

**НАРУШАВАНЕ НА ЗАБРАНАТА ПО ЧЛ. 25, АЛ. 7 ОТ ЗАКОНА ЗА
ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ**

гл.ас. д-р Илонка Горанова¹

Една от най-често допусканите грешки от страна на възложителите е нарушаване забраната на чл. 25, ал. 7 от Закона за обществените поръчки² (ЗОП) – когато избраният критерий за оценка на офертите е “икономически най-изгодна оценка”, възложителите нямат право да включват като показатели за оценка на офертата критериите за подбор по чл. 25, ал. 2, т. 6 от ЗОП.

Предмет на настоящата статия е изясняване същността на забраната по чл. 25, ал. 7 от ЗОП, както и правните последици от нейното нарушаване. За целта е необходимо да се разгледат **критериите за подбор на участниците/кандидатите** в процедури за възлагане на обществени поръчки и **показателите за оценка на офертите на допуснатите до участие субекти при критерий “икономически най-изгодна оферта”**, като се обърне специално внимание на разграничаването им³.

1. Съгласно чл. 25, ал. 2 от ЗОП възложителят взема решение за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка, с което одобрява обявлението за обществена поръчка и документацията за участие в процедурата. Задължителна част от информацията, която трябва да съдържа обявлението е тази, свързана с критериите за подбор, включващи минимални изисквания за икономическото и финансовото състояние на кандидата или участника, техническите му възможности и квалификация, когато възложителят определя такива, както и документите, с които те се доказват (арг. от чл. 25, ал. 2, т. 6 от ЗОП). Следователно, **критериите за подбор**, които възложителят има право да определи включват:

1.1. изисквания за икономическото и финансовото състояние на кандидата или участника, като за доказване на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителят може да изиска от тях да представят един или няколко от следните документи:

¹ Катедра “Публичноправни науки”, Юридически факултет – УНСС

² Обн. ДВ, бр. 28 от 6 април 2004 г., с посл. изм. и доп.

³ Настоящата статия е съобразена с действащото законодателство към 15 февруари 2012 г., като се обръща внимание и на предстоящите промени в ЗОП, обнародвани в ДВ, бр. 93 от 25 ноември 2011 г., които ще влязат в сила от 26 февруари 2012 г.

- удостоверения от банки или копие от застраховка за професионална отговорност;
- годишния финансов отчет или някоя от съставните му части, когато публикуването им се изисква от законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен;
- информация за общия оборот и за оборота на стоките, услугите или строителството, които са обект на поръчката, за последните три години в зависимост от датата, на която кандидатът или участникът е учреден или е започнал дейността си.

1.2. изисквания, свързани с техническите възможности и квалификация на кандидата или участника, като за доказване на техническите възможности и/или квалификацията на кандидатите или участниците възложителят може в зависимост от характера, количеството и обекта на поръчката да изиска от тях да представят един или няколко от следните документи:

- списък на основните договори за доставки и услуги, изпълнени през последните три години, включително стойностите, датите и получателите, придружен от препоръки за добро изпълнение;
- списък на договорите за строителство, изпълнени през последните 5 години, придружен от препоръки за добро изпълнение за най-важните строителни обекти; посочващи стойността, датата и мястото на строителството, както и дали то е изпълнено професионално и в съответствие с нормативните изисквания;
- описание на техническото оборудване за осигуряване на качеството и оборудването за изпитване и изследване;
- списък на технически лица, включително на тези, отговарящи за контрола на качеството;
- образци, описание и/или фотографски снимки на стоките, които ще се доставят, чиято автентичност трябва да бъде доказана, ако възложителят изисква това;

