# Ще успее ли правителството да се справи с порочните практики в „in-house“ възлагането у нас?

Неотдавна Министерство на правосъдието оповести намерението си да предложи изменение в Закона за обществените поръчки (ЗОП) и по-точно в частта, касаеща т. нар. „in-house“ възлагане.

Министерството си е поставило за цел да ограничи допълнително тази възможност за възлагане, която изключва приложението на ЗОП. Предвижда се същата да може да се използва, когато юридическото лице – възложител разполага с необходимите човешки и технически ресурси, за да осигури самостоятелно изпълнение на не по-малко от 80% от дейностите предмет на договора.

„In-house“ възлагането е въведено в националния ни закон чрез пълното транспониране на Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на директива 2004/18/ЕО и по-конкретно на предвиденото в чл. 12 от Директивата изключение от приложимостта ѝ.

Прилагайки това изключение, следва да се гарантира, че подобно сътрудничество между публични органи не води до нарушаване на конкуренцията по отношение на частните икономически оператори, поради което и самата Директива предвижда наличието на редица кумулативни изисквания, които да са налице, за да може съответният възложител да се позове на изключението.

„In-house“ възлагането е всъщност израз на свободата на публичните органи да изпълняват възложените им задачи за осигуряване на обществени услуги, като използват собствените си ресурси. Това включва възможността за сътрудничество с други публични органи, върху които възлагащият орган упражнява контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена, при условие че контролираното юридическо лице извършва повече от 80 % от дейността си при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган, независимо от бенефициера на изпълнението на поръчката.

Именно това е и законодателната логика пред поставеното изключение – възможност за използване на собствени на публичния орган ресурси, вместо задължително да се

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

прибягва до услугите на операторите в частния сектор. Когато прилагането на изключението обаче се превърне в изкривяване на този изначален замисъл, наистина се налага въвеждане на законодателна мярка от вида на предложените от Министерство на правосъдието, която да гарантира, че чрез сключването на договор в рамките на „in-house“ възлагане няма да се заобиколи закона, като се превъзложат всички или част от дейностите на трети икономически оператори.

Естественият въпрос, който си задаваме е, допустимо ли ще бъде въвеждането на допълнително условие към вече предвидените в ЗОП, за да може да се приложи това изключение от приложимостта на закона и отговорът категорично е положителен.

Положителен отговор е дал Съдът на европейския съюз (СЕС) в свое решение от 3 октомври 2019 година по дело C-285/18, постановено по преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Върховния съд на Литва. В това решение, СЕС се е произнесъл и по въпроса *„държавите членки разполагат ли с право на преценка да определят ограничения или допълнителни условия за сключването на вътрешни сделки* („in-house“ възлагане бел. авт.*), (в сравнение с правото и съдебната практика на Съюза), но могат да упражняват това право на преценка само посредством точни и ясни разпоредби на позитивното право относно обществените поръчки?“.*

В конкретния случай се касае до наличието на национална правна уредба в литовското законодателство, съгласно която „in-house“ възлагане може да бъде извършено само в изключителен случай, когато условията са изпълнени и възлагането на обществена поръчка не може да осигури непрекъснатостта, доброто качество и наличността на услугите. Тоест литовският законодател е въвел допълнителни критерии за приложимост на „in-house“ възлагането, спрямо тези, залегнали в чл. 12 от Директива 2014/24/ЕС, а именно: наличието на изключителен случай и невъзможност чрез възлагане на обществена поръчка да се осигури непрекъснатостта, доброто качество и наличността на услугите. Подобно на тази правна уредба, намерението за внасяне на законодателна инициатива, обявено от Министерството на правосъдието, се отнася именно до добавянето на един нов, спрямо залегналите в чл. 12 от Директива 2014/24/ЕС критерии, поради което се поставя и въпросът за допустимостта на

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

законодателната мярка.

В цитираното решение СЕС допуска допълнителното ограничение пред сключването на вътрешна сделка („in-house“ възлагане бел. авт.), възприето в литовското законодателство, при условие, че изборът на възлагащия орган, който е изразен в полза на конкретен начин на предоставяне на услуги,е направен на етап, предхождащ възлагането на обществена поръчка и е съобразен с принципите на равно третиране, недопускане на дискриминация, взаимно признаване, пропорционалност и прозрачност.

Съдът се позовава на съображение 1 от Директива 2014/24, съгласно което тя има за цел да координира националните процедури за възлагане на обществени поръчки над определена стойност, като заключава, че с оглед на това съображение следва да се тълкува член 12, параграф 1 от Директива 2014/24, като приема, че тя не може да лиши държавите членки от свободата да отдадат предимство на определен начин на предоставяне на услуги, на изпълнение на строителни дейности или на извършване на доставки спрямо останалите начини.

