София 1000, ул. „Хан Аспарух” 36, ет. 1, ап. 1
Мобилен: +359886989836 E-mail: chernova@bakep.org Web: http://www.bakep.org

Българска асоциация на консултантите по европейски програми

БАКЕП

ДО

Г-н МИРОСЛАВ НАЙДЕНОВ
Министър на Земеделието и Храните на Република България

КОПИЕ ДО:

Г-жа КАЛИНА ИЛИЕВА
Изпълнителен Директор на Държавен Фонд Земеделие

Г-жа ЦВЕТАНКА ПАЛАЗОВА
Директор на Дирекция „Програма за развитие на селските райони” към МЗХ

Г-жа ДЕСИСЛАВА ТАНЕВА
Председател на ПК по Земеделието и Горите

Г-н СВЕТЛИН ТАНЧЕВ
Председател на Парламентарната комисия по европейските въпроси и контрол на европейските фондове на четиридесет и първо Народно събрание

Г-жа ЮЛИАНА НИКОЛОВА
Секретар на Съвета за управление на средствата от ЕС към Министерски Съвет

Г-н ЕВГЕНИЙ ИВАНОВ
Изпълнителен директор КРИБ

ОТНОСНО: КОМЕНТАР НА БАКЕП ЗА ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ НА ПРЕДВАРИТЕЛЕН КОНТРОЛ ВЪРХУ ПРОЦЕДУРИ ЗА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ ЗА ОДОБРЕНИ ИНВЕСТИЦИОННИ РАЗХОДИ, ФИНАНСИРАНИ ИЗЦЯЛО ИЛИ ЧАСТИЧНО СЪС СРЕДСТВАТА ОТ ЕВРОПЕЙСКИТЕ ФОНДОВЕ

София 1000, ул. „Хан Аспарух” 36, ет. 1, ап. 1
Мобилен: +359886989836 E-mail: chernova@bakep.org Web: http://www.bakep.org

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН МИНИСТЪР,

Настоящият коментар цели да подпомогне ползвателите на финансова помощ по мярка 321 „Основни услуги за населението и икономиката в селските райони” и мярка 322 „Обновяване и развитие на населените места” от Програмата за развитие на селските райони за периода 2007-2013 г., подкрепена от Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, както и да улесни и спомогне за прецизиране на работата на Държавен фонд „Земеделие” в тази връзка.

След детайлен преглед и анализ на посочената по-горе Процедура, която вече е достъпна на сайта на Държавен фонд „Земеделие”, бяха констатирани редица неясноти, несъответствия и липса на координация с българското законодателство и подписаните от страна на ползвателите на финансова помощ договори с Държавен фонд „Земеделие”.

В тази връзка БАКЕП направи обстоен коментар на Процедурата, който предоставя на Вашето внимание за да бъдат избегнати на ранен етап проблемите, които ще доведе при своето прилагане Процедурата в настоящият си вид.

I. Одобрение на процедурата за предварителен контрол

Публикуваната на сайта на ДФЗ Процедура за осъществяване на предварителен контрол върху процедури за обществени поръчки за одобрени инвестиционни разходи, финансирани изцяло или частично със средства от европейски фондове не е утвърдена по съответния законов ред, тъй като до момента не е видно кое е лицето което я е подписало, съгласувало и одобрило. Процедурата фигурира единствено като текст на сайта на Държавен фонд „Земеделие”, който не носи дата, подпис и печат.

II. Определяне на вида на предварителен контрол

От Процедурата не става ясно кои от проекто-документациите, които подлежат на предварителен контрол по реда на Процедурата за предварителен контрол върху процедурите за обществени поръчки, финансирани напълно или частично със средства от европейските фондове, част от Вътрешния правилник на отдел ПМРСР ще подлежат на проверка от страна на фонда. Употребеният израз, обаче, „планираните поръчки, които подлежат на предварителен контрол” навежда на мисълта, че все пак не всички поръчки ще подлежат на такъв контрол, а само някои от тях. Никъде не се пояснява на какви условия следва да отговарят тези процедури. В случай че все пак се предвижда всички поръчки да бъдат обект на такъв контрол, това също би следвало ясно да се посочи.

