

ВЪТРЕШНАТА ПОРЪЧКА

*Проф. д-р Мария Славова
СУ „Свети Климент Охридски“*

IN-HOUSE PROCEDURE

*Prof. Maria Slavova, PhD
SU „St. Climent Ohridsky“*

Резюме: *Вътрешната поръчка/in house процедурата/ се използва при неотложност, най-често на общинско равнище. Вътрешната поръчка е изключение от общия режим на обществените поръчки, но придобива собствено съдържание на отклонение от установения правен ред. Изключението е уредено в чл. 14, ал.1 от Закона за обществените поръчки и дава възможност на публичните възложители да не прилагат правилата за обществените поръчки при съществени ограничения на закона.*

Ключови думи: *вътрешна поръчка, изключение, общинско равнище, възложител, изпълнител*

Abstract: *The in-house procedure is used in cases of urgency, most often at the municipal level. The internal procurement is an exception to the general regime of public procurement, but acquires its own content of deviation from the established legal order. The exception is regulated in Art. 14, paragraph 1 of the Law on Public Procurement and enables public contracting authorities not to apply the rules for public procurement, taken the law restrictions are fulfilled.*

Key words: *internal procurement, exception, municipal level, contracting authority, contractor.*

Doi: <https://doi.org/10.36997/LBCS2022.1>

1. Въведение

Общественото внимание през последните две години беше приковано от политическите крамоли за инхауз процедурите за магистрала „Хемус“ и други обекти от национално значение, започнали при управлението на ГЕРБ. Твърди се, че 8,6 млрд. лв. от сключените договори с компании са раздадени чрез инхауз процедури, без конкурс. Това са над 40% от парите, които са платени на държавните предприятия от януари 2019 г., при това част от тях са платени авансово. Приема се, че

през последните 3 години публичните предприятия у нас са сключили договори за над 20 млрд. лв. Като пример се дава случаят с Държавната консолидационна компания, на която са предоставени 630 млн. лв. за увеличение на капитала, компанията авансира тази сума към нейното собствено дружество „Монтажи“ и тези средства се насочват за ремонт на язовири, което е заобикаляне на закона.

Обикновено дружествата, които на практика изпълняват дейностите и получават плащанията, без да участват в нормална състезателна процедура, не носят отговорност, а негативите остават за държавната компания, както е при „Автомагистрали“ и при Държавната консолидационна компания, които носят гаранционната отговорност за извършената работа от подизпълнителите.

Обичайно възлагането чрез вътрешна поръчка се осъществява в строителството. Така през 2021 г. в Община Бургас почти 30% от всички възложени поръчки за строителство са инхауз поръчки към две общински фирми. Тази практика се следва от Община Благоевград, Столична община, Община Никола Козлево, Община Велики Преслав и прочее.

При вътрешните поръчки държавата или общината плаща авансово на частни компании, които често не разполагат с опит и капацитет по предмета на поръчката, а средствата се прехвърляли от подизпълнител на подизпълнител, които възложителят не е длъжен да обявява.

Практиката на инхауз процедурите в този ѝ вид идва в България от европейските модели, които се възпроизвеждат още при приемането на първия закон за обществените поръчки от 1999 г., възпроизвеждат се във втория закон от 2004 г. и в действащия закон от 2016 г. По света и в Европа обаче вътрешните поръчки се използват на общинско ниво при неотложност, когато трябва бързо да се изпълняват определен вид дейности. У нас възлагането на свои компании е основна практика в годините до 1999, а едно решение на СЕС от 1998 г. като че ли извади тази тема наяве и започна бурно обсъждане, което доведе до обилна практика повече несъпоставима и неприложима за нас.

2. Понятието

Вътрешната поръчка е обществена поръчка с преобладаваща специфика. Вътрешната поръчка е изключение от общия режим на

обществените поръчки, но у нас придобива собствено съдържание на отклонение от установения правен ред в последните петнадесет години. Изключението е уредено в чл. 14, ал. 1, т. 5 от Закона за обществените поръчки и дава възможност на публичните възложители да не прилагат правилата за обществените поръчки при съществени ограничения на закона, предвиждащи обществени поръчки, които се възлагат от публичен възложител, включително когато извършва секторна дейност, на юридическо лице, ако са изпълнени едновременно следните условия:

а) възложителят да упражнява върху юридическото лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;

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;

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 да не е свързано с контролни или блокиращи правомощия и да не оказва решаващо влияние върху дейността на юридическото лице да възлага без обществена поръчка избрани проекти.