Същевременно, съдът е намерил за необходимо да посочи изрично, че свободата, с която разполагат държавите членки по отношение на избора на начина на управление, който считат за най-подходящ за изпълнението на строителните дейности или предоставянето на услуги, не може да бъде неограничена. Напротив, тази свобода трябва да се упражнява при спазване на основните правила на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), по-специално свободното движение на стоки, свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, както и на произтичащите от тях принципи като тези на равно третиране, недопускане на дискриминация, взаимно признаване, пропорционалност и прозрачност (подобно на разрешенията, дадени от СЕС в 1987 г., CEI и Bellini, 27/86—29/86, EU:C:1987:355, т. 15, от 7 декември 2000 г., Telaustria и Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, т. 60 и от 10 септември 2009 г., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, т. 38).

Поради това, необходимо е да се направи анализ дали тези основни правила на ДФЕС не биха се нарушили чрез поставянето на конкретно допълнително условие към

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

приложимостта на „in-house“ възлагането в България. Преди всичко обаче трябва да отчетем, че този вид възлагане е изключение от правилото договори в публичния сектор да се възлагат при условията на осигуряване на свободна конкуренция между участниците.

На практика с новото ограничение, предложено от Министерството на правосъдието, пред бъдещия изпълнител по договор, сключен при „in-house“ възлагане, няма как да се приеме, че се ограничават основните права в ДФЕС, на първо място сред които свободната конкуренция, доколкото същата е изключена при прилагането на този режим на възлагане. Свободна конкуренция би имало при процедурите по възлагане на обществени поръчки, докато при възлагане в рамките на въпросното изключение, конкуренцията е изначално ограничена, за сметка на възможността самият възложител да организира изпълнението на съответната дейност по договора със собствени ресурси.

Няма как да се приеме, че се ограничават и свободата на предоставяне на услуги и свободно движение на стоки, нито правото на установяване, доколкото допълнителното ограничение ще има на практика обратния ефект – ограничаване на възможността за прилагане на „in-house“ възлагане. Това от своя страна ще доведе до засилено гарантиране на горните свободи, включително равно третиране на всички участници на пазара (отчитайки, че въпросното предприятие, върху което възложителят упражнява контрол, не е ограничено да бъде участник в обявена и от този възложител процедура по възлагане на обществена поръчка, доколкото то също извършва стопанска дейност).

Ако обаче се замислим над практическите последици от въвеждане на това ново ограничение и начинът, по който ще се осъществява контрола върху спазването му, ще открием, че простото въвеждане на такова ограничение няма непременно да резултира в ограничаване на ноторните практики по превъзлагане на трети лица на огромна част от дейностите по договор, сключен при прилагане на „in-house“ възлагане. Естествено, законодателното предложение и начинът на въвеждане на това ограничение още не е ясен, но доколкото сключването на договора няма да се извършва при спазване на определена процедура, която да може да бъде обжалвана

CR legal DL 2018. Всички права запазени.

по реда на закона, трудно може да се осъществява контрол дали съответното предприятие е доказало наличието на необходимите технически и човешки ресурси за изпълнението на поне 80% от дейностите по поръчката.

От друга страна, в случай че подобно обстоятелство бъде установено и е налице към момента на сключване на „in-house“ договора, то в случай че при изпълнението на договора съответния изпълнител превъзложи тези дейности, то следва изрично да се предвиди каква ще е последицата от това. Преди всичко трябва да се уреди ще влече ли това нищожност на сключения „in-house“ договор, доколкото приложението и в този случай на разпоредбите на чл. 119 от ЗОП няма да донесе целената ефективност на така предложената мярка.

Също така, за да е ефективна предстоящата законодателна уредба, следва да се упомене, че при подобно възлагане се забранява сключването на договори за подизпълнение за дейности, които са извън първоначално декларираните от изпълнителя, подлежащи на превъзлагане в рамките на ограничението от до 20% от обема на поръчката. По този начин може да се гарантира, че страните ще избягват сключването на договор, който противоречи на закона, което влече след себе си неговата нищожност. На последно място, по примера на Закона за обществените поръчки в Република Литва, може да се помисли и дали е целесъобразно и въвеждането на предварителен разрешителен режим при сключването на такива договори, за да се гарантира, че не възложителят, който предстои да сключи договор с контролирано от него лице, а едно трето такова, извършва преценката за наличието или липсата на условията за прилагане на „in-house“ възлагане.

CR legal DL 2018. Всички права запазени.