

II

(Съобщения)

СЪОБЩЕНИЯ НА ИНСТИТУЦИИТЕ, ОРГАНИТЕ, СЛУЖБИТЕ И АГЕНЦИИТЕ НА
ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

ЕВРОПЕЙСКА КОМИСИЯ

Известие относно инструментите за борба с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки и относно насоките за прилагане на съответното основание за изключване

(2021/C 91/01)

Съдържание

	<i>Страница</i>
1. ВЪВЕДЕНИЕ	3
1.1. Проблемът, пред който сме изправени	3
1.2. Трудностите при решаването на проблема	4
1.3. Досегашните усилия за справяне с проблема с тайните споразумения	5
2. ИНСТРУМЕНТИ НА РАВНИЩЕ ЕС ЗА БОРБА С ТАЙНИТЕ СПОРАЗУМЕНИЯ	5
2.1. Ангажиментът за предприемане на действия, залегнал в политиката	5
2.2. Водещите принципи при изпълнението на този ангажимент	6
2.3. Целта на настоящото известие	7
3. ПОДДРЕПА ЗА ДЪРЖАВИТЕ ЧЛЕНКИ И ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ	7
4. ПОДОБРЯВАНЕ НА СЪТРУДНИЧЕСТВОТО МЕЖДУ НАЦИОНАЛНИТЕ ЦЕНТРАЛНИ ОРГАНИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ И ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА	8
5. НАСОКИ ЗА ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ ОТНОСНО НАЧИНИТЕ НА ПРИЛАГАНЕ НА ОСНОВАНИЕТО ЗА ИЗКЛЮЧВАНЕ, СВЪРЗАНО С ТАЙНИ СПОРАЗУМЕНИЯ, В СЪОТВЕТСТВИЕ С ЧЛЕН 38, ПАРАГРАФ 7, БУКВА Д) ОТ ДИРЕКТИВА 2014/23/ЕС, ЧЛЕН 57, ПАРАГРАФ 4, БУКВА Г) ОТ ДИРЕКТИВА 2014/24/ЕС И ЧЛЕН 80, ПАРАГРАФ 1 ОТ ДИРЕКТИВА 2014/25/ЕС	10
5.1. Приложимите законови разпоредби и тяхното изпълнение до момента	10
5.2. Обхватът на основанието за изключване, свързано с тайни споразумения: включване на съгласувани практики и взаимодействие с основанието за изключване поради тежко професионално нарушение	12
5.3. Компетентността на възлагащите органи да прилагат основанието за изключване: широка свобода на преценка и ограничения на правото на преценка	13
5.4. Понятието „достатъчно убедителни данни“: факти, които могат да се считат за данни, какво представляват „данните“, за разлика от „доказателствата“, и как трябва да се разглеждат заявителите за освобождаване от санкции или намаляване на техния размер	14
5.5. Свързани дружества, които участват в една и съща процедура за възлагане: правото на операторите, които могат да бъдат заподозрени в тайно споразумение, да докажат своята независимост при подаване на оферта	17

5.6. Съвместно оферирание и възлагане на договор за подизпълнение: внимателна, но балансирана оценка от страна на възлагащия орган	18
5.7. Мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, предприети от икономическите оператори по смисъла на член 57, параграф 6 от Директивата: правото на операторите да докажат своята надеждност и необходимостта възлагащите органи да извършат пропорционална оценка на изложените доводи	19
5.8. Важността възлагащите органи да информират и/или да потърсят помощ от органа за защита на конкуренцията или от други участващи централни органи	20
5.9. Определяне на условията за изключване на икономически оператор съгласно член 57, параграф 7 от Директивата	21
ПРИЛОЖЕНИЕ	23
Средства и съвети за ефективно противодействие на тайни споразумения при възлагането на обществени поръчки	23

1. ВЪВЕДЕНИЕ

1.1. Проблемът, пред който сме изправени

Възлагането на обществени поръчки е една от най-осезаемите форми на изразходване на публични средства, тъй като то има за цел да се осигурят строителни дейности, стоки или услуги, които се използват пряко от гражданите (като улици или летище, болнични консумативи и обществен автобусен транспорт). Възлагането на обществени поръчки представлява съществен дял от БВП на държавите членки ⁽¹⁾ и има ключово значение за икономическия растеж, социалния напредък и изпълнението на основната цел на държавата да предоставя качествени услуги на своите граждани. Гражданите имат право да следят публичните средства да се изразходват по най-ефикасния, прозрачен, отговорен и справедлив начин, за да могат да се ползват от качествени обществени услуги и в крайна сметка да продължат да се доверяват на държавните институции.

Терминът „тайно споразумение“ при възлагането на обществени поръчки (често наричано също „съглашателство при офериране“) се отнася до незаконни споразумения между икономическите оператори, които имат за цел да се наруши конкуренцията при процедурите за възлагане. Такива тайни споразумения между икономическите оператори могат да приемат различни форми, като например предварително определяне на съдържанието на офертите (особено на цената) с цел да се въздейства върху резултата от процедурата, въздържане от подаване на оферта, разпределяне на пазара на географски принцип, според възлагащия орган или според предмета на поръчката или установяване на схеми за редуване на участието в поредица процедури. Целта на всички тези практики е да се даде възможност на предварително определен оферент да сключи договор, като същевременно се създаде впечатлението, че процедурата е наистина конкурентна.

С тайните споразумения по същество се подкопават ползите от справедлив, прозрачен, ориентиран към конкуренцията и към инвестициите пазар на обществени поръчки, като се ограничават достъпът на дружествата до този пазар и изборът на публичните купувачи. На пазар на обществени поръчки, засегнат от тайни споразумения, спазващите закона икономически оператори обикновено се въздържат да участват в съответните процедури за възлагане или да инвестират в проекти в публичния сектор. Това има особено вредно въздействие върху дружествата, които се стремят или имат нужда да развият своята стопанска дейност, и особено върху малките и средните предприятия. Това е еднакво вредно за дружествата, които са способни и имат желание да разработват иновативни решения, за да отговорят на нуждите на публичния сектор. Тайните споразумения отдавна са определени и се третират като основен рисков фактор за ефикасното изразходване на публични средства. Според оценките разходите, които публичните купувачи плащат, в сравнение с това, което биха платили при нормални пазарни условия, достигат до 60 % ⁽²⁾. Дори едно-единствено тайно споразумение в процедура за възлагане на обществена поръчка за няколко милиона ще струва на европейските данъкоплатци милиони евро под формата на прекомерни плащания за сметка на ефикасното и отговорно изразходване на публични средства.

Тайните споразумения са често срещано явление на пазарите на обществени поръчки (включително в ключови сектори на икономиката, като строителството, информационните технологии или здравеопазването). Редовно се установяват и разследват случаи на тайно споразумение и във връзка с тях се завеждат дела (административни и в много случаи наказателни) във всички части на света, включително в държавите — членки на ЕС ⁽³⁾. При извънредни ситуации, като пандемията от COVID-19, спешната необходимост публичните органи да се снабдят за много кратко време с големи количества консумативи и услуги за своите здравни системи, може да увеличи риска от тайно споразумение между някои икономически оператори, които може да се опитат да се възползват от извънредната ситуация и изкуствено да ограничат конкуренцията, за да увеличат максимално печалбите си за сметка на публичните финанси. Пагубните последици на тайните споразумения върху публичните финанси може да се окажат още по-големи след такива извънредни ситуации, в момент, когато икономическото възстановяване до голяма степен зависи от възможно най-ефективното използване на наличните публични средства и от извършването на значителни инвестиции в критични сектори на икономиката. Неоправданото изразходване на прекомерни суми за строителни работи, доставки и услуги означава по-малко публични средства за изпълнение на основни държавни дейности, по-големи бюджетни дефицити и по-остра нужда държавите да прибегват до кредитиране, което застрашава финансовата им стабилност и подкопава усилията им за възстановяване. Освен това колебанието на предприятията да участват в проекти в публичния сектор на пазари, които са засегнати от тайни споразумения, подкопава усилията за привличане на частни инвестиции в инфраструктурата (например в случай на концесии, изискващи участие на частен капитал).

В правото на Съюза ⁽⁴⁾ тайното споразумение между икономически оператори е разгледано в член 101 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), в който изрично се забраняват споразумения или съгласувани практики, които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар и биха могли да засегнат търговията между държавите членки. Освен това след приемането през 2014 г. на

⁽¹⁾ Възлизаш според оценките на над 14 % от общия БВП на държавите членки.

⁽²⁾ Например: <http://documents.banquemoniale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. В едно висящо дело за предполагаемо тайно споразумение, разследвано в САЩ, в което участват няколко големи фармацевтични дружества, се съдържат твърдения, че дружествата, участващи в схемата за съглашателство при офериране, изкуствено са определили цени за редица генерични лекарствени продукти, достигащи с 1000 % над обичайната им пазарна цена.

⁽³⁾ Въз основа на информация, получена от държавите членки (вж. раздел 2.2 от настоящото известие).

⁽⁴⁾ Анализирано в раздел 5.1 от настоящото известие.

най-новото поколение директиви на ЕС за обществените поръчки наличието на достатъчно убедителни данни за тайно споразумение изрично се превърна във факултативно основание за изключване на икономически оператор от процедура за възлагане на обществена поръчка ⁽⁵⁾.

1.2. Трудностите при решаването на проблема

Откриването и справянето със случаи на тайно споразумение при възлагането на обществени поръчки изправят националните органи пред особени предизвикателства. Незаконните споразумения между икономическите оператори за съгласителство при оферирание са по определение тайни и в повечето случаи се сключват и изпълняват по много внимателен и сложен начин. Съществуват данни, че в много (ако не и в повечето) случаи тайното споразумение остава неоткрито по време на процедурата за възлагане и в крайна сметка се разкрива и преследва (ако изобщо се стигне дотам) от компетентните органи обикновено много време след цялостното изпълнение на договора. Дългосрочните схеми за съгласителство при оферирание могат дори да се превърнат в обичайна практика в някои икономически сектори, тъй като икономическите оператори се изкушават или са склонни да се присъединяват към тях, за да си „гарантират“ достъп до пазара и пазарен дял.

Пазарите на обществени поръчки имат специфични характеристики, които ги правят по-уязвими към тайни споразумения в сравнение с други пазари. Възлагащите органи обикновено следват относително стабилни модели на покупки с често повтарящи се процедури за възлагане на обществени поръчки, сходни количества и стандартни спецификации на продуктите или услугите и без големи изменения в сравнение с предходни процедури. Тази предсказуемост на търсенето улеснява незаконното разпределяне на пазара между операторите, тъй като гарантира „справедлива“ възвръщаемост за всеки един от тях. Освен това в даден пазарен сектор може да има много малък брой икономически оператори, които подават оферти в процедури за обществени поръчки, често поради отдалеченото местоположение на възлагащия орган или малкия размер на съответния пазар. Недостигът на оференти може допълнително да се увеличи в резултат на направения избор или на практиките, използвани от самите възлагащи органи, например отказ от избиране на открити процедури или въвеждане на строги или прекалено специфични изисквания за подаване на оферти, което може да доведе до допълнително ограничаване на броя на подадените оферти в съответната процедура за възлагане. Колкото по-малък е броят на активните оператори на пазара на обществени поръчки, толкова по-лесно е те да постигнат тайно споразумение. И накрая, възлагащите органи могат да бъдат обект на редица изисквания за разкриване на информация относно процедурите за възлагане, които надхвърлят изискванията на директивите на ЕС за обществените поръчки (например разкриване на сведения за това кой е представил оферта и на каква стойност). Това може да улесни участниците в тайни споразумения да обменят информация помежду си и да следят за спазването на незаконното споразумение от всички страни по него.

Действителността, с която възлагащите органи често се сблъскват при изпълнение на процедури за възлагане на обществени поръчки, допълнително утежнява присъщите затруднения при справянето със случаи, при които има подозрение за тайно споразумение. Възлагащите органи (особено по-малките) често не разполагат с подходящо обучен и опитен персонал, който е способен да открие тайно споразумение в дадена процедура за възлагане. Служителите по обществените поръчки ⁽⁶⁾ обикновено са съсредоточени върху това да гарантират, че процедурата отговаря на основните процедурни и законови изисквания и е завършена в срок. Дори когато открият съмнителни оферти, те често не са напълно наясно с наличните средства за реагиране или с евентуално съществуващите механизми за получаване на експертна помощ от централните органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията. Освен това възможното забавяне на процедурата за възлагане, което често води до административни, бюджетни или дори политически последици, може да възпре служителите по обществените поръчки да се занимават ефективно със случаи, при които има подозрение за тайно споразумение. Съмненията относно способността или дори желанието на възлагащия орган да се занимава категорично със случаи на тайно споразумение, може допълнително да улеснят участието на икономическите оператори в съгласителство при оферирание.

⁽⁵⁾ Вж. член 57, параграф 4), буква г) от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 65) и член 38, параграф 7, буква д) от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 1). Основанието за изключване, предвидено в Директива 2014/24/ЕС, може да се прилага и по отношение на Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 243) по силата на член 80, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС.

⁽⁶⁾ За целите на настоящото известие термините „служители по обществените поръчки“ или „персонал по обществените поръчки“ се отнасят до служители на възлагащи органи или възложители, които участват в по-голяма или по-малка степен в изготвянето, обявяването и изпълнението на процедура за възлагане на обществена поръчка. Това определение не засяга компетентността на държавите членки по отношение на организацията на тяхната държавна администрация, равнищата на вземане на решения, участието на различни отдели в общите процедури за възлагане и т.н. В този смисъл способността за откриване и справяне със случаи, при които има подозрение за тайно споразумение, и задължението да се гарантира надеждността на процедурата за възлагане важат за всички, участващи в процедурата — от служителя, който получава и отваря офертите, до ръководителя, който подписва решението за възлагане на поръчката.

И накрая, справянето с тайните споразумения при възлагане на обществени поръчки е още по-трудно, когато са съчетани с корупция, например когато икономическите оператори, участващи в съглашателство при оферирание, подкупват лице, което има влияние в процедурата за възлагане, за да се гарантира, че незаконните им действия остават неразкрити. Въпреки че за целите на настоящото известие тайните споразумения и корупцията при обществените поръчки се считат за отделни проблеми, те могат да възникнат *успоредно* и още повече да подкопаят надеждността на процедурата за възлагане.

1.3. Досегашните усилия за справяне с проблема с тайните споразумения

До приемането през 2014 г. на директивите за обществените поръчки тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки се разглеждаха предимно на равнище ЕС от гледна точка на конкурентното право. Те се третираха като типичен случай на споразумение между двама или повече независими пазарни участници, което ограничава конкуренцията и е забранено съгласно член 101 от ДФЕС.

