



### Прилагане на чл. 12, ал. 1, т. 6 от Закона за обществените поръчки

С разпоредбата на чл. 12, ал. 1, т. 6 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) е въведено изключението по чл. 23, пар. 2 от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги.

Мотивите за изключване от обхвата на директивата на някои поръчки за услуги, доставки и строителство, възлагани на свързано дружество са изложени в съображение 32 от преамбюла на директивата. Те са свързани с факта, че в определени случаи е налице извършване на дейности основно в рамките на група от свързани предприятия, като съответните услуги, доставки или строителство не се предлагат на пазара. Целта на изключението по чл. 23, пар. 2 от директивата е да отговори на нуждите на предприятията от групата. В този смисъл то може да се разглежда като уреждане на случаите на корпоративен аутсорсинг, когато една от компаниите в групата поема задължението да извършва определена дейност за задоволяване потребностите на няколко или на всички предприятия от същата група.

Доколкото би могло да се приравни на изпълнение на дейности със собствен ресурс, приема се, че възлагането на договори на свързано предприятие не оказва съществено влияние върху свободната конкуренция. Същевременно в чл. 23, пар. 2 от Директива 2004/17/ЕО има и ограничение относно максималния размер, в рамките на който е допустимо свързаното предприятие да реализира оборот на свободния пазар, а именно: до 20 на сто от средния му оборот за предходните три години, формиран от изпълнение на съответните услуги, доставки или строителство.

Националната правна уредба на въпросите, касаещи възлагане на договори от възложител по чл. 7, т. 5 или 6 от ЗОП (т. нар. секторен възложител) на свързано предприятие, съдържа идентични правила. Съгласно чл. 12, ал. 1, т. 6 от ЗОП, при обекти по чл. 3, ал. 1 от закона договорите за услуги, доставки или строителство, които секторен възложител сключва със свързано предприятие, са изключени от приложното поле на ЗОП, при условие че поне 80 на сто от средния годишен оборот на предприятието за последните три години е реализиран от предоставянето на такива услуги, доставки или строителство на свързани предприятия.

Видно от цитираната разпоредба, за прилагане на изключението е важно да се установи кои са доставките, услугите, съответно строителството, които следва да се вземат предвид за определянето на изискуемия оборот. При тълкуване на текста може да се направи извод, че това са предоставените на свързани предприятия доставки, услуги или строителство, идентични или сходни с предмета на договора,

който предстои да се възложи. Така например, когато се възлага поръчка за доставка на машини или резервни части, които обслужват секторната дейност на възложител по чл. 7, т. 5 или 6 от ЗОП, 80 на сто от средния годишен оборот на предприятието за последните три години трябва да е формиран от подобни доставки на свързани предприятия, а не по принцип от всякакви доставки, които то реализира.

В случаите, когато свързаното предприятие не е реализирало оборот за предходните три години с оглед датата на неговото създаване или началния момент на дейността му, е достатъчно неговите бизнес планове да предвиждат минимум 80 на сто от средния му годишен оборот да бъде формиран от доставките, услугите или строителството, които ще се предоставят на свързани предприятия (чл. 12, ал. 2 от ЗОП).

От друга страна, ако повече от едно предприятие, свързано с възложителя, предоставя същите или сходни услуги, доставки или строителство, посочената по-горе стойност се изчислява, като се вземе предвид съвкупният оборот, който произтича от предоставянето на съответните услуги, доставки или строителство на тези свързани предприятия (чл. 12, ал. 3 от ЗОП).

По смисъла на § 1, т. 24 от Допълнителните разпоредби (ДР) на ЗОП „свързано предприятие“ е предприятие:

- което съставя консолидиран финансов отчет с възложител, или
- върху което възложителят може да упражнява пряко или непряко доминиращо влияние, или
- което може да упражнява доминиращо влияние върху възложител по чл. 7, т. 5 или 6, или
- което заедно с възложител по чл. 7 е обект на доминиращото влияние на друго предприятие.

Посочените изисквания са алтернативни, т.е. при изпълнението на което и да е от тях ще е налице свързаност.

Според легалното определение на понятието „доминиращо влияние“, съдържащо се в § 1, т. 22 от ДР на ЗОП, такова влияние е налице, когато възложители по чл. 7, т. 1 или публичноправни организации:

- притежават над 50 на сто от капитала на предприятието, или
- притежават блокираща квота в капитала на предприятието, или
- могат да назначат повече от половината от членовете на управителните или контролните органи на предприятието.

Разглежданото изключение следва да се тълкува стеснително, което означава, че свързаното предприятие трябва да е крайният изпълнител на поръчката. Исклучена е възможността за осъществяване на изпълнението от трето лице, като свързаното предприятие има само посреднически функции. Противното може да се разглежда като нарушение на забраната по чл. 13а от ЗОП и да се явява основание за търсене на административнонаказателна отговорност от страна на контролните органи по чл. 123, ал. 1 от закона.

В съответствие с чл. 12, ал. 7 от ЗОП, възложителят е длъжен при искане от страна на АОП да уведоми същата за името на свързаното предприятие, предмета и стойността на договора, както и да представи доказателства за законосъобразността на своите действия. Задължението произтича от изпълнение на правомощието на

изпълнителния директор на АОП по чл. 19, ал. 2, т. 18 от ЗОП да изпраща тази информация на Европейската комисия при нейно искане.

Предвид гореизложеното, когато възложител по чл. 7, т. 5 или 6 от ЗОП реши да се позове на изключението по чл. 12, ал. 1, т. 6 от ЗОП, той трябва да е в състояние да докаже наличието на всички законоустановени предпоставки за прилагане на цитираното основание.