



Munich Personal RePEc Archive

Normative Measures Against the Forms of Discrimination in the Conducting of Public Procurements

Dimitrova, Diana

2018

Online at <https://mpa.ub.uni-muenchen.de/91444/>
MPRA Paper No. 91444, posted 19 Jan 2019 20:36 UTC

Нормативни мерки срещу формите на дискриминация при провеждане на обществени поръчки

Гл. ас. д-р Диана Димитрова

Икономически университет – Варна, Катедра „Правни науки“

*Normative Measures Against the Forms of Discrimination
in the Conducting of Public Procurements*

Chief Assist. Prof. Diana Dimitrova, PhD

University of Economics – Varna, Legal sciences Department

Резюме: В доклада се разглеждат предвидените в националното законодателство нормативни мерки срещу формите на дискриминация при провеждане на обществени поръчки – гарант за предотвратяването ѝ в тази сфера. Акцент е поставен върху актуалната нормативна уредба, съобразена с новите европейски директиви и гарантираща равноправност и недискриминиране в процеса. На база на извършения анализ се правят изводи и обобщения.

Ключови думи: дискриминация; обществени поръчки; процедура.

Abstract: The report examines the national legislative measures against forms of discrimination in the conducting of public procurements– guarantee for its prevention. The accent is on the actual normative regulation, in conformance with the European Directives and guaranteeing equality and non-discrimination in the process. On base of the analysis the author makes conclusions and summaries.

Key words: discrimination; public procurements; procedure

Въведение

Основните принципи, залегнали както в Закона за обществените поръчки¹³⁷ (ЗОП), така и в съответните европейски директиви¹³⁸, са равнопоставеност и

¹³⁷ ЗАКОН за обществените поръчки, Обн. ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., доп. бр. 34 от 3.05.2016 г.,изм. и доп. бр. 49 от 12.06.2018 г.

¹³⁸ Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки, Официален вестник на Европейския съюз L 94/65 28.3.2014 г., Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, Официален вестник на Европейския съюз L 94/65 28.3.2014 г.

недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, пропорционалност, публичност и прозрачност. При провеждането на процедури за възлагане на обществени поръчки са възможни различни форми на дискриминиране – ограничаване на достъпа на участници/икономически оператори от други държави-членки, на малки и средни предприятия, критерии и методи, осигуряващи предимство на определени участници, незапазване на поръчки за специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания или за стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение. Съгласно годишните отчети на АДФИ през 2016 г. са проверени 2016 обществени поръчки и при 341 от тях или 17% са установени нарушения на законодателството, които водят до неспазване на принципите на ЗОП за публичност и прозрачност; свободна и лоялна конкуренция; равнопоставеност и недопускане на дискриминация, за 2017 г. цифрите са съответно 1138 и 229 нарушения¹³⁹. В новата европейска и национална нормативна регулация се съдържат редица мерки, които следва да доведат до спазване на основните принципи и да не допускат тези форми на дискриминация. Въведените мерки са разнообразни – например предоставяне на информация относно обществените поръчки по недискриминационен начин; въвеждане на недискриминационни електронни средства за комуникация, електронни каталози, Единен европейски документ за обществени поръчки; изискване за недискриминационни критерии и правила при възлагането на обществени поръчки – и съобразени с практиката по приложение на нормативната уредба както и съдебната практика на Съда на Европейския съюз в тази област. Запазването на поръчки за специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания или за стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение, от една страна, е нормативна мярка срещу тази форма на дискриминация и гаранция за провеждане на основния принцип на недискриминация, от друга страна – крие риск от корупционни практики и това провокира интереса на автора към проблематиката.

Цел на доклада е да се изследват нормативните мерки срещу формите на дискриминация при провеждане на обществени поръчки. На база на анализа се правят изводи и обобщения.

В изпълнението на тази цел авторът си поставя **следните задачи**:

1. Да се направи сравнителен анализ на предходните и актуални нормативни мерки, както и на европейските норми срещу формите на дискриминация, и по-специално относно запазените поръчки за определени категории участници.

