (под 10 хиляди от общо близо 200 хиляди поръчки за периода) от броя на поръчките се изпълняват от консорциуми, сумите по договорите по тях представляват 23% от общо похарчените над 60 млрд. лв. за обществени поръчки или 14,5 млрд. лева.

Трябва да се отбележи фактът, че и при консорциумите сумите по договорите очевидно не са представени коректно. На много места в базата данни липсва сумата по договорите, а за 240 консорциума няма каквато и да било информация за изплатените средства (включително и за един консорциум с над 50 спечелени договора – случаят е описан по-долу).

Средната сума на една поръчка, изпълнявана от консорциуми, пък е десет пъти по-голяма от средната сума на всички поръчки с договори за периода.

В допълнение, консорциумите изпълняват много повече и по-скъпи поръчки с европейско съфинансиране (обикновено инфраструктурни). Докато в общата база данни делът на поръчките с европейско съфинансиране е 10% от броя и 27% от средствата, похарчени за обществени поръчки в периода 2007-2015 г., само при консорциумите изпълнените поръчки с европейски средства представляват около половината от общия им брой и 2/3 от средствата по тях.

Тези факти отново могат да бъдат обяснени с целите на създаването на консорциуми като участници по обществените поръчки. Докато консорциумите печелят 23% от средствата по всички обществени поръчки, конкретно за строителството, където поръчките са най-скъпи, консорциумите печелят близо половината (45%) от предвидените средства. За сравнение, консорциумите печелят под 3% от средствата при доставките.

Нарочното създаване на консорциуми за конкретни поръчки (обикновено заради по-високите изисквания) води и до по-малък брой на поръчките, изпълнявани от даден консорциум. Средно една фирма изпълнява по осем поръчки, докато средно консорциумите изпълняват по две поръчки. Над 70% от консорциумите са изпълнили само по една поръчка.

Все пак има и обединения със значителен брой изпълнени поръчки.

ТОП 10 на консорциумите с най-много поръчки	Брой на поръчките	Сума на поръчките (лв.)
ГД Стройинвест - Сливен	81	86 469 823
Обединение Логистика и събития - ЛС - Пловдив	51	0
ДЗЗД Консорциум за инженеринг, проектиране и изграждане	50	46 971 133
Консорциум Атоменергоремонт - Гълъбово	47	25 057 212
ДЗЗД Енергогруп - Стара Загора	40	4 778 907
Консорциум "ЮДП - Горски пътища" - Благоевград	39	12 272 202
Консорциум Билдникс - БСК - гр.Бургас	39	5 143 989
ДЗЗД Обществена храна - Русе - София	39	710 164
ДЗЗД АВЕСТА, Велико Търново	39	535 548
ДЗЗД Хасково сигурност 1	38	970 200

За периода 2007-2015 г. консорциумите с по над 50 договора за обществени поръчки са общо три, а изследването на информацията за тях показва някои любопитни наблюдения:

- ГД Стройинвест – Сливен работи по 81 поръчки, основно за община Сливен, на обща стойност минимум (тъй като невинаги сумата на договора е вписана в регистъра) 86 млн. лева. Всички поръчки на консорциума в рамките на периода 2007-2015 г. са между 2007 и 2011 година. Основната част от договорите включва изпълняването на дейности по строителство на сгради, съоръжения и пътища, поддържане на осветлението в община Сливен, поддържане и изграждане на ВиК мрежи.

През 2011 г. консорциумът изчезва от изпълнителите и в последващите години в община Сливен няма друга фирма или консорциум, който толкова често да печели и изпълнява обществени поръчки.

По-нататъшното изследване на консорциума става трудно, тъй като до 01.05.2016 г. Регистър БУЛСТАТ (където подлежат на регистрация гражданските дружества по ЗЗД) не работеше като електронна информационна система. Така, макар и публичен по своя характер, той не беше лесно достъпен - за да се провери от трето за процедурата лице кой реално стои зад едно обединение, беше необходимо изрично посещение до Агенцията по вписванията.