През годините както Комисията, така и националните органи за защита на конкуренцията (оправомощени да прилагат членове 101 и 102 от ДФЕС) се занимаваха с няколко случая на тайно споразумение при възлагането на обществени поръчки ⁽⁷⁾. Националните органи за защита на конкуренцията в повечето държави — членки на ЕС, са издали конкретни насоки за борба с тайните споразумения. В рамките на Международната мрежа по конкуренция ⁽⁸⁾, в която участва Комисията, са разработени също така насоки за взаимодействие между органите за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията. Органите за защита на конкуренцията повишават осведомеността сред възлагащите органи относно начините за предприемане на превантивни действия на етапа на планиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки и обучават служителите по обществените поръчки да се борят с тайните споразумения. През последните години методите за анализ на данни от електронни системи за обществени поръчки се превръщат в допълнителен ценен инструмент за откриване на тайни споразумения.

През ноември 2017 г. Европейската служба за борба с измамите (OLAF) публикува наръчник, озаглавен „Измами в областта на обществените поръчки — набор от „червени флагове“ и най-добри практики“ ⁽⁹⁾, разработен въз основа на експертния принос на държавите членки в Консултативния комитет за координиране на предотвратяването на измами (COCOLAF). Наръчникът включва раздел относно тайните споразумения, в който е представен много изчерпателен и подробен списък на „червените флагове“ и съвети за откриване на тайни споразумения на етапа преди провеждане на тръжна процедура и на етапа на провеждане на тръжна процедура.

Други институции, по-конкретно ОИСР ⁽¹⁰⁾ и Световната банка ⁽¹¹⁾, също са постигнали важен напредък по проблема с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки.

2. ИНСТРУМЕНТИ НА РАВНИЩЕ ЕС ЗА БОРБА С ТАЙНИТЕ СПОРАЗУМЕНИЯ

2.1. Ангажиментът за предприемане на действия, залегнал в политиката

Както бе споменато по-рано, на европейските и националните органи за защита на конкуренцията са поверени правомощия за разследване и прилагане на законодателството с цел да се наказват практиките на съглашателство при оферирание и да се възпират икономическите оператори от сключването на тайни споразумения в бъдеще. В повечето случаи обаче прилагането на законодателството и налагането на санкции за защита на конкуренцията се извършват, след като вредата вече е нанесена, т.е. след възлагането на поръчката и често пъти след пълното ѝ изпълнение. Въпреки че установяването на практики на

⁽⁷⁾ За случаи, разследвани от Комисията, вж. например случая SPO (в който участват строителни фирми в Нидерландия) от 1992 г. (дела IV/31.572 и 32.571), случая с топлоизолационните тръби от 1999 г. (дело IV/35.691/E-4), случая с асансьорите и ескалаторите от 2007 г. (дело (COMP/E-1/38.823), случая със захранващите кабели от 2014 г. (дело AT.39610), както и случаите, споменати в доклада на ГД „Конкуренция“ относно правоприлагането в областта на конкуренцията във фармацевтичния сектор, приет на 28 януари 2019 г. (достъпен на адрес https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_bg.pdf).

⁽⁸⁾ По-конкретно главата от разработения от Международната мрежа по конкуренция наръчник относно правоприлагането в областта на борбата срещу картелите, в която се разглеждат „[в]ръзките между агенциите за защита на конкуренцията и органите за възлагане на обществени поръчки“.

⁽⁹⁾ Тайните споразумения са разгледани също в проучване, възложено от OLAF, относно разкриването и намаляването на корупцията при възлагането на обществени поръчки в ЕС, публикувано през юни 2013 г. (достъпно на адрес https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

⁽¹⁰⁾ На 17 юли 2012 г. Съветът на ОИСР прие Препоръка за борба със съглашателството при оферирание при възлагането на обществени поръчки (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). В препоръката се призовава правителствата да се стремят към процедури за възлагане на обществени поръчки, които са разработени така, че да се насърчава конкуренцията и да се намалява рискът от съглашателство при оферирание. Отдел „Конкуренция“ на ОИСР е изготвил още през 2009 г. много подробни насоки и контролни списъци за борба със съглашателството при оферирание в процедури за възлагане на обществени поръчки. Препоръката на ОИСР послужи като основа за текстове с насоки, издадени от няколко национални органа, в които се разглежда проблемът с тайните споразумения.

⁽¹¹⁾ През 2013 г. Световната банка издаде своя Наръчник за повишаване на осведомеността относно измамите и корупцията, предназначен за държавни служители, които участват в процеса на възлагане на обществени поръчки; в този наръчник е включен специален раздел относно тайните споразумения. През 2011 г. Световната банка издаде и конкретни насоки за борба с тайните споразумения в строителния сектор, който тя определя като най-уязвимия към тайни споразумения, заедно със сектора на медицинските доставки.

съглашателство при оферирание на този по-късен етап има за цел да се санкционира тайното споразумение и да се възпират подобни практики в бъдеще, то не е от съществено значение за тържните процедури, които действително са засегнати, и може да доведе до възлагането на поръчка на оператор, участващ в тайно споразумение, в ущърб на обществения интерес. Макар че европейските и националните органи за защита на конкуренцията играят ключова роля в борбата с тайните споразумения, изключително важно е също така да се обърне внимание на тези практики на етапа, на който това има най-голямо значение, т.е. преди възлагането на поръчката. За тази цел е необходимо да се обърне внимание на проблема и от гледна точка на възлагането на обществени поръчки, което означава служителите по обществените поръчки, които провеждат процедури за възлагане, да са в състояние ефективно да предотвратяват, откриват и възпрепятстват прояви на съглашателство при оферирание по време на самата процедура. Това включва използването на средствата, предвидени в директивите за обществените поръчки, по-специално възможността за изключване на оферент от процедурата, когато са налице достатъчно убедителни данни, че е сключил тайно споразумение с цел практическо ограничаване на конкуренцията ⁽¹²⁾.

В съобщението си от 2017 г., озаглавено „Повишаване на ефективността на обществените поръчки в Европа и в полза на Европа“ (COM(2017) 572) ⁽¹³⁾, Комисията определи шест стратегически приоритетни области, в които ясните и конкретни действия могат да превърнат обществените поръчки в мощно средство на икономическата политика на всяка държава членка, което да доведе до съществени ползи от обществените поръчки. В рамките на стратегическия приоритет „Повишаване на прозрачността, почтеността и качеството на данните“ Комисията обяви намерението си да

„...разработи средства и инициативи за разрешаване на този проблем и за повишаване на осведомеността за нуждата от минимизиране на рисковете от тайни споразумения на пазарите на обществени поръчки. Ще бъдат включени действия за повишаване на знанията за пазара у възлагащите органи, подпомагане за възлагащите органи, внимателно планиране и разработване на процесите на възлагане и по-добро сътрудничество и обмен на информация между органите в областта на обществените поръчки и тези в областта на защитата на конкуренцията. Комисията ще изготви и насоки за прилагането на новите директиви на ЕС за обществените поръчки във връзка с основанията за изключване при установени тайни споразумения.“

Освен тези специфични действия в съобщението от 2017 г. е включен и стратегическият приоритет за „подобряване на достъпа до пазарите на обществени поръчки“. За тази цел

„...[Комисията] насърчава страните извън ЕС да се присъединят към Споразумението за държавните поръчки на Световната търговска организация и се стреми да договори амбициозни разпоредби, отнасящи се до обществените поръчки, в споразуменията за свободна търговия“.

Отварянето на международните пазари на обществени поръчки и разрешаването на навлизането на нови икономически оператори в процедурите за възлагане, особено в държави с по-малък пазар на обществени поръчки и в сектори, в които има ограничено предлагане, широко се признава като ключово средство за увеличаване на конкуренцията, за избягване на концентрацията на пазара или олигополите и следователно за възпирание на тайните споразумения.

На 10 март 2020 г. Комисията потвърди конкретния си ангажимент да предостави насоки за борба с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки в своето съобщение, озаглавено „Дългосрочен план за действие за по-добро изпълнение и ефективно прилагане на правилата на единния пазар“ (COM (2020) 94 final) ⁽¹⁴⁾.

2.2. Водещите принципи при изпълнението на този ангажимент

Изпълнявайки своя ангажимент за справяне с проблема с тайните споразумения чрез мерки на политиката, Комисията работи за създаване на инструменти, които са съсредоточени предимно върху служителите, изпълняващи процедури за възлагане на обществени поръчки в държавите членки. Целта е да се гарантира, че те разполагат с подходящите инструменти, обучение и подкрепа, които ще им дадат възможност да се справят ефективно с тайни споразумения в процедури за възлагане.

Намерението на Комисията не е да дублира положените до момента усилия, а по-скоро да изясни аспекти на нормативната или административната уредба в области, в които пазарът има ясна и нарастваща необходимост от насоки и конкретни действия.

Комисията черпи вдъхновение от опита и добрите практики, които вече са налице в държавите — членки на ЕС. 21 държави членки предоставиха много съществени отговори на набор от 10 въпроса, поставени през февруари 2019 г. от Комисията, като практически допринесоха за решаването на този проблем. Комисията ще търси постоянното участие на национални експерти по обществените поръчки и защитата на конкуренцията в разработването на обявените инструменти, за да гарантира, че всяко предприето действие осигурява реална добавена стойност в борбата срещу тайните споразумения и е насочено към реалните нужди на възлагащите органи.

⁽¹²⁾ Анализирано в раздел 5.1 от настоящото известие.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-enforcement-implementation-single-market-rules_en_0.pdf

2.3. Целта на настоящото известие

В настоящото известие са описани подробно инструментите, обявени в гореспоменатото съобщение от 2017 г., които Комисията предвижда да използва, за да подпомага ефективно държавите членки и техните възлагащи органи в противодействието на проблема с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки. Целта на тези инструменти е:

- да се подпомогнат държавите членки и възлагащите органи в изграждането на капацитет за справяне с проблема, по-специално като се предвидят методи за възпиране, откриване и справяне с тайните споразумения в текущите инициативи на Комисията за професионализацията на обществените поръчки. Методите включват подобряване на знанията за пазара, адаптиране на процедурите за насърчаване на участието на максимален брой икономически оператори и за ограничаване на риска от тайни споразумения, както и повишаване на осведомеността (вж. раздел 3);
- да се насърчи сътрудничеството между националните централни органи за възлагане на обществени поръчки⁽¹⁵⁾ и за защита на конкуренцията, за да се осигури ефикасна и непрекъсната подкрепа за възлагащите органи (вж. раздел 4).

Настоящото известие включва също така обявените кратки, лесни за ползване и разбираеми насоки за възлагащите органи относно начините на прилагане на предвиденото в директивите за обществените поръчки основание за изключване, свързано с тайни споразумения. Тези насоки са представени в раздел 5 с приложение, което съдържа набор от средства за по-ефективно възпиране, откриване и справяне със случаи, при които има подозрение за тайно споразумение.

3. ПОДКРЕПА ЗА ДЪРЖАВИТЕ ЧЛЕНКИ И ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ

Предприемането на мерки за решаване на проблема с тайните споразумения преди приключване на процедурата за възлагане изисква съвместни усилия на държавите членки и възлагащите органи за изграждане на административния капацитет, който е необходим, за да се гарантира правилното провеждане на процедурата за възлагане. Мерките, които държавите членки и възлагащите органи биха могли да обмислят и да предприемат с цел изграждане на такъв капацитет, включват:

- осигуряване на ресурси (особено човешки ресурси) за изпълнението на процедури за възлагане, включително за предприемането на подходящи и навременни мерки за справяне със случаи, при които има подозрение за тайно споразумение;
- използване на наличните административни стимули за поощряване на персонала, който извършва процедури за възлагане на обществени поръчки и работи активно за откриването, решаването и докладването на евентуални случаи на тайно споразумение;
- организиране на обучения и събития за повишаване на осведомеността на персонала по обществените поръчки. Обучението на персонала ще има за цел преди всичко да се насочи вниманието към пагубните последици на тайните споразумения върху процедурите за възлагане, да се насърчи култура на активно противодействие на тайните споразумения сред служителите в цялата администрация и да се повишат практическите умения на персонала по обществените поръчки, така че той да може да се справя с проблема на практика. Обучителните курсове биха могли да включват начини за придобиване на нови знания за пазара, изготвяне и изпълнение на процедурите по начин, който ограничава риска от тайни споразумения, насърчаване на операторите да участват, както и използване на всички налични инструменти и методи за откриване на тайни споразумения по време на процедурата за възлагане. Препоръчително е също така на служителите по обществените поръчки да се осигури обучение относно основните принципи на конкурентното право, свързани с картелите.

Държавите — членки на ЕС, осъзнават значението на професионализирането на персонала по обществените поръчки в това отношение. Повечето от тях са публикували насоки или друга информация относно предотвратяването и откриването на тайни споразумения. Някои държави членки също така са разработили (или понастоящем разработват) практически инструменти за проверка на наличната информация с цел по-ефективно откриване на подозрителни оферти. Повечето държави членки организират кампании за повишаване на осведомеността и обучителни сесии, предназначени за възлагащи органи и служители по обществените поръчки, в областта на борбата срещу тайните споразумения.

За да привлече вниманието към този проблем и да подкрепи действията, предприемани от държавите членки, Комисията разработва различни методи, за да включи борбата срещу тайните споразумения в текущите си инициативи за професионализация в областта на обществените поръчки (в съответствие със своята препоръка от 2017 г. относно професионализацията). Сред тях са:

- включване на професионални умения за предотвратяване и откриване на тайни споразумения в Европейската рамка за компетентностите за специалисти в областта на обществените поръчки (ProcurCompEU)⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁵⁾ За целите на настоящото известие „централни органи за възлагане на обществени поръчки“ означава органът, отделът или институцията, натоварени на национално равнище с изготвянето, прилагането, наблюдението и/или подпомагането на функционирането на правната уредба в областта на обществените поръчки на национално равнище. Това не засяга компетентността на държавите членки по отношение на организацията на тяхната държавна администрация.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_bg

- споделяне с всички държави членки на добри практики и инструменти, разработени на национално равнище чрез експертни групи на Комисията или налични цифрови средства за комуникация;
- насърчаване на участието на националните органи за защита на конкуренцията (по-конкретно на служителите, които имат практически опит със случаи на тайни споразумения) в събития за повишаване на осведомеността и в обученията за служителите по обществените поръчки, предвид леснодостъпния експертен опит на националните органи за защита на конкуренцията в тази област (вж. също раздел 4);
- насърчаване на целенасочени действия в подкрепа на по-малки възлагачи органи в държавите членки. Това може да включва създаването на предпоставки националните централни органи за възлагане на обществени поръчки да предоставят цялостна подкрепа на по-малки възлагачи органи при провеждане на процедури за възлагане или изготвянето на конкретни обучителни модули, адаптирани към техните специфични нужди;
- обмен на добри практики за насърчаване на служителите по обществените поръчки да разследват активно случаи, при които има подозрение за тайно споразумение;
- сътрудничество с други международни организации (като ОИСР, СТО, Световната банка и ЕБВР) за насърчаване на международна база от споделени знания и експертен опит в борбата срещу тайните споразумения, включително за отваряне на световните пазари и изготвяне и изпълнение на процедури, насочени към укрепване на конкуренцията и привличане на максимален брой икономически оператори.