- сертификати, издадени от акредитирани институции или агенции за управление на качеството, удостоверяващи съответствието на стоките със съответните спецификации или стандарти;
- документи, удостоверяващи образованието и професионалната квалификация на кандидата или участника и/или на ръководните му служители, или на лицата, които отговарят за извършването на услугата или строителството, както и доставката, когато включва услуги и/или подготовката и въвеждането на обекта в експлоатация;
- декларация за средния годишен брой на работниците и служителите и за броя на ръководните служители на кандидата или участника за последните три години;
- декларация за техническото оборудване, с което разполага кандидатът или участникът за изпълнение на обществена поръчка за услуги или строителство;
- данни за собствени или наети технически лица, които кандидатът или участникът ще използва за извършване на строителството;
- за обществените поръчки за строителство и услуги - описание на мерките за опазване на околната среда, които кандидатът или участникът ще приложи при изпълнение на поръчката, ако възложителят е предвидил такива в обявлението.

2. Съгласно чл. 37, ал. 1 от ЗОП възложителят определя изпълнителя на обществената поръчка въз основа на оценка на офертите по един от следните критерии, посочен в обявлението:

2.1. най-ниска цена;

2.2. икономически най-изгодна оферта.

По смисъла на ЗОП “икономически най-изгодна оферта” е тази оферта, която отговаря в най-голяма степен на предварително обявените от възложителя показатели и тяхната тежест, пряко свързани и обекта на обществената поръчка по отношение на

качество, цена, технически преимущества, естетически и функционални характеристики, характеристики, свързани и опазване на околната среда, оперативни разходи, гаранционно обслужване и техническа помощ, срок на изпълнение и други (арг. от §1, т. 8 от Допълнителните разпоредби на ЗОП).

Когато избраният критерий е “икономически най-изгодна оферта”, законът задължава възложителя да определи показателите, относителната им тежест и методиката за определяне на оценката по всеки показател, която включва допустимите за него стойности в цифрово изражение и оценката му в предварително определени граници. Когато по обективни причини е невъзможно да бъде определена относителната тежест за всеки показател, възложителят следва да ги подреди по важност в низходящ ред.

Необходимо е да се отбележи, че по аргумент от чл. 39, ал. 3 от ЗОП, на оценка подлежат само оферти, които:

- отговарят на предварително обявените от възложителя условия, и
- са подадени от участници, за които не са налице обстоятелствата по чл. 45, ал. 1 и 5 от ЗОП и посочените в обявлението обстоятелства по чл. 47, ал. 2 от ЗОП и които отговарят на изискванията за финансово и икономическо състояние, технически възможности и квалификация.

3. За съжаление, често в практиката възложителите на обществени поръчки сместват критериите за подбор на участниците/кандидатите в процедури за възлагане на обществени поръчки с показателите за оценка на офертите при критерий “икономически най-изгодна оферта”.

В тази връзка, интерес представлява Методическо указание на Агенцията по обществени поръчки (АОП) от 21 май 2009 г., озаглавено “Разграничаване на критериите за подбор и показателите за избор при критерий “икономически най-изгодна оферта”⁴. В указанието изрично се подчертава, че “с критериите за подбор се проверяват възможностите за изпълнение на договора на кандидатите или участниците, а с критериите за оценка на офертата – качествата на направените от тях предложения”, че “смесването на двата вида критерии е абсолютно недопустимо” и че, “при

⁴ Вж. www.aop.bg

използване на критерий “най-изгодна оферта” оценяването на офертите не може при никакви обстоятелства да се извършва въз основа на показатели, свързани със способността на участника да изпълни договора”.

Смесването на критерии за допустимост с показатели за оценка на офертите е обект и на друго Методическо указание на АОП – това от 1 юни 2009 г., озаглавено “Често допускани грешки и нарушения при изготвяне на проекти на документации за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, финансирани със средства от европейските фондове”⁵. Експертите от АОП напомнят основния принцип при възлагането на обществени поръчки с критериите за подбор да се проверява икономическото състояние и техническите възможности на кандидатите или участниците, а с показателите за оценка да се преценяват предимствата на техните оферти.

Тук е мястото да се обърне внимание и на някои от документите, изготвени от експертите на Управляващия орган на Оперативна програма “Административен капацитет” (ОПАК) с цел улеснение на кандидатите и бенефициентите и гарантиране на максимална прозрачност при изразходването на средства от Структурните фондове.