- През 2013 г. консорциумът Обединение Логистика и събития – ЛС – Пловдив, с БУЛСТАТ №176492181, състоящо се от търговските дружества „МАРБРО ТУРС“ ООД и "Квалификация консулт" ЕООД придобива качеството на изпълнител на обществени поръчки с възложител Министерство на труда и социалната политика (МТСП) и с предмет "Осигуряване на логистика за провеждане на събития по изпълнение на дейности по Оперативна програма "Развитие на човешките ресурси". В рамките на изследвания период (2007-2015 г.), в подпериода 2013-2015 г. консорциумът печели всички поръчки на МТСП с конкретния предмет на дейност – общо 51 броя - като за всяка една от тях възложителят, в лицето на МТСП, е пропуснал да впише реалната стойност на договорите, а е отбелязал 0 лева.

При изследване правния статус на консорциума се оказва, че той е учреден между гореспоменатите съдружници, като от индивидуалните партии на „Квалификация консулт“ ЕООД и „МАРБРО ТУРС“ ООД става ясно, че техният собственик е едно и също юридическо лице - ПЛУТОН-1 (ЕИК/ПИК 115038506). Двете фирми от консорциума имат и абсолютно съвпадащи седалище и адрес на управление.

Още една любопитна подробност е, че в графата за участниците в процедурите за всичките 51 договора възложителят (МТСП) вписва едни и същи осем кандидати, юридически лица. Остава въпросът, ако данните са попълнени коректно, защо тези седем други кандидати продължават да се борят за конкретните обществени поръчки, при положение, че винаги победителят е консорциумът Обединение Логистика и събития – ЛС – Пловдив и защо нито една фирма не отпада от съревнованието или пък някой нов участник не се включва в него.

- ДЗЗД Консорциум за инженеринг, проектиране и изграждане (БУЛСТАТ №175648695) печели общо 50 поръчки в периода 2009-2015 г. на обща стойност 47 млн. лева. Консорциумът се състои от три фирми с различна основна дейност в сферата на строителството, но и трите фирми са собственост на едни и същи двама съдружници. Така, компаниите „Вайс-профил“ ООД, „Олдекс“ ООД и „Техно енерджи“ ООД изпълняват обществени поръчки за строителство и цялостни ремонти из цялата страна (срещат се поръчки в София, Варна, Панагюрище, Созопол, Перник, Благоевград, Свищов и др.). Някои от най-големите поръчки включват доставка и монтаж на

алуминиева и PVC дограма за различни университети, строителство и ремонтни дейности в редица училища и детски градини, изграждане на инфраструктура в бюрата по труда, изграждане на пречиствателна станция за отпадни води.

Някои от консорциумите пък са изпълнявали договори за обществени поръчки за значителни суми, в повечето случаи – за една единствена поръчка.

ТОП 10 консорциуми с най-скъпи поръчки	Брой на поръчките	Сума на поръчките (лв.)
ДЗЗД Джисиеф-СК-13-Трейтс Рейлинфра Консорциум - София	4	328 121 759
Консорциум СТРУМА-ЛОТ 2	1	298 935 000
ДЗЗД Консорциум Струма - ЛОТ 3.3	1	234 123 012
ДЗЗД Обединение - Актор АД- Хелектор АД - Пловдив	1	213 462 194
ДЗЗД Граждански дружество ДВУ	1	195 231 554
ДЗЗД Обединение Метро Младост - София	1	184 975 733
ДЗЗД Сдружение Тракия, гр. София	1	174 705 600
Консорциум ХПВС-ССТ", Варна	1	149 999 999
Обединение "Метро Трейс"	2	143 881 663
ДЗЗД Марица Хайуей - София	2	138 204 034

Най-големи са сумите в сферата на строителството и поддържането на инфраструктура, насочени към четири консорциума със спечелени обществени поръчки всяка за над 200 млн. лева, като само при първия поръчките са четири, докато при останалите – по една:

