



Асоциация „Прозрачност без граници“

ДОКЛАД

ОТНОСНО

открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала „Струма“ Лот 3.1 Тунел „Железница“ с три обособени позиции“, открита с Решение 115 от 17.10.2017 г.

ЕТАП IV

Изпълнение на обществената поръчка:

Изменения в договорните споразумения

София, 2020 г.

СЪДЪРЖАНИЕ

I. УВОД	3
II. КОМУНИКАЦИЯ И ПРЕДОСТАВЯНЕ НА ИНФОРМАЦИЯ В РАМКИТЕ НА ПАКТА ЗА ПОЧТЕНОСТ ...	3
III. ИЗМЕНЕНИЯ В ДОГОВОРИТЕ И ОТРАЖЕНИЕТО ИМ ВЪРХУ ДЕЙНОСТИТЕ ПО ПРОЕКТИРАНЕ И СТРОИТЕЛСТВО - ЮРИДИЧЕСКИ АСПЕКТИ.....	5
1. Изменения на договорите за обществената поръчка	5
2. Проблемни въпроси, свързани с измененията на договорите за изпълнение на обществената поръчка, породени от фиксирането на заданието с одобряването на техническия проект.....	6
2.1. Проблеми в договорната рамка, породени от липса на гъвкавост на първоначалните споразумения по отношение на непредвидените работи за изпълнение на поръчката	7
2.2. Проблеми, свързани с изменението на договорите от 28.02.2020 г.	9
2.3. Въпроси, свързани със законовите основания за измененията в договорите	10
IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	11

I. УВОД

1. Настоящият доклад представя констатациите на Асоциация „Прозрачност без граници“ от независимото гражданско наблюдение на процедурите по сключване на договори за възлагане на обществена поръчка за проектиране и строителство на тунел „Железница“ на автомагистрала „Струма“¹. Гражданският мониторинг на процедурата за изграждане за най-дългия магистрален тунел в страната се осъществява в рамките на инициативата на Европейската комисия „Пактове за почтеност – превантивен граждански механизъм за защита на фондовете на ЕС“. Наблюдението е извършено от екип наблюдатели – експерти по правни и социални науки в периода март 2019 г. – юни 2020 г., въз основа на Пакт за почтеност, сключен между независимия наблюдател Асоциация „Прозрачност без граници“ и възложителя Агенция „Пътна инфраструктура“ (АПИ)².
2. Докладът обхваща дейностите по изпълнение на договорите с избраните изпълнители по трите обособени позиции от обществената поръчка, които включват проектиране и строителство на съответните лотове³.
3. Наблюдението на изпълнението на сключените три публични договора за проектиране и строителство на трите обособени позиции на обществената поръчка е свързано с прилагането на два основни метода: а) анализ на документи, свързан с проучване на разнородна информация от технически, организационен и финансов характер, която е от значение за изпълнението на проекта; б) мониторинг на място – наблюдение и участие в работни срещи с възложителя и изпълнителите, както и посещения на терена на извършваните строителни дейности.

II. КОМУНИКАЦИЯ И ПРЕДОСТАВЯНЕ НА ИНФОРМАЦИЯ В РАМКИТЕ НА ПАКТА ЗА ПОЧТЕНОСТ

4. Докладът е изработен въз основа на документите и информацията, достъпни на интернет сайта на Агенция „Пътна инфраструктура“; документите и информацията, предоставени от възложителя съобразно Пакта за почтеност и по Закона за достъп до обществена информация; преките наблюдения на мониториращия екип от извършените проверки на място; участия в месечните срещи между възложителя и изпълнителите; обобщена информация, предоставена от изпълнителите.
5. За да бъде постигната целта на наблюдението – прозрачност при изпълнение на проекта, предотвратяване на потенциални конфликти между страните по договора и

¹ Процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала „Струма“ Лот 3.1 Тунел „Железница“ с три обособени позиции“, открита с Решение № 115 от 17.10.2017 г. на председателя на Управителния съвет на Агенция „Пътна инфраструктура“.

