

Рег. номер: МУ - 6

Дата: 09.07.2021 г.

МЕТОДИЧЕСКО УКАЗАНИЕ

Относно: Прилагане на изключенията по чл. 14, ал. 1, т. 5 - 7 от Закона за обществените поръчки (ЗОП)*

Вътрешното възлагане, познато още като “in house“, е сред изключенията от приложното поле на закона. При публичните възложители, вкл. когато извършват секторна дейност, то е допустимо в три хипотези, регламентирани в чл. 14, ал. 1, т. 5 – 7 от ЗОП. Те възпроизвеждат изцяло и изчерпателно съответните разпоредби от приложимото европейско законодателство – чл. 12, пар. 1 – 3 и 5 от Директива 2014/24/ЕС и чл. 28, пар. 1 – 3 и 5 от Директива 2014/25/ЕС, пояснени в съображенията на директивите. Както е обяснено в съображение 31 от Преамбюла на Директива 2014/24/ЕС „прилагането на правилата за обществени поръчки не следва да засяга свободата на публичните органи да изпълняват възложените им задачи за осигуряване на обществени услуги, като използват собствените си ресурси.....”. В тези случаи правилата на закона не се прилагат, независимо че са налице всички елементи на обществената поръчка – възложител, разход на публични средства и обект. Възложителят не търси изпълнител на пазара, тъй като той разполага със собствени възможности за удовлетворяване на нуждите си. Това може да бъде звено от структурата му или създадено за целта контролирано юридическо лице, като следва да са изпълнени определени условия.

Вътрешното “in house” възлагане е въведено в директивите и съответно в ЗОП въз основа на заключенията в решенията на Съда на ЕС (СЕС). В тази връзка, при изясняване на същността му следва да се отчита съдебната практиката в тази област.

В закона, респективно в директивите, са уредени 3 хипотези на вътрешно възлагане, в зависимост от отношенията на субординация, които съществуват между възложителите и контролираните от тях лица.

1. Съгласно чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП публичен възложител, вкл. и такъв, който извършва секторна дейност, има възможност да изпълнява задачи във връзка с осъществяване на функциите си, посредством директно възлагане на

* При изготвяне на методическото указание са използвани практиката на Съда на ЕС и Работен документ на Службите на Комисията относно прилагането на правото на ЕС в областта на обществените поръчки към отношенията между възлагащите органи (сътрудничество между публични институции) SEC (2011) 1169

дейности на контролирано юридическо лице при кумулативното наличие на следните предпоставки:

- възложителят трябва да упражнява контрол, подобен на този, упражняван върху собствените си структурни звена (чл.14, ал. 1, т. 5, б. „а“).

Видно от дефиницията в чл. 14, ал. 2 от ЗОП такъв контрол е налице, когато възложителят има решаващо влияние върху стратегическите цели и значими решения на контролираното от него лице. Допуска се този контрол да бъде упражняван непряко от възложителя, т. е. чрез друго юридическо лице, което обаче той контролира по същия начин.

Условието по чл. 14, ал. 1, т. 5, б. „а“ от ЗОП е изведено за пръв път в делото *Testkal* (С-107/98), в което съдът посочва, че подобен контрол е налице, когато възложителят има решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху съществените решения на контролираното юридическо лице. В този смисъл е и решение по дело *C-458/03 Parking Brixen*, т. 65. Съдът изисква също посоченият контрол да е ефективен (решение по дело *C-324/07*, т. 46). При правен субект, притежаван заедно от няколко публични органа, „аналогичният контрол“ може да се упражнява от тях съвместно, без да е необходимо да се упражнява от всеки един от тях поотделно (вж. решение по дело *C-573/07*).

От съдебната практика се налага изводът, че възлагащият орган трябва да може да упражнява върху правния субект едновременно структурен и функционален контрол. Според СЕС, за да се прецени дали е изпълнен този критерий, е необходимо да се изследва кой притежава капитала на субекта, как се формира състава на неговите органи за вземане на решения, както и обхвата на правомощията на неговия управителен орган.