ПРЕДЛОЖЕНИЕ: Предлагаме да бъде добавен текст, който ясно и категорично да посочва, че:

1. Първи вариант: Всички процедури за възлагане на обществени поръчки, извън обхвата на Наредбата за осъществяване на предварителен контрол върху процедури за обществени поръчки, финансирани напълно или частично със средства от европейските фондове (НОПКПОП), подлежат на проверка по реда на Процедура № 2 или
2. Втори вариант: Процедурите за възлагане на обществени поръчки, извън обхвата на НОПКПОП, които отговарят на условията (да се посочат изчерпателно всички условия, на които същите трябва да отговарят, за да бъдат обект на проверка), подлежат на проверка по реда на Процедура № 2.

III. Външни експерти - преглед на проекто-документация

На етап преглед на проекто-документация се изисква от външните експерти да подпишат декларация за конфликт на интереси като те трябва да заявят, че:

1. Нямат материален интерес от възлагането на обществената поръчка на определен кандидат или участник. **Коментар:** външните експерти реално няма как да знаят кои ще бъдат потенциалните кандидати или участници на етап проекто-документация за да декларират това обстоятелство.
2. Не са „свързани лица” по смисъла на ТЗ с кандидат или участник в процедурата или с посочените от него подизпълнители, или с членове на техните управителни или контролни органи. **Коментар:** не може да се иска деклариране на свързаност от външните експерти защото те няма как да знаят кои ще бъдат потенциалните кандидати или участници на етап проекто-документация за да декларират това обстоятелство.
3. Нямат частен интерес по смисъла на Закона за предотвратяване и разкриване на конфликт на интереси от възлагането на обществената поръчка. **Коментар:** съгласно чл.2, ал.2 от Закона за предотвратяване и разкриване на конфликт на интереси: „Частен интерес е всяка облага от материален или нематериален характер **за лице заемащо публична длъжност**, или за свързани с него лица, включително поето задължение”. Очевидно, е че външните експерти няма как да имат частен интерес по смисъла на Закона за предотвратяване и разкриване конфликт на интереси, тъй като не са лица заемащи публична длъжност.
4. Не са участвали в подготовката на тръжната документация. **Коментар:** този текст би следвало единствено да остане.

Декларирането трябва да бъде в съответствие с разпоредбите на чл.35, ал.3 ЗОП след получаване на списък с кандидатите или участниците.

IV. Право на отговор върху препоръки по проекто-документация

Трябва да се даде право на отговор от страна на ползвателя на помощта, в качеството му на възложител по смисъла на Закона за обществените поръчки по дадените му препоръки от страна на експертите на фонда върху проекто-документациите, за да може той да се аргументира пред тях защо счита, че е постъпил в съответствие с разпоредбите на действащото законодателство, в частност Закона за обществените поръчки. Едва тогава би следвало експертите от фонда да преценят дали препоръките им остават в сила или не. В случай, че се приеме това предложение е необходимо да се определи подходящ срок за отговор от страна на ползвателя на помощта.

V. Липса на срокове

1. С оглед доброто планиране провеждането на процедурите за обществени поръчки от страна на възложителите и работата на фонда, както и по-голяма яснота е необходимо навсякъде където липсват ясно фиксирани срокове те да бъдат заложени като такива. Например, на стр.6 не е уточнено в какъв срок главният експерт извършва последваща проверка /Контролен лист КЛПК1-ОП1-Приложение ПК1-4/. Не става ясно дали това е в рамките на от 15 работни дни от получаване на докладите на АОП и външните експерти или в друг срок. Не е ясно и в какъв срок се изпраща до ползвателя на помощта /бенефициента/ Приложение ПК1-5.

2. Много важно е да се уточни срока за вземане на решение за одобрение или не на финансовата помощ, както и формата под която ще става това. Необходимо е да се отбележи срок за уведомяване на възложителите, както и да се уточни дали това ще става в писмена форма с приложено мотивирано решение за отказ или одобрение. Целта на тези действия е да се гарантира прозрачност и законосъобразност в действията на фонда, както и евентуална отговорност при злоупотреби и нарушения.
3. Никъде не са посочени конкретни срокове за произнасяне на ДФЗ, докато изключително кратки такива са посочени за възложителите. Това препятства сериозно доброто планиране на процедурите и тяхното своевременно провеждане. Необходимо е да се посочат конкретни срокове по отношение на ДФЗ.