В литературата широко се застъпва разбирането, че вътрешната поръчка формира законна и основателна практика. Утвърждава се логика зад разпоредбата, че дружествата, контролирани от държавната администрация, са също толкова прозрачни, колкото и самите възложители. Приема се, че когато са част от държавната администрация и самите изпълнители и техните ресурси са публични и прозрачни. Обикновено те са бюджетно финансирани или са финансирани с други държавни средства и съответно подлежат на контрол, както и самите възложители¹. Този текст съществува в българската правна уредба под различна форма, включително като противодействие на забавянето на обществени поръчки и риска от обжалване на процедурата. Всъщност възлагането е основна форма на издръжка на не-

¹ Димитров, И., Серафимов, В. (2014). Новата кодификация на in-house възлагането в европейското и националното законодателство – анализ и съпоставка. // Търговско и облигационно право, №8, с. 1-32.

производителния сектор при социализма, но макар и непризнато се използва широко при пазарната икономика.

Приема се, че възлагането на собствено дружество на централната държавна или на местната администрация носи по-висока сигурност за възложителя, като се предполага, че дружеството трябва да е до 80% собственост на възложителя и да притежава собствени ресурси и екип, с които да изпълни договора. Вътрешните поръчки са замислени за малки и средни предприятия, за малки и средни поръчки и изпълнения. Вътрешната поръчка следва да осигури решение на местни проблеми, на лица в неравностойно положение, като придружители, надомна работа, алтернативна заетост, образователни курсове, доброволчески инициативи и прочее.

Очевидно в пътното строителство, транспорта, икономиката и енергетиката превратно се използват „ин хаус“ процедури за избягване на конкурси за обществени поръчки. В тези случаи държавни дружества се използват като посредник за превъзлагане без изпълнение на конкурентни условия и публичност.

Обсъжда се предложението „ин хаусът“ да се използва, когато юридическото лице разполага с необходимите човешки и технически ресурси, за да осигури самостоятелно изпълнение на не по-малко от 80 на сто от дейностите – предмет на договора.

3. Правната уредба

Вътрешната поръчка е уредена в Закона за обществените поръчки² (ЗОП), посветен на издръжката на публичната сфера и приет през 2016 г., с двадесет и две изменения и допълнения до днес. Към българската уредба услужливо се наслагват около 20 регламента и

² Обн. ДВ, бр. 13 от 16 февруари 2016 г., доп. ДВ, бр. 34 от 3 май 2016 г., изм. и доп. ДВ, бр. 63 от 4 август 2017 г., изм. ДВ, бр. 85 от 24 октомври 2017 г., доп. ДВ, бр. 96 от 1 декември 2017 г., изм. и доп. ДВ, бр. 102 от 22 декември 2017 г., изм. ДВ, бр. 7 от 19 януари 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр.15 от 16 февруари 2018 г., доп. ДВ, бр. 17 от 23 февруари 2018 г., доп. ДВ, бр. 24 от 16 март 2018 г., доп. ДВ, бр. 30 от 3 април 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 49 от 12 юни 2018 г., изм. ДВ, бр. 77 от 18 септември 2018 г., доп. ДВ, бр. 80 от 28 септември 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 86 от 18 октомври 2018 г., изм. ДВ, бр. 102 от 11 декември 2018 г., изм. ДВ, бр. 105 от 18 декември 2018 г., изм. и доп. ДВ, бр. 17 от 26 февруари 2019 г., изм. и доп. ДВ, бр. 83 от 22 октомври 2019 г., изм. и доп. ДВ, бр. 102 от 31 декември 2019 г., доп. ДВ, бр. 23 от 14 март 2020 г., изм. и доп. ДВ, бр. 107 от 18 декември 2020 г., доп. ДВ, бр. 62 от 5 август 2022 г.

14 директиви (две от които отменени) и три решения. В този сложен правен режим отклоненията от дефинираните принципи на допустимост на вътрешната поръчка процъфтяват до степен да деформират истинското предназначение на процедурата инхауз.

Самият ЗОП предвижда спорна уредба на непроизводителната сфера и, макар да има множество свършени образци в законодателството на страните – членки на Европейския съюз (ЕС), продължава да бъде обект на множество критики и несвършена административна и съдебна практика.

Вътрешната поръчка е уредена като **изключение от общия режим** на обществените поръчки в чл. 14, ал. 1, т. 5 ЗОП. Самото „изключение“ придобива специфичен смисъл в текста на закона поради съзнателния подход на законодателя непрекъснато да въвежда поредица от изключения, така превръщайки ги в правило. Не само изключенията в текста на закона са повече от главите, но има и специална глава трета, озаглавена „Изключения“.

Практически всяко изменение и допълнение от 2016 г. насам е изключение. Основният проблем в правната уредба на обществените поръчки и в частност на вътрешната поръчка е, че липсва ограничение относно бюджета на възлагане на инхауз процедура, определение на допустимия вид проекти и изискване за основание за неприлагане на правилата на конкурс за бизнеса, който би дал възможност на всички местни компании да получат достъп до публичен ресурс.

