

## ПРОТОКОЛ № 20

Днес, 01.12.2009 г., в Агенцията по обществени поръчки, на основание чл. 5 от Споразумението за сътрудничество и взаимодействие между Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки /АОП/ и Агенция за държавен вътрешен финансов контрол /АДВФК/ в областта на контрола върху обществените поръчки се проведе процедура по предварително съгласуване.

Процедурата е иницирана от изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки на основание чл. 3, ал. 1 от споразумението с писмо изпратено до председателя на Сметната палата и до директора на Агенцията за държавна финансова инспекция – правопреемник на АДВФК.

В предварителното съгласуване участваха:

**От страна на Сметната палата:**

**От страна на Агенцията за държавна финансова инспекция /АДФИ/:**

**От страна на Агенцията по обществени поръчки:**

По време на срещата бе обсъден въпрос, поставен в писмо изх. № XXXXX/XX.11.2009 г. на изпълнителния директор на АОП. Въпросът се отнася до случаите, в които еднолични търговски дружества, собственост на държавата, имат статут на публичноправна организация по смисъла на ЗОП и следва да се третира като възложители на обществени поръчки

### **Описание на случая**

В Агенцията по обществени поръчки постъпват множество запитвания от еднолични търговски дружества, собственост на държавата или на община относно определянето им като възложители по чл. 7, т. 3 от ЗОП

Отговорът на въпроса е свързан с разглеждане на понятието “публично правна организация” по §1, т. 21 от Допълнителните разпоредби на ЗОП и по-конкретно дефинирането на употребения в него термин “създадено с цел задоволяване на обществени интереси”.

До момента АОП е изразявала принципна позиция, че едноличните държавни и общински дружества следва да се възприемат като възложители по чл. 7, т. 3 ЗОП. Основание за такъв извод е § 1, т. 21 от ДР на ЗОП, където се съдържа определение на понятието “публичноправна организация”. То обуславя заключение, че държавата и общините по подразбиране следва да се възприемат като образувания, действащи в обществен интерес, вкл. когато създават дружества. В становищата на АОП е посочено, че наличието на “обществен интерес” следва да се предполага, освен ако обосновано не се аргументира обратната теза.

В част от запитванията до агенцията се аргументира липсата на “обществен интерес” при създаването на конкретни еднолични дружества от държавата, а от там и изводът, че същите не могат да се разглеждат като публичноправни организации. Това поражда необходимост от формулиране на общо разбиране как следва да се интерпретира понятието “обществен интерес” в контекста на § 1, т. 21 от ДР на ЗОП.

Конкретен повод за инициране на процедурата по предварително съгласуване е становището на XXXX ЕАД, в което се изказва твърдение, че същото не е създадено в обществен интерес и въпреки, че са налице останалите предпоставки по § 1, т. 21 от ДР на ЗОП, то не може да се счита за възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 7, т. 3 ЗОП.

Наличието на това становище наложи в хода на провежданата процедура по предварително съгласуване изслушването на представители на дружеството, както и разглеждане на предоставения от тяхна страна писмен материал с цел запознаване на експертите от трите институции с аргументите в подкрепа на изложената теза.

След като обсъдиха принципно описаните случаи и взеха под внимание посочените конкретни аргументи, участниците в процедурата по предварително съгласуване изразяват следното

### **Становище на експертите**

Възложителите на обществени поръчки са изброени в чл. 7 от ЗОП. Според чл. 7, т. 3 от закона възложители са и публичноправните организации. Легална дефиниция на понятието "публичноправна организация" се съдържа в § 1, т. 21 от ДР на ЗОП. Съгласно тази дефиниция публичноправната организация е юридическо лице, което независимо от неговия търговски или производствен характер е създадено с цел задоволяване на обществени интереси и за което е изпълнено поне едно от посочените в разпоредбата условия:

- повече от половината от приходите му за предходната бюджетна година се финансират от държавния бюджет, от бюджетите на държавното обществено осигуряване или на Националната здравно-осигурителна каса, от общинските бюджети или от възложители по чл. 7, т. 1 или 3;
- повече от половината от членовете на неговия управителен или контролен орган се определят от възложители по чл. 7, т. 1 или 3;
- обект е на управленски контрол от страна на възложители по чл. 7, т. 1 или 3;

Управленски контрол е налице, когато едно лице може по какъвто и да е начин да упражнява доминиращо влияние върху дейността на друго лице.