Такъв документ е “Често допускани грешки и нарушения при изготвяне на проекти на документации и провеждане на обществени поръчки”⁶. Като често срещана грешка, експертите на ОПАК посочват включването на опита на участника или на ключовите експерти, предложени от него като показатели за оценка, включването на наличието на техническо оборудване и/или оборот, като критерий за оценка и др.⁷ Стига се и до порочната практика да се заобикаля разпоредбата на чл. 25, ал. 7 от ЗОП в случаите, когато възложителите не посочват изискванията за подбор като критерии за допустимост, а ги включват в методиката за оценка. Правилно експертите от ОПАК подчертават, че “не е релевантно мястото, където се посочва съответното изискване, а същността/характера на заложеното условие”⁸.

Друг такъв документ е “Информация за най-често срещаните нередности при изпълнението на проекти, съфинансирани от структурните инструменти на

⁵ Вж. т. 10 от указанието на www.aop.bg

⁶ Вж. www.opac.government.bg

⁷ Вж. т. 6 от документа, озаглавена “Включване на показатели за оценка в методиката, които повтарят изискванията за административна допустимост /критериите за подбор, когато критерият е икономически най-изгодна оферта/. Смесване на критериите за подбор с показателите за оценка.”

⁸ Пак там

Европейския съюз, установени от Одитния орган”. Сред нередностите, свързани с възлагането на обществени поръчки се посочва определянето на показатели за оценка, които представляват критерии за подбор⁹. Одиторите установяват случаи, в които като показатели за оценка са определени изисквания, които се отнасят към финансовото и икономическото състояние на участниците, техните технически възможности и професионална квалификация. Като примери се изброяват броят сключени договори, трудовият стаж на експертите от екипа, ангажиран с изпълнението на поръчката, необходимата техника.

4. В ЗОП са уредени редица законни състави на административни нарушения¹⁰, свързани с неизпълнението на административни задължения при възлагането на обществени поръчки. Такъв е и съставът на чл. 128б от ЗОП. В закона изрично е записано, че възложител, който наруши забраната по чл. 25, ал. 7 от ЗОП се наказва с имуществена санкция в размер от 7 000 до 25 000 лв. или глоба в размер от 2 000 до 7 000 лв. Глоба в размер от от 2 000 до 7 000 лв. е предвидена и за лицето по чл. 8, ал. 2 или 3 от ЗОП – има се предвид длъжностното лице, упълномощено от възложителя да организира и провежда процедурите по възлагане на обществени поръчки, както и да сключва договорите за тях, също така и лицето, което представлява възложител – колективен орган или юридическо лице. Съгласно чл. 133 от ЗОП когато нарушението е извършено повторно, на нарушителя се налага глоба, съответно имуществена санкция, в двоен размер. Повторно е нарушението, извършено от същото лице в едногодишен срок от влизането в сила на наказателното постановление, с което му е наложено наказание за същото по вид нарушение (арг. от §1, т. 19 от Допълнителните разпоредби на ЗОП).

По отношение на установяването на нарушенията, издаването, обжалването и изпълнението на наказателните постановления се извършват по реда на Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН). Важно е да се отбележи обаче, че за разлика от ЗАНН, актовете за установяване на нарушение по ЗОП се съставят в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършването му.

⁹ Вж. т. 1.2.2. на стр. 3 от документа на www.opac.government.bg

¹⁰ Вж. Глава тринадесета “Административнонаказателни разпоредби”.

5. Независимо от административнонаказателните разпоредби на ЗОП, в действащото законодателство е предвидена и възможност за налагане на финансова корекция в препоръчителен размер 25 % от стойността на договора за обществена поръчка, в случаите на установяване на нарушение в тази област (използван е критерий за подбор като показател за оценка в методиката).