² Пактът за почтеност към обществената поръчка – предмет на този доклад, е подписан на 16.10.2017 г. Пълният текст на споразумението е достъпен на адрес:

http://integrity.transparency.bg/wp-content/uploads/2017/11/IntegrityPact_20171016_FinText.pdf.

³ Бел.: за улеснение на читателите, в рамките на настоящия доклад е използван и придобилият популярност термин „лот“ (лот 1, лот 2 и лот 3), който се отнася до подучастъци 1, 2 и 3, изпълнявани като обекти по съответните обособени позиции 1,2 и 3 от обществената поръчка за строителство на тунел „Железница“.

подобряване на административната рамка, в която оперира възложителят, е необходимо възложителят да предоставя на независимия наблюдател необходимата информация в разумни срокове, в необходимия вид и при наличие на взаимно доверие.

6. Тук е мястото да се отбележи, че екипът на независимия наблюдател изцяло е обвързан със строги задължения за конфиденциалност, произтичащи от законодателството и Пакта за почтеност, като публикуваната информация не включва чувствителна търговска информация, която не е публична, информация, представляваща лични данни, или информация по текущи проверки и наказателни производства, а където е необходимо информацията в докладите се представя единствено в анонимизиран и аналитичен вид. В допълнение е необходимо да се отбележи, че екипът на независимия наблюдател се мотивира защо се нуждае от определена информация и до кой аспект на наблюдението тя се отнася.
7. Въпреки наличието на добра комуникация и адекватни добри практики за обмен на информация с АПИ (задаване на писмени въпроси и получаването на отговори на тях отново в писмен вид), по отношение на някои от аспектите, касаещи изпълнението на трите договора за проектиране и строителство, възложителят отлагаше предоставянето на необходимата информация или не осигури практическа възможност за достъп до нея, особено след настъпването на първата вълна на пандемията, предизвикана от разпространението COVID-19.
8. В тази връзка като пример за комуникационен проблем следва да се посочи въпросът с получаването на реален достъп до информацията относно подизпълнителите, ангажирани с дейности по изпълнение на трите обособени позиции. След приемането на последните законодателни промени в Закона за обществените поръчки (в сила от 01.01.2020 г.) договорите с подизпълнителите представляват публична информация и би следвало да се публикуват в профилите на купувача на възложителите.
9. Екипът на независимия наблюдател потърси тази информация от АПИ, включително и по реда на Закона за достъп до обществена информация. Със свое Решение РД-ОИ-24/12.03.2020 г. възложителят предостави на независимия наблюдател достъп до информацията, отнасяща се до подизпълнителите, ангажирани в изпълнението на проекта. Решението определи, че поради наличието на лични данни, информацията не може да бъде изпратена в електронен вид и достъп до нея трябва да бъде предоставен на място, в сградата на възложителя. Тук е мястото да се отбележи, че решението не разглежда въпроса как личните данни биха били защитени при достъп на място и не взема предвид обстоятелството, че такива лични данни се защитават с тяхното заличаване. Същевременно, поради ограничителните мерки в страната във връзка с епидемиологична обстановка и въведеното извънредно положение, съгласно заповед на председателя на АПИ е преустановен достъпът на външни лица до сградата. При тези обстоятелства използването на комуникация по електронен път е единственият възможен канал за достъп до документи, като съответните лични данни се заличат и се спазват останалите изисквания на законодателството и Пакта за почтеност.
10. Независимият наблюдател се възползва от правото си да отнесе към съда проблема с предоставянето на достъп до обществена информация. С Решение № 4108 от 23.07.2020 г. Административен съд София-град задължи Агенция „Пътна

инфраструктура“ да предостави информацията на независимия наблюдател в заявената форма, а именно в електронен вид със заличаване на личните данни.