В тази връзка обстоятелството, че възлагащият орган е едноличен собственик на капитала на стопанския субект е индикация за съществуването на такъв контрол. Това обаче не е достатъчно, за да се изключи прилагането на ЗОП. За да се приеме, че контролът попада в обхвата на чл. 14, ал. 2 от ЗОП възложителят трябва да докаже, че участва в управлението на дружеството, като например при вземането на решения, свързани с избора на управителни органи, определянето на бизнес план, намаляване и увеличаване на капитала и т.н.

- повече от 80 на сто от дейността на юридическото лице трябва да е формирана от изпълнението на дейности, възложени от възложителя или от негови обособени структури или от други юридически лица, контролирани от възложителя (чл. 14, ал. 1, т. 5, б. „б“);

Вторият критерий също е изведен от СЕС по делото *Testkal*. В решението съдът отбелязва, че посоченият критерий има за цел да гарантира прилагането на правилата за обществени поръчки, когато контролираният субект действа активно на свободния пазар и е в конкуренция с останалите търговци. В тази връзка, когато услугите на контролираното лице са предназначени основно само за контролиращите го органи „изглежда обосновано то да бъде освободено от тези правила, тъй като чрез тях се осигурява конкуренция, която в случая не съществува“ (вж. също решение по дело *C-553/15*).

В решение по дело С-340/04 се съдържат аналогични пояснения по отношение на понятието „основна част от дейността“. Приема се, че този критерий е изпълнен, само когато дейностите на вътрешния субект са предназначени основно за възлагащия орган. Всички други дейности следва да бъдат единствено със страничен характер. Специфичното в случая е, че в директивите границата на „основната“ и на „страничната“ дейност е определена в стойностно изражение съответно на 80 на сто и на 20 на сто, както е въведена и в ЗОП.

При изчисляване на процентното съотношение, като базов показател може да се вземе средният общ оборот, изчислен като средноаритметична величина от сумата на годишните обороти, реализирани през последните три приключили финансови години, преди годината на възлагането (чл. 14, ал. 4 ЗОП). Съгласно дефиницията за „годишен общ оборот“ по § 2, т. 66 от ДР на ЗОП, това е сумата от нетните приходи от продажби (без ДДС, акцизи и др. данъци).

Когато като показател за определяне на процента се използва средният общ оборот, се съпоставя оборотът, реализиран от изпълнение на дейности за възложителя, негови обособени структури или за други юридически лица, контролирани от този възложител, с общия оборот от всички дейности, извършвани от юридическото лице за същия период (чл. 8, ал. 1 ППЗОП.)

При липса на данни за реализираните от контролираното юридическо лице обороти през тригодишния период, предхождащ годината на възлагане, поради годината на учредяване се прилагат правила, описани в чл. 8, ал. 3 от ППЗОП.

Освен реализираният оборот може да се използва и всеки друг подходящ показател, свързан с изпълнението на дейността. Такъв например може да е общият размер на извършените разходи от съответното юридическо лице или възложител, във връзка с предоставените услуги, доставки и строителство през трите приключили финансови години, предшестващи възлагането на поръчката (чл. 12, пар. 5, Директива 2014/24/ЕС).

- в юридическото лице - изпълнител, да няма пряко частно капиталово участие (чл.14, ал. 1, т. 5, б. „в“). По изключение се допуска пряко частно капиталово участие, когато такова се изисква от разпоредби на националното законодателство, в съответствие с ДЕС и ДФЕС, и то не е свързано с контролни или блокиращи правомощия и не оказва решаващо влияние върху дейността на юридическото лице.

Според съдебната практика участието в капитала на контролираното лице трябва да е изцяло публично. Аргументите, които се излагат от СЕС са, че частно капиталово участие в контролираното лице би дало на частния икономически оператор неоправдано предимство спрямо неговите конкуренти. Същевременно, приложимите европейски директиви и съответно ЗОП допускат частно участие в контролираното юридическо лице със съответните ограничения. Съгласно съображение 32 от Директива 2014/24/ЕС тази възможност е уредена, тъй като

националните законодателства на някои държави членки предвиждат съществуването на организации, в чиято структура задължително участват частноправни икономически оператори.