Поддръжниците на инхауз процедурите приемат, че общините имат задължението да харчат най-ефективно парите на данъкоплатците и съответно да използват общинско дружество, което има персонал и техника да свърши една работа най-евтино. Но от гледна точка на бизнеса възложителят, който разпределя публични средства, трябва да осигурява на местните компании достъп до тях, винаги, когато това е възможно, и само в редки случаи да се обръща към хипотезата на вътрешната поръчка.

4. Европейската практика

4.1. На 26 февруари 2014 г. Европейският парламент и Съветът приеха Директива 2014/24/ЕС и Директива 2014/25/ЕС, които отмениха съответно Директиви 2004/18/ЕО и 2004/17/ЕО и преуредиха европейската регламентация на обществените поръчки. В идентич-

ни текстове на чл. 12 на Директива 2014/24/ЕС и чл. 28 Директива 2014/25/ЕС беше уредено отдавна изкристализиралото се в практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС) изключение от приложението на директивите, отнасящо се, от една страна, до публично или хоризонтално договаряне между възлагащи органи и, от друга страна, вертикално или вътрешно възлагане между възложител и създадено или контролирано от него лице³. Тези директиви следваше да бъдат транспонирани в националното право до 18 април 2016 г.

Правото на ЕС до 2014 г. не съдържаше уредба на in-house изключението. Изключението се оформи последователно в практиката на Съда на ЕС след решението по делото **C-107/98, Teckal**, според което инхауз процедурата попада извън определението за „обществена поръчка“ по смисъла на Директива 93/36 и нейния член 1 а)⁴ и съответно – извън приложното поле на директивата.

Възможността за директно договаряне от страна на възложителите без спазването на изискванията за провеждане на процедури по възлагане на обществени поръчки произтича от делото C-107/98, Teckal. Делото Teckal е образувано по преюдициално запитване, отправено от административния трибунал на северноиталианския регион Емилия-Романя относно приложението на Директива 93/36 на Съвета. Страни по националното дело са Teckal Srl – търговско дружество с предмет на дейност топлоснабдяване, от една страна, и Общината Виано и Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) – консорциум, съставен от няколко общини, включително Виано, с предмет на дейност енергийни и екологични услуги, от друга страна. Предмет на спора е решение на Общинския съвет на Виано, с което на AGAC е възложено топлоснабдяването на няколко общински сгради, като договорът е сключен, без да се провеждат процедури по възлагане и без да се даде възможност на други доставчици да представят свои

³ Повече у Димитров, И. (2015). Кодификацията на In-house възлагането на обществени поръчки в Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО през призмата на установената практика на СЕС. // Европейски правен преглед, March 5.

⁴ Чл. 1(а) от Директива 93/36/ЕИО гласи: „обществени поръчки за доставка“ са поръчките от паричен интерес, сключени в писмен вид и включващи покупката, лизинга, наема или покупката на изплащане, със или без възможност за закупуване, на продукти между доставчик (физическо или юридическо лице) и един от възлагащите органи, определени в б) по-долу. Доставката на такива продукти може в допълнение да включва операции по поставяне и инсталиране.“

предложения. Teskal Srl твърди, че преди да възложи изпълнението на дейността, общинският съвет е следвало да проведе предвидените в правото на ЕС публични процедури по възлагане.

Според СЕС, съгласно Директива 93/36 е достатъчно, че съглашението е сключено между местен възложител, от една страна, и самостоятелен правен субект, независим от него, от друга. След като изследва статуса на AGAS, СЕС определя, че това дали е налице писмен договор с определен паричен интерес е въпрос, който следва да се реши от националния съд. СЕС достига до ключовия извод, че единственото изключение, при което договор, който задоволява всички характеристики на дефиницията, може да се сключи пряко без провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка е, когато възложителят упражнява върху изпълнителя контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби, и съществена част от дейността на контролираното лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия орган. С аргумент от противното, *per argumentum a contrario*,⁵ се стига до извода, че европейските правила за обществените поръчки не се прилагат, когато е налице договор между възложител и отделен и самостоятелен в юридически смисъл субект, който е контролиран от възложителя и чиято дейност е насочена към изпълнение на договори за публичния сектор.