- ДЗЗД Джисиеф-СК-13-Трейтс Рейлинфра Консорциум - София (БУЛСТАТ №15015) печели общо четири поръчки, три през 2011 г. и една през 2015 г., всичките за "Рехабилитация на железопътната инфраструктура в участъци от железопътната линия Пловдив – Бургас" по поръчка на ДП Национална компания "Железопътна инфраструктура" /НКЖИ/ - София. Четирите поръчки са на обща стойности 328 млн. лева. Консорциумът е съставен от италианската фирма GSF spa, Viale Oceano Atlantico и българските „СК-13 Трансстрой“ АД и „Трейс-Груп-Холд“ АД, гр. София.
- Консорциум СТРУМА-ЛОТ 2 (БУЛСТАТ №176441201) печели поръчката за проектиране и строителството на обект Автомагистрала "Струма" лот 2, Участък Дупница – Благоевград" от км 322+000 до км 359+000 в началото на 2013 година на стойност близо 300 млн. лева. В крайна сметка строителният договор е на стойност 359 млн. лева. Водещата фирма е италианската Импреза" АД – Италия, гр. Рим (вписана в Търговско-промишлената палата, селскостопанска и занаятчийска палата на Рим под № 02353280585). Българските партньори са „ГБС Инфраструктурно строителство" АД – гр. София (ЕИК 130131711) и „Пътстрой-92" АД – гр. София (ЕИК 121015330). Проектът се финансира по ОП "Транспорт" 2007-2013 с бенефициент Агенция "Пътна инфраструктура". През октомври 2015 г. 37-те нови километра от магистралата официално са открити.
- ДЗЗД Консорциум Струма - ЛОТ 3.3 (БУЛСТАТ №176867941) печели поръчката за проектиране и строителство на автомагистрала "Струма" Лот 3.3 в края на 2015 година. Консорциумът се състои от "ГБС ИНФРАСТРУКТУРНО СТРОИТЕЛСТВО" АД (ЕИК 130131711), "ПЪТСТРОЙ-92" АД (ЕИК 121015330), "ГЛАВБОЛГАРСТРОЙ" АД (ЕИК 831652485) и "ГЕОСТРОЙ" АД (175102326). В четирите фирми като директори и

представители участват и едни и същи или свързани лица (Камен Симеонов Пешов и Симеон Стоилков Пешов са в "ГБС ИНФРАСТРУКТУРНО СТРОИТЕЛСТВО" АД, а Калин Симеонов Пешов – в "ГЛАВБОЛГАРСТРОЙ" АД; Иван Цолов Вутов е в "ПЪТСТРОЙ-92" АД, а Владимир Цолов Вутов – в "ГЕОСТРОЙ" АД, Светослав Иванов Любомиров е едновременно и в "ГБС ИНФРАСТРУКТУРНО СТРОИТЕЛСТВО" АД, и в "ГЛАВБОЛГАРСТРОЙ" АД).

- ДЗЗД Обединение - Актор АД - Хелектор АД – Пловдив (БУЛСТАТ №176614863) печели обществена поръчка за 213 млн. лв. в края на 2013 г. за „Проектиране и строителство на завод за Механично-биологично третиране (МБТ) на отпадъци с производство на RDF – гориво“. Проектът е съфинансиран от оперативна програма „Околна среда 2007-2013“. След няколко старта на проекта, започващи още през 2007 г., с последната обществена поръчка заводът е построен и приключен в края на 2015 година.

Описаните случаи показват практики, чиито корени могат да се дължат както на злоупотреби в обществените поръчки, така и на липса на прозрачност и коректност при попълването на информацията от държавните служители, за което [писяхме](#) неотдавна (по същия начин в 98% от попълнените редове липсва информация за другите участници в търговете). По този начин се спъват обобщенията и анализът, а проследяването на стотици хиляди обществени поръчки една по една е на практика невъзможно. Това изисква коректното попълване на информацията в базите данни и въвеждането на ясни отговорности при отчитането на държавата пред обществото.

6. Публичност и прозрачност при обжалването на процедурите

ЗОП регламентира обществените отношения при изразходването на публични средства от държавни и общински учреждения или от публичноправни организации. Видно от това, публичният интерес е основно застъпен в тези отношения, а защитата му в най-висока степен дава възможност дори за спиране на процедурите. С това законодателят му е отредил основен приоритет⁴³. Логично би било защитата на публичния интерес да бъде водеща и при обжалването на процедурите на всички нива в ЗОП.

Въпреки това, установената практика за характера на актовете на възложителите по ЗОП е те да бъдат третирани като индивидуални административни актове, тъй като по презумпция на АПК⁴⁴ с тях се засягат права и интереси на ограничен кръг лица и организации. Това е строго възприетата практика на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) и Върховния административен съд (ВАС) по приложението на ЗОП. Така възможен изход за защита е доказването на правен интерес от трети за процедурата страни(заинтересовани лица по ЗОП)⁴⁵. Доколко обаче това допълнително условие е лесно изпълнимо?