2. В чл. 14, ал. 1, т. 6 от ЗОП е уредена друга хипотеза на “in house” възлагането, при която е допустимо контролирано юридическо лице - публичен възложител да възлага дейности на възложителя, който го контролира или на друго юридическо лице, контролирано от същия възложител. Доколкото предпоставките за прилагането са същите, като разгледаните в т. 1, разликата е само в ролята и отношенията на субординация, в която се намират субектите възложител – контролирано лице по договора. При тази хипотеза изискуемите в закона предпоставки по чл. 14, ал. 1, т. 5, б. „б“ и „в“ от ЗОП трябва да са изпълнени за лицето, което се явява изпълнител по договора.

3. Изключението по чл. 14, ал. 1, т. 7 от ЗОП се отнася до хипотези, при които вътрешното „in house“ възлагане е възможно при разгледаните предпоставки в случаите на упражняване на съвместен контрол от двама или повече възложители върху юридическото лице - изпълнител.

Условията за прилагане на изключението са същите, като коментираните в т. 1. Специфичното при този вариант е упражняването на съвместен контрол от страна на възложителите върху юридическото лице.

Важно е да се подчертае, че в случаите на чл. 14, ал. 1, т. 5 – 7 от ЗОП „in house“ поръчките се възлагат пряко на контролиран стопански субект, т.е. без провеждане на конкурентна процедура за обществена поръчка. Поради това е необходимо той да има капацитет да изпълни сам съответните дейности (да предостави услугата, да изпълни строителството и т.н.). В противен случай, ако изпълнителят прехвърли осъществяването на дейностите, предмет на договора на друго лице, на практика се стига до едно прикрито „превъзлагане“ на обществена поръчка. При него „възлагащият орган придобива чрез посредник стоки и услуги от трети лица, без да са спазени правилата за обществени поръчки, от които би следвало да се ръководи това възлагане“ (виж изказване на ген. адвокат по дело С-567/15). Такова „превъзлагане“ не е допустимо, тъй като противоречи на основната идея, проведена чрез практиката на СЕС – поръчката да се изпълни със собствен ресурс. Същевременно то води като резултат до заобикаляне прилагането на ЗОП и по този начин - до ограничаване на конкуренцията.

Ето защо когато някое от разгледаните условия отпадне, възложителят трябва да открие възлагането на нова поръчка със същия предмет в едномесечен срок от отпадане на условието. Договорът, подписан при условията на изключението, се прекратява със сключването по реда на закона на новия договор (чл. 14, ал. 7 от ЗОП).

За да се осигури публичност на поръчките, за които се прилагат разгледаните изключения, в ЗОП е въведено задължение за възложителите да публикуват обявление за възлагане на поръчка, когато сключват договори при прилагане на чл. 14, ал. 1, т. 5 – 7 от закона (чл. 26, ал. 1, т. 3 от ЗОП). Освен това за някои поръчки, напр. такива на значителни стойности, със стратегическо

значение, или към които е налице сериозен обществен интерес, е препоръчително възложителите да обявят предварително намеренията си да сключат такъв договор като публикуват обявление за доброволна прозрачност в Регистъра на обществените поръчки (чл. 28, ал. 1 от ЗОП). Изборът на този подход дава допълнителна сигурност относно законосъобразността и стабилността на договора, след изтичане на срока за обжалване на обявлението.

Настоящото методическо указание се издава на основание чл. 229, ал. 1, т. 2, б. „а“ от Закона за обществените поръчки.

ЗА ИЗПЪЛНИТЕЛЕН ДИРЕКТОР:

МИХАИЛ МИХАЙЛОВ

/Съгласно Заповед № РД - 49/30.06.2021 г./