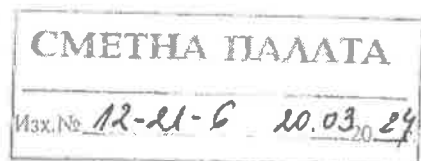




СМЕТНА ПАЛАТА
на Република България



ДО
Г-Н ГЕОРГИ НИКОЛОВ
ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ЕКСПЕРТНИЯ
КОНСУЛТАТИВЕН СЪВЕТ ПО ЗАКОНА ЗА
ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

/На Ваш № 05-00-10/08.03.2024 г./

КОПИЕ:

Г-Н АСЕН ВАСИЛЕВ
МИНИСТЪР НА ФИНАСИТЕ

ОТНОСНО: Покана за изслушване на представител на Сметната палата на заседание на Експертния консултативен съвет по чл. 246 от Закона за обществените поръчки по въпрос, свързан с прилагане на чл. 14, ал.1, т. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП)

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН НИКОЛОВ,

Във връзка с получена покана за изслушване на представител на Сметната палата в открито заседание на Експертния консултативен съвет по чл. 246 от ЗОП, Ви уведомяваме следното:

Сметната палата няма да вземе участие в насроченото за 21.03.2024 г. заседание, поради което Ви изпращаме писмено становище по въпросите от дневния ред, свързани с прилагане на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП.

В своята одитна практика, от влизане в сила на ЗОП (обн. ДВ, бр. 13/2016 г., в сила от 15.04.2016 г.) до момента, Сметната палата е разглеждала прилагането на чл. 14, ал.1 от ЗОП в рамките на два одита:

- одит за съответствие на изпълнението на обществените поръчки, възложени на „Автомагистрали“ ЕАД, в периода от 01.01.2016 г. до 31.12.2020 г.; и
- одит за съответствие при сключването и изпълнението на договори по Закона за обществените поръчки от „Монтажи“ ЕАД за периода от 01.01.2017 г. до 31.12.2020 г.

1. Одитен доклад № 1000200221 за извършения одит за съответствие на изпълнението на обществените поръчки, възложени на „Автомагистрали“ ЕАД е приет с Решение № 132/27.05.2021 г. на Сметната палата и е оповестен на страницата й страница в интернет <https://www.bulnao.government.bg/media/documents/od-avtomagistrali-0621.pdf>

В заключителната част на този одитен доклад са направени изводи, че във връзка с изпълнение на дейностите по договор с предмет „строителство“, сключен на

основание чл. 14, ал. 1, т. 6 от ЗОП, във вр. с чл.14, ал.1 т.5 от ЗОП (т.нар. in house възлагане) от търговското дружество - изпълнител са сключени 129 договора с 30 външни на дружеството лица (трети лица), което представлява близо 87 на сто от цената за изпълнение на основния договор. Със сключването на договорите с третите лица, на практика част от възложената по облекчен ред по ЗОП поръчка е превъзложена, без в закона да е предвидена такава възможност, като по този начин изпълнителят по договора е заменен с трети лица, за които не е установено дали отговарят на условията на чл. 14, ал. 1, т. 6 от ЗОП. Третите лица са избрани без провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки, като по този начин не са спазени основните принципи на закона при разходването на публични средства за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност. Не се постига и основната цел на ЗОП, а именно ефективно разходване на публичен ресурс.

2. Одитният доклад за извършения одит за съответствие при сключването и изпълнението на договори по Закона за обществените поръчки от „Монтажи“ ЕАД за периода от 01.01.2017 г. до 31.12.2020 г., е изпратен в цялост на органите на прокуратурата и към момента няма окончателно приключило наказателно производство. По тази причина, не бихме могли да предоставим информация за съдържашите се в него констатации и изводи, вкл. относно in house възлаганията.

Въпреки неголемия брой констатации на Сметната палата по прилагането на чл. 14, ал.1 от ЗОП, въз основа на тях може да се заключи, че по-скоро се възприема тезата, че „in house“ възлагането е изключение от приложното поле на ЗОП, което би следвало да се прилага при условие, че юридическото лице – изпълнител разполага с необходимите ресурси – финансови, технически, административни, за да гарантира самостоятелно изпълнение на включените в предмета на възлагането дейности.

В получения към поканата доклад от председателя на Експертния консултативен съвет по чл. 246 от ЗОП е посочено, че е установена противоречива практика на две администрации в системата на Министерство на финансите относно изискуемите условия за законосъобразно прилагане на изключението по чл.14, ал.1, т.5 от ЗОП.

Описаният общо казус касае търговско дружество – публичен възложител, което сключва със свое дъщерно дружество на основанието по чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП договори за доставки на стоки на стойност над праговете на чл.20, ал.1, т.1, буква „б“ от ЗОП. Юридическото лице - изпълнител по договорите за in house не е производител на стоките – предмет на доставка, а търговец. По тази причина то ползва трети външни лица за набавяне на стоките, като с тях се разплаща с публичен ресурс и без да прилага правилата на ЗОП.

В доклада са изложени принципно позициите на двете институции, но не е предоставена никаква конкретна информация и/или документи във връзка с разглеждания случай.