От разгледаната дефиниция следва, че първото необходимо условие е наличие на правосубектност, т.е. възложителят – публичноправна организация трябва да е юридическо лице. От тук следва, че в обхвата на дефиницията могат да попаднат юридическите лица с нестопанска цел, търговските дружества и държавните предприятия, създадени със закон.

От гледна точка на понятието за публичноправна организация е без значение дали това лице има търговски (стопански) или нетърговски характер (създадено с нестопанска цел).

В хода на обсъжданията се установи наличието на известно несъответствие между дефиницията в § 1, т. 21 от ДР на ЗОП и аналогичният текст на чл. 1, т. 9 от Директива 2004/18/ЕО. Съгласно посочената разпоредба на директивата, изискването да няма търговски или производствен характер се отнася до обществените интереси, които се цели да бъдат задоволени със създаването на публичноправната организация. В българския вариант на дефиницията,

изискването е отнесено към самото лице – “независимо от неговия търговски или производствен характер”. Формално двата текста се различават. Обстоятелството, че в директивата, изискването е отнесено към целта, а не към дейността, би могло да има практическо значение, в случаите, когато целта, за която дружеството е създадено бъде постигната, респективно интересът бъде задоволен. Това означава, че за един субект, в зависимост от дейността му, качеството на възложител е динамично и след определен момент би могло да отпадне.

Независимо от различната интерпретация на текста, се налага един и същ извод. Както за ЗОП, така и за директивата е без значение характера на дейността на юридическото лице. Дефиницията в двата нормативни акта не изключва възможността това лице да има правно-организационна форма на търговец.

Този извод се подкрепя и от практиката на Съда на Европейските общности (СЕО) - решения по дела С-283/00, С-44/96 и С-214/00. В тях съдът разглежда наличието на три изисквания по отношение на публичноправната организация: „1. да е създадена със специфичната цел да задоволява обществен интерес, който няма търговски или производствен характер; 2. да е обособен правен субект; и 3. да е в тясна зависимост от държавата, регионалните или местните органи на власт или от други публичноправни организации”.

Анализът на легалната дефиниция на публичноправна организация показва, че е необходимо разглеждане и изясняване на понятието “**създадено с цел задоволяване на обществени интереси**”, тъй като останалите условия, въведени в законовия текст са ясно определени и лесно могат да бъдат установени при разглеждане на конкретни казуси. Това налага очертаването на обективни и ясни критерии, които да позволяват формиране на заключение за наличие на обществен интерес във всеки отделен случай. Този подход е в съответствие и с практиката на СЕО, според който във всеки конкретен случай е необходимо да се преценява дали едно лице е създадено, за да извършва дейност, която служи за задоволяване на нужди от обществен интерес (С-373/00).

Експертите отчетоха и обстоятелството, че съгласно аналогичната разпоредба на чл. 1, т. 9 от Директива 2004/18/ЕО специфичната цел, която се преследва при създаване на публичноправната организация е „да задоволява обществен интерес, който няма производствен или търговски характер”.

Както в българското, така и в европейското законодателство в областта на обществените поръчки няма легална дефиниция на последното понятие.

Експертите отбелязаха, че СЕО в решение по дело С-283/00 ги е определил най-общо като **„нужди, които се удовлетворяват по начин, различен от покупката на стоки и услуги на пазара и които, поради причини, свързани с обществения интерес, държавата решава да ги осигури самостоятелно или да запази съществено влияние върху тях”**.

Освен това, експертите изразиха мнение, че целта на създаването и дейността на дружеството следва да е насочена към задоволяване на нуждите на определена или определяема група субекти, извън тези, които притежават капитала му.

Обективен критерий, въз основа на който може да се определи, че целта е насочена към задоволяване на обществени интереси, е когато това е заявено ясно при учредяване на дружеството (в акта за създаване, в мотивите към акта, в управленска програма, стратегии и др.), включително когато е посочено, че се създава в изпълнение на управленска програма, политика или функции, които държавата изпълнява.

Когато при учредяването не е обявена целта на създаване е необходимо да се преценява дали фактичката дейност е насочена към задоволяване на нужди от обществен интерес.

Експертите се обединиха около становището, че друг критерий, който може да се използва в случаите, в които не е ясна целта на създаване на дадено дружество, е становището на държавният орган, който създава дружеството и е негов принципал. Следва да се има предвид, че в практиката са познати случаи, в които първоначалната цел, с която то е създадено се променя по време на неговото съществуване.