11. В тази връзка, в ситуацията на изостряща се пандемия независимият наблюдател отправя към възложителя генералната си препоръка за по-голяма гъвкавост при предоставянето на информация и електронизация на част от документообората с цел улесняването на работата от разстояние и спазването на основната мярка за превенция от заразяване – осигуряване на физическа дистанция и избягване на струпване на хора в закрити помещения. В резултат на възникналия комуникационен проблем изготвянето на настоящия доклад бе забавено с няколко месеца.
12. Същевременно трябва да се подчертае адекватното съдействие от екипа на възложителя по време на етапа на строителството на наблюдавания обект. В периода на наблюдение на строителните дейности между възложителя и независимия наблюдател се създаде механизъм на взаимодействие, като възложителят установи практика да изпраща редовно информация за предстоящите месечни срещи, да предоставя информация в рамките на месечните срещи по напредъка, да съдейства за получаването на информация от изпълнителите и за извършването на пряко наблюдение на терен. Този подход на екипа на възложителя получава положителна оценка, тъй като съдейства за осъществяването на граждански контрол върху изграждането на този важен инфраструктурен обект, в това число действа дисциплиниращо на изпълнителите.

III. ИЗМЕНЕНИЯ В ДОГОВОРИТЕ И ОТРАЖЕНИЕТО ИМ ВЪРХУ ДЕЙНОСТИТЕ ПО ПРОЕКТИРАНЕ И СТРОИТЕЛСТВО - ЮРИДИЧЕСКИ АСПЕКТИ

5

13. Анализът на изпълнението на дейностите по проектиране и строителство на обществената поръчка повдига няколко кръга от въпроси, които следва да бъдат коментирани.

1. Изменения на договорите за обществената поръчка

14. Прави впечатление, че за периода от подписването на договорите за възлагане на обществената поръчка до настоящия момент⁴ те са изменени общо 7 пъти⁵:
 - Договорът за възлагане на обществена поръчка за обособена позиция 1 (лот 1) е сключен на 16.10.2018 г., след което е изменен последователно три пъти – с допълнителни споразумения⁶.
 - Договорът за възлагане на обществена поръчка за обособена позиция 2 (лот 2) е сключен на 11.02.2019 г., след което е изменен последователно два пъти – с допълнителни споразумения⁷.

⁴ Бел.: 20 юни 2020 г.

⁵ Тук не се включват промените в договорите, налагащи се поради извънредното положение в периода от 13 март до 13 май 2020 г., които ще доведат до удължаване с 2 месеца на крайния срок за тяхното изпълнение.

⁶ Съотв. от 31.10.2018 г., от 09.01.2019 г. и от 28.02.2020 г.

⁷ Съотв. от 18.04.2019 г. и от 28.02.2020 г.

- Договорът за възлагане на обществена поръчка за обособена позиция 3 (лот 3) е сключен на 28.09.2018 г., след което е изменен последователно два пъти – с допълнителни споразумения⁸.
15. Причините за тези изменения и поправки са разнообразни – от отстраняване на явни фактически грешки (несъответствие на изписване на цената с цифри и с думи на вече подписан договор) до промяна на съществена част от уредбата на договорните отношения (промяна на срокове поради забавяне на сключването на договор с консултанта или пък реструктуриране в ценообразуването).
 16. Предвид сложността, обема и характера на обществената поръчка не могат изначално да бъдат изцяло изключени изменения и прецизиране на договорните отношения. Въпреки това, възложителят следва да прибегва до подобен похват единствено при необходимост от изменение вследствие на непредвидени събития като например появата на пандемията, предизвикана от коронавируса, а обстоятелства, които биха могли да бъдат взети под внимание от подписване на договора, следва да се избягват с една гъвкава и адекватна договорна рамка. Фокусът на настоящия доклад е върху изменението на договорната рамка по отношение на трите обособени позиции от 28.02.2020 г., което поставя редица немаловажни въпроси, свързани с възлагането и изпълнението на проекта.
 17. **Коментар относно промените в договорите:** Възложителят следва да анализира причините, довели до необходимостта от сключване на допълнителни споразумения, доколкото същите не се дължат на непредвидени обстоятелства и биха могли да бъдат избегнати с адекватна и гъвкава изначална уредба на договорите. Това важи с още по-голяма сила за изменения, които могат да се очакват поради промени, които настъпват от момента на възлагане до приемането на Техническия проект, въз основа на който проектното решение се финализира и се утвърждават количествено-стойностните сметки (КСС) за трите обособени позиции. По този начин ще бъдат избегнати рискове, водещи до (а) необходимостта от допълнително договаряне и (б) създаването на рискове за качествено и навременно изпълнение на проекта.