През 2010 г. с Постановление на Министерския съвет беше приета Методология за определяне на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, свързани с изпълнението на оперативните програми, съфинансирани от Структурните инструменти на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство при неспазване правилата относно обществените поръчки¹¹. С методологията се урежда определянето на финансовите корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операции или оперативни програми, финансирани в Република България със средства от Европейския съюз (ЕС), които всяка държава членка налага съгласно чл. 98, т. 2 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета относно определянето на общи разпоредби за Европейския регионален фонд, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999.

Целта на финансовите корекции е да се възстанови ситуацията, при която 100 на сто от разходите, одобрени за съфинансиране от структурните инструменти на ЕС, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство, са в съответствие с приложимото национално законодателство и общностно право в тази област.

6. В брой 93 от 25 ноември 2011 г. на Държавен вестник бяха обнародвани редица промени в режима на възлагането на обществени поръчки, които промени предстои да влязат в сила от 26 февруари т.г. Както се посочва и в мотивите към Законопроекта за изменение и допълнение на ЗОП с предлаганите промени се прецизират правилата относно критериите за подбор и показателите за комплексна оценка¹². Досегашната ал. 7 на чл. 25 от ЗОП става ал. 10 и се изменя по следния начин: “Когато избраният критерий е икономически най-изгодна оферта, възложителите нямат право да включват критерии за подбор като показатели за оценка на офертите.”

¹¹ Обн. ДВ, бр. 53 от 13 юли 2010 г., изм. ДВ, бр. 3 от 11 януари 2011 г.

¹² Вж. Законопроект за изменение и допълнение на Закона за обществените поръчки със сигнатура 102-01-40

От тук произтича и промяната в чл. 128б от ЗОП, съгласно която възложител, който наруши забраната по чл. 25, ал. 10 от ЗОП се наказва с имуществена санкция в размер от 7 000 до 25 000 лв. или глоба в размер от 2 000 до 7 000 лв., а лицето по чл. 8, ал. 2 или 3 – с глоба от 2 000 до 7 000 лв.

В заключение, законът категорично забранява смесването на критериите за подбор на участниците/кандидатите с показателите за оценка на офертите при критерий “икономически най-изгодна оферта”. Нарушаването на тази забрана представлява административно нарушение, за което на възложителя се налага имуществена санкция, респ. глоба. Независимо от административнонаказателните разпоредби на ЗОП, в действащото законодателство е предвидена и възможност за налагане на финансова корекция, в случаите когато се касае за разходи, свързани с изпълнението на оперативните програми, съфинансирани от Структурните инструменти на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство при неспазване правилата относно обществените поръчки.

**VIOLATION OF THE PROHIBITION UNDER ARTICLE 25, PARAGRAPH 7 OF
THE PUBLIC PROCUREMENT ACT**

(Summary)

Chief Assist. Prof. Ilonka Goranova, Ph.D.

Department of Public Law Sciences

Faculty of Law – University of National and World Economy

One of the most common mistakes made by the contracting authorities refers to the violation of the prohibition as set out in Article 25, paragraph 7 of the Public Procurement Act (PPA) – that is when the selected criterion for the award of public contracts is the one of “the most economically advantageous tender”, the contracting authorities are not allowed to use in the capacity of award criteria the selection criteria under Article 25, paragraph 2, item 6 of the PPA.

The subject of the present article is to clarify the nature of the prohibition under Article 25, paragraph 7 of the PPA, as well as the legal consequences that such a violation

entails. For this purpose, the selection criteria and the award criteria are discussed, and special attention is paid to their differentiation.

The law explicitly enjoins the mix-up between selection criteria and award criteria. The violation of that prohibition is an administrative offence which results in imposing a penalty sanction, respectively, a fine upon the contracting authority. Regardless of the administrative penal provisions of PPA, the current legislation still provides for an opportunity to impose financial corrections in cases when it comes to costs associated with the implementation of operational programmes co-financed by structural instruments of the European Union, the European Agricultural Fund for Rural Development and European Fisheries Fund for non-observance of the rules with reference to public procurement.