В съответствие с гореспоменатото съобщение от 2017 г., специално внимание се отделя на икономическите сектори, които се считат за чувствителни, тъй като или са уязвими на тайни споразумения (например поради концентрация на предлагането или търсенето, например при процедури за възлагане в малък мащаб, изпълнявани на подцентрално или местно равнище), или са важни поради икономическия си размер или общественото си значение (например в строителството, здравеопазването и сектора на информационните технологии).

4. ПОДОБРЯВАНЕ НА СЪТРУДНИЧЕСТВОТО МЕЖДУ НАЦИОНАЛНИТЕ ЦЕНТРАЛНИ ОРГАНИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ И ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

За ефективното справяне с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки е необходим комплексен подход от страна на възлагачите органи, като се използват знания и експертен опит в областта както на обществените поръчки, така и на защитата на конкуренцията. Изграждането на всеобхватна, стабилна и ефикасна уредба за подпомагане на възлагачите органи в тази задача изисква пълноценно сътрудничество между националните централни органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията.

В някои държави членки тези органи са определили (или понастоящем определят) условията за по-тясно сътрудничество в борбата срещу съглашателството при офериране в споразумение *ad hoc*. Такива споразумения на практика насърчават обмена на информация, опит и добри практики за борба срещу антиконкурентното поведение при възлагането на обществени поръчки. В някои държави членки, като Германия и Швеция, органът за защита на конкуренцията също играе надзорна роля в прилагането на правилата за обществените поръчки.

Независимо от формата на такова сътрудничество, Комисията активно насърчава инициативата на централните органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията в държавите членки да обединят усилията си в борбата срещу тайните споразумения при възлагане на обществени поръчки. Това би позволило на държавите членки и на техните централни органи да изготвят и прилагат по-ефикасно действия в подкрепа на възлагачите органи, като например:

- създаване на надеждно обслужване (под формата на звено за контакт или телефонна линия за помощ) за осигуряване на подкрепа на възлагачите органи;
- насърчаване на употребата на инструменти, налични на равнището на ЕС или на национално равнище, по-конкретно механизми за подаване на сигнали за нередности или програми за освобождаване от санкция или намаляване на санкции⁽¹⁷⁾, които създават предпоставки и окуражават отделни лица или предприятия да се отзовават и да докладват за случаи на тайно споразумение;
- разработване на поетапни практически договорености, въз основа на които възлагачите органи да търсят експертната помощ на централните органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията;
- улесняване на достъпа на органите до необходимата информация за изпълнение на задачите им при разглеждането на случаи, при които има подозрение за тайно споразумение. В рамките на своята правна уредба и при надлежно спазване на изискванията на ЕС⁽¹⁸⁾ и на националните изисквания за защита на личните данни държавите членки биха могли да обмислят възможността;
- да осигурят на своите органи за защита на конкуренцията достъп до електронните бази данни за обществените поръчки (например до наличните национални регистри на договорите) и до подадените оферти във връзка с проучвания към момента случаи;

⁽¹⁷⁾ Вж. пример за такъв инструмент, въведен от Европейската комисия: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

⁽¹⁸⁾ По-конкретно Общия регламент относно защитата на данните (Регламент (ЕС) 2016/679).

- да разрешат обмена на налична информация между органите за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията, така че тези органи да могат да преценяват дали са налице модели на тайно споразумение между икономическите оператори;
- да задължат възлагащите органи да уведомяват техните централни органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията за случаи, в които са изключили икономически оператор поради подозрение за тайно споразумение (вж. също раздел 5.8). Това би позволило на централните органи да проследяват и наблюдават използването на национално равнище на предвиденото в директивите основание за изключване и да извършват необходимите последващи действия по такива случаи (когато например разследват случаите съгласно правилата за защита на конкуренцията или преценяват дали да изключат оператора от процедури за определен период от време);
- създаване на национална база данни за случаите, в които икономическите оператори са изключени поради установено тайно споразумение, при надлежно спазване на националното право, както и на изискванията на ЕС⁽¹⁹⁾ и на националните изисквания за защита на данните. Такава база данни би предоставила на възлагащите органи леснодостъпна информация за икономическите оператори, участвали по-рано в тайни споразумения, с което се улеснява задачата за оценка на тяхната почтеност и надеждност. Също така тя би помогнала на централните национални органи да наблюдават, от една страна, начина, по който различните възлагащи органи разглеждат подобни случаи, и от друга страна, ефективното изпълнение на решенията за изключване на икономически оператори от процедури за възлагане;
- въвеждане в националната уредба за възлагане на обществени поръчки на незадължителни инструменти за възлагащите органи, които ефективно биха възпрепятствали икономическите оператори от участие в тайни споразумения. Това може да включва:
- изискване към всеки оферент заедно с офертата да представи отделна декларация за независимо определяне на офертата⁽²⁰⁾; и
- изрични клаузи в договора, предвиждащи правото на възлагащия орган да прекрати договора или да предяви иск за обезщетение за вреди, ако се установи, че изпълнителят е сключил тайно споразумение;
- сътрудничество при анализ на данните за обществени поръчки, с цел по-лесно откриване на признаци на тайно споразумение в процедурите за възлагане. За тази цел държавите членки се насърчават да въведат на национално равнище ясни и лесни за прилагане методи за събиране и анализ на големи обеми от данни, налични в електронните бази данни за обществените поръчки (евентуално с помощта на алгоритми, алгоритми за изкуствен интелект или машинно самообучение);
- съвместно организиране на обучителни сесии в областта на обществените поръчки и конкуренцията за служителите по обществените поръчки и защитата на конкуренцията, така че и двете професионални общности да се запознаят взаимно с работната рамка и практиките си;
- създаване на система за съвместен периодичен преглед на избрани процедури за възлагане, за да се установяват случаи на тайни споразумения и да се наблюдават обществените поръчки в чувствителни сектори;
- провеждане на кампании за повишаване на осведомеността, насочени към деловите среди, които участват в търгове за обществени поръчки, привличане на вниманието към съществуващите законови изисквания за участие в процедурите за възлагане на обществени поръчки, потенциалните последици от сълшателство при офертиране, както и ползите от лоялната конкуренция на пазара на обществени поръчки както за публичните купувачи, така и за дружествата.

Комисията ще помисли как да подкрепи усилията на държавите членки за установяване на необходимите полезни взаимодействия на национално равнище между централните органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията (по-специално ефективни и практически механизми за постоянно сътрудничество, обмен на информация и помощ), като:

- използва обсъжданията в експертните групи на Комисията, за да представи добри практики относно националните механизми за подпомагане на служителите по обществените поръчки и за начини на сътрудничество на национално равнище между централните органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията. В идеалния случай това ще включва презентации от държави членки, които имат такива договорености. Източник на идеи за тази цел могат да бъдат насоките, изготвени от Международната мрежа по конкуренция (вж. раздел 1.3);

⁽¹⁹⁾ Вж. бележка под линия 18.

⁽²⁰⁾ При подаване на единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП) икономическите оператори вече са длъжни да декларират дали са сключили тайно споразумение. Комисията може да обмисли в бъдеще да допълни тази разпоредба, като поиска декларация, с която се потвърждава, че оферентът е разработил своята оферта по независим начин. ОИСР е изготвила пример за този тип декларация: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>

— организиране на първо съвместно заседание или работна среща, обединяващи професионалните общности на специалисти по обществените поръчки и експерти по защита на конкуренцията. Освен това Комисията би могла, ако прецени за полезно, да разгледа възможността за създаване на форум на равнище ЕС, за да насърчи трансграничното сътрудничество и обмен на информация, опит и знания в тази област. Такъв форум може да се използва за обсъждане и обмен на опит по въпроси като общите практики на равнище ЕС при събиране на данни и при анализиране на признаци за тайни споразумения в целия ЕС, прилагането на възможността за „реабилитиране по своя инициатива“, предвидена в правото на Съюза (вж. раздел 5.7), или как действа Директива 2014/104/ЕС⁽²¹⁾ по отношение на вреди, причинени от тайни споразумения.

Освен това Комисията ще разгледа възможните начини за насърчаване на сътрудничеството и обмена на информация на равнище ЕС между националните централни органи за възлагане на обществени поръчки и за защита на конкуренцията в съответствие с правото на Съюза⁽²²⁾ и с националното законодателство в областта на защитата на личните данни с цел да се създаде възможност за обмен на информация в ЕС относно икономическите оператори, които са изключени от процедурите за възлагане поради установено тайно споразумение. Идеи биха могли да се почерпят от съществуващите средства, като например Информационната система за вътрешния пазар⁽²³⁾, централната информационна система на Европейската мрежа по конкуренция (система на Европейската мрежа по конкуренция) или механизма за обмен на информация, разработен в рамките на механизма за доброволна предварителна оценка на големи инфраструктурни проекти⁽²⁴⁾.

5. НАСОКИ ЗА ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ ОТНОСНО НАЧИНИТЕ НА ПРИЛАГАНЕ НА ОСНОВАНИЕТО ЗА ИЗКЛЮЧВАНЕ, СВЪРЗАНО С ТАЙНИ СПОРАЗУМЕНИЯ, В СЪОТВЕТСТВИЕ С ЧЛЕН 38, ПАРАГРАФ 7, БУКВА Д) ОТ ДИРЕКТИВА 2014/23/ЕС, ЧЛЕН 57, ПАРАГРАФ 4, БУКВА Г) ОТ ДИРЕКТИВА 2014/24/ЕС И ЧЛЕН 80, ПАРАГРАФ 1 ОТ ДИРЕКТИВА 2014/25/ЕС

В този раздел от настоящото известие са представени правно необвързващи виждания на Комисията относно прилагането на основанието за изключване, свързано с тайни споразумения, което е предвидено в член 38, параграф 7, буква д) от Директива 2014/23/ЕС, член 57, параграф 4, буква г)) от Директива 2014/24/ЕС и член 80, параграф 1 от Директива 2014/25/ЕС. Вниманието е съсредоточено върху специфични проблеми, с които се сблъскват държавите членки при прилагането на директивите, и служителите по обществените поръчки — при оценяване на офертите в процедурите за възлагане. Тези виждания не засягат компетентността на държавите членки при транспонирането и прилагането на директивите и не създават нови правила или задължения. Единствено Съдът на Европейския съюз (наричан по-долу „Съдът“) е компетентен да даде правно обвързващо тълкуване на разпоредбите на правото на Съюза, посочени в настоящото известие.

В интерес на пълнотата и използваемостта на тези насоки, в приложението към настоящото известие са включени също ясни и кратки съвети, насочени главно към служителите по обществените поръчки, които подготвят и изпълняват процедури за възлагане от името на възлагачи органи. В него са определени редица средства и така наречените „червени знамена“, които според Комисията са най-лесни за използване от служителите по обществените поръчки през цялата процедура за възлагане, с цел възпрепятстване, откриване и справяне с тайните споразумения. Тези насоки отразяват ценната работа, извършена през последните години от организации и служби като ОИСП, OLAF или националните органи за защита на конкуренцията, които са предоставили на служителите по обществените поръчки изчерпателни и леснодостъпни насоки и добри практики за борба срещу тайните споразумения.

5.1. Приложимите законови разпоредби и тяхното изпълнение до момента

Тайното споразумение между икономически оператори е забранено от правото на Съюза съгласно член 101 от ДФЕС⁽²⁵⁾, в който се предвижда, че:

„1. Забраняват се като несъвместими с вътрешния пазар всички споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар...“

Когато тайното споразумение не засяга (потенциално) търговията между държавите членки, то все още може да е обект на наказателно преследване съгласно националните правила за защита на конкуренцията.

⁽²¹⁾ Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 ноември 2014 г. относно някои правила за уреждане на иски за обезщетение за вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията.

⁽²²⁾ Вж. бележка под линия 18.

⁽²³⁾ Вж. съображение 128 от Директива 2014/24/ЕС.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

⁽²⁵⁾ На 8 април 2020 г. Комисията прие съобщение, озаглавено „Временна рамка за оценка на антиitrustови въпроси относно икономическо сътрудничество в отговор на спешни ситуации, произтичащи от настоящото разпространение на COVID-19“ (C(2020) 3200 final). То се отнася до третирането от гледна точка на конкурентното право на възможните форми на сътрудничество между икономическите оператори, с цел да се гарантира доставянето и адекватното разпределение на основни продукти и услуги с ограничена наличност по време на разпространението на COVID-19.

Преди да влязат в сила директивите от 2014 г. за обществените поръчки, оферентите, които са сключили тайно споразумение, можеха да бъдат изключени от тръжни процедури на основание член 45, параграф 2 от Директива 2004/18/ЕО, при условие че са били осъдени с окончателно решение за правонарушение, свързано с тяхното професионално поведение (член 45, параграф 2, буква в), или че са виновни за сериозно професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което могат да си послужат възлагащите органи (член 45, параграф 2, буква г) ⁽²⁶⁾. Когато прилагат факултативното основание за изключване в последната разпоредба, възлагащите органи могат да включат нарушение на правилата за защита на конкуренцията, например тайно споразумение, като обосновка, оправдаваща такова изключване, при условие че са изпълнени условията, посочени в този член ⁽²⁷⁾.

С директивите от 2014 г. за обществените поръчки правилата за изключване бяха изменени, като се въведоха нови задължителни и факултативни основания за изключване, възможността икономическите оператори да се позоват на мерки за „реабилитиране по своя инициатива“ и максимална продължителност на изключването. В тях за първи път наличието на тайно споразумение беше определено като факултативно основание за изключване на икономически оператори от процедури за възлагане. По-конкретно в член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС (наричана по-долу „Директивата“) е предвидено, че възлагащият орган, по собствена инициатива или по искане на държава членка, може да изключи икономически оператор от участие в тръжна процедура:

„г) когато възлагащият орган разполага с достатъчно убедителни данни, че икономическият оператор е сключил споразумения с други икономически оператори, насочени към нарушаване на конкуренцията“.

Това факултативно основание за изключване е отразено и в член 38, параграф 7, буква д) от Директива 2014/23/ЕС относно концесиите и може да се прилага за обществени поръчки, обхванати от Директива 2014/25/ЕС относно комуналните услуги по силата на член 80, параграф 1 от нея ⁽²⁸⁾.