2. Проблемни въпроси, свързани с измененията на договорите за изпълнение на обществената поръчка, породени от фиксирането на заданието с одобряването на техническия проект

18. Както бе споменато и по-горе, фокусът на настоящия доклад е върху измененията, свързани с промяната на договорната рамка, които не могат да бъдат квалифицирани като такива, причинени от непредвидени обстоятелства, възникнали в хода на изпълнението на поръчката, като например закъснялото възлагане на строителния надзор.
19. При прегледа на споразуменията с тримата изпълнители, сключени на 28.02.2020 г.⁹ за всяка от трите обособени позиции за изменение на договорите за възлагане на обществена поръчка, се откроява общ мотив за промяна на договорната рамка и по трите споразумения, а именно отклонения в заданието на проекта, породени от

⁸ Съотв. от 09.01.2019 г. и от 28.02.2020 г.

⁹ Изх.№53-00-1789/28.02.2020 г., изх.№53-00-1791/28.02.2020 г. и изх.№53-00-1792/28.02.2020 г.

разлики в одобрения технически проект спрямо изходните данни, заложи в идейния проект, който е в основата на възлагането. Доколкото и самият възложител признава, че при подобни сложни инфраструктурни проекти е неминуемо наличието на съществени разминавания между идеен и технически проект, независимият наблюдател разглежда въпросното обстоятелство като риск при изпълнението на проекта, който следва да бъде отчетен и минимизиран още на фазата на възлагане на поръчката.

2.1. Проблеми в договорната рамка, породени от липса на гъвкавост на първоначалните споразумения по отношение на непредвидените работи за изпълнение на поръчката

20. Като основен проблем, свързан с качествено и навременно изпълнение на проекта, независимият наблюдател разглежда промените в неговото задание, които са в резултат на разлики в техническия проект спрямо изходните данни, заложи в идейния проект, послужил за основа на ценовите предложения на участниците в процедурата.
21. Независимият наблюдател отчита големия брой рискове, които изпълнителите поемат, с подаването на ценово предложение, което е основано на проект, който може да се различава (и много често съществено) от първоначалния обем на заданието. Именно това възлагане на поръчката като проект за проектиране и строителство, без да е налице яснота относно обема и вида на финалните строителни работи и необходимите за извършването им материали, по мнение на независимия наблюдател крие значителни рискове за срока и качеството на изпълнение на проекта, които изначално трябва да бъдат отчетени при изготвянето на договорната рамка. Тук трябва да бъде разгледан и по-общият въпрос доколко възложителят носи каквато и да било отговорност по отношение на качеството и пълнотата на изходните данни, които са в основата на идейния проект.
22. Възложителят е заложи в първоначалната уредба на споразуменията за трите обособени позиции механизъм, по който промени, причинени от разлики в техническия проект спрямо първоначалното задание, очертано в идейния проект, следва да бъдат третирани. Съгласно клауза 13.1.2. от специфичните условия на договора, подобни промени в първоначалния вид на заданието трябва да бъдат обхванати от механизма за заплащане на допълнителни разходи, които са в размер на 5% от разходите за строителство за всяка една от трите обособени позиции. В случай, че този размер е недостатъчен за изпълнение на работите, заложи в одобрения технически проект, всички други разходи, необходими за изпълнението на проекта са изцяло за сметка на изпълнителя.
23. Този принципно възможен подход, заложи в изначалната договорна рамка, следва да бъде подплатен с детайлен анализ, който възложителят може да направи след получаването на съгласувателните становища на всички страни в процеса на одобряването на техническия проект. Единствено подобен подробен анализ би позволил на възложителя да вземе правилно решение какъв е размерът на непредвидените разходи, свързани с промени спрямо първоначалното задание. Причината за това е, че при невъзможност от покриване на непредвидените дейности от размера на допълнителните разходи в резултат на промени в техническия проект, разликата следва да бъде поета изцяло от изпълнителите на отделните обособени

позиции. Това води до риск за качествено изпълнение на проекта или пък до първоначално завишаване на стойността на отделните видове работи (а с това и на първоначално заложената печалба), за да може изпълнителят да покрие финансово подобен риск.