4.2. В делата C 159/11, *Ordine*, и C-386/11, *Kreis Düren*, Съдът определи, че два вида договори попадат извън приложното поле на директивите:

- договори, които уреждат **сътрудничество между публични**

⁵ В правото *per argumentum e contrario* е способ за правоприлагане не чрез тълкуване, а по аналогия, която обаче не търси сходства, а същностни различия. Релевантността на този способ за аксиологията се взема при съпоставянето на „важщата“ сфера на ценностите и „реалната“ сфера на физическото и фактуалното битие. Повече у Борисова, С. (2021). Свободата и дългът в контекста на една аксиология *per argumentum e contrario*. // Етически изследвания, кн. 2, №6. Прилагането на този аргумент е *contra* прави възможно извеждането на правния извод, че важщото за уредения случай не важи за неуредения случай... релевантността на този способ спрямо полето на аксиологията тъкмо във връзка с това разминаване, понякога дори пълно противопоставяне или пълна несъизмеримост, между два порядъка – било два „важщи“ порядъка или този на „реалното“ и този на „важщото“; като този способ, явно дълбоко заложен в човешката природа, що се отнася до реагирането или промислянето на „важщи“ порядъци, произвежда извод не само в правото, но и алтернативен изход на опазване на „важщото“, или ценностите.

органи, целящи ефективното изпълнение на общи за тях функции, които се определят като *хоризонтално сътрудничество*;

- договори между **възложители и самостоятелни юридически лица, върху които възлагащият орган упражнява контрол**⁶, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби и при положение че съществена част от дейността на това лице е в изпълнение на поръчки, дадени от възложителя, които се определят като *вертикално сътрудничество*.

В доктрината се приема, че хоризонталното и вертикалното сътрудничество са две равностойни средства за изпълнение на публичните функции на възложителите, които не са регулирани от европейските норми в сферата на обществените поръчки. Следва да не се забравя, че от времето на тези констатации до днес позицията на европейските органи по различни поводи се измени до степен да напусне правоохранителната си цел и да се подчини по-скоро на пазарния интерес на корпорациите. В тази светлина поведението на българския законодател и на органите на изпълнителната власт са следствие от тенденциите в правото на ЕС и неговото приложение. Подобен извод не следва да се приема като извинение за допуснатите неблагоприятия в националната административна и съдебна практика, но следва да се четат и разбират съответно на европейската изменчивост.

4.3. Проследяването на развитието на европейската доктрина по формирането на инхауз правилата показва белези, които се извеждат преди всичко чрез практиката на СЕС.

Изначално от съображенията на СЕС могат да се изведат двата критерия, които следва да са налице, за да се приложи изключението – **тест за контрол и тест за дейност**, или функционален тест, при-

⁶ Изискването за оперативен контрол, т.е. контрол върху стратегическите цели и вземането на решения, е развито за първи път в дело C-458/03, Parking Brixen. (34) Делото е образувано по преюдициално запитване от Административния съд в италианската провинция Бозен във връзка с национален спор между Parking Brixen – дружество, с предмет на дейност управление на паркинги и предоставяне на паркоместа, от една страна, и от друга страна, Община Бриксен и Stadtwerke Brixen AG – общинско дружество, на което е възложено извършването на обществени услуги. Общинските власти в Бриксен са възложили управлението на два общински паркинга на Stadtwerke Brixen AG. Първоначално Stadtwerke Brixen е учредено като общинско предприятие, но впоследствие е преобразувано в дружество с ограничена отговорност, като капиталът му е бил изцяло общинска собственост. Разширен е и предметът на дейност на дружеството. Управлението на паркингите му е възложено директно без провеждане на процедура за предоставяне на концесия.

ложени кумулативно. Тестът за дейността предвижда, че предмет на договарянето трябва бъде изцяло публична дейност, защото само тогава не се поставя в по-благоприятно положение на определени субекти на свободния пазар и не се отразява върху конкуренцията.

Относно контрола, който следва да бъде упражняван от възлагащия орган върху контролираното лице от Teckal, става ясно единствено, че контролът следва да е аналогичен на този, който възложителят упражнява върху собствените си служби. В последващата си практика СЕС е определял, че необходимият контрол трябва да е **структурен, функционален и ефективен**. Приема се, че това е интензивен контрол върху изпълнителя, който определя, ако не цялата, то съществена част от състава, дейността и действията му. Този контрол се осъществява върху изпълнителя чрез участие в образуването му, респективно участие в капитала му, и чрез контрол върху стратегическите цели и механизма на вземане на решение. Освен това, контролът трябва да се упражнява върху цялостната дейност на изпълнителя, но се допуска и съвместен контрол от няколко публични органа.