С член 57, параграф 6 от Директивата се въвежда правото на икономическия оператор да използва така наречените мерки за „реабилитиране по своя инициатива“ (допълнително анализирани в раздел 5.7), като се предвижда, че:

„Всеки икономически оператор, който се намира в едно от положенията по параграфи 1 и 4, може да представи доказателства за това, че предприетите от него мерки са достатъчни за доказване на неговата надеждност, въпреки наличието на съответното основание за изключване. Ако бъде преценено, че тези доказателства са достатъчни, икономическият оператор не се изключва от процедурата за възлагане на обществена поръчка.“

За тази цел икономическият оператор доказва, че е платил или е в процес на плащане на обезщетение за всички вреди, настъпили в резултат от престъплението или нарушението, изяснил е изчерпателно фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на разследващите органи, и е взел конкретни технически, организационни и кадрови мерки, които са подходящи за предотвратяването на нови престъпления или нарушения.

Мерките, предприети от икономическите оператори, се оценяват при отчитане на тежестта и конкретните обстоятелства, свързани с престъплението или нарушението. Ако бъде преценено, че мерките не са достатъчни, икономическият оператор получава становище с мотивите за това решение.

Икономически оператор, който е бил изключен с окончателна присъда от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки или концесии, няма право да използва предвидената в настоящия параграф възможност по време на срока на изключването, произтичащ от тази присъда в държавата членка, в която присъдата поражда последици.“

И накрая, в член 57, параграф 7 от Директивата се предвижда, че:

„Държавите членки определят условията за прилагане на настоящия член [...]. Те определят по-специално максималния срок на изключване, в случай че икономическият оператор не е предприел мерките, посочени в параграф 6, за да докаже своята надеждност. Когато срокът на изключване не е определен с окончателна присъда, той не може да надвишава пет години от датата на осъждането с окончателна присъда в случаите по параграф 1 и три години от датата на съответното събитие в случаите по параграф 4.“

⁽²⁶⁾ Тези основания за изключване бяха приложими и съгласно Директива 2004/17/ЕО в съответствие с член 54, параграф 4 от нея.

⁽²⁷⁾ Вж. определение на Съда от 4 юни 2019 г. по дело C-425/18, CNS, точки 18 и 33.

⁽²⁸⁾ Позоваванията в раздел 5 от настоящото известие единствено на Директива 2014/24/ЕС или на нейните разпоредби следва да се разбират като обхващащи и съответните разпоредби в директиви 2014/23/ЕС и 2014/25/ЕС.

Държавите членки са докладвали за няколко случая, при които възлагащите органи са се консултирали с националния орган за защита на конкуренцията относно това как да се справят с подозрителни оферти. В някои държави членки възлагащите органи всъщност са решили да изключат икономически оператори по подозрение за тайно споразумение. Информацията за такива изключения обаче не е убедителна, тъй като в повечето държави членки възлагащите органи не са длъжни да докладват тези решения до националните централни органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията.

В редица държави членки случаите, свързани с прилагането на основанието за изключване, са достигнали също така до националните съдилища.

В директивите не са разгледани конкретно последиците от евентуално успешно оспорване по съдебен ред на решението на възлагач орган относно изключването на даден икономически оператор или от противоречащо решение по въпроса на националния орган за защита на конкуренцията след вземането на решението за възлагане. Държавите членки са свободни самостоятелно да определят тези последици.

5.2. Обхватът на основанието за изключване, свързано с тайни споразумения: включване на съгласувани практики и взаимодействие с основанието за изключване поради тежко професионално нарушение

Възможността за изключване на икономически оператор при подозрение за тайно споразумение не се тълкува в Директивата като санкция за неговото поведение преди или по време на процедурата за възлагане. Тя по-скоро служи като средство, с което се гарантира спазването на принципите на еднакво третиране и конкуренция в процедурата за възлагане, както и за осигуряване на почтеността, надеждността и годността на бъдещия изпълнител да изпълни поръчката ⁽²⁹⁾.

По отношение на типа поведение, попадащо в обхвата на основанието за изключване, разликите между буквата на член 57, параграф 4, буква г) от Директивата и тази на член 101 от ДФЕС пораждат съмнения относно това кои незаконни практики трябва да бъдат взети под внимание от възлагащия орган за целите на прилагането на това основание за изключване.

Всъщност член 57, параграф 4, буква г) от Директивата се отнася само до „споразумения с други икономически оператори, насочени към нарушаване на конкуренцията“, докато член 101 от ДФЕС обхваща „споразумения между предприятия, решения на спружения на предприятия и съгласувани практики, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар“. Когато тълкуват Директивата в съответствие с Договора при транспонирането ѝ в националното законодателство, държавите членки би следвало да могат да вземат предвид като възможна причина за прилагането на това основание за изключване не само споразумения, а и насочени към нарушаване на конкуренцията съгласувани практики в обществените поръчки. Като алтернатива държавите членки биха могли да разглеждат тези други форми на нарушения на правилата за защита на конкуренцията като случай на тежко професионално нарушение, което обосновава потенциално изключване на икономически оператор съгласно член 57, параграф 4, буква в) от Директивата ⁽³⁰⁾.

Възможно е да възникнат и някои въпроси относно разликата между основанието за изключване, свързано с тайни споразумения, което е посочено в член 57, параграф 4, буква г) от Директивата, и основанието за изключване поради тежко професионално нарушение съгласно член 57, параграф 4, буква в). Както бе споменато по-горе, до влизането в сила на директивите от 2014 г. последната разпоредба служи като основа за изключване на икономически оператор от процедурата за възлагане в случаи на нарушения на правилата за защита на конкуренцията ⁽³¹⁾. И двете основания за изключване все пак биха могли да служат за една и съща цел (възможност, потвърдена в съображение 101 от Директивата, в което нарушението на правилата за защита на конкуренцията изрично е квалифицирано като случай на тежко професионално нарушение), като и двете са факултативни за възлагащите органи и имат абсолютно същия резултат, а именно изключване на оферента от процедурата. Добавянето на основанието за изключване, свързано с тайни споразумения, в член 57, параграф 4, буква г) е предвидено като по-специфичен инструмент, който разширява наличните възможности на възлагащите органи за справяне със случаи на тайно споразумение. Изглежда, че ключовата разлика между двете разпоредби е степента на сигурност, която се изисква, за да може възлагащият орган да изключи оферента от процедурата. За да се възползва от член 57, параграф 4, буква в), възлагащият орган трябва да „докаже по подходящ начин, че икономическият оператор е виновен за тежко професионално нарушение“. За разлика от това съгласно член 57, параграф 4, буква г) възлагащият орган може да разгледа възможността да изключи оферент дори ако има „достатъчно убедителни данни, че икономическият оператор е сключил споразумения с други икономически оператори, насочени към нарушаване на конкуренцията“. Възлагащият орган трябва да преценява за всеки отделен случай кое от двете основания би могло да се счита за приложимо, като това означава, че нищо в Директивата не възпрепятства възлагащия орган да изключи оферента от процедурата въз основа на повече от едно основание за изключване.

⁽²⁹⁾ Вж. съображение 101 от Директивата.

⁽³⁰⁾ Както е потвърдено в съображение 101 от Директивата.

⁽³¹⁾ Вж. гореспоменатото определение на Съда по делото CNS, точки 18 и 33.

5.3. Компетентността на възлагащите органи да прилагат основанието за изключване: широка свобода на преценка и ограничения на правото на преценка

Съгласно член 57, параграф 4 от Директивата на възлагащите органи се предоставя широка свобода на преценка дали да изключат оферент от процедурата, или не, когато са налице достатъчно убедителни данни за тайно споразумение.

В член 57, параграф 4, буква г) няма допълнително уточнение или указание какво точно би могло да се квалифицира като данни или как такива данни биха могли да се считат за достатъчно убедителни, за да се изключи оферентът. Изглежда, че намерението на законодателя на ЕС е било да позволи на възлагащите органи да преценяват за всеки отделен случай дали са изпълнени условията за изключване на оферент на това основание, без да предписва твърде строги правила⁽³²⁾. Факултативният характер на това основание за изключване означава, че възлагащите органи имат право да допуснат по-нататъшното участие на даден оферент в процедура за възлагане дори ако имат достатъчно убедителни данни за тайно споразумение (освен ако съгласно националното законодателство се изисква възлагащите органи да изключат оферента — вж. по-долу).

Съдът последователно потвърждава, че съгласно член 57, параграф 4 от Директивата възлагащият орган (а не друга национална инстанция или орган) трябва самостоятелно да прецени дали даден икономически оператор трябва да бъде изключен от конкретна процедура за възлагане⁽³³⁾. Както Съдът много целесъобразно отбелязва, „[т]ази възможност, с която разполага всеки възлагащ орган, да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, е предназначена и именно да му даде възможност да оцени честността и надеждността на всеки от оферентите“, по-специално с цел да се гарантира „надеждността на изпълнителя, на която се основава доверието на възлагащия орган към изпълнителя“⁽³⁴⁾.

Возлагащите органи имат широка свобода на преценка, когато става въпрос за изключване на оферент по подозрение за тайно споразумение. В Директивата обаче са посочени определени ограничения.

Първо, при транспонирането на Директивата в националното законодателство държавите членки имат право да задължат своите възлагащи органи да прилагат факултативните основания за изключване, предвидени в член 57, параграф 4 от Директивата, и по отношение на член 57, параграф 4, буква г) — да изключат оферент от процедурата за възлагане, ако имат достатъчно убедителни данни за тайно споразумение⁽³⁵⁾.

Освен това съгласно член 57, параграф 7 от Директивата държавите членки имат право да определят условията за прилагане на посочения член, в съответствие с правото на Съюза, по-конкретно за да гарантират, че възлагащите органи възприемат последователен подход по въпроса на национално равнище. В съображение 102 от Директивата се признава възможността държавите членки да определят такива условия в конкретния случай на оценка на мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, предложени от оферента. Нито едно такова условие обаче не следва да променя, изменя, разширява или ограничава обхвата или мотивите на основанията за изключване, посочени в параграф 4 от същия член, не следва да ограничава оперативната самостоятелност на възлагащите органи, нито да засяга или предопределя техните решения. Целта на тези условия е да се определи на национално равнище редът, при който възлагащите органи ще упражняват своите правомощия, предвидени в Директивата⁽³⁶⁾.

Второ, съгласно член 57, параграф 6 от Директивата оферентът може да докаже своята надеждност, като представи на възлагащия орган доказателствата, посочени в същия параграф, че е предприел достатъчно мерки за постигане на съответствие, за да отстрани отрицателните последици от своето неправомерно поведение (или мерки за „реабилитиране по своя инициатива“). Съображение 102 от Директивата гласи, че:

„Когато такива мерки осигуряват достатъчно гаранции, въпросният икономически оператор не следва повече да бъде изключван само на тези основания“.

Возлагащият орган е длъжен да проучи такива доказателства, като вземе предвид тежестта или конкретните обстоятелства на нарушението, и да предостави обосновка, когато реши, че доказателствата не са достатъчни, за да позволи на оферента да продължи участието си в процедурата.

⁽³²⁾ Вж. решение на Съда от 24 октомври 2018 г. по дело C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, точка 23, решение от 19 юни 2019 г. по дело C-41/18, Meca srl, точки 28 и 31 и решение от 3 октомври 2019 г. по дело C-267/18, Delta Antrepriza, точки 25—29.

⁽³³⁾ Вж. решението на Съда по делото Vossloh Laeis, точка 23, решението на Съда по делото Meca, точки 28, 31 и по-специално 34, решението на Съда по делото Delta Antrepriza, точки 25 и 27, определеното на Съда по делото CNS, точки 34 и 35, както и определеното на Съда от 20 ноември 2019 г. по дело C-552/18, Indaco, точка 24.

⁽³⁴⁾ Вж. решението на Съда по делото Delta Antrepriza, точка 26.

⁽³⁵⁾ Отговорите, получени от Комисията на нейния въпросник от февруари 2019 г., показват, че при транспонирането на директивите от 2014 г. повечето държави членки са избрали основанието за изключване да остане факултативно за техните възлагащи органи.

⁽³⁶⁾ Вж. решението на Съда по делото Meca, точка 33 и решението на Съда по делото Delta Antrepriza, точки 25 и 27. Съдът изисква при определянето на такива условия държавата членка „да се съобразява с основните черти“, както и с „целите и принципите“ на основанията за изключване. Вж. също определеното на Съда по делото Indaco, точки 23 и 25, както и решението на Съда от 30 януари 2020 г. по дело C-395/18, Tim, точка 36.

Трето, принципът на пропорционалност, който обхваща всички етапи на процедурата за възлагане, се прилага и за етапа на оценка на потенциален случай на тайно споразумение. Това се потвърждава от съображение 101 от Директивата, което гласи, че:

„При прилагането на факултативни основания за изключване възлагащите органи следва да обръщат особено внимание на принципа на пропорционалност“.

Възлагащият орган трябва да прилага принципа на пропорционалност и когато оценява мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, предложени от съответния оферент. В член 57, параграф 6 от Директивата е предвидено, че:

„Мерките, предприети от икономическите оператори, се оценяват при отчитане на тежестта и конкретните обстоятелства, свързани с престъплението или нарушението“.

За целите на прилагането на това основание за изключване съгласно принципа на пропорционалност обикновено се изисква възлагащият орган да извърши конкретна и индивидуална оценка на съответния икономически оператор ⁽³⁷⁾, независимо от предишни решения, взети от други органи (вж. раздел 5.4), и при зачитане правото на оператора да предложи мерки за „реабилитиране по своя инициатива“ (вж. раздел 5.7).

Четвърто, преценката на възлагащия орган дали да изключи оператор от процедурата за възлагане, се ограничава също така от необходимостта решението да бъде добре документирано и надлежно обосновано. В случай че бъдат предложени мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, в член 57, параграф 6 от Директивата е предвидено, че:

„Ако бъде преценено, че мерките не са достатъчни, икономическият оператор получава становище с мотивите за това решение“.

Едно надлежно обосновано решение би намалило значително риска от успешно обжалване по съдебен ред от страна на съответния икономически оператор.

Като цяло възлагащите органи трябва да са наясно на всички етапи от процедурата за възлагане, че изключването на икономически оператор от процедурата води до ефективно ограничаване на конкуренцията и на избора за публичния купувач. Това е мярка, която трябва да се използва с повишено внимание (особено в сектори, в които има ограничен брой активни икономически оператори) и само ако честността и надеждността на бъдещия изпълнител не могат да бъдат гарантирани от други, по-малко драстични мерки.

5.4. Понятието „достатъчно убедителни данни“: факти, които могат да се считат за данни, какво представляват „данните“, за разлика от „доказателствата“, и как трябва да се разглеждат заявителите за освобождаване от санкции или намаляване на техния размер

Както бе споменато в раздел 5.3, в директивите не се посочва подробно какво би могло да се квалифицира като „достатъчно убедителни данни“, които биха позволили на възлагащия орган да изключи икономически оператор от процедурата за възлагане съгласно основанията за изключване, свързано с тайни споразумения.