24. Всичко това води до извода, че възложителят много внимателно следва да калкулира риска от въвеждане на кардинални промени в техническия проект спрямо идейния. В противен случай, размерът на допълнителните разходи (5 % от стойността на СМР) може да се окаже крайно недостатъчен за покриването на непредвидените дейности, а изпълнителите да бъдат принудени да работят без печалба и дори на загуба. От данните, предоставени в писмени отговори от страна на възложителя, не става ясно доколко е налице детайлен анализ на измененията в проекта, дължащи се на промени на фазата на техническия проект, разходите за които следва да бъдат поети изцяло от изпълнителите, нито какъв е техният размер. Подобна информация би била ключова не само за характера на описания по-горе риск от забавено и некачествено изпълнение, но и би дало ориентир на възложителя при възлагането на бъдещи проекти за инженеринг какви са допустимите отклонения от първоначалното идейно задание.
25. Независимият наблюдател е на мнение, че ако финансовият риск е прекалено голям за изпълнителите, това може да попречи на участието на изпълнители, чиято конкуренция би оптимизирала цената за изпълнение на проектите, както и би подобрила качеството им. При невъзможност за прогнозиране на непредвидените дейности препоръката на независимия наблюдател е да се търси друг модел при възлагането (строителство при наличие на сигурни изходни данни – одобрен технически проект), предвиждането на по-големи суми за допълнителни разходи или на възможност за допълнителното им възлагане. Поради това и независимият наблюдател не може да приеме възгледа на възложителя, че този модел на възлагане е най-удачният с оглед на постигане на оптимални срокове за изпълнение и високо качество.
26. Накратко трябва да бъде коментиран и проблема, свързан с евентуалната отговорност за пълнотата и достоверността на изходните данни, предоставени от възложителя на етапа на обявяване на поръчката.
27. Тук е мястото да се подчертае, че независимият наблюдател не счита, че с оглед на договорната уредба, включително подписаните допълнителни споразумения, възложителят може да бъде принципно отговорен за непълнота в данните на идейния проект, тъй като този риск е възложен изцяло на изпълнителите на обособените позиции.
28. Въпреки това, заслужава си да се отбележи, че подобен подход не може да бъде разглеждан като юридически изряден и сигурен що се касае до възлагането на подобни проекти в бъдеще. Причината за това е, че възложителят има изначално задължението да договаря добросъвестно и да се снабди с възможно най-пълни и верни данни, които да залегнат в основата на идейния проект. В противен случай, потенциалният изпълнител би могъл да оспорва валидността на договореностите, с които му се възлага цялата финансова тежест на непредвидените разходи (извън тези, покрити от допълнителните такива), като се позове на общите принципи, установени в българското право за коригирането на съдържанието на договорите вследствие на възникнала стопанска непоносимост, в частност на обстоятелства, водещи до промяна

в цената на договора за строителство. Това може да усложни процеса по предоговаряне на условията на договора, както и да блокира изцяло изпълнението на съответния проект.

29. Коментар относно липсата на гъвкавост на първоначалните споразумения: Независимият наблюдател е на мнение, че заложеният подход за възлагане на обществена поръчка за проектиране и строителство създава обективни предпоставки от изменения на първоначалното задание и разлики между идейния проект и разработения технически проект. Подобно решение предполага по-голяма гъвкавост в договорната рамка, която да позволява корекции в размера на предвидените допълнителни разходи, възможност за допълнително възлагане или пък с обявяването на процедура, при която има яснота за крайния обхват на заданието. Подобна гъвкавост в договорната рамка при обществени поръчки за възлагане на инженеринг обаче влиза в противоречие с принципни постановки на Закона за обществените поръчки, който не позволява толкова гъвкав подход за промяна в договорната рамка¹⁰. В тази връзка следва да се предложи на преоценка дали възлагането на строителство и проектиране в рамките на една поръчка е най-добрият подход или е по-удачно първо да се извърши проектирането, а след това да се възлага изпълнението.

2.2. Проблеми, свързани с изменението на договорите от 28.02.2020 г.