По реда на чл. 198 от ЗОП право на обжалване имат три категории лица – заинтересованите лица, заинтересован кандидат в процедурата и заинтересован кандидат или участник.

⁴³ Според Определение № 667 от 25.08.2016г. на КЗК именно „КЗК може да не наложи временна мярка при определени условия, което означава, че законодателят е дал приоритет на спирането на процедурата, изхождайки от презумпцията, че по този начин общественият интерес ще бъде защитен в по-голяма степен.“

⁴⁴ Виж чл. 21 от АПК.

⁴⁵ Понятието „заинтересовано лице“ се въвежда в чл. 22, ал. 1, т. 9 от ЗОП.

Сред трите категории най-широка е тази в първата хипотеза на чл. 198, ал. 1, т. 1 – на заинтересованото лице. Съгласно дефинициите в Допълнителните разпоредби на ЗОП основен белег на заинтересованото лице е да е имало интерес от получаването⁴⁶ на обществената поръчка. В допълнение, качеството „заинтересовано лице“ придобива онзи правен субект по смисъла на чл. 15 от АПК, чиито права, свободи и законни интереси са или биха били засегнати от административния акт. Това означава, че макар да не е страна по материалното правоотношение, ако реално правата и интересите са засегнати или са застрашени от засягане, този правен субект придобива качество на заинтересовано лице. Винаги обаче трябва да се установи накърняване на правата и интересите, което предопределя и наличието на личен и пряк правен интерес (в смисъла на чл. 15 ал. 2 от АПК, чл. 83 ал. 2 и чл. 147 от АПК).

В случая, обаче, личният и пряк интерес кореспондира с публичния интерес⁴⁷. Ето защо можем да се противопоставим на утвърденото разбиране за легитимните страни в процеса по обжалване. Така при сега установената практика и разбирания, ако една обществена организация⁴⁸ констатира нарушение на процедурата, не би могла да се заяви и конституира като страна пред съда за защита на публичен интерес.

В закона е предвидена и косвена процедура за обжалване чрез професионални сдружения и организации в съответния бранш за защита на интересите на своите членове. В този случай, обаче, е необходимо членство и нечленовете отново не са легитимирани да обжалват процедурата. Дори в случаите, когато лицето е член на подобна организация, от разпоредбите не става ясно дали то може да обжалва, ако обществената поръчка е открита преди членството.

От изложеното произлиза, че право за обжалването на актовете по ЗОП имат стеснен кръг лица, а именно само лицата, участващи на трите етапа на поръчката. Това разбиране за природата на решенията и в частност на решенията за обявяване на ОП строго ограничава способите за проследяване на публичността и прозрачността на процедурите. Това, от своя страна, стеснява инструментариума за защита на обществения интерес. В този случай необявеният за най-основен принцип на закона – този за бързината на поръчката, взема фундаментален превес пред публичността и прозрачността, а оттам и пред защитата на публичния интерес по изразходването на средства.

Държавните органи са натоварени със защитата на публичния интерес, но в обществата с неработещо правосъдие и нефункциониращи институции е жизненоважно да бъдат създадени възможности гражданите и гражданските организации да бъдат овластени с правото на защита на публичния интерес. В противен случай по неясен, непрозрачен, а оттам и

⁴⁶ Неясни остават мотивите защо се употребява законово „получаването на обществена поръчка“. Явно законодателят възприема, че след като определени категории лица „възлагат ОП“, то другите получават. Но страните по договори, с които някой възлага определен обем от работа не се наричат „получатели“, а изпълнители. Ето защо коректната дефиниция за заинтересовано лице би следвало да бъде „всяко лице, което и е имало интерес от изпълнението на обществената поръчка“.

⁴⁷ Законосъобразността на поръчките е пряко свързана със защитата на обществения интерес, както се вижда от практиката на КЗК- виж Определение № 665 от 25.08.2016 г. на КЗК.

⁴⁸ ЮЛНЦ или друг изразител на обществения интерес.

недоказуем начин, се постига подмяна на предмета на договора по обществената поръчка до степен, в която той да бъде третиран като недействителен⁴⁹.

Пример от практиката

Как се третира въпросът в други страни?