VI. Принципни моменти относно на работата комисията за оценка, законосъобразност на процедурите и отговорността във връзка с тях

1. Комисията за оценка е независим орган. Ако се спазват стриктно разпоредбите на Закона за обществените поръчки, както и директивите уреждащи тази материя следва да се има предвид, че липсва законова регламентация на механизма чрез който комисията за оценка може да даде проект или междинен протокол на възложителя, който след това да бъде проверен и при наличието на препоръки да бъде преработен. Съгласно Закона за обществените поръчки комисията за оценка приключва своята работа с предаване на протокола на възложителя, след което той няма право да иска каквито и да било промени и/или корекции, защото в закона ясно е упоменато, че възложителя има две възможности /съгласно чл.38 ЗОП/: да сключи договор с определения изпълнител или да вземе решение за прекратяване на процедурата. Разпоредбата на чл.73, ал.1, изречение второ от Закона за обществените поръчки касае единствено срока, в който възложителя може да излезе с мотивирано решение, след като приключи работата на комисията, а по смисъла на Процедурата след като приключи работата на комисията и след като получи мотивирано становище по чл.20а, ал.2, т.5 ЗОП. В случай, че възложителят бъде уведомен за някакви несъответствия и/или противоречия с разпоредбите на Закона за обществените поръчки, той може да спази единствено разпоредбите на чл.38 ЗОП, но не и да върне протокола за преработка от страна на комисията за оценка.
2. Съгласно Процедурата експерт от фонда има право да дава: „препоръки за отстраняване на нарушенията и срок за тяхното изпълнение – до 5 работни дни от получаване на становището от възложителя". Съгласно Закона за обществените поръчки възложителя е този който взема решение за избор на изпълнител или за прекратяване на процедура без намесата на трети лица, като съответно при констатиране на нарушения от компетентните органи понася и съответната отговорност за своите действия. В случая обаче сме изправени пред хипотезата, когато трето лице се намесва с даване на препоръки относно законосъобразността на провеждане на процедурата, които принципно не би трябвало да са задължителни, но от цитираният текст се оказва, че не само са задължителни, но има и срок за тяхното изпълнение. В практиката нерядко сме се сблъсквали с препоръки и указания на управляващи органи по различните програми, които открито противоречат на ЗОП или пък отнемат/ограничават правото на възложителя да подбере най-добрия, според него, изпълнител. Тук сериозен дебат може да предизвика и въпросът относно отговорността в такива случаи. ЗОП е категоричен и

ясен – отговорен за законосъобразното провеждане на процедурите е изцяло и само възложителят.

3. По отношение правото на фонда да изпрати свои представители, които да участват като членове на комисията за оценка и/или като наблюдатели нашата препоръка е фонда да се възползва от това свое право, но не изцяло. Ако текста остане в този си вид представители на фонда ще се наложи да дават оценка относно законосъобразността на действията на свои колеги, които са били членове на комисията за оценка.

ПРЕДЛОЖЕНИЕ: Според нас е препоръчително при осъществяването на предварителния контрол фонда да изпраща свои представители в комисията за оценка, но в следните качества:

- Избран външен експерт в съответствие с чл.8, ал.1 от Наредбата за предварителен контрол, в качеството му на консултант който е без право на глас, който може единствено да изготви становище единствено относно съответствието на офертите с техническите спецификации в документацията;
- Експерт от страна на фонда на основание чл.20а, ал.2, т.4 ЗОП /и в съответствие с т.4.33 от договора за финансова помощ/ – в качеството му на наблюдател, който има право на свободен достъп до разглеждане на документите, но не и да участва в работата на комисията за оценка.

4. По отношение на Процедура №2, в точка 3 „Трети етап – Участие на експерти от РА в комисиите за провеждане на процедура за обществена поръчка”, в последния абзац е посочено, че възложителят изпраща протокола и доклада за работата на комисията и „становището на консултанта” до сектор „Договориране”, отдел ПМРСР. В първия абзац пък е посочено, че в работата на комисиите ще вземат участие „експерти от сектор „Договориране”, като никъде не е споменато участие на външни консултанти. От посочения текст може да се направи предположение, че все пак прилагащият орган има намерение да включва външни консултанти. Това, обаче, никъде не е посочено и тези текстове следва да се прецизират, по начин, по който да не си противоречат.

VII. <u>Изисквания за публикация на обявленията за обществени поръчки</u>

При определянето на документите, които възложителя следва да приложи и изпрати на фонда се изисква да се предоставят „Уникалните номера, под които са публикувани документите в „Официален вестник” на Европейския съюз и Регистъра на обществените поръчка.”

