

НАСОКИ

на **Експертния консултативен съвет по чл. 246 от Закона за обществените поръчки, приети с решение, отразено в протокол № 2/09.04.2024 г.**

по прилагане на изключението по чл. 14, ал. 1, т. 5 от Закона за обществените поръчки във връзка със следния въпрос: Допустимо ли е възлагане на доставка на стоки в условията на „in house“ на юридическо лице - изпълнител, което не е производител на стоките, предмет на доставка и съответно няма капацитет самостоятелно да изпълни обществената поръчка?

Сезиране на Експертния консултативен съвет (ЕКС):

Въз основа на искане от министъра на финансите ЕКС е сезиран със следния въпрос: Допустимо ли е възлагане на доставка на стоки в условията на „in house“ на субект, който не е производител на стоките, предмет на доставка, т.е. няма капацитет сам да изпълни обществената поръчка?

Искането е в резултат на установена противоречива практика на две администрации в системата на Министерството на финансите относно изискуемите условия за законосъобразно прилагане на изключението по чл. 14, ал. 1, т. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Изложение на фактичката обстановка:

➤ Публичен възложител – държавно търговско дружество сключва договори за организация и извършване на доставки на стоки, всеки от които на значителна стойност, над прага по чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „б“ от ЗОП. Договорите са възложени пряко на дъщерното дружество, на което възложителят е едноличен собственик на капитала, без провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, при прилагане на изключението по чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП (вътрешно „in house“ възлагане). Изпълнението по договорите е възложено на юридическото лице – изпълнител, върху което публичният възложител като едноличен негов собственик упражнява контрол, подобен на този, осъществяван върху собствените си структурни звена. Дружеството – изпълнител има основен предмет на дейност – търговия на едро и дребно със стоки в страната и чужбина, както и разрешения за търговия на едро със стоките, предмет на договорите. В юридическото лице – изпълнител няма пряко частно капиталово участие. Оборътът за последните три приключили финансови години, реализиран от дружеството - изпълнител, спрямо общия оборот, реализиран от него за същия период е приблизително 100 % при изпълнение на дейности за възложителя.

➤ Предметът на договорите включва извършване на услуга и доставка като основен предмет на поръчките са доставките на стоките. Общата стойност по всеки от договорите се формира на база направените доставки.

➤ Юридическото лице – изпълнител не е производител на стоките по предмета на договорите, а търговец на същите. За да задоволи потребността на възложителя като осигури стоките, предмет на възложените доставки, юридическото лице – изпълнител се обръща към трети „външни“ доставчици и ползва публичния ресурс по договорите за разплащане към тези „външни“ страни.

След разглеждане на поставения въпрос и обсъждане на приложимата нормативна уредба и относимата практика на Съда на Европейския съюз (СЕС), членовете на ЕКС се обединяват около следното становище:

Изключението по чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП е приложимо за публични възложители, включително когато извършват секторна дейност и възпроизвежда изцяло и изчерпателно съответната разпоредба на член 12, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС, въведена в националното законодателство.

В чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП се урежда една от хипотезите на вътрешното „in house“ възлагане, което се заражда в практиката на СЕС с решението по делото C-107/98, Teckal и е развивано в последващи решения на съда. Така чрез разпоредбата на член 12 от Директива 2014/24/ЕС европейският законодател кодифицира съдебната практика на СЕС, очертаваща принципните положения на правната концепция за вътрешното (in house) възлагане и регламентира за първи път правилата за прилагане на изключението.

Изключението е оправдано по съображението, че публичен орган, който е възлагащ орган, може да изпълнява възложените му задачи от обществен интерес със свои собствени административни, технически и други средства, без да е длъжен да прибегва до други субекти, които не са част от неговите служби (в този смисъл са решения по дела C-567/15, C-573/07, C- 295/05, C-15/13), т.е. без да осигурява изпълнението по договорите чрез трети лица и без да използва публичния ресурс по предмета на договорите за заплащане към тези лица. Допускането на изключението се обосновава с особената вътрешна връзка, която е налице между възложителя и изпълнителя – вътрешен субект, дори когато последният е юридически отделен правен субект.