Поради това по принцип може да се счита, че при разглеждане на възможността за изключване на оферент от неприключила процедура за възлагане поради подозрение за тайно споразумение, възлагащият орган има право, съгласно Директивата, да преценява всички факти, които са му известни и биха могли да поставят под съмнение надеждността на оферента като потенциален бъдещ изпълнител. Потенциални убедителни данни за възлагащия орган може да бъдат например сведенията, че оферент вече е сключил договор за подизпълнение с друг оферент по същата процедура или е поръчал предварително материалите, необходими за изпълнението на конкретния договор, много преди приключване на оценката на офертите. Други аспекти, които възлагащите органи трябва да оценят (чрез налични аналитични методи или въз основа на списъци с така наречените „червени знамена“), включват:

- цялостното пазарно поведение на оферентите, участващи в процедурата (например оференти, които никога не подават оферти в същата процедура за възлагане, или такива, които подават оферти само в определени региони или които, изглежда, се редуват при участие в процедури за възлагане);
- текста на офертите (например едни и същи печатни грешки или фрази в различни оферти или коментари, останали погрешка в текста на офертата, които навеждат на мисълта за тайно споразумение между оферентите);
- цените, предложени в процедурата за възлагане (например оференти, които предлагат по-висока цена, отколкото в предишни подобни процедури, или предлагат прекалено високи или ниски цени);
- административни данни (например оферти, подадени от един и същ търговски представител) ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Вж. определението по делото CNS, точка 34.

⁽³⁸⁾ В приложението към настоящото ръководство са описани често използваните „червени знамена“.

Възлагащите органи трябва да преценят по предпазлив и пропорционален начин дали данните за тайно споразумение, открити в неприключила процедура за възлагане, са достатъчно убедителни за изключване на оферента, като се съсредоточат върху фактите и избягват предположения. Например би било трудно да се оправдае изключването на двама оференти от процедура за възлагане само защото времето на подаване на техните оферти по електронен път се различава с няколко минути.

По отношение на някои по-специфични въпроси относно това, какво може да се тълкува като достатъчно убедителни данни за целите на Директивата:

Първо, с оглед на анализа в раздел 5.3 може да се счита, че директивите позволяват на държавите членки да въведат национални правила или насоки, в които се определя какво възлагащият орган може да счита за „достатъчно убедителни данни“ за целите на прилагането на основанието за изключване. Въпреки това, както беше споменато, националните правила следва да отговарят както на буквата, така и на духа на Директивата, съгласно която се изискват само „данни“ за участие в незаконни споразумения, които нарушават конкуренцията в процедура за възлагане, а не официални доказателства, като съдебно решение, потвърждаващо такова участие. Ако европейският законодател се нуждаеше от доказателства, които да доведат до прилагането на това основание за изключване, това би било отразено в текста, както е случаят с член 26, параграф 4, буква б) и член 35, параграф 5 от Директивата. Съдът също така е потвърдил, че нарушения на правилата на ЕС за обществените поръчки, като антиконкурентно поведение, „...могат да бъдат доказвани не само с преки доказателства, но и с улики, стига те да са обективни и съпадащи и на свързаните оференти да бъде предоставена възможност да представят доказателства за противното“⁽³⁹⁾.

На практика това означава, че възлагащите органи не са длъжни да имат доказателства за тайно споразумение в неприключила процедура за възлагане, тъй като това би противоречало на буквата на Директивата. Следователно национално законодателство, в което се изисква решение на орган за защита на конкуренцията или съдебно решение, потвърждаващо, че въпросният оператор е сключил тайно споразумение в неприключила процедура за възлагане, преди възлагащият орган да може да отхвърли офертата въз основа на член 57, параграф 4, буква г), поражда съмнения относно своята съвместимост с Директивата, като се има предвид, че такова решение всъщност представлява доказателство за тайно споразумение⁽⁴⁰⁾. Това неправомерно би ограничило правомощията, предоставени на възлагащите органи съгласно Директивата, да изключат оферент въз основа на достатъчно убедителни данни за тайно споразумение, а не на доказателства. За данни за тайно споразумение биха могли да се считат например сведения, доведени до знанието на възлагащия орган, за разследване, образувано от органа за защита на конкуренцията, или за наказателни обвинения, повдигнати срещу ръководството на оператора, за подозрения за тайно споразумение, независимо дали в неприключилата, или в други процедури за възлагане.

Второ, когато оценява почтеността или надеждността на оферента по смисъла на член 57, параграф 4, буква г) от Директивата, възлагащият орган има право да вземе предвид всеки факт, показващ антиконкурентно поведение на оферента, независимо дали това се отнася до неприключилата процедура за възлагане, или до друга, минала или настояща. В член 57, параграф 4, буква г) от Директивата не се уточнява дали фактите, пораждащи достатъчно убедителни данни за тайно споразумение, трябва да се отнасят до неприключилата процедура за възлагане, или могат да се отнасят до други (минали или текущи) процедури, процедури в различен икономически сектор или процедури за общественни поръчки, изпълнявани за частния сектор. Напротив, втората алинея на член 57, параграф 5 от Директивата изрично потвърждава, че възлагащият орган може да вземе предвид „действия или пропуски преди или по време на процедурата“. Следователно, предишно решение на друг възлагащ орган за изключване на оператора от процедура за възлагане или решение на орган за защита на конкуренцията, или решение на национален съд, по силата на което операторът или член на неговото ръководство или на неговия персонал е признат за виновен за участие в тайно споразумение в контекста на предишни процедури за възлагане, може да бъде взето предвид от възлагащия орган при оценка на надеждността на оферента в контекста на неприключилата процедура⁽⁴¹⁾. Участието на оператора в предишен случай на тайно споразумение обаче само по себе си не е основание за изключването му от неприключилата процедура за възлагане, като се има предвид, че въз основа на съдебната практика на Съда⁽⁴²⁾ решенията на други органи в предишни случаи не засягат преценката на възлагащия орган, изпълняващ

⁽³⁹⁾ Вж. решение на Съда от 17 май 2018 г. по дело C-531/16, Ecoservice projektai, точка 37.

⁽⁴⁰⁾ В скорошното си решение от 11 юни 2020 г. по дело C-472/19, Vert Marine, Съдът също подчерта необходимостта условията за прилагане, въведени от държавите членки, да са съвместими с ограниченията във времето на съответната процедура за възлагане, така че разпоредбите на директивата да не бъдат лишени от своето съдържание (вж. точки 36 и 38 от решението).

⁽⁴¹⁾ Въпреки че не са обвързани с решения, взети в чужбина, възлагащите органи могат да вземат предвид и случаите, при които икономическият оператор е участвал в тайно споразумение в друга държава.

⁽⁴²⁾ Вж. решенията на Съда по делото Delta Antrepriza, точка 27 и определенията по делото CNS, точка 34.

процедурата за възлагане. Същото важи и ако в предишен случай оферент е бил заподозрян в тайно споразумение, но накрая или съмненията са били отхвърлени, или въпреки това оферентът е останал в процедурата за възлагане. При изпълнение на процедурата за възлагане възлагащият орган не е обвързан от такова предишно решение⁽⁴³⁾, като си запазва правото да разгледа възможността за изключване на оферента от процедурата за възлагане, ако миналото му поведение поражда правдоподобни и обосновани съмнения у възложителя относно почтеността и надеждността на оферента в контекста на неприключилата процедура за възлагане.

Както бе споменато в раздел 5.3, възлагащият орган трябва да обоснове как е достигнал до окончателното си решение да изключи въпросния оператор от процедурата за възлагане, и по-специално как конкретни факти са били счетени за достатъчно убедителни данни за тайно споразумение, и да постави под съмнение надеждността на оферента за целите на неприключилата процедура за възлагане. За да даде възможност на възлагащия орган да направи обективна оценка, икономическият оператор трябва да информира възлагащия орган, при поискване, за всяко предишно решение, взето от орган за защита на конкуренцията, или за съдебни решения, с които се постановява, че операторът е сключил тайно споразумение. Тази информация се изисква чрез въпросника, включен в единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП), или чрез подобни национални формуляри, които операторът обикновено трябва да представи заедно с офертата си⁽⁴⁴⁾. Ако икономически оператор не предостави на възлагащия орган информация, необходима за проверка на липсата на основания за изключване, органът има право, съгласно член 57, параграф 4, буква з) от Директивата, да изключи този оператор от процедурата за възлагане.

Трето, съществуват случаи на икономически оператори, които признават, че са участвали в миналото в тайно споразумение и са сътрудничали с орган за защита на конкуренцията, било то като заявители за освобождаване от санкции или намаляване на техния размер, и/или в контекста на процедура за постигане на споразумение. Възниква въпросът дали в националното законодателство може да бъде предвидено, че такова предишно сътрудничество автоматично лишава възлагащите органи от възможността да разглеждат това минало участие в схема за съглашателство при оферирание като достатъчно убедителни данни за тайно споразумение за целите на прилагането на основанието за изключване в процедури за възлагане, провеждани след публичното оповестяване на решението на органа за защита на конкуренцията.

Преди да се даде отговор на този въпрос, е полезно да се има предвид, че в повечето юрисдикции:

- решението за участие в програма за освобождаване от санкция или намаляване на санкции или в процедура за постигане на споразумение предполага, че въпросният оператор признава, че е участвал в незаконно тайно споразумение;
- възможно е операторът, който е разследван за тайно споразумение и накрая е избрал процедура за постигане на споразумение, първоначално да е отказал да сътрудничи на органа за защита на конкуренцията и да е направил опит да осуети или да възпрепятства разследването. Това е обратното на действията, които биха могли да се очакват от оператора съгласно член 57, параграф 6 от Директивата, за да се възстанови надеждността му като бъдещ изпълнител;
- И накрая, за уреждането на тези случаи не се изисква ангажимент от страна на оператора да избягва подобни практики в бъдеще или да предприема конкретни действия. Операторът не се ангажира и не гарантира, че ще приеме специфични мерки (мерки за „реабилитиране по своя инициатива“), за да възстанови своята надеждност и почтеност по смисъла на Директивата. В конкурентното право обикновено не се предвижда изключване на оператор от бъдещи процедури за възлагане на обществени поръчки като санкция за неговото антиконкурентно поведение.

С оглед на горепосоченото следва да се прави разлика между два случая: от една страна, процедура или процедури за възлагане, които са били предмет на разследване и решение на националния орган за защита на конкуренцията и които са включвали заявление за участие в програма за освобождаване от санкция или намаляване на санкции или в процедура за постигане на споразумение, и, от друга страна, други процедури за възлагане, които се изпълняват след публичното оповестяване на гореспоменатото решение.

- В първия случай държавите членки обикновено следва да могат свободно да решат да освободят напълно или частично заявителите за участие в програма за освобождаване от санкция или намаляване на санкции или в процедура за постигане на споразумение от всякакви санкции във връзка с процедурата или процедурите за възлагане, които са обхванати от това заявление, и когато е установено тайно споразумение между съответните оператори и са наложени санкции с решение на националния орган за защита на конкуренцията⁽⁴⁵⁾. Това би могло да гарантира ефикасността на въведените от държавите членки схеми за освобождаване от санкция или намаляване на санкции и за постигане на

⁽⁴³⁾ Освен ако е взето решение за изключване на оператора от процедура за възлагане за определен период от време (вж. раздел 5.9).

⁽⁴⁴⁾ Вж. решението на Съда по делото *Delta Antrepriza*, точка 36.

⁽⁴⁵⁾ В член 23, параграф 1 от Директива 2019/1 за предоставяне на правомощия на органите по конкуренция на държавите членки, за да бъдат по-ефективни в правоприлагането, и за гарантиране на правилното функциониране на вътрешния пазар, е предвидено задължение на държавите членки да гарантират, че настоящите и бившите директори, управители и други членове на персонала на заявителите за освобождаване от санкции пред органите по конкуренция са напълно защитени от наказания, налагани по административни и ненаказателни съдебни производства, във връзка с участието им в тайния картел, попадащ в обхвата на искането за освобождаване от санкции от глоби, за нарушения на националните закони, преследващи предимно същите цели като целите, преследвани съгласно член 101 от ДФЕС. В съображение 64 се потвърждава, че тази разпоредба обхваща и националните закони за съглашателство при оферирание. Известието на Комисията от 2006 г. относно освобождаването от глоби също ограничава освобождаването до „глобите, които в противен случай биха били наложени на предприятие, разкрило участието си в твърдия картел“.

споразумение, като се има предвид, че освобождаването на икономически оператор, който признава, че е участвал в схема за съгласителство при оферирание, от сериозните последици, предвидени в националното законодателство, може да осигури много силен стимул за операторите да се отзовават и да разкриват случаи на тайно споразумение.

Горното следва да е възможно и когато процедура за възлагане, засегната от тайно споразумение, което националният орган за защита на конкуренцията е решил да санкционира, все още не е приключила, когато органът оповестява публично своето решение. Независимо от прерогативите на възлагащите органи съгласно член 57, параграф 4, буква г) от Директивата, икономически оператор, който е признал своето участие в схема за тайни споразумения, сътрудничил е на органа за защита на конкуренцията, платил е наложените глоби и е взел подходящи мерки за възстановяване на надеждността си, би могъл с основание да се счита за отговарящ на условията за неговото „реабилитиране по своя инициатива“ съгласно член 57, параграф 6 от Директивата. Следователно би могло да се счита за непропорционално възлагащият орган да изключи този оператор от текуща процедура за възлагане, по отношение на която мерките на оператора за „реабилитиране по своя инициатива“ са вече частично отразени в съответното решение на националният орган за защита на конкуренцията.

- Във втория случай обаче в Директивата няма разпоредба, която може да се тълкува в смисъл, че е допустимо държавите членки да въведат задължителна, обща и неквалифицирана презумпция за надеждност на такива оператори и/или да запължат възлагащите органи да приемат автоматично тяхното участие в процедури за възлагане, осъществени или приключени след публичното оповестяване на решение на националният орган за защита на конкуренцията. Това на практика би противоречало на специфичното право на преценка на възлагащите органи (предвидено в Директивата и последователно потвърждавано от Съда съгласно анализа по-горе) да търсят удовлетворение или уверения, че оферентът е надежден, включително като евентуално поискат да им бъдат представени доказателства за мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, предвидени в член 57, параграф 6, и извършат оценка дали мерките, предложени от оператора, са достатъчни за по-нататъшното участие на оферента в процедурата за възлагане⁽⁴⁶⁾. Както подчертава и Съдът⁽⁴⁷⁾, такава гаранция за участие в бъдещи процедури за възлагане може дори да се счита за пряко противоречаща (или дори обезсилваща) разпоредбата за „реабилитиране по своя инициатива“ на член 57, параграф 6, тъй като икономически оператор с гарантиран достъп до бъдещи процедури за възлагане няма да има никакъв стимул да приема мерки за възстановяване на надеждността си.