30. Според аргументацията на възложителя въпросните допълнителни споразумения са наложителни в резултат на установяването на нови обстоятелства, поради които става обективно невъзможно спазването на заложеното в Договора за обществена поръчка изискване при отделните видове работи да не бъдат надвишавани стойностите по отделните сметки, посочени в „Разбивка на предложената цена на изпълнение на договора по сметки“.
31. И трите допълнителни споразумения предвиждат промяна в дефиницията на „количествено-стойностна сметка“, установена в договорните условия, част Б, под-клауза 1.1.6.12. Целта на изменението е да се премахне изискването, че всеки един от договорите да не надвишава както цената за изпълнението на строително-монтажните работи, така и стойностите по отделните сметки съгласно „Разбивката на предложената цена“ при подписването на договорите. На всеки от изпълнителите е дадена свобода да предлага и променя количествата и стойностите във всяка отделна сметка в нея, стига в резултат на това реструктуриране общият сбор на всички сметки да не надхвърля цената, определена в договора за обществена поръчка.
32. На първо място, този подход не може да бъде окачествен като добър, тъй като разкрива несъвършенства на договорната рамка, които биха могли да бъдат отстранени още преди подписването на публичните договори. Аргумент за това е обоснованото предположение, че възложителят е бил наясно с вероятността за настъпване на съществени промени в заданието вследствие на приемането на техническия проект

¹⁰ Причините за това са различни, включително и стремежът да бъдат ограничени редица негативни практики, проявили се през последните две десетилетия при предишни правила относно възлагането на обществени поръчки, като например сключване на договори на ниска цена с избран изпълнител, за да бъде отстранена конкуренцията и последващо сключване на анекси докато се достигне реалният обхват на дейности и реална стойност; разделяне предмета на обществената поръчка на няколко поръчки и др.

спрямо предвижданията, направени в идейния проект. Ако това е вярно, то буди недоумение фактът, че още тогава възложителят не е бил наясно, че подобни промени могат да засегнат баланса на отделните сметки в рамките на „Разбивката на предложената цена“ за всяка една от обособените позиции. В този смисъл независимият наблюдател разглежда въпросното договорно изменение като резултат от недостатъчната гъвкавост на първоначалното споразумение.

33. По-голямо внимание заслужава проблемът с липсата на подробен анализ и обосновка как разместването на стойностите по пера, без да се променят цените за индивидуалните дейности, може да повлияе на изпълнението на проекта. Тук отново липсва прозрачност на това доколко изходните данни дават възможност за „спестяване“ на дейности по едни пера за сметка на други по други пера. Липсата на каквито и да било мотиви и математическа обосновка как разместването на стойности по пера ще компенсира изпълнителите за възникналите непредвидени разходи съгласно приетия технически проект според мнението на независимия наблюдател е недобра практика. Тя оставя съмнението, че изначално заложените от изпълнителите единични цени не са прецизни, както и обемът на някои от дейностите по пера.
34. Както бе споменато и по-горе, това може да се отрази възможността за привличане на голяма и качествена конкуренция по отношение на участието в процедурата, на качеството на строителството, както и на капиталовата адекватност на съответния изпълнител. Независимият наблюдател не може да се съгласи и с икономически необосновани твърдения, че обемът на определени дейности не влияе значимо на тяхната индивидуална цена, тъй като работите в строителството зависят от планирането на значителен технически, логистичен и човешки ресурс, като липсата на точност в планирането води до неефективност при изпълнението и завишаване на стойността на изпълнените работи за изпълнителите.
35. **Коментар относно изменението на договорите от 28.02.2020 г.:** Независимият наблюдател е на мнение, че допълнителните споразумения за изменение на договорната рамка от 28.02.2020 г. биха могли да бъдат избегнати при изначалното залагане на по-гъвкава договорна рамка. Подходът за промяна на баланса в дейностите по пера по същество представлява промяна на офертите от изпълнителите, в които са ясно посочени стойности за отделните видове дейности.