Ако юридическото лице - изпълнител се обърне към трети лица за изпълнение предмета на договора, правните основания за прилагането на изключението „in house“ отпадат и на практика се стига до прикрито възлагане /превъзлагане/ на обществена поръчка. По този начин възлагащият орган придобива чрез посредник стоки от трети лица без да спазва правилата за възлагане на обществените поръчки и в нарушение на основните принципи на закона и практиката на СЕС по изключението.

При вътрешното възлагане правилата на ЗОП не се прилагат независимо, че са налице всички елементи на обществената поръчка (възложител, обект и разход на публични средства), тъй като възложителят разполага със собствени възможности за удовлетворяване на потребностите си, поради което не търси изпълнител на пазара. В този смисъл е и целта на разпоредбата – възложителят чрез пряко възлагане да осигури самостоятелно изпълнение на поръчката в рамките на собствените си възможности.

Правилното прилагане на изключението изисква възложителят на първо място да се съобрази с целта на разпоредбата като прецени дали юридическото лице, с което ще сключи договор разполага с нужния капацитет да изпълни самостоятелно и в цялост дейностите, които ще бъдат възложени и след това да изследва наличието на условията в чл. 14, ал. 1, т. 5, б. „а“-,„в“ от ЗОП.

Ето защо, създаването на вътрешно дружество, не означава автоматично, че е допустимо прилагането на разгледаното изключение. Необходимо е дружеството да бъде създадено и да функционира при условията, установени в директивата, съответно в националния закон, за да е в състояние да изпълнява своите вътрешни задачи. В обратния случай, създаването на дружеството би могло да се окаже безполезно от гледна точка на обществения интерес, а сключените договори – незаконосъобразни.

Концепцията за „in house“ възлагането намира отражение в чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП, който предвижда възможността публичен възложител да възложи поръчката за

самостоятелно изпълнение на контролирано юридическо лице, за което са налице следните кумулативно дадени условия:

1. Възложителят да упражнява върху юридическото лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена. Такъв контрол е налице, когато възложителят има решаващо влияние върху стратегическите цели и значимите решения на това юридическо лице. Контролът може да се упражнява и от друго юридическо лице, което е контролирано по същия начин от възложителя (б. "а" на чл. 14, ал. 1, т. 5 във вр. с ал. 2 от ЗОП);

2. Повече от 80 на сто от дейността на юридическото лице да е формирана от изпълнението на дейности, възложени от възложителя или негови обособени структури или от други юридически лица, контролирани от възложителя (б. "б" на чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП);

3. В юридическото лице – изпълнител да няма пряко частно капиталово участие. 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 (б. "в" на чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП).

В конкретния случай, при обект на обществена поръчка – доставка на стоки и изпълнител, който не е техен производител, неизбежно ще се стигне до използване на трети, външни лица. Юридическото лице – изпълнител изначално не разполага със собствен ресурс да изпълни дейностите, тъй като не е производител на стоките. Това е известно на страните, поради което възложителят не е следвало да възлага поръчките в изключението по чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП.

Ако изпълнителят не е производител, а само търговец, то той по нищо не се отличава от останалите търговци на конкурентния пазар. Възлагането на поръчката на такова лице, което ще осигури изпълнението чрез трети лица, ще доведе до заобикаляне на закона, нарушаване на принципите на конкуренция и равнопоставеност, както и до незаконосъобразно упражняване на нормативно установената компетентност на възложителя от страна на изпълнителя.

В обобщение, за да е приложимо изключението на чл. 14, ал. 1 т. 5 от ЗОП, възложителят трябва да изследва възможностите за самостоятелно изпълнение на предмета на поръчката от юридическо лице-изпълнител, тъй като правната същност на възлагането в условията на „in house“ изисква изпълнителят да има капацитет и възможности със собствени сили да изпълни поръчката. Този въпрос се явява основополагащ по отношение на условията, залегнали в чл. 14, ал. 1 т. 5 от ЗОП.

Предвид изложените мотиви, Експертният консултативен съвет по чл. 246 от ЗОП приема, че не е допустимо възлагане на доставка на стоки при условията на вътрешно „in house“ възлагане по чл. 14, ал. 1, т. 5 от Закона за обществените поръчки на юридическо лице – изпълнител, което не е производител на стоките, предмет на доставката и съответно няма капацитет самостоятелно да изпълни обществената поръчка.