Правото на възлагащ орган да оцени риска от тайно споразумение при участие в неприключила процедура за възлагане на оферент, който по-рано е подал заявление за освобождаване от санкция или намаляване на санкции или е постигнал споразумение по предишен случай на тайно споразумение, е надлежно балансирано със задължението за оценка, по пропорционален начин, на доказателствата, които операторът може да представи съгласно член 57, параграф 6 по отношение на мерките, които е предприел за възстановяване на своята надеждност. Ако възлагащият орган реши да изключи оферента въпреки представените от него мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, той трябва да обоснове защо тези мерки са сметени за недостатъчни за по-нататъшното участие на оферента в процедурата за възлагане.

5.5. Свързани дружества, които участват в една и съща процедура за възлагане: правото на операторите, които могат да бъдат заподозрени в тайно споразумение, да докажат своята независимост при подаване на оферта

Възлагащите органи често са изправени пред въпроса как да разглеждат отделни оферти, подадени в една и съща процедура за възлагане от икономически оператори, които са свързани по някакъв начин (например се явяват членове на една и съща група дружества, или едното дружество е дъщерно на другото, или двете дружества имат общи членове в управителния съвет или еднакви законни представители, или дружествата притежават акции в едно и също трето дружество). Възможно е възлагащият орган да подозира, че офертите, подадени от свързани оференти, са координирани (т.е. че те не са нито самостоятелни, нито независими), като по този начин се излага на риск спазването на принципите на прозрачност и равно третиране на оферентите⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Вж. решението на Съда по делото Vossloh Laeis, точка 32.

⁽⁴⁷⁾ Вж. определението по делото Indaco, точка 27.

⁽⁴⁸⁾ Вж. решението на Съда по делото Ecoservice projektai, точка 29. Такъв може да е случаят особено когато има данни, че едното дружество има привилегирован достъп до метода за изготвяне на офертата на другото или че е налице форма на координация при разработването на техните оферти или при определянето на ценовата им стратегия.

Съгласно съдебната практика на Съда ⁽⁴⁹⁾ възлагащият орган трябва да избягва да прави общи предположения, които биха могли да доведат до автоматично отхвърляне на такива оферти ⁽⁵⁰⁾. Вместо това той следва да даде възможност на въпросните оператори да докажат с всякакви доказателства, които считат за подходящи, че техните оферти действително са независими и не застрашават прозрачността или не нарушават конкуренцията в процедурата за възлагане ⁽⁵¹⁾. Това може да включва например факти, доказващи, че съответните оферти са съставени независимо, че в тяхната подготовка са участвали различни лица и т.н.

Възлагащият орган има право да прецени дали такива обяснения предоставят достатъчно доказателства, че свързаността на операторите не е оказала влияние върху тяхното поведение в процедурата за възлагане или върху съдържанието на съответните оферти по смисъла на член 57, параграф 4, буква г) от Директивата, и да реши дали да разреши на съответните оператори да участват в процедурата.

5.6. Съвместно оферирание и възлагане на договор за подизпълнение: внимателна, но балансирана оценка от страна на възлагащия орган

В някои случаи съвместното оферирание поражда съмнения у възлагащия орган, особено ако членовете на групата дружества, които участват в търга съвместно, спокойно биха могли да участват самостоятелно (нещо повече — от тях се е очаквало да го направят). Редица държави членки са предприели конкретни стъпки по този въпрос, съветвайки икономическите оператори как да подхождат към съвместното оферирание, за да не бъдат обвинени в потенциално антиконкурентно поведение ⁽⁵²⁾.

Съгласно Директивата възлагащият орган има достатъчно свобода на преценка, за да прецени дали даден случай на съвместно оферирание представлява риск за правилното провеждане на процедурата за възлагане, по-конкретно дали има данни за тайно споразумение, които биха могли да доведат до прилагането на основанието за изключване съгласно член 57, параграф 4), буква г) от Директивата. Въпреки това, когато решава такива въпроси, възлагащият орган трябва да постига баланс между избягването на рискове за конкуренцията, свързани със съвместното оферирание ⁽⁵³⁾, и зачитането на правото на операторите да подават съвместно оферта (както е посочено в член 2, параграф 1, точка 10, член 19, параграф 2 и член 63, параграф 1 от Директивата). Следва да се има предвид, че дружествата често разглеждат стратегическите партньорства или сътрудничество като ключов аспект на стратегията си за растеж. Икономическите оператори имат право да взимат легитимни икономически решения относно дейностите, които ще предприемат, а възлагащите органи не следва да ограничават това право *per se*, а да оценяват рисковете от тайно споразумение за всеки отделен случай.

Подобен подход се изисква в случай на възлагане на договор за подизпълнение: Възлагащият орган следва внимателно да прецени случаите, при които предложеният подизпълнител спокойно би могъл да участва самостоятелно в процедурата за възлагане и да изпълни поръчката по независим начин. Случаите, при които двама оференти взаимно си възлагат договор за подизпълнение, също могат да бъдат разглеждани от възлагащия орган като потенциален признак за тайно споразумение, който трябва да бъде изследван съгласно член 57 от Директивата, като се има предвид че такива договорености за подизпълнение обикновено позволяват на страните да се запознаят взаимно с финансовата оферта, което поставя под въпрос независимостта им при формулирането на техните собствени оферти. Въпреки че договореностите за подизпълнение като гореспоменатите могат да се считат за „червен флаг“, навеждащ на мисълта за потенциално тайно споразумение, възлагащите органи следва да избягват общи предположения, че възлагането на договор за подизпълнение от спечелилия поръчката оферент на друг оферент в същата процедура представлява форма на тайно споразумение между съответните икономически оператори, без да дадат на тези операторите възможността да предоставят доводи за обратното ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Решение на Съда от 16 декември 2008 г. по дело C-213/07, *Michaniki*, точки 42, 43 и 62, решение на Съда от 19 май 2009 г. по дело C-538/07, *Assitur*, точки 30 и 32, решение на Съда от 8 февруари 2018 г. по дело C-144/17, *Lloyd's of London*, точки 35, 36 и 38 и решението на Съда по делото *Ecoservice projektai*, точка 38.

⁽⁵⁰⁾ Особено като се има предвид, че Съдът е признал възможността корпоративните структури на свързани оператори да включват договорености, които гарантират независимост и поверителност при изготвянето на оферти за една и съща процедура (вж. решението на Съда по делото *Lloyds of London*, точка 37 и решението на Съда по делото *Assitur*, точка 31).

⁽⁵¹⁾ Вж. решението на Съда по делото *Lloyds of London*, точка 36 и решението на Съда по делото *Assitur*, точка 30.

⁽⁵²⁾ Като спазват приетите през януари 2011 г. от Комисията насоки относно приложимостта на член 101 от Договора за функционирането на Европейския съюз по отношение на споразуменията за хоризонтално сътрудничество (достъпни на адрес [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=BG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=BG)).

⁽⁵³⁾ Като цяло отворен пазар и голям брой оферти, получени в дадена процедура за възлагане, могат да се считат за ограничаващи риска, който една съвместна оферта може да представлява по отношение на ограничаването на конкуренцията.

⁽⁵⁴⁾ Вж. решението на Съда от 22 октомври 2015 г. по дело C-425/14, *Impresa Edilux*, точка 39.

5.7. Мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, предприети от икономическите оператори по смисъла на член 57, параграф 6 от Директивата: правото на операторите да докажат своята надеждност и необходимостта възлагащите органи да извършат пропорционална оценка на изложените доводи

Както бе споменато в раздел 5.3, съгласно член 57, параграф 6 от Директивата на икономическите оператори, които са в ситуация, обосноваваща тяхното изключване, се дава правото да докажат своята надеждност, въпреки че има основания за изключване ⁽⁵⁵⁾.

В член 57, параграф 6 подробно са описани така наречените мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, към които икономическите оператори могат да насочат вниманието на възлагащия орган за тази цел. В съображение 102 от Директивата са посочени примери за тези мерки, по-специално кадрови и организационни мерки като прекъсване на всякакви връзки с лица или организации, замесени в неправомерните прояви, подходящи мерки за кадрова реорганизация, внедряване на системи за отчетност и контрол, създаване на структура за вътрешен одит, която да следи за съответствието, и приемане на вътрешни правила за търсене на отговорност и обезщетяване.

В същото съображение е упомената възможността, съгласно член 57, параграф 7 от Директивата, държавите членки „...да определят конкретните процедурни и материални условия, приложими в такива случаи“, което включва възможността да предоставят на национално равнище подробни критерии или насоки за това как възложителите ще прилагат на практика разпоредбите за „реабилитиране по своя инициатива“. Съгласно анализа в раздел 5.3 обаче такива национални разпоредби, въведени съгласно член 57, параграф 7 от Директивата, следва да са в съответствие с обхвата и мотивите на съответните разпоредби в нея, без да поставят под въпрос правото на оператора да излага доводи за „реабилитиране по своя инициатива“ или правото на преценка на възлагащия орган при тяхното оценяване ⁽⁵⁶⁾. Държавите членки могат също така да изберат да възложат оценката на мерките за „реабилитиране по своя инициатива“ на органи, различни от възлагащия орган, на централно или на децентрализирано равнище. При това положение обаче те трябва да гарантират, че са изпълнени условията и целите на системата за „реабилитиране по своя инициатива“, особено когато става въпрос за извършване на правилна и бърза оценка на мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, предложени от оператора ⁽⁵⁷⁾.

Точната информация или доказателствата, които икономическият оператор може да представи за оценка от възлагащия орган, варират в зависимост от конкретния случай. С оглед на принципа на пропорционалност би следвало да се допусне, че операторът трябва да докаже предприемането на мерките, посочени във втората алинея на член 57, параграф 6, които са приложими в конкретния случай. Например операторът трябва да докаже, че е платил или е поел ангажимент да плати обезщетение за вреди от незаконното си поведение, само ако е заведен иск срещу него. Освен това може да има случаи, когато предприемането на мерки само по отношение на персонала може да е достатъчно, за да се убеди възлагащият орган в надеждността на оператора, без да е необходимо да се предприемат други технически или организационни мерки.

Директивата включва изискване към възлагащите органи да оценят доводите, изложени от съответния икономически оператор, преди да решат дали да го изключат от процедурата, дори когато считат, че разполагат с доказателства, че операторът е сключил тайно споразумение. Както е потвърдено от Съда ⁽⁵⁸⁾, в Директивата не се уточнява дали оферентът представя обясненията или мерките за „реабилитиране по своя инициатива“ по свое усмотрение или след искане от възлагащия орган. При липсата на изрична разпоредба и с оглед на член 57, параграф 7, както беше споменато по-горе, държавите членки определят дали възлагащите органи следва да поискат от операторите да представят тези обяснения, преди да вземат решение, или операторът следва да се възползва от тази възможност по свое усмотрение. Ако съгласно националното законодателство оферентът трябва да представи спонтанно мерки за „реабилитиране по своя инициатива“ най-късно заедно с офертата си, възлагащият орган трябва да информира оферентите за това изискване по ясен и точен начин в началото на процедурата ⁽⁵⁹⁾. Във всеки случай, с оглед на съдебната практика ⁽⁶⁰⁾, би било препоръчително възлагащите органи да посочат ясно в документацията за обществената поръчка информацията, която икономическите оператори трябва да включат в своята оферта, в това число и информация за своите връзки или споразумения, сключени с други оференти, както и за евентуални мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, предприети след предишно нарушение на правилата за защита на конкуренцията. Изискване за деклариране на такива споразумения, както и представяне на информация за възможни мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, вече е включено в единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП) или в подобни национални формуляри, които операторът обикновено е длъжен да представи заедно със своята оферта.

⁽⁵⁵⁾ В своето решение по делото Vert Marine (точка 17), както и в това от 14 януари 2021 г. по дело C-387/19, RTS, точки 26 и 48, Съдът потвърждава, че държавите членки трябва да гарантират това право при транспониране на директивите.

⁽⁵⁶⁾ Вж. решението на Съда по делото Vert Marine, точка 24.

⁽⁵⁷⁾ Вж. решението на Съда по делото Vert Marine, точки 28, 33, 35 и 36.

⁽⁵⁸⁾ Вж. решението на Съда по делото RTS, точка 33.

⁽⁵⁹⁾ Вж. решението на Съда по делото RTS, точки 36 и 42.

⁽⁶⁰⁾ Вж. решението на Съда по делото Ecoservice projektai, точки 23 и 25.

Член 57, параграф 6 от Директивата не само дава право на икономическия оператор да представи доказателство, което би му позволило да продължи участието си в процедурата за възлагане, но също така дава възможност на възлагащия орган да не изключва оператор, който е предприел достатъчни мерки, за да разсея опасенията относно предишното си поведение в процедури за възлагане на обществени поръчки. Единственото ограничение на правото на оператора да предложи мерки за „реабилитиране по своя инициатива“ е, че то не е приложимо, докато операторът е изключен от процедурите за възлагане за период от време, определен с окончателно решение в държавата членка, в която това решение е в сила (вж. раздел 5.9) ⁽⁶¹⁾. В резултат на това тази разпоредба не пречи на възлагащия орган да остави в процедурата икономически оператор, който се е отзовал по време на процедурата и е признал участието си в незаконни споразумения с други оференти, активно е сътрудничил на възлагащия орган за изясняване на ситуацията и е предприел всички необходими мерки за предотвратяване на по-нататъшни нарушения.

По време на процедура за възлагане възлагащият орган оценява всички мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, предложени от оператор, за който е установено, че в миналото е участвал в тайни споразумения с други оператори, като взема предвид всички доказателства, представени от този оператор ⁽⁶²⁾. Както бе споменато в раздел 5.3, възлагащият орган трябва да оцени доказателствата, представени от оператора, по пропорционален начин, т.е. като вземе предвид сериозността и конкретните обстоятелства по случая ⁽⁶³⁾, както и конкретните действия, предприети от оператора за възстановяване на надеждността му ⁽⁶⁴⁾.