Въз основа на съдържашата се в доклада информация по спорния въпрос, може да бъде изразено следното принципно становище:

Като цяло, Сметната палата споделя позицията на първата институция, която произтича и от установената практика на Съда на ЕС. Тя е формирана въз основа на виждането, че основната цел на правните норми в областта на обществените поръчки, е осигуряването във всички държави-членки на свободна конкуренция, публичност и

прозрачност при изпълнението на строителство, доставки на стоки и предоставянето на услуги.

Възможността за възлагане *in house* е регламентирана в Директива 2014/24/ЕС, съответно и в ЗОП, като изключение от основните принципи при възлагането на обществените поръчки. По тази причина **още при преценката** за прилагане на този ред, възлагащият орган би следвало да отчете не само дали дадена обществена поръчка попада в обхвата на изключенията по чл.14, ал.1 от ЗОП с оглед наличие на законовите предпоставки, но и дали юридическото лице, с което ще сключи договор за *in house* разполага с нужния капацитет да изпълни **сам и в цялост възложените дейности**, доколкото последващото им превъзлагане на трети (външни) лица, без прилагане на правилата на ЗОП, би довело до заобикаляне на закона.

С оглед на горното, в конкретния случай, изложен в доклада, възложителят е имал възможност да съобрази, че предвид характера на дейностите – доставка на стоки и качеството на дружеството – изпълнител, което не е техен производител, неминуемо ще се стигне до използване на външни лица. А когато такива лица се ангажират без да са избрани по правилата на ЗОП, се стига до заобикаляне на закона и не се постига целта му. Тъй като юридическо лице - изпълнител изначално не разполага със собствен ресурс да изпълни дейностите (в случая не е производител на стоките) и това е било известно на страните, възложителят въобще не е трябвало да прибягва до възлагане в изключенията по чл. 14, ал.1 от ЗОП.

В качеството си на орган за последващ контрол в областта на обществените поръчки, на който са възложени и функции по административно наказване, Сметната палата би искала да обърне внимание и на друг аспект от спора. **Това е не/възможността при конкретния случай да се ангажира административнонаказателната отговорност на възложителя за неоснователно прилагане на изключението по чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП.**

Административнонаказателното производство, вкл. при нарушения в областта на обществените поръчки, е строго формален процес, подчинен на правилата на Закона за административните нарушения и наказания. При него не е възможно нито директно позоваване на актове и практика на органи на ЕС, нито разширително тълкуване на приложимите правни норми.

При описания в доклада случай е необходима преценка дали може да се ангажира административнонаказателната отговорност на възложителя в хипотезата на чл. 248, ал.1 от ЗОП (ред. ДВ, бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) – сключен договор без да са изпълнени изискванията на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП.

За да е законосъобразно възлагане в изключението по чл. 14, ал.1, т.5 от ЗОП, задължително трябва да са изпълнени кумулативно три предпоставки:

а) възложителят да упражнява върху юридическото лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена (по смисъла на чл. 14, ал. 2 от ЗОП);

б) 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 (при спазване на изискванията по чл. 14, ал. 4 от ЗОП);

в) 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.

Когато при извършване на проверка се установи, че при сключване на договор в хипотезата на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП са били изпълнени всички предпоставки по чл. 14, ал.1, т. 5, б. „а“ – „в“ от ЗОП, не може да се изведе нарушение на посочената разпоредба, респ. не възниква основание за образуване на административнонаказателно производство нито в хипотезата по чл. 248, ал.1 от ЗОП, нито по чл. 256 от ЗОП.

В доклада е посочено, че in house договорите, предмет на спора, са сключени преди влизане в сила на чл. 14, ал. 6 от ЗОП (ред. ДВ, бр. 88/2023 г.). Тъй като тази разпоредба действа занапред, не е възможно да се извежда нарушение за неспазването ѝ през минал период. Освен това, дори и след 22.12.2023 г. нарушаването на забраната по чл. 14, ал. 6 от ЗОП (ред. ДВ, бр. 88/2023 г.) може да ангажира само отговорността на представляващия на юридическото лице – изпълнител по договора за in house, но не и на възложителя. Така, за възложителя отново остава само изискването да обоснове наличието на предпоставките по чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП, за да сключи договор в изключението от ЗОП, но не е негова отговорност да преценява дали този договор ще може да се изпълни със собствен ресурс юридическото лице – изпълнител и без нужда от превъзлагане.

В обобщение на изложеното по-горе, считаме, че принципно, първата изложена в доклада позиция е съответстваща на идеята и принципите на in house възлагането, вкл. в европейски контекст, но в конкретния случай, предмет на спора, не са били налице основания за извеждане на нарушение на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП и за предприемане на действия за санкциониране на възложителя.

Независимо от горното, с оглед направените законови промени по прилагане на изключенията по чл. 14, ал.1 от ЗОП, би било подходящо да се препоръча на възложителите да преразгледат действащите договори за in house от гледна точка на ограниченията по чл. 14, ал. 6 от ЗОП (ред. ДВ, бр. 88/2023 г.) и възможността да продължи тяхното изпълнение при спазване на новите правила. В случай, че това не е възможно, би следвало да се приложи чл. 14, ал. 8 от ЗОП, неспазването на който също може да доведе до ангажиране на административнонаказателна отговорност (арг. чл. 248, ал.2 от ЗОП).

ПРЕДСЕДАТЕЛ

(Димитър Главчев)