2. Да се направят изводи и обобщения с практическа насоченост.

¹³⁹ <http://www.adfi.minfin.bg/bg/27>, <http://terminal3.bg/edna-treta-ot-obshhestvenite-porchki-imat-obezpokojavashhi-narusheniya/>, <https://www.investor.bg/biudjet-i-finansi/333/a/adfi-otkri-narusheniia-v-blizo-40-ot-obshtestvenite-porychki-za-2016-g--239550/>

Използваната методология е ретроспективен и актуален нормативен анализ. Предвид ограничения обем на доклада акцент се поставя на актуалната национална уредба и по-специално на нормите, касаещи специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания или за стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение. Настоящият доклад е продължение на научно-изследователските интереси и публикации на автора самостоятелно и в съавторство, където е изследвана материята най-вече от гледна точка на въпроси, свързани с реализация на процедурите (Димитрова, 2016) (Димитрова, Транспониране на европейските норми в сферата на обществените поръчки в българското законодателство, 2017) (Андреева & Димитрова, 2017) (Димитрова, Отражение на членството на България в ЕС върху развитието на българското законодателство в областта на обществените поръчки, 2017) (Andreeva, Dimitrova, & Dimitrova, 2018) (Андреева, Димитрова, & Димитрова, Специфика в правния режим на обществените поръчки, провеждани от висшите училища в България, 2018), а механизмите на закрила срещу дискриминация са по-малко изследвани в теоретичен план. Докладът е съобразен със законодателството към месец май 2018 г.

Изложение

На ниво европейско законодателство е осъзнато, че заетостта и професията играят важна роля за гарантиране на равни възможности за всички и допринасят за интегриране в обществото. Поради тази причина още в предходните Директиви е предвидено държавите-членки да запазят правото на участие в процедурите за възлагане на обществени поръчки на предприятия, подпомагащи интегрирането или реинтегрирането на хората с увреждания на пазара на труда като нормативна мярка срещу дискриминация. Съгласно чл. 19 на Директива 18/2004 и чл. 28 на Директива 17/2004 държавите-членки могат да запазят правото на участие за предприятия, ползващи се със закрила, или да предвидят такива поръчки да бъдат изпълнявани по програми за създаване на защитени работни места. Необходимо условие е по-голяма част от заетите лица да са лица с увреждания, които поради естеството или сериозността на тези увреждания не могат да работят при нормални условия, като не е упоменато какъв да е процентът на тези лица. При сравнително правния анализ с настоящите разпоредби се установява, че в чл. 20 на Директива 24/2014, съответно чл. 38 на Директива 25/2014 разпоредбата е подобна по съдържание на предходната, като този път изрично е посочен процентът – най-малко 30% – на служителите на тези предприятия, икономически оператори или програми, които следва да са работници с увреждания или в неравностойно положение. Въвеждането на изискване за минималния брой на служителите цели по-голяма ефикасност на тези мерки и избягване на корупционни практики. Предвидените в директивите нормативни мерки срещу дискриминация са формулирани кратко и не са

детайлизирани, те оставят свобода на законодателите на държавите-членки в приемането на адекватни национални такива.

В националното ни законодателство в ЗОП от 2004 г. няма изрична норма относно запазените обществени поръчки за специализирани предприятия. В разпоредбата на чл. 25 ЗОП 2004 относно решението за откриване на процедура и обявлението в ал. 5 е предвидена забрана за възложителя да ограничава кандидатите да подават оферти за всяка обособена позиция, когато обектът на обществената поръчка включва няколко такива и една или повече от тях са за стоки и/или услуги, чието производство или извършване е определено с акт на Министерския съвет за възлагане на специализирани предприятия и кооперации на лица с увреждания. Или националният законодател е запазил правото на участие в процедурите за възлагане на обществени поръчки на такива предприятия, като Министерският съвет определя с акт за кои стоки и/или услуги. Съответно в §1, т. 13 от Допълнителните разпоредби е дадено определение за специализирани предприятия или кооперации на лица с увреждания – регистрирано по Търговския закон или Закона за кооперациите, произвежда стоки или извършва услуги, числеността на персонала е не по-малко от 10 души, като не по-малко от 50 на сто от общия брой на работниците или служителите са лица с увреждания. В случая националната разпоредба е по-рестриктивна от европейската, която не указва минимален брой служители и процентно съотношение на лицата с увреждания. Разпоредбата е формулирана кратко, без детайлизиране и приложението ѝ не предлага достатъчно ефективна мярка срещу тази форма на дискриминиране, поради което се налага нейното изменение.

С изменението на ЗОП през 2006 г.¹⁴⁰ се въвежда изрична разпоредба в чл. 16в., съгласно която в случаите, когато обектът на поръчката е включен в списък, утвърден от Министерския съвет, или поръчката се изпълнява по програми за защита на заетостта на лица с увреждания възложителят следва да запази правото за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки за специализирани предприятия или кооперации на лица с увреждания. Отново Министерски съвет е отговорен за приемане на списъка със съответните обекти на поръчки. Съответно за определението за специализирано предприятие или кооперация на лица с увреждания т. 25 на §1 от Допълнителните разпоредби препраща към специална разпоредба – чл. 28, ал. 1 от Закона за интеграция на хората с увреждания¹⁴¹ (ЗИХУ) или техния еквивалент съгласно законодателството на държава-членка. Тук виждаме нов подход при дефинирането – с препращане към норма на специален акт, регулираща в областта на интеграция на хората с увреждания. При сравнителния анализ се установява, че в тази разпоредба след изменението през 2010 г. липсва изискване на минимален брой численост на персонала, съответно делът на лицата с трайни увреждания вече не е 50%, а е между 20 и 30% в зависимост от вида на увреждането и е

¹⁴⁰ ДВ, бр. 37 от 2006 г.

¹⁴¹ Обн. ДВ, бр. 81 от 17.09.2004 г., в сила от 1.01.2005 г.

въведено изискването за регистриране на предприятието в Регистъра по чл. 29 от ЗИХУ. И тези нормативни мерки, въведени чрез изричната разпоредба за запазване на поръчки за специализирани предприятия или кооперации на лица с увреждания, се оказват не достатъчно ефективни.

Измененията на ЗОП от 2014 г.¹⁴² засягат и нормите относно запазените поръчки. Новият чл. 16 г въвежда задължение за възложителите да обявят, че поръчката е предназначена за изпълнение от специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания, когато нейният предмет е включен в списъка по чл. 30 от ЗИХУ. При сравнителния анализ се установява, че в тази разпоредба за първи път изрично е използвана думата „длъжен“ за разлика от предходната „запазва“. Тук има много по-детайлно и подробно регулиране на материята. Въвежда се задължение за възложителя да отдели в обособена позиция всяка стока или услуга, която е включена в списъка, и да обяви, че е предназначена за изпълнение от такова предприятие. Дава се възможност да бъде обявена обществена поръчка, изпълнението на която е само в рамките на програми за създаване на защитени работни места. За разлика от предходните законодателни решения освен за специализираните предприятия и кооперации на хора с увреждания преференции съществуват и за предприятия в рамките на програми за създаване на защитени работни места – или предимството се определя не само от предмета на поръчката. Съответно обявлението следва да включва информацията дали поръчката е обявена само за специализирани предприятия, или в рамките на подобна програма. В случай на поръчка или обособена позиция, обявена за изпълнение от кандидати и участници, които са специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания, както и за обединения, в които участват само такива лица, възложителите не прилагат определените критерии за подбор. Кандидатите или участниците, съответно всеки от участниците в обединението, следва да включат декларация в представянето, което се съдържа в заявлението, съответно в офертата, че са вписани в регистъра на специализираните предприятия и кооперации на хора с увреждания, поддържан от Агенцията за хората с увреждания (АХУ) или в еквивалентен регистър на държава-членка на Европейския съюз. При участие на едно или повече специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания в процедурата, ако офертите на тези лица отговарят на изискванията на възложителя, офертите на останалите участници не се разглеждат и оценяват. В случай на използване на подизпълнители и спрямо тях се прилага изискването за вписване в Регистъра, поддържан от АХУ, или в еквивалентен регистър. Относно списъка със стоки и услуги новата разпоредба препраща към чл. 30 от ЗИХУ, но отново Министерски съвет го одобрява, като той се публикува в Регистъра на обществените поръчки. Т. 25 на §1 от Допълнителните разпоредби препраща към чл. 28, ал. 1 от ЗИХУ за определението за специализирано предприятие или кооперация на хора с увреждания, като единстве-

¹⁴² ДВ, бр. 40 от 2014 г.

ната разлика с предходната разпоредба е замяната на думата „лица“ с „хора“. Измененията са наложени поради неефикасността на предходните разпоредби – в периода от началото на 2006 г. до август 2013 г. възложители са запазили правото на участие на специализирани предприятия или кооперации на лица с увреждания съгласно чл. 16 г едва в 43 процедури за възлагане на обществени поръчки, което не спомага за интеграция на хората в неравностойно положение на пазара на труда. Сключени са били само 60 договора за обществена поръчка с едва 23 от общо вписаните 129 специализирани предприятия или кооперации на хората с увреждания. Изменените разпоредби целят създаването на реални предпоставки за запазване на обществени поръчки и спазване на принципа на недискриминация. При въвеждането им националният законодател се е съобразил с европейските изисквания и съответната национална специфика, като е взел предвид възникналата при приложението проблематика, проучвания и съответните предложения на Съюза на инвалидите в България, Съюза на глухите в България, Съюза на слепите в България, Националният съюз на ТПК, Националният съюз на кооперациите на инвалидите, Центъра за психологически изследвания и Националната федерация на работодателите на инвалиди. За съжаление те водят и до корупционни практики, а именно наемането формално на лица в неравностойно положение от определени участници, съответно автоматично придобиване на особени права съгласно разпоредбите¹⁴³. До приемането на тези изменения в Регистъра на специализирани предприятия и кооперации на и за хора с увреждания са регистрирани по 5 – 6 такива за година, само през 2015 г. са регистрирани 230, а през 2016 г. – 92, за 2017 и 2018 бройката отново спада. Една голяма част от тези новорегистрирани специализирани предприятия всъщност са дългогодишни участници в обществени поръчки. Това навежда на мисълта за злоупотреби с формално регистриране на подобни дружества с цел преодоляване на конкуренцията при някои обществени поръчки. Като противодействие Министерството на труда и социалната политика прие в средата на 2016 г. някои промени при регулирането на тези предприятия – например намаление на дейностите, за които те могат да се регистрират.

В новоприетия през 2016 г. ЗОП разпоредбата относно запазените поръчки отново търпи изменения. Възложителите могат да запазят поръчки за три групи кандидати и участници – 1. специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания, 2. стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение и 3. предприятия в рамките на програми за създаване на защитени работни места, като при първите две предимството се определя от предмета на поръчката (Марков, 2016). При сравнителния анализ с предходното законодателно решение се установява, че преференции са създадени и за още една категория кандидати и участници, а именно стопан-

¹⁴³ В този смисъл и: http://ime.bg/var/images/Public_Procurement_IME.pdf

ски субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение. Списъкът на стоките и услугите, които са предназначени за възлагане на специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания или за стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение съобразно Общия терминологичен речник, се определя с решение на Министерския съвет по предложение на министъра на труда и социалната политика. Той е приет с Решение № 591 от 18 юли 2016 г. за определяне на Списък на стоките и услугите по чл. 12, ал. 1, т. 1 от Закона за обществените поръчки¹⁴⁴. С такова решение се определят и програми за създаване на защитени работни места, в рамките на които възложителите имат