Подобни въпроси са били предмет на разглеждане по дело C-324/07 Coditel Brabant v Commune d'Uccle. Съдът е сезиран с преюдициално запитване, отправено в рамките на спор между Coditel Brabant SA, от една страна, и Община Юкел, Регион Брюксел-столица и Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), от друга страна, по повод възлагането на управлението на общинска мрежа за разпространение на телевизионни програми на Brutélé – междуобщинско кооперативно дружество. Община Юкел е била в договорни отношения с Coditel между 1969-1999 г., като последното е експлоатирано мрежата за разпространение на телевизионни програми на нейна територия. През 2000 г. общината взема решение да се присъедини към общинското сдружение Brutélé, предоставяйки му управлението на своята мрежа за разпространение на телевизионни програми. Coditel Brabant обжалва решението, считайки, че по този начин се заобикалят изискванията за провеждане на процедура за предоставяне на концесия и се нарушават принципа за недопускане на дискриминацията и задължението за прозрачност, произтичащи от правото на ЕС. Според общинските власти става въпрос за вътрешно възлагане, тъй като общината упражнява контрол върху Brutélé, сходен с контрола, упражняван върху собствените служби. Решаващата юрисдикция спира производството и сезира Съда с въпрос допустимо ли е прилагане на

изключението от общия режим при упражняване на аналогичен контрол върху изпълнителя съвместно от няколко публични органа.

Разнообразна е и практиката относно източника на правомощия за упражняване на контрола на възложителя върху изпълнителя. Източник традиционно е националната законова уредба на държава членка, но биха били приложими и дружествени правила или практика на СЕС.

Възможен източник е и добра административна практика, установена чрез релевантни факти, които доказват наличието на контрол или относими документи, особено ако е осъществена съдебна проверка.

Например когато възлагащият орган е сключил пряко договор с юридическо лице, в което капиталът е изцяло собственост на публичен орган и решенията на общото събрание се вземат от субекти, контролирани от възложителя, а управляващите органи се състоят от негови представители или длъжностни лица, с ограничени по устав или учредителен акт правомощия, получени чрез решение или одобрение от общото събрание на всички важни решения, то може да се заключи, че възлагащият орган упражнява контрол, сходен с контрола, упражняван върху собствените му служби.

Съдът приема, че след като няколко публични органа притежават субект концесионер, на когото възлагат извършването на една от техните задачи за обществена услуга, сходният контрол, който тези публични органи упражняват върху субекта, може да се упражнява съвместно от публичните органи, които са негови членове. В дело C-182/11, Esonord, обаче Съдът уточнява, че за да е налице аналогичен контрол съвместното участие в капитала не е достатъчно. Необходимо е също така **възлагащият орган да участва и в управителните органи** на посочения правен субект.

Изискването е допълнено в дело C-340/04 Carbotermo. Делото е образувано по **преюдициално запитване**, отправено от регионалния административен трибунал на Ломбардия, Италия, във връзка с национален спор по повод сключен договор за доставка на гориво и поддържане на топлинните инсталации в общински сгради. Възлагането е извършено от общинските власти в град Бусто Арсицио, Италия, като изпълнител е AGESP SpA, дъщерно дружество от холдинг групата на AGESP Holding SpA. Капиталът на акционерното дружество майка е 99,98 % собственост на общината в Бусто Арси-

цио, а останалите акционери са други общини. Договорът е сключен директно, без провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка. Срещу сделката са подадени жалби от Carbotermo SpA и Consorzio Alisei – частни дружества, действащи в енергийния сектор. Съдът на ЕС изследва първо структурата на дружествата. Според устава на AGESP Holding SpA Съветът на директорите разполага с възможно най-широки правомощия във връзка с обичайната и извънредната дейност на дружеството, както и да взема всички решения, които счита за необходими за осъществяване на стратегията и целите на дружеството, с изключение на изрично запазените правомощия на общото събрание на акционерите. Подобни правомощия са предоставени по устав и на съвета на директорите на дъщерното дружество.

Според СЕС действията на общинските органи противоречат на правото на ЕС, а възлагането на договора не може да се счете за вътрешна операция, която да обосновава изключение от прилагането на директивата и съответната процедура за възлагане на обществена поръчка по националния закон, тъй като по делото се установява, че върху дружеството изпълнител не е упражняван контрол от възлагащия орган в изискваната от практиката на Съда степен. СЕС обосновава виждането си с установяването на два факта от значение за правните изводи. Първо, правомощията, които са предоставени на управляващите органи на изпълнителя, изключват упражняването на контрол върху стратегическите цели и съществените решения на дружеството от страна на възлагащия орган. В мотивите се изтъква също, че дори стопроцентовото участие в капитала от страна на органа не задоволява теста за *de facto* контрол, тъй като в случая е налице само общ контрол, упражняван по принцип от съдружници в съответствие с общото дружествено право, който сам по себе си не е достатъчен. Обратно, в случаите, когато се отнася до акционерно дружество, чийто съвет на директорите разполага с широки правомощия и чийто мажоритарен акционер е друго акционерно дружество, което е контролирано от възложителя, то това дружество не може да избегне приложението на директивата и провеждането на процедура по възлагане на обществена поръчка.