В **Италия** трети за процедурата страни могат да обжалват самата процедура, стига да са способни да докажат своя пряк личен интерес. За годни доказателства при доказването съдът признава липсата на публикувана информация, която е попречила участието на обжалващите в процедурата по ОП или поставянето на твърде високи изисквания за участие в процедурата⁵⁰.

Далеч по-строги са изискванията в други държави от ЕС. В **Холандия** на физическите лица и неучастващите в процедурата юридически лица жалбите не се разглеждат и по този начин дори е недопустимо доказването на интерес⁵¹. За заинтересовани страни в потенциалното обжалване се признават само участвалите в процедурата и то само ако докажат, че интересът им вече не е отпаднал.

Японската система за жалби във връзка с възлагането на държавни поръчки на стоки и услуги (включително строителни услуги) има за цел да осигури по-голяма прозрачност, справедливост и конкурентоспособност в държавните поръчки. Специално създаденият Съвет за преразглеждане на обществени поръчки получава и разглежда жалби, свързани с обществените поръчки. За жалбите биват уведомявани и всички заинтересовани ръководители на държавните органи. Лицата или органите, които желаят да обжалват, могат да направят това към Съвета в десетдневен срок от установяването на съмнения в процедурите. Съветът разглежда получените жалби и в рамките на седем работни дни от тяхното подаване определя дали те ще бъдат приети за преглед. Ако жалбата е приета за преглед, Съветът незабавно уведомява ищеца и възложителя за това в писмена форма и публично обявява своето решение чрез Държавен вестник в интернет (<http://www5.cao.go.jp/access/english/kouji-e.html>), настоявайки за съдействието на участниците, заинтересовани от жалбата. Така, макар и процедурата да не се разглежда от съд, е обезпечена правната възможност за защита на основните публични принципи и интереси⁵².

⁴⁹ В този смисъл е и практиката на Съда на Европейския съюз, за целта виж: (ECJ, 13 April 2010, C-91/08, Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs; ECJ, 19 June 2008, n. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich

⁵⁰ Резюме на процедурата: <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247755159632&ssbinary=true>

⁵¹ Civil Code, Article 3:303. Резюме на процедурата на: <http://us.practicallaw.com/3-522-7902?q=&qpr=&qo=&qe=>

⁵² Подробности в друг анализ на ИПИ по въпроса – „[Международни практики за борба с корупцията в обществените поръчки](#)”.

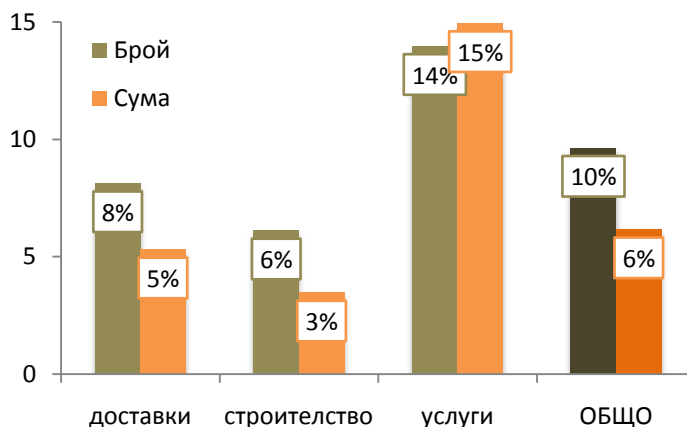
7. Публичност и прозрачност при отчитането

Спазване на основните принципи за публичност и прозрачност може да се търси и при отчитането на публичните средства, похарчени чрез обществени поръчки.

Отворените данни⁵³ за проведените обществени поръчки в периода 2007-2015 г., показват доста случаи на некоректно попълване на данните. Такъв пример са въведените суми на договорите за обществени поръчки, които често са доста съмнителни.

16 528 броя от поръчките в периода 2007-2015 г. са на стойност кръгли суми до хиляди или това са 10% от проведените поръчки. Общо похарчените пари по тези поръчки са 3 558 273 000 лева или 6% от общата стойност от над 60 млрд. лв. за обществени поръчки в този период. Причината за това закръгляне дори не може да се отдаде на съществуването на определени прагове по поръчките, тъй като само 0,1% от поръчките през разглеждания период са на стойност, равна на определения праг за дадената дейност чрез законодателството.