10

2.3. Въпроси, свързани със законовите основания за измененията в договорите

36. Възложителят е посочил разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 7 ЗОП¹¹ като законово основание за споразуменията, сключени на 28.02.2020 г. Тази разпоредба дава възможност за промени в договорите за обществени поръчки, когато **измененията не са съществени**. В същото време законната рамка изчерпателно регламентира всички

¹¹ Чл. 116, ал. 1, т. 7 от Закона за обществените поръчки: „Договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменени когато: ... т. 2. поради непредвидени обстоятелства е възникнала необходимост от извършване на допълнителни доставки, услуги или строителство, които не са включени в първоначалната обществена поръчка, ако смяната на изпълнителя: а) е невъзможна поради икономически или технически причини, включително изисквания за взаимозаменяемост или оперативна съвместимост със съществуващо оборудване, услуги или съоръжения, възложени с първоначалната поръчка, и б) би предизвикала значителни затруднения, свързани с поддръжката, експлоатацията и обслужването или дублиране на разходи на възложителя; т 3. поради обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди, е възникнала необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора или рамковото споразумение; ... т.7. се налагат изменения, които не са съществени“.

останали хипотези, при които измененията се смятат за съществени, тъй като изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка (чл. 116, ал. 5, т. 3 ЗОП).

37. От обявленията за изменение на трите споразумения не става ясно защо възложителят третира измененията като несъществени. Независимият наблюдател изказва обоснованото си мнение, че промените могат да се квалифицират и като съществени, тъй като промените на етап технически проект, а впоследствие и на етап изпълнение на строително-монтажни работи, могат да бъдат характеризирани като такива, които променят обема и вида дейности, които следва да бъдат извършени от изпълнителя.
38. Ако това предположение е вярно, то подобно грешно правоприлагане би следвало да се избягва в бъдеще и да се търси мотивирано решение за изменение на договорите в рамките на допустимите от закона изключения.
39. **Коментар относно определянето на законовите основания за изменения на договорите:** Внимателният преглед на решенията за изменения в договорите води до извод, че измененията могат да бъдат квалифицирани и като съществени и не би следвало да се основават на чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП. Възложителят следва да избягва от прилагането на подобен подход, тъй като той създава нестабилна база за реализирането на договорните отношения.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

40. Подходът за възлагане на обществени поръчки чрез инженеринг цели изграждането на обекти в съкратени срокове и осигуряване на гъвкавост в процеса на изпълнение. По-нататъшното наблюдение на практическата реализация на проекта ще покаже дали той ще доведе до постигане на тези цели. Към момента на изработване на настоящия доклад¹² може да се оцени, че разликите между идейния и техническия проект (с всички произтичащи от това разлики в обема и характера на работите, допълнителни проучвания, поредица от съгласувателни процедури и т.н.) не водят до съществено съкращаване на сроковете. Подобен подход не предполага и достатъчна прецизност на финансовата оферта на изпълнителите, което крие рискове както за изпълнителите (поради възникване на непредвидени дейности и съответните разходи), така и за възложителя (тъй като честата последица е отправяне на искания за допълнителни работи).
41. **Възлагане на строителство чрез инженеринг и гъвкавост на договорната рамка:** На първо място е необходимо да се отбележи значението на въпроса за гъвкавостта на договорната рамка, който има отношение не само към конкретната обществена поръчка, но потенциално би имал отношение и към други бъдещи процедури за изграждане на значими инфраструктурни проекти. Независимият наблюдател отчита като проблематичен подхода за възлагане на строителство чрез инженеринг. При подобен подход възложителят предоставя идеен проект при възлагане на поръчката, който подлежи на значително изменение след проектирането и приемането на

¹² Юни 2020 г.

техническият проект. Този подход може да създаде съществен финансов риск за изпълнителите, които не могат да предвидят обема и характера на промените в проекта. Това на свой ред създава предпоставки от възникване на необходимост от допълнителни работи, за които не са предвидени финансови ресурси, и създава рискове от: 1) некачествено изпълнение, поради пренасочване на финансови ресурси от едни предвидени дейности към други непредвидени дейности; и 2) забавяне на работата или дори преустановяване на изпълнението при по-голям ликвиден проблем на изпълнителите. За независимия наблюдател недостатъците на подобна форма на възлагане чрез инженеринг могат да бъдат елиминирани единствено при проекти, при които има относителна стабилност на изходните данни на идейния проект. Рискът може донякъде да бъде управляван и намален при договорни конструкции, при които непредвидените разходи могат да бъдат компенсирани с изначално по-голям дял на допълнителните разходи, както и при възможност за допълнително възлагане на непредвидени при възлагането на поръчката работи.