Отсъствието на контрол е и фактът, че дружеството е контролирано чрез холдингова структура, т.е. чрез индиректен контрол, който поради опосредено влияние чрез холдинг може да се изрази в обикновено притежание на акции в холдинга, едноличен собственик на ка-

питала на контролираното лице. Следователно не е налице контрол, сходен с контрола на възложителят върху собствените му служби.

Познати са и случаи, като уредения в чл. 12, § 2 от Директива 2014/24/ЕС на т.нар. „обратно вертикално възлагане“, когато контролирано лице сключва договор, по който изпълнител е самият възлагащ орган, упражняващ контрол, а възложител е контролираното лице. В разпоредбата е уредено също и възлагането между две юридически лица, контролирани от един и същ възложител, известни като *sister procurement*.

Директивите освен това се занимават единствено с **количествения измерител** на дейността на изпълнителите, анализиран в практиката на СЕС. Отсъствието на качествено измерител не отговаря на предназначението на публичния възложител да осигури най-добро изпълнение на гражданите и не задоволява критериите на видовете контрол, които са приложими единствено при наличие на изискване за качество на изпълнението. При това количественият измерител е намален на 80% от оборота, докато в първоначалното предложение на Комисията количественият измерител е 90% от дейността в унисон с решението на Съда в С-295/05, Tragsa. При намален количествен измерител и отсъствие на качествено измерител самото предназначение на уредбата е несигурно.

4.4. Според съдебната практика участието на контролираното лице трябва да е **изцяло публично**. Участието в образуването на контролираното лице трябва да е изцяло публично. В решението си по дело С-26/03, Stadt Halle, се уточнява, че дори миноритарно участие на частноправни субекти в капитала на изпълнителя изключва контрол, подобен на този, който възложителят упражнява върху собствените си служби. Делото е образувано по **преюдициално запитване**, отправено от Висшия регионален съд в Наумбург Заале, Германия във връзка със съдебен спор между град Хале и RPL Lochau, от една страна, и TREA Leuna, от друга. RPL Lochau е търговско дружество, 75,1% от чийто капитал са собственост на град Хале чрез еднолично търговско дружество, а останалите 24,9% от капитала са собственост на частно търговско дружество с ограничена отговорност. В решението по дело С-26/03, Stadt Halle, се уточнява, че дори миноритарно участие на частноправни субекти в капитала на изпълнителя изключва контрол, подобен на този, който възложителят упражнява върху собствените си служби.

СЕС стига до извода, че в правомощията на всеки публичен орган влиза възможността да изпълнява възложените му функции, използвайки собствените си административни, технически и други ресурси, без да използва услугите на трети лица. С решението си в Stadt Halle СЕС доразвива изискването за контрол от Teckal. Така, за да е налице контрол, който да оправдава неприлагането на режима на обществените поръчки, е необходимо контролираното лице да е изключителна публична собственост и в капитала му да няма частно-правно участие.

Съдът обосновава виждането си с възможното накърняване на два основни принципа при допускане на свободно възлагане на частно-публично дружество без провеждане на процедури и разглеждане на различни оферти – принципът на свободна и лоялна конкуренция и на равнопоставеността на субектите. Нарушаването на принципите се изразява в това, че подобно свободно договаряне ще предостави предимство на частно дружество пред неговите конкуренти на пазара. Този извод е определящ в изграждането на понятието за in-house възлагане, което едновременно с предоставянето на свобода на възложителите да преследват изпълнението на публично възложените им функции, не трябва да нарушава основните принципи на правото на ЕС в областта на конкуренцията, равнопоставеността и прозрачността и да създава предпоставки за дискриминация по признак работно място.

В последващата си практика, макар и в сферата на концесии-те, с Дело C-231/03, Coname, дело C-410/04, ANAV, СЕС потвърждава заключението си от Stadt Halle – ако едно юридическо лице е отворено към частен капитал, бил той и минимален, възлагането му на публични услуги не може да се квалифицира като in-house, защото влиза в противоречие с целите на правото на Европейски съюз.

Под въпрос на публичното участие на изпълнителя е и резултатът от неговата дейност, който може да се изрази в промяна на собствеността му. Капиталът на контролираното лице е публична собственост към момента на сключване на договора, но тази характеристика следва да се проследи във времето до края на срока на договора и известен период след това.