Дял на поръчки със закръглена стойност на сумите по договорите до хиляди (%)



При договорите за услуги закръглените суми се срещат най-често – 14% от броя и 15% от сумите по договорите. Там са и най-много от фирмите, които подписват договори само на закръглени суми.

Пример от практиката

Фирма от Кюстендил през 2007 г. товари и транспортира дървен материал за Държавно ловно стопанство - Осогово за точно 90 000 лв., а през 2008 г. преработва материала за точно 360 000 лв. или общо точно 450 000 лева. Една варненска фирма пък изпълнява за община Варна поръчка за „Поддържане и изграждане на зелени площи, резитба и отсичане на дървета“ за точно 1 000 000 лв., а за ВиК-Добрич - "Ремонт на трафомашини" за 100 000 лева. Друг такъв пример, този път при доставките, е с фирма от Симеоновград, която през 2007 г. доставя на ВиК-Кърджали два товарни автомобили на стойност 25 000 лв., а през 2012 г. – два самосвала на община Елхово на абсолютно същата стойност, 25 000 лв., или общо 50 000 лв. за двете доставки. Точно 1 000 лв. пък струват редица дейности като например ремонт на пожарогасители с изтекъл срок в Български пощи, снегочистването в с. Горно Трапе, доставка на масло в детска градина в гр. Русе и множество други.

Разбира се, това са сумите, които администрацията е вписала в Регистъра на обществените поръчки (РОП), а те, очевидно, невинаги изглеждат коректни. За стотина от поръчките сума изобщо не е вписвана, а за 21 291 броя (12% от всички поръчки за периода

⁵³ Базата данни за обществени поръчки, публикуване на : <http://oop.ime.bg/contracts/>

2007-2015 г.) е посочено, че договорът е на стойност 0 лева, което очевидно е нереална стойност за каквато и да е стока или услуга.

В много случаи се виждат и нереални суми по договорите, въведени в базата данни.

Пример от практиката

Според Регистъра отпечатването и доставката на ваучери за храна на всички служители в НКЖИ през 2011 г. е струвала точно 1 стотинка, а договор със същия предмет на поръчката, но за 2015 г., струва вече 8 432 424 лева. По същия начин, докато отпечатването и доставката на ваучери за храна на всички служители в БНТ за 2012 г. е 0,01 лв., в следващите три години стойността е около 300 хиляди лв. и то като се има предвид, че доставчикът е една и съща фирма.

Левче струва доставка на хранителни продукти за общински детски градини в община Кърджали през 2009 г., както и охраната на имуществото и транспортиране на ценни пратки и пощенски товари на Български пощи през 2015 година.

В отговор на наше запитване до Агенцията за обществени поръчки (АОП) получихме информация, че това се дължи на възможността (до отмяната на стария ЗОП през април 2016 г.) възложителите да въвеждат в полето за стойността нула или само стотинки. Към настоящия момент тази порочна практика е преустановена, но рискът да наблюдаваме вписване на нереални и/или закръглени стойности остава.

Подобна вредна практика води до редица негативи:

- ✓ Задават се грешни данни, които влияят на статистиката;
- ✓ Обществото остава излъгано за реалната платена цена при разходването на публични средства;
- ✓ Създава се объркване на пазара за конкурентната стойност на предлаганите стоки и услуги.

Трябва да направим уточнението, че в Регистъра на обществените поръчки (РОП) има актуални данни за това колко са стрували поръчките след изпълнението, но трудно човек би обработил 200 хиляди отделни досиета за всяка проведена поръчка.

В този контекст отварянето на данни няма смисъла, който би могло да има, а администрацията ще продължава да е непрозрачна. По притеснителното е, че нито в закона и правилника, действащи допреди 2016 г., нито в настоящите, има текстове, гарантиращи коректната информация.