Това се отнася и за оператори, замесени в предишни случаи на тайно споразумение, които са участвали в програма за освобождаване от санкция или намаляване на санкции и/или са постигнали споразумение по случая (вж. раздел 5.4). Като се има предвид значимостта на програмите за освобождаване от санкция или намаляване на санкции в борбата срещу картелите, както и необходимостта да се гарантира правна сигурност и прозрачност на заявителите за освобождаване от санкции относно условията на това освобождаване, държавите членки следва да насърчават възлагащите органи да осигуряват пропорционално третиране на такива оператори при оценката на ефективните мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, които те са предприели, за да гарантират своята надеждност и почтеност. Съдът вече е потвърдил, че „по принцип представянето на възлагащия орган на решението, установяващо извършеното от оферента нарушение на правилата за конкуренция, с което обаче спрямо него се прилага правилото за освобождаване от санкция или намаляване на размера ѝ, поради това че е съдействал на органа за защита на конкуренцията, би трябвало да е достатъчно да докаже пред възлагащия орган, че този икономически оператор изчерпателно е изяснил фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на органа за защита на конкуренцията...“ в съответствие с член 57, параграф 6 от Директивата ⁽⁶⁵⁾.

Ако възлагащият орган стигне до заключението, че представените от икономическия оператор мерки не са достатъчни, за да се докаже неговата почтеност, органът трябва да посочи мотивите за това решение.

Тясното сътрудничество между възлагащия орган и други органи, като например органа за защита на конкуренцията, органите, отговорни за националните търговски регистри, и други, улеснява оценката на мерките за „реабилитиране по своя инициатива“. Тези органи могат да предоставят за всеки отделен случай ценни съвети относно въздействието на тези мерки и информацията, необходима на възлагащия орган (с надлежно зачитане на правото на Съюза ⁽⁶⁶⁾ и на националното законодателство в областта на защитата на личните данни), например дали операторът е съдействал достатъчно и активно на органа за защита на конкуренцията в предишен случай, дали лицата, замесени в миналото тайно споразумение, са отстранени или дали наложените глоби или обезщетения са били надлежно платени. В интерес на приключването на процедурите за възлагане в разумен срок органите следва да се стремят да осъществяват своевременно това сътрудничество, като се възползват в пълна степен от наличните ресурси.

5.8. Важността възлагащите органи да информират и/или да потърсят помощ от органа за защита на конкуренцията или от други участващи централни органи

Съгласно директивите, от възлагащия орган не се изисква да потърси съвет от националния централен орган за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията, преди да реши дали да изключи икономически оператор от процедура за възлагане. По принцип обаче е препоръчително възлагащите органи да се възползват от всяка налична помощ веднага щом открият подозрителна оферта. Експертните съвети от тези органи биха улеснили цялостната оценка на случая, биха помогнали на възлагащия орган да обоснове правилно направения избор и по този начин значително да намали риска от успешно оспорване по съдебен ред на окончателното решение. По-специално за по-малките възлагащи органи с ограничени ресурси помощта от централните органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията

⁽⁶¹⁾ Както Съдът наскоро изясни, при условие че изключването за определен период от време не е потвърдено със съдебното решение, с което се слага край на производството, икономическият оператор има право да представи мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, за да докаже своята надеждност (вж. решението на Съда по делото *Vert Marine*, точка 18).

⁽⁶²⁾ Вж. решението на Съда по делото *Vossloh Laeis*, точка 23.

⁽⁶³⁾ Вж. наред с други решения решението на Съда по делото *Tim*, точка 50.

⁽⁶⁴⁾ Например конкретните действия, предприети за отстраняване на лица, участващи в тайни споразумения, или, ако това не извършено по време на процедурата за възлагане, мерки, предприети като гаранция, че тези лица не могат да въвлекат оператора в по-нататъшно незаконно антиконкурентно поведение. Вж. решението на Съда по делото *Delta Antrepriza*, точка 37.

⁽⁶⁵⁾ Решение на Съда по делото *Vossloh Laeis*, точка 31.

⁽⁶⁶⁾ Вж. бележка под линия 18.

може да се окаже от съществено значение при разглеждането на случай на тайно споразумение, особено когато тази помощ е под формата на съвет относно данни, установени от възлагащия орган, или помощ при оценка на мерки за „реабилитиране по своя инициатива“, представени от оферента. По отношение на последното в съображение 102 от Директивата изрично се признава възможността държавите членки да възложат на друг орган оценката на мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, представени от оферент, заподозрян в тайно споразумение, за доказване на неговата надеждност. Както е споменато в раздели 5.3 и 5.4, включването на националните централни органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията в оценката на потенциален случай на тайно споразумение не следва да засяга компетентността на възлагащия орган да вземе окончателното решение дали да изключи оферента от процедурата за възлагане.

Безпроблемното и ефикасно сътрудничество между възлагащ орган, изпълняващ процедура за възлагане, и националните централни органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията при разглеждането на случай, при който има подозрение за тайно споразумение, изисква и двете страни да признаят важността на разрешаването на проблема, да използват всички налични ресурси и своевременно да обменят информация. Още преди да открият процедурата за възлагане, възлагащите органи следва да разполагат с лица за връзка в централния национален орган за възлагане на обществени поръчки и/или в органа за защита на конкуренцията, с които да се свържат веднага щом възникнат подозрения по време на процедурата. Централните органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията следва да се стремят да отговорят възможно най-скоро на призивите за помощ и съвети от съответния възлагащ орган. Двете страни следва да бъдат готови да споделят, според случая, всякаква информация, която може да бъде от критично значение за откриването и оценката на случаи на тайно споразумение⁽⁶⁷⁾. Дори ако възлагащите органи не се консултират със своите централни органи за възлагане на обществени поръчки или за защита на конкуренцията, настоятелно се препоръчва те да уведомяват тези органи за всички случаи, при които има подозрение за тайно споразумение, и за всички окончателни решения за изключване на икономически оператори от процедури за възлагане.

Не на последно място, всеки контакт между възлагащия орган и други органи през периода между установяване на случай, при който има подозрение за тайно споразумение, и (ако е възможно съгласно националното законодателство) искане на разяснения от икономическия оператор следва да се осъществява при спазване на строга поверителност и да не се разкрива на заподозрения оферент или на други участници в процедурата за възлагане. В противен случай има вероятност оференти, които участват в тайно споразумение, незаконно да унищожат всякакви доказателства за споразумението си веднага щом узнаят за предприетите срещу тях действия, лишавайки по този начин правопривагащите органи от ценни доказателства при бъдещо разследване.

5.9. Определяне на условията за изключване на икономически оператор съгласно член 57, параграф 7 от Директивата

Както вече беше споменато⁽⁶⁸⁾, съгласно член 57, параграф 7 от Директивата държавите членки имат възможност да определят условията за прилагане на този член. Тези условия могат да включват определяне на максималния период, през който даден икономически оператор няма право да участва в каквато и да е процедура за възлагане на обществени поръчки, на критериите или примерите за обстоятелствата, които биха могли да се разглеждат като основание за такова изключване, и на националния орган, който ще бъде компетентен да го наложи (както е потвърдено в съображение 102 от Директивата). Съгласно член 57, параграф 7, когато периодът на изключване от процедурите за възлагане не е определен със съдебно решение, с което се слага край на производството, този период не може да надвишава три години от датата на съответното събитие в случаите по член 57, параграф 4. В скорошната си практика⁽⁶⁹⁾ Съдът изясни, че „датата на съответното събитие“ за определяне на началната точка за изчисляване на периода на изключване е датата, на която незаконното поведение на икономическия оператор е било предмет на решение на компетентен орган, без оглед на датата, на която са настъпили фактите, породили тази присъда.

Директивата не възпрепятства държавите членки да посочат, че изключване за определен период от време съгласно условията на член 57, параграф 7 може да бъде наложено от възлагащ орган по отношение на собствените му бъдещи процедури за възлагане или от друг орган (като например национален орган за защита на конкуренцията, централен орган за възлагане на обществени поръчки или специален орган, създаден за тази цел) с по-общ обхват на приложение.

Съгласно член 57, параграф 7 максималният период на изключване от три години се прилага само ако периодът на изключване не е определен преди това със съдебно решение, с което се слага край на производството. Това не изключва възможността съгласно националното законодателство да е допустимо съдебните органи да решат да приложат още по-дълъг период на изключване, когато съдебното решение, с което се слага край на производството, е произнесено по случай на тайно споразумение, в зависимост от неговата тежест.

⁽⁶⁷⁾ При спазване на условията, определени в правото на Съюза и в националното законодателство (по-конкретно член 31 от Директива 2019/1).

⁽⁶⁸⁾ Вж. раздели 5.1 и 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Решение на Съда по делото Vossloh Laeis, точки 37, 38 и 41.

Ако икономически оператор, който е бил изключен от процедури за възлагане за определен период съгласно член 57, параграф 7 от Директивата, подаде оферта през периода на изключване, възлагачият орган трябва автоматично да отхвърли тази оферта, без да е необходимо извършване на оценка. След изтичане на периода на изключване на икономически оператор възлагачият орган все още може да реши да изключи този оператор от процедура за възлагане, но само ако са изпълнени условията за прилагане на член 57, параграф 4, буква г).

И накрая, решенията за изключване поради установено тайно споразумение се отнасят само до икономическия оператор, за който е установено, че е сключил тайно споразумение, а не до други икономически оператори, които по някакъв начин са свързани с този оператор (като дружества майки, други дружества, принадлежащи към същата група, или дъщерни дружества на изключените дружества) и не са участвали в дадените процедури за възлагане. Това, разбира се, не засяга правото на възлагачия орган да изключи от процедура за възлагане икономически оператор, който е в една от ситуацията, обосноваващи изключването съгласно условията на директивите.

ПРИЛОЖЕНИЕ

Средства и съвети за ефективно противодействие на тайни споразумения при възлагането на обществени поръчки**1. Въведение**

Всяко усилие за осигуряване на действителна конкуренция и най-добро съотношение между цена и качество при публични покупки предполага всички ангажирани с възлагането на обществени поръчки, особено служителите по обществените поръчки, да са напълно наясно с един много прост факт: колкото и добре да е организирана и проведена дадена процедура за възлагане на обществена поръчка, тя няма да доведе до най-добрия възможен резултат за публичния купувач, ако участващите в нея оференти предварително са сключили тайно споразумение, за да определят кой от тях ще спечели поръчката. Наличието на тайно споразумение между оферентите означава, че гражданите няма да получат възможно най-добрия продукт или услуга на възможно най-добрата цена, което е в ущърб на обществения интерес.

Служителят по възлагане на обществени поръчки, т.е. лицето, което ръководи процедурата за възлагане, играе централна роля за свеждане до минимум на риска от тайни споразумения при обществените поръчки и за предприемане на мерки спрямо тайните споразумения, когато са сключени такива. Това лице е в най-добрата позиция да ограничи риска при подготовката на процедурата, да открие тайно споразумение при оценяването на офертите и да използва инструментите, предвидени в правото на Съюза и в националното законодателство, за да предприеме действащи мерки спрямо него и да гарантира, че процедурата за възлагане е конкурентна и справедлива. Служителят по обществените поръчки, който често работи при трудни условия и кратки срокове, е призван да предприеме тази допълнителна стъпка и да положи допълнителни усилия, за да гарантира, че публичните средства се изразходват ефективно.

За да подпомогне длъжностните лица по възлагане на обществени поръчки в тази дейност, Комисията подготви кратък набор от съвети относно:

- изготвянето на процедури за възлагане по начин, който да възпрепятства тайни споразумения между оферентите (раздел 2 от приложението);
- откриването на потенциални тайни споразумения на етапа на оценяване на офертите (раздел 3 от приложението); и
- предприемането на действия в случай на подозрение за тайно споразумение (раздел 4 от приложението).

За по-изчерпателни съвети вж. по-подробните насоки, публикувани от ОИСР ⁽¹⁾ и OLAF ⁽²⁾, както и от националните органи за защита на конкуренцията на държавите — членки на ЕС.

2. Съвети относно изготвянето на процедури за възлагане по начин, който да възпрепятства тайни споразумения между оферентите

- Когато съставяте цялостната си стратегия за обществени поръчки и изготвяте процедури за възлагане, **стремете се да привлечете максимален брой оференти** както от Вашата държава, така и от чужбина.

Улесняването на участието на икономическите оператори увеличава конкуренцията и свежда до минимум риска от тайни споразумения. Освен това участието на икономически оператори от чужбина ограничава риска от тайни споразумения в концентрирани сектори, където действат малък брой национални икономически оператори.

- След като сте наясно с предмета на поръчката и преди да планирате и откриете процедурата за възлагане, **проучете задълбочено пазара**, който ще предоставя услугата или продукта, предмет на обществената поръчка.
 - Постарайте се да получите възможно най-много информация относно предлагането на пазара, спецификациите, които могат да бъдат предложени, кои оператори работят в сектора, цените, начислявани в подобни случаи (за поръчки от същия вид както в обществения, така и в частния сектор), очакваните разходи на изпълнителя и др.
 - Ако нямате ясна представа за очакваните реални пазарни разходи за услугата, стоката или строителните работи, които възнамерявате да възложите, няма да можете да прецените доколко са подходящи или разумни офертите и дали предлаганата цена е манипулирана.
 - Използвайте интернет, за да проучите пазара, Вашата национална електронна база данни за обществените поръчки, за да намерите прецеденти от предишни покупки от същото или подобно естество, и официални професионални регистри на сертифицирани изпълнители.
 - Обсъдете въпроса с колеги от Вашата служба или от други възлагачи органи, които наскоро са закупили същия продукт или услуга, и използвайте техния опит.
 - Не забравяйте, че няма правило, което да забранява на служителя по обществените поръчки да извършва задълбочени проучвания на пазара, както би направил всеки, преди да направи частни покупки.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

- Когато планирате покупките си, **избягвайте, където е възможно, предсказуемостта** или постоянните повторения в процедурите за възлагане, които провеждате често.

Ако икономическите оператори знаят или са уверени, че през следващите години ще обявявате процедури за възлагане на всеки шест месеца за едно и също количество определени строителни работи, продукти, услуги или доставки с един и същ прогнозен бюджет и при едни и същи договорни условия, това значително ще улесни сключването на тайни споразумения, тъй като участващите в тях икономически оператори ще знаят, че ще има достатъчно договори за всички. Въпреки че е полезно да осведомите пазара предварително за Вашите средносрочни и дългосрочни нужди, старайте се да организирате покупките така, че графикът, количествата и бюджетът да варират в достатъчна степен. Това затруднява участниците в тайни споразумения да си поделят пазара по „справедлив“ начин.

- **Планирайте и обявявайте процедурите си за възлагане достатъчно рано**, така че да имате достатъчно време за надлежна оценка на офертите и за разглеждане на случаи, при които има подозрение за тайно споразумение, без да пропускате крайните срокове за приключване на процедурата.
- Ако е възможно и подходящо за Вашата покупка, **помислете за използването на централизираните покупки**, което може да осигури допълнителни гаранции за наличието на ресурси и ноу-хау, необходими за откриване на тайни споразумения.