42. Във връзка с общия извод за липсата на гъвкавост на договорната рамка по отношение на механизма за покриването на разходи за непредвидени дейности, настъпили вследствие на съществени разлики между идейния и одобрения технически проект, следва да се отбележи, че този изначален проблем в договорната уредба налага и изменението на договорите от 28.02.2020 г. Възложителят с голяма степен на вероятност е могъл да предвиди настъпването на съществени промени в заданието вследствие на приемането на техническия проект, а с това и да предвиди необходимостта от промяната на дефиницията на „количествено-стойностна сметка“. Липсва обаче анализ как разместването на стойностите по пера в разбивката на предложената цена, без да се променят цените за индивидуалните дейности, би могло да повлияе на изпълнението на проекта. В тази връзка възниква и въпросът дали по своята същност подобен подход не предполага последваща промяна на офертата.
43. **Проблеми, констатирани при анализ на измененията на договорите от 28.02.2020 г.:** Липсва прозрачност на това доколко изходните данни дават възможност за „спестяване“ на дейности по едни пера за сметка на други по други пера, тъй като възложителят не изяснява доколко има спестяване на едни дейности за сметка на други. Липсата на каквито и да било мотиви и математическа обосновка как разместването на стойности по пера ще компенсира изпълнителите за възникналите непредвидени разходи, както и какъв е техният размер, съгласно приетия технически проект е недобра практика, която остава съмнения за съществено завишени единични цени и обеми при първоначалното офертиране. Наред с това, независимият наблюдател отправя критика и към квалифицирането на тези изменения като „несъществени“ по смисъла на ЗОП.
44. **Прецизно определяне на законовите основания за изменения на договорите:** Възложителят следва да обосновава в детайли мотивите за измененията в договорите с изпълнителите и да търси коректната правна квалификация, когато фактическите обстоятелства налагат тези изменения. В тази връзка той би следвало да се въздържа от избор на привидно по-лесен подход (каквото е основанието за несъщественост на измененията по чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП), който не налага детайлно мотивиране на

измененията, но залага разминаване между фактическите обстоятелства и обстоятелствата, формално вписани в изменения договор.

45. **Предоставяне на информация от страна на възложителя:** По-съществен комуникационен проблем бе констатиран по отношение на достъпа до писмена информация, която наблюдателят търси от възложителя. За съжаление, по отношение на някои от аспектите при мониторинга (например при предоставянето на информация относно подизпълнителите, оторизирани да извършват дейности по проекта), независимият наблюдател се сблъска със забавяне и формални обструкции при предоставянето на необходимата информация, както по отношение на срока, така и по отношение на поисканата форма и то в условията на извънредно положение вследствие на усложнената пандемична обстановка в страната. Това не съответства на принципно добрата комуникация между възложител и независим наблюдател, установена при мониторинга по възлагане на поръчката.

В тази връзка е необходимо информацията да бъде предоставяна на независимия наблюдател писмено по електронен път и в кратки срокове. Това е особено актуално в настоящата епидемична обстановка, която налага използването на електронните средства като единствен възможен канал за комуникация.

Настоящата публикация е изработена по проект „Пактове за почтеност – превантивен граждански механизъм за защита на фондовете на ЕС“ финансиран от Европейската комисия. Изводите и констатациите в нея отразяват вижданията на авторите и не обвързват Европейската комисия. Европейската комисия и Асоциация „Прозрачност без граници“ не носят отговорност за последствията от използването на информацията, съдържаща се в настоящия доклад, за други цели и в друг контекст.

© 2020 Асоциация „Прозрачност без граници“. Всички права запазени.

АСОЦИАЦИЯ „ПРОЗРАЧНОСТ БЕЗ ГРАНИЦИ“
гр. София 1463, ул. „Шандор Петьофи“ № 50, ет. 1
Тел.: 02/986 77 13, 02/986 79 20
mbox@transparency.bg
<http://integrity.transparency.bg>
<http://transparency.bg>