По дело C-29/04, Mödling, СЕС е сезиран от Комисията с иск за установяване на неизпълнение от Република Австрия на задъл-

жения, произтичащи от Директива 92/50/ЕИО. С Решение на Общинския съвет на град Мьодлинг от 1999 г. е решено да се образува независим правен субект, който да се ангажира с отговорността за управлението на отпадъците в областта. Това е сторено и с договор от 15 септември 1999 г., с обратно действие от юли месец същата година, властите на град Мьодлинг прехвърлят услугите по управление на отпадъците срещу възнаграждение на въпросното учредено дружество – AbfallgmbH. През октомври 1999 г. общинският съвет решава да прехвърли 49% от капитала на AbfallgmbH на частно търговско дружество Saubermacher AG. Уставът на дружеството също е изменен, така че решенията на общото събрание да могат да се вземат с обикновено мнозинство. Назначени са двама управители, които да действат съвместно. През 2003 г. Европейската комисия приема мотивирано становище, с което приема, че действията на местните власти в случая нарушават правилата на Директива 92/50/ЕИО, тъй като за услугите, свързани с отпадъците в Мьодлинг, не е проведена процедура по възлагане на обществена поръчка. В отговор австрийското правителство заявява, че договарът с AbfallgmbH не попада в приложното поле на Директива 92/50/ЕИО, тъй като представлява in-house операция. В резултат Комисията сезира Съда на ЕС. Според Комисията ответникът не може да докаже, че съществува вътрешна връзка между дружеството изпълнител и възлагащия орган, която да изключи прилагането на процедурите по директивата. Според Република Австрия към момента на сключване на договора AbfallgmbH е било 100% общинска собственост, което обосновава директното възлагане, без да се събират и разглеждат различни оферти.

Съдът взема предвид, че прехвърлянето на дяловете от капитала на дружеството изпълнител е станало в кратък период от време, след като общинският съвет му е поверил дейността по управление на отпадъците за неограничен период от време, а нейното ефективно извършване започва на практика, след като дружеството е придобило смесен публично-частен характер. Това според СЕС ще накърни ефективността и целите на директивата, а именно свободното движение на услуги на пазара, както и свободната и лоялна конкуренция.

От мотивите на СЕС в Mödling се налага изводът, че подобно решение, обосновано с факти и процеси, случили се след момента

на сключване на договора, е изключение, което важи само в контекста на особените обстоятелства по това дело. Правната сигурност изисква в общия случай да се организира процедура по възлагане на обществена поръчка и предпоставките за това да се преценяват към момента на сключване на договора.

Въпросът е разискван още веднъж в дело С-371/05, Комисията в Италия. По това дело Съдът приема, че само възможността в капитала на дружеството изпълнител да участват частноправни субекти не е достатъчна сама по себе си при липсата на други доказателства за ефективно участие на такива субекти, за да засегне контрола, упражняван от възложителя. СЕС се позовава на *Mödling*, като се посочва, че, за разлика от делото срещу Австрия, в този случай Комисията не е успяла да ангажира обстоятелства, които да доказват реално частноправно участие.

4.5. Развитието на европейска регламентация на in-house възлагането се разделя с направените до тук изводи и разширява чувствително приложното му поле днес. Предвижда се възможността за опосреден контрол през холдингови структури, участието на частноправни субекти в капитала на контролиращото лице, ограничаването на използваните критерии при функционалния тест и възможността за хоризонтално сътрудничество между възложители по отношение на дейност, която се предлага на свободния пазар.

Мотивите, изложени в съображение 32 от Директивата, на които се основава това разширяване, не са годен аргумент да обосноват отстъплението от едно от фундаменталните изисквания при изграждането на института на in-house възлагането, тъй като отварят широко вратите за погазване и накърняване на основните принципи на европейския правен режим на обществените поръчки. Безспорно се засягат принципите на свободния пазар и конкуренцията, но се посяга и на първичните принципи на правото на ЕС, като принципа на пропорционалността, а това са принципи, върху които са основани аргументите на Съда в повечето дела от областта.

В доктрината се изтъкват аргументи относно възможността за стесняване на частноправното участие в хипотезата на публично-правни организации, при които членството е задължително съгласно националното законодателство на държавата членка. Подобна възможност обаче би могла да действа стимулиращо на възложителите

да прибягват все по-често до използването на услугите на контрахенти, които попадат в тази хипотеза, като по този начин индиректно частноправните субекти с малцинствено участие биха се облагодетелствали от директното възлагане⁷.

Следва да се има предвид, че в някои държави – членки на ЕС, съществува хипотеза на задължително членство на частноправни субекти в публични органи, например в Белгия и в Унгария. Възможността дейността, предмет на хоризонтално сътрудничество, да се предлага на свободния пазар

Чл. 12, § 4 от Директива 2014/24/ЕС позволява участващите възлагачи органи да извършват на свободния пазар не повече от 20% от дейността, свързана с хоризонталното сътрудничество. Тази възможност отново влиза в противоречие с изискванията, установени от Съда на ЕС по отношение на хоризонталното сътрудничество. По делата C-480/06, Комисия/Германия, и C-386/11, Kreis Düren, СЕС определя, че дейността – предмет на договарянето, трябва бъде изцяло публична, защото именно в такъв случай не става въпрос за поставяне в по-благоприятно положение на определени субекти на свободния пазар и не се отразява върху конкуренцията.