Централизираните покупки обикновено са под формата на рамкови споразумения. Въпреки че тази техника има значителни предимства както за възлагащия орган, така и за операторите (тя може да бъде особено полезна за удовлетворяване на обществените нужди и за бързо осигуряване на доставките), в някои случаи тя може да има неблагоприятно въздействие, което може да създаде предпоставки за тайни споразумения. Рамковото споразумение по принцип ограничава конкуренцията в даден сектор, тъй като в период, който може да достигне до четири години, нито един оператор, освен изпълнителите по рамковото споразумение, няма да може да подава оферти за конкретен (или рамков) договор по рамковото споразумение. Липсата на нови участници на пазара през този период може да увеличи риска от тайни споразумения между изпълнителите по рамковото споразумение, особено при рамкови споразумения, при които конкуренцията се възобновява на етапа на конкретните договори.

- Изготвяйте и провеждайте всяка процедура за възлагане по начин, който **насърчва участието на максимален брой икономически оператори**.
 - Определете ясни, разумни, изчерпателни и лесни за разбиране технически спецификации и критерии за подбор, които са съобразени със строителната работа, услугата или стоката, която трябва да бъде доставена, и отговарят на европейските и националните изисквания.
 - Избягвайте условия, които са ненужни, прекалено сложни, неподходящи или дискриминационни (т.е. водят до облагодетелстване или пренебрегване на определени оператори), които ограничават конкуренцията и които в крайна сметка поставят под въпрос обективността на процедурата за възлагане и надеждността на възлагащия орган като потенциален бъдещ клиент.
 - Използвайте критерии за възлагане, основани на качеството: използването единствено на цената като критерий за възлагане улеснява сключването на тайни споразумения, тъй като резултатът от оценката става по-предсказуем и може по-лесно да бъде манипулиран. Оценяването на офертите въз основа на критерии за качество затруднява участниците в тайни споразумения да манипулират офертите си, тъй като те не биха могли лесно да предопределят как ще бъдат оценени от комисията за оценка на офертите.
 - Когато е възможно, търсете за Вашите нужди иновативни решения. Участниците в схеми за съглашателство при офериране, които обикновено разчитат на стабилни и предсказуеми публични покупки, често не могат да гарантират предоставянето на иновативни услуги или доставки, за разлика от новите участници на пазара, които влизат с цел да запълнят тази празнина. Това драстично ограничава увереността на участниците в схема за съглашателство при офериране, че някой от тях ще спечели обществената поръчка.
 - Дайте на операторите достатъчно време да се подготвят и да подадат офертата си: независимо от минималното време, наложено от директивите на ЕС или от националното законодателство, не се колебайте да определите по-дълъг срок за подаване на оферти, като вземете предвид сложността на доставяната услуга или стока.
 - Избягвайте да начислявате на операторите такси за достъп до информация относно процедурата за възлагане.
 - Използвайте в пълна степен електронните обществени поръчки, което значително улеснява офертите при достъп до информация и подаване на оферта.

- Публикувайте информацията и обявлението за обществената поръчка възможно най-широко и избягвайте публикуването по време на ваканционни периоди, което намалява времето, с което операторите разполагат за подготовка на офертата си.
- Старайте се да приключите процедурата възможно най-бързо, като ограничавате, доколкото е възможно, периода между крайния срок за получаване на офертите и решението за възлагане на поръчката. Това насърчава икономическите оператори да участват и същевременно ограничава времето, с което оферентите разполагат за сключване на тайни споразумения (например договаряне на оттеглянето на оферент от процедурата в замяна на получаване на част от поръчката като подизпълнител).
- Използвайте методи за **повишаване на осведомеността на икономическите оператори за потенциалните последици и за възпирането им от участие в тайни споразумения.**
 - В документацията за обществената поръчка включете разпоредби и клаузи, като например:
 - изискване към оферентите да представят декларация, че са подготвили офертата си независимо от другите оференти;
 - санкции за бъдещия изпълнител, в случай че бъде установено участието му в тайно споразумение в контекста на процедурата за възлагане, или изричната възможност възлагащият орган да прекрати договора или да търси обезщетение поради тази причина;
 - информация относно потенциални санкции, предвидени в националното законодателство в случай на тайно споразумение (като изключване от публична тръжна процедура за определен период от време или глоби съгласно конкурентното право).
 - Изисквайте от оферентите, при условията, предписани в националното законодателство, да оповестяват възможно най-рано в хода на процедурата дали възнамеряват да възложат част от договора на подизпълнител, или не.
 - Обмислете внимателно каква информация да разкриете по време на процедурата за възлагане. Не е необходимо да надхвърляте изискванията на европейското и националното право. Ако е възможно, избягвайте разкриването на информация (например кой е подал оферта, на каква цена, подробности за процедурата и т.н.), която би могла да улесни контактите между операторите или да позволи на участниците в тайни споразумения лесно да проверят дали всички те са спазили условията на своето незаконно споразумение при участие в процедури за възлагане.

3. Съвети относно откриването на потенциални тайни споразумения на етапа на оценяване на офертите

- **Отделете необходимото време, за да проучите подробно офертите, подадени по време на процедурата.** Често тайното споразумение се открива чрез малки детайли, които обикновено остават незабелязани, но могат да осигурят убедителни данни, че определени оферти са изготвени от едно и също лице или са съгласувани между оферентите. Следете за:
 - идентични грешки или правописни грешки в различни оферти;
 - различни оферти, съставени с подобен почерк или шрифт;
 - оферти на бланка или с данни за контакт на друг оферент;
 - различни оферти с идентични грешки в изчисленията или идентични методики за оценка на разходите за определени позиции;
 - оферти, които са подадени от едно и също лице или в които лицата са с едни и същи данни за контакт.
- **Обърнете повече внимание на офертите, които са доста под минималните стандарти, изисквани съгласно документацията за обществената поръчка,** съдържат значителни непълноти или са подадени от оператор, който очевидно не е годен да изпълни поръчката.

Такива оферти навеждат на мисълта за евентуално тайно споразумение, което включва подаване на така наречените „допълващи оферти“ (т.е. оферти, които нямат шанс или не са предназначени да спечелят поръчката) за манипулиране на оценката и постигане на желания резултат.
- **Внимателно проучете цените, предлагани от оферентите,** по-конкретно цените, които не са разумни, тъй като без очевидно обяснение са или прекалено ниски, или прекалено високи в сравнение с прогнозната цена на поръчката. Потърсете:
 - данни, които сочат, че дружествата може да са координирали цените си, например едно и също увеличение на цените, което не може да бъде обяснено с увеличение на пазарната себестойност или непредложени отстъпки, особено на пазар, където в миналото са давани отстъпки;
 - голяма разлика между цената на печелившата и на други оферти;

- офертата на определен доставчик за конкретна поръчка е много по-висока, отколкото офертата на този доставчик за друга подобна поръчка;
 - значителни намаления на минали цени след подаването на оферта от нов или рядко срещан икономически оператор, което означава, че новият оператор може да е нарушил съществуващ картел;
 - местни доставчици, които предлагат по-високи цени за местна доставка, отколкото за доставка до по-далечни местоназначения;
 - местни и неместни дружества, които предлагат сходни разходи за доставка;
 - една и съща цена, предлагана от по-голяма част от оферентите;
 - значителна разлика в цените на някои оференти за подобни процедури.
- **Ако е възможно, проверете** (като използвате електронни бази данни за обществените поръчки, като национални регистри на поръчките или друг наличен инструмент на информационните технологии) **дали офертите, които сте получили, съвпадат с определен модел на оферирание** въз основа на предишни подобни процедури за възлагане. Такива модели могат да се разглеждат като данни за тайно споразумение. За да установите такива модели, проверете:
- честотата, с която икономическите оператори печелят или губят поръчки;
 - оператори, които постоянно предлагат високи цени в някои процедури и ниски цени в други за същия вид доставка, работа или услуга;
 - дали един и същ оператор винаги предлага най-ниската цена;
 - оператори, подаващи оферти, които печелят само в определени географски райони;
 - оператори, които редовно подават оферти, но не са подали оферта във Вашата процедура, въпреки че се е очаквало да участват;
 - оператори, които неочаквано оттеглят офертите си по време на процедурата;
 - оператори, които винаги подават оферти, но никога не печелят;
 - оператори, които се редуват при печелене на поръчките.
- **Възползвайте се от възможностите съгласно правото на Съюза и националното Ви законодателство, за да **получите информация на всеки етап от процедурата относно намерението на оферента да възложи част от договора на подизпълнител и, ако е така, на кое дружество.****
- Възлагането на работата от спечелилия поръчката оферент на подизпълнител, който е неуспял оферент за същата поръчка или е избраният оферент, но не приема да подпише договора и впоследствие се установява, че е подизпълнител на оферента, на който в крайна сметка е възложена поръчката, може да се счита за достатъчно убедителни данни за тайно споразумение.
- **Обърнете внимание на офертите, подадени от консорциум от икономически оператори**, които биха могли да подадат оферти самостоятелно или би трябвало да се очаква да го направят.
- Съвместната оферта може да бъде легитимно икономическо решение в зависимост от конкретните пазарни условия на процедурата за възлагане или въпрос на необходимост, когато операторите могат да отговорят на критериите за подбор или имат по-голям шанс да спечелят поръчката само ако подадат оферта като консорциум. Когато не е налице нито един от горепосочените случаи, следва внимателно да прецените дали съвместната оферта може да се счита за данни за тайно споразумение.
- **Обърнете внимание и на офертите, подадени в процедурата за възлагане от икономически оператори, които по някакъв начин са свързани** (например оферти, подадени от дружеството майка и негово дъщерно дружество или от две дружества, които принадлежат към една и съща група).
- Въпреки че винаги може да се заключи със сигурност, че такива свързани дружества са имали взаимен достъп до подготовката на офертите си или че са сключили тайно споразумение, офертите на свързани дружества може да са резултат от тайно споразумение и може да се наложи да проверите дали всички оферти са изготвени по напълно независим начин.
- **Обърнете специално внимание на офертите, подадени от икономически оператори, които са били изключени в миналото от Вашия или от друг възлагащ орган поради тайно споразумение или са били признати за виновни в миналото за участие в тайни споразумения от национален орган за защита на конкуренцията.**

Въпреки че такава констатация не води автоматично до изключване на оферента от неприключила процедура за възлагане, можете при определени обстоятелства да я считате за достатъчно убедителни данни за тайно споразумение. Няма пречки да вземете предвид също случаите на установени в чужбина тайни споразумения, в които участва същият икономически оператор. Очевидно е, че ако икономическият оператор е бил изключен от всички процедури за възлагане във Вашата държава за определен период от време и през този период подаде оферта, Вие трябва да го изключите от Вашата процедура за възлагане, без да извършвате оценка на подадената оферта.

4. Съвети относно предприемането на действия в случай на подозрение за тайно споразумение

- Ако сте стигнали до заключението, че има достатъчно убедителни данни, че редица икономически оператори са сключили тайно споразумение с цел ограничаване на конкуренцията или предопределяне на победителя в процедура за възлагане, **съгласно правото на Съюза имате право да обмислите изключване на оферентите от процедурата за възлагане.**
 - Преди да вземете такова решение, преценете задълбочено данните, с които разполагате, и документируйте своите констатации (включително всички свързани контакти).
 - Вземете под внимание аспекти като естеството и сериозността на фактите, които са довели до подозренията за тайно споразумение, евентуалните обяснения, представени от оферента (вж. по-долу), и състоянието на пазара в сектора.
 - Обмислете изключване само на оферентите, които представляват реална заплаха за конкуренцията, например само тези, които са създали или ръководили схемата за съглашателство при офериране.
 - Имайте предвид, че всеки „червен флаг“, който навежда на мисълта за тайно споразумение, може да има разумно обяснение, което трябва да вземете предвид, преди да изключите оферента от процедурата.
- Възползвайте се от възможностите, предвидени в правото на Съюза и в националното законодателство, за да **позволите на оферентите да представят разяснения на офертата си**, особено по отношение на аспектите, породили подозрението за тайно споразумение.

Съгласно правото на Съюза оферентите, за които е налице подозрение за участие в тайно споразумение в контекста на процедура за възлагане, имат право да представят на Вашето внимание доводи в полза на по-нататъшното си участие в процедурата. Това включва доказателства, че са предприели мерки за възстановяване на своята надеждност (ако са били изключени от предишна процедура или са признати за виновни за участие в тайно споразумение от национален орган за защита на конкуренцията) или че тяхното участие в процедурата не излага на риск необходимата действителна конкуренция. Ако смятате, че представените от оферента доводи или мерките за „реабилитиране по своя инициатива“, предприети съгласно директивите на ЕС или националното законодателство, са достатъчни за доказване на неговата надеждност, трябва да допуснете по-нататъшното участие на оферента в процедурата. Това би увеличило конкуренцията, особено в случаите на концентрирани пазари, на които работят малко икономически оператори.

 - Когато получавате и оценявате такива доводи, не обвинявайте директно оферентите в тайно споразумение или дори не намеквайте за тази възможност, тъй като това може да накара оферентите, които участват в тайно споразумение, да унищожат незаконно доказателства, които могат да бъдат полезни в процеса.
 - Спазвайте принципа на еднакво третиране на оферентите (т.е. дайте на всички съответни оференти една и съща възможност да отговорят на евентуални опасения относно тяхната оферта), но никога не обсъждайте тези опасения с оферентите колективно.
 - Когато оценявате обясненията, които може да получите, обръщайте внимание на всяко изявление, което би могло да потвърди Вашите подозрения, например оференти, които обосновават цените си, като се позовават на „препоръчани от отрасъла цени“, „стандартни пазарни цени“ или „ценови тарифи на отрасъла“, посочват, че не извършват продажби в определена област или на конкретни клиенти без разумно обяснение, или използват често срещани доводи или дори същата терминология като други оференти, когато обясняват предложената от тях цена.
 - Проучете доводите, изложени от оферентите, по пропорционален начин и непредубедено.
- **Свържете се с Вашия национален орган за защита на конкуренцията и/или с централния орган за възлагане на обществени поръчки** (или с всеки друг компетентен орган в зависимост от действащите договорености на национално равнище), особено ако имате съмнения, за да потърсите техния съвет и експертна помощ при разрешаването на проблема.
 - Добре е също така да потърсите съвет от Вашия правен или одиторски отдел, ако е налице и/или е предвидена такава възможност.

- Запазете поверителността на тези контакти и не информирайте за тях нито заподозрения оферент, нито други оференти, за да избегнете опасността оферентите, които евентуално участват в тайно споразумение, да имат време да унищожат незаконно доказателствата, преди органът за защита на конкуренцията да реши да се намеси.
 - Ако решите да изключите оферент на това основание, **информирайте националния си орган за защита на конкуренцията и/или централния орган за възлагане на обществени поръчки**, като предоставите възможно най-подробни данни. Това ще им позволи евентуално да проследят случая и в по-общ план да следят използването на това основание за изключване от възлагашите органи на национално равнище.
-