Независимо от горното, мнението на експертите е, че регистрираният предмет на дейност на дружеството не може да служи като основна отправна точка при преценка, относно наличието на “обществени интереси”. Основание за това е фактът, че в много случаи предметът е общо формулиран, съдържа изрази като “всяка незабранена от закона дейност” или изброяване на множество дейности, като част от тях не се развиват или се развиват други, които формално не са вписани. В тази връзка следва да се анализира фактичката, т.е. реално осъществяваната дейност.

Експертите считат също, че когато дружеството развива повече дейности е достатъчно само една от тях да е насочена към задоволяване на обществени интереси, за да се разглежда като възложител на общо основание, независимо от нейния дял. Тази позиция съответства напълно на становището на СЕО, който в решение по дело С-44/96 посочва, че изискването организацията да бъде създадена конкретно за задоволяване на обществен интерес, който няма производствен или търговски характер, не означава, че на тази организация трябва да е възложено да се занимава само с това. В решение по дело С-360/96 съдът приема следното: „фактът, че задоволяването на обществения интерес съставлява само относително малка част от дейността, която в действителност се извършва в тази организация, също е без значение при условие, че тя продължава да се грижи за осигуряване на специфичните нужди, които конкретно трябва да задоволи”.

В последното цитирано решение на СЕО се уточнява и друго важно обстоятелство, което следва да се има предвид при определянето на нуждите от обществен интерес. Според съда, условието в директивата очертава само интересите, които трябва да се задоволяват и не посочва дали те могат да бъдат задоволявани и от частни дружества. Въпреки това съдът подчертава, че съществуването на значителна конкуренция и по-точно фактът, че дружеството действа в условията на пазарна конкуренция „може да е показателен”, че дейността му не е насочена към задоволяване на нужди от обществен интерес, които нямат производствен или търговски характер.

Когато определено дружество е създадено само с цел печалба, то не би следвало да се разглежда като възложител, но ако заедно с това се задоволяват нуждите на определена/определяема категория лица, то ще притежава това качество. Необходимо е винаги да се разглежда осъществяваната от него дейност и нуждите, които се задоволяват с нея. Следователно оперирането с цел печалба е само вторичен белег и решението дали дадено лице има качество възложител не може да се основава само на него. В този смисъл е и практиката на СЕО – решения по дело С-18/01 и дело С-283/00.

Предвид изложеното, може да се формулират следните изводи:

За да е налице публичноправна организация по смисъла на §1, т. 21 от ДР на ЗОП е необходимо кумулативното наличие на следните предпоставки:

- персонифициран субект – юридическо лице, което може да има търговски характер или нестопанска (идеална) цел;
- дейността на този субект или част от нея е насочена към постигане на специфична цел – да задоволява нужди от обществен интерес, които по определени причини държавата/общината решава да осигури самостоятелно или да запази съществено влияние върху тях, което означава:
  - дейността на дружеството да е насочена към **задоволяване на нужди** на определена или определяема група субекти, извън тези, които притежават капитала;
  - постигането на тази цел да не може да се осъществи чрез обичайна търговска дейност;
  - задоволяването на обществения интерес да не може да се осъществи в условията на реална конкуренция.
- да е налице връзка между този субект и възложител по чл. 7, т. 1 или 3 от ЗОП, поне в една от формите, посочени в § 1, т. 21, б. “а” – “в” от закона.

Експертите считат, че тези условия следва да са изпълнени кумулативно и липсата на само едно от тях е достатъчно основание да се счита, че “обществените интереси” не са водещи при създаване на дружеството.

Правилната преценка дали даден субект задоволява нужди от обществен интерес следва да се прави за всеки случай поотделно като задължително се вземе становището на принципала или на лицата, участвали в неговото учредяване, а така също и характера на фактически осъществяваната дейност.

## **Заклучение**

Предвид изложеното, заключение по отношение на това дали дружеството се явява възложител, не може да се направи въз основа на формален преглед на актовете, свързани с дейността му, а тя трябва да се изследва по същество за всеки конкретен случай на база на посочените по-горе критерии, преглед на конкретната дейност на субекта и становището на принципала.

Настоящият протокол е съставен в три еднообразни екземпляра, по един за ръководителите на всяка институция.