Възприетите в новата правна уредба отклонения от установената практика на СЕС, които бяха изброени по-горе, водят до чувствително разширяване на възможните хипотези, които биха попаднали в приложното поле на изключението от общите правила за провеждане на процедури по възлагане на обществени поръчки. Според автора, това разширяване има фундаментално значение за бъдещата дейност на възложителите, тъй като им предоставя нови възможности и комбинации, при които да избегне организирането на процедури по възлагане на обществени поръчки. Откриването на възможността за индиректен контрол през холдингови структури, както и обратно вертикално възлагане обуславя възможност за хоризонтални, вертикални, а в някои случаи и диагонални възлагания, а дори и договаряне през няколко равнища на холдинговата верига. Без да са създадени специални гаранции от правно и икономическо естество за защита на конкуренцията и конкурсното начало, е налице опасност от злоу-

⁷ Димитров, И. Кодификацията на In-house възлагането на обществени поръчки в Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за обществени поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО през призмата на установената практика на СЕС.

потреби, разгръщане на корупционни нагласи, особено в условия на форсмажорни обстоятелства.

В литературата се поставя въпросът⁸ какво би било решението на Съда на ЕС при евентуално искане за отмяна на чл. 12 от Директивата на основание чл. 263 ДФЕС или при преюдициално запитване относно валидността на тази разпоредба по реда на чл. 267 ДФЕС. С оглед на установената си практика относно in-house възлагането на обществени поръчки, СЕС би следвало да преразгледа аргументите си и да инициира отмяна на спорните разпоредби. Разсъжденията по възможния отговор следва да се съобразят и с българската практика по вътрешната поръчка, блокирането на обществените поръчки, управлението на финансовите корекции с постановления на Министерския съвет⁹ и осъдителните решения по посегателства върху свободната конкуренция.

5. Заключение

Българският законодател имаше поредица от поводи да преразгледа ЗОП и в частност да преосмисли практиката на инхаус процедурите. Народното събрание отхвърли на първо четене предложения от ДПС законопроект за изменение и допълнение на Закона за обществени поръчки, с който да се премахнат инхаус поръчките и рамковите споразумения от закона, като начини на вътрешно възлагане от държавни институции на различни дейности без обществени поръчки. Сред мотивите беше посочено, че възлагането на близо една трета от обществените поръчки в България е станало по процедури, в които е участвал само по един кандидат.

Днес все повече се подчертава и необходимостта от **отблокиране на обществените поръчки**, затънали в дебрите на инхауз процедурите. Предвижда се, „когато договорот за обществена поръчка съдържа клауза за индексация или след сключване на договора е настъпило съществено увеличение на цените на основни стоки и мате-

⁸ Димитров, И. (2021). Кодификацията на In-house възлагането на обществени поръчки в Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО през призмата на установената практика на СЕС.

⁹ Славова, М. Постановлението. // Сборник от Юбилейната научна конференция по случай 110 години от рождението на академик Любен Василев „Актуални проблеми на частното право“, София.

риали, които формират стойността на договора, се извършва индексация съгласно методика от правилника за прилагане на закона“. Друга предложена промяна предвижда, че „когато договорът за обществена поръчка е сключен по определяеми цени, за базова стойност се приема актуалната стойност към момента на изменението“. Тези констатации остават без отглас в законодателната практика и продължават да пораждаат порочна административна и съдебна практика наред с изкривяването на разбирането у участниците в гражданския оборот, че „всяко чудо е за три дена“.

48-ят парламент също е сезиран с предложение за изменение и допълнение на ЗОП относно вътрешната поръчка, но този път с открито палиативна цел за запазване на възможността за възлагане, като единствено се специализират условията по изключението на чл. 14, ал. 1 ЗОП, с всичките опасности, които досегашната практика показва. Подобно предложение може да има за последица единствено затвърждаването на досегашния ред със заблудата, че могат евентуално да настъпят благоприятни последици от новите методи на управление на новите участници в процеса.

Критичният анализ на състоянието на правната уредба на вътрешната поръчка и практиката по приложението ѝ сочи необходимост от приемането на нов закон за обществените поръчки и нова философия на издръжката на публичния сектор със специално внимание към издръжката на местната власт. Тази дейност обаче би била безсмислена без предварителен преглед на отрицателните последици от приложението на действащата уредба и практика по приложението ѝ и без публично обсъждане, което да обясни необходимостта от нова уредба. Този вътрешен процес следва да бъде известен на органите на ЕС, като ясно се изрази националното ни безпокойство от тенденциите в развитието на правота на ЕС относно инхауз процедурите.

За контакти:

Проф. д-р Мария Славова
СУ „Св. Климент Охридски“
E-mail: mgslavova@gmail.com