До април 2016 г. едно от основните задължения на изпълнителния директор на АОП е било поддържането на регистъра на ОП⁵⁴. Отново по силата на ЗОП (отм.)⁵⁵ изпълнителният директор на АОП е имал задължение да издава методически указания за уеднаквяване на практиката по прилагането на закона и свързаните с него подзаконовни нормативни актове. И такива указания има издадени: *„Предвид изложеното при изпращане на информация за изпълнението на договора, в съответните полета на образеца следва да се посочи стойността на реално изплатените суми. Отбелязването на стойност “нула” е*

⁵⁴ Вж. чл. 18, ал. 2, т. 6 от ЗОП /отм./

⁵⁵ Чл. 18, ал. 2, т. 6 от ЗОП /отм./

допустимо само когато по него не са извършени плащания. Когато не са извършени плащания преди прекратяването, в съответните полета на образеца се посочва стойност „нула“⁵⁶. Както е видно от наличните данни, тези указания са послужили за разпростиране на лошите практики. Методически указания по предотвратяването им липсват на страницата на АОП.

След влизането в сила на новия ЗОП изпълнителният директор на АОП отново е отговорен за поддържането на РОП⁵⁷, в това число и да изисква от възложителите необходимата информация. Разширен е обхватът на задълженията за възложителите - длъжни са да подават стандартизирана информация по реда на ЗОП, както и да съставят и досие на обществената поръчка (т.нар. одитна пътека) с цел по-лесния контрол по изпълнение на процедурата.

Данни и информация за отговорността по контрола и налагането на санкции, обаче, е трудно да се намерят. Към настоящия момент не е публикуван докладът на АОП за 2016 г. и не можем да установим наложени ли са санкции за неподдаване на информация или подаване на грешна информация към РОП. Но резултатите лесно могат да бъдат предизвестени. Установените проблеми с некоректното подаване на информация, нарушаващи принципа на прозрачност при изпълнението на обществените поръчки, не са спечелили внимание при изработване на сега действащия ЗОП.

В закона не е предвидена хипотеза за налагане на глоба или друг вид санкция при неподдаване на информация или при заявяване на невярна информация от страна на възложителите. Така остава да възлагаме доверие на предвидената обща санкция за нарушаване на правилника за прилагане на ЗОП. Но предвид омаловажаването на въпроса за реалната цена на поръчките, установените при действието на отменения ЗОП нарушения могат спокойно да заживеят и в действащия закон. Погазването на правото на информация на гражданите не е отчетено като фундаментален проблем от страна на законодателната и изпълнителната власти, въпреки въздигането на прозрачността при обществените поръчки във фундаментален принцип, разписан в Директива 2014/24/ЕС.

Така формалистичният подход за подаване на информация е сведен до формален – важно е да отчиташ в срок и по ред информация, независимо каква е тя. Формата отново взема превес пред съдържанието.

⁵⁶ Цитираното указание: http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/practika/MET_UKAZANIE_20110224.pdf

⁵⁷ Виж Чл. 229, ал. 1, т. 11 и чл. 229, ал. 3 от действащия ЗОП.

Заклучение

Действащият ЗОП бе приет с мотивите да задълбочи прилагането в практиката на фундаменталните принципи на ЕС. С това се целеше законът да улесни достъпа до обществени поръчки на по-широк кръг икономически субекти като засили унифицирането на процедурите за страните членки.

В законодателството ОП са подчинени на няколко основни принципа. Единият от тях – този за публичността и прозрачността - се явява гарант за спазването и прилагането на останалите. Манифестирането на принципи или записването им в закон, обаче, не е достатъчно основание за добър закон, добро приложение и добра резултатност при прилагането.

Всеки един принцип е работещ инструмент само при условие, че е в идейната основа на отделните текстове, уреждащи процедурите по ЗОП. При действащия ЗОП се наблюдава несъответствие на редица елементи от закона с принципните основания при провеждане на ОП. Така, макар и обявен за водещ при всяко едно действие от процедурата по ОП, принципът на публичността и прозрачността се прилага формално или порочно. Нарушаването на принципните начала води до компрометиране на процесите дори и при формално законосъобразни и изрядни процедури. Законодателството, благоприятстващо нарушението на принципа на публичността и прозрачността, стимулира по-тесен кръг от участници и изолира кръга на активните икономически единици. Така занижената конкурентна среда прави възможна политическата намеса в областта на обществените поръчки в няколко направления:

- Сред малкото конкуриращи се създава възможност за картелно договаряне в цената на стоките и услугите;
- Управляващите и представляващите възложителите имат възможност да разпределят пазара като предоставят за изпълнение на всеки участник определен брой поръчки, а в замяна получават недължима облага;
- Обществените разходи бележат ръст за сметка на влошеното качество на услугите.