Това към което насочваме Вашето внимание е факта, че когато прогнозните стойности на процедурите за обществени поръчки са под праговете по чл.45а от ЗОП то Вие, отново задължавате възложителите да изпращат обявление и до „Официален вестник” на Европейския съюз, с което се усложнява значително процеса без това да е залегнало Закона за обществените поръчки.

VIII. Повторяемост на искането за предоставяне на документацията и офертите на два последователни етапа

На стр.8, т.4 Четвърти етап – Изготвяне на окончателно становище по утвърждаването/отхвърлянето на проведената процедура за възлагане на обществена поръчка е казано, че: „В срок до 5 работни дни от получаването на документите РА се запознава с тях като получава достъп от възложителя и до цялата документация по процедурата и подадените оферти”. Тази разпоредба обаче не е съобразено с т.4.36 от договора за финансова помощ, тъй като съгласно него ползвателя на помощта /възложителя/ е длъжен в срок до 10 работни дни от приключване работата на комисията, да изпрати цялата налична документация по проведената обществена поръчка заедно с подадените оферти. В тази връзка бихме искали да се уточни дали Възложителя ще предоставя достъп или самите документи на фонда, като трябва да се вземе предвид, че предоставянето втори път на една и съща документация (която не се променя, а в случаите на обществена поръчка за строителство би могла да бъде изключително обемна) представлява излишен разход на време, материали и финансови средства за общините.

ПРЕДЛОЖЕНИЕ: С оглед спазването на ЗОП би следвало на етап V по Процедура 2 да се изисква само копие на подписания договор за обществена поръчка, придружен с копия на документите съгласно чл.48, ал.2, ЗОП.

IX. Анексиране на договорите с бенефициентите

Не е ясно дали след всяка една процедура за обществена поръчка договора за финансова помощ ще трябва да се анексира.

X. Липсваща дефиниция на използвани понятия

Не става ясно какво се разбира под „правилност”. Упоменато е че след сключване на договора за обществена поръчка, експерти извършват отново проверка на „правилността” на проведената процедура.

В тази връзка следва да отбележим, че терминът „правилност” на проведена процедура по ЗОП не съществува в правния мир и не е ясно какво се има предвид с него. Процедурата би могла да бъде законосъобразна/ незаконосъобразна или евентуално целесъобразна/нецелесъобразна. На този етап въпросът с целесъобразността въобще не би стоял на дневен ред (след подписване на договор за финансова помощ, одобряване на предмета на поръчката, техническите спецификации и др.). Същото важи и по отношение на законосъобразността, при условие, че са спазени всички препоръки на прилагащия орган.

В Процедурата се говори за нарушения, но липсва дефиниция на понятието „нарушения”.

XI. Грешки от техническо естество:

1. На стр.7 има недовършено изречение, чиито смисъл не става ясен.

„Когато представител на сектор „Договориране”, отдел ПМРСР участва в комисията в качеството си на наблюдател (чл.20а, ал.2, т.4 ЗОП)…”;

2. На места номерацията вътре в отделните етапи не е последователна. С оглед по-голяма яснота е препоръчително тя да се коригира. Например на стр.10, етап III, абзац втори:

„В срок от 15 дни преди първото заседание на комисията за провеждане на процедурата за обществена поръчка възложителят уведомява РА за:

3. Датата, часа и мястото на първото заседание на комисията;
4. Уникалните номера, под които са публикувани документите в „Официален вестник” на Европейския съюз и Регистъра на обществените поръчка.”;
5. На стр.10 трети етап – Участие на експерти от РА в Комисиите за провеждане на процедура за обществена поръчка не става ясно какво се има в предвид чрез следното уточнение и в каква връзка е то:

„РА извършва риск анализ /Приложение ПК2-4/, на база на който се подготвя извадка, съдържаща кандидати, ….”. Не е уточнено кои са лицата имащи качеството на кандидати.

XII. Вътрешен правилник на отдел ПМРСР

Процедурата е в съответствие с Вътрешния правилник на отдел ПМРСР, който не е публично достъпен. Молим същия да бъде поставен на сайта на ДФЗ.

В случай на приемане на нашите предложения и при необходимост, изразяваме своята готовност да предложим и конкретни текстове за прецизиране и допълване на целия документ.

гр. София, 27.01.2010 г.

С уважение,

КРАСИМИР КИРЯКОВ
Председател на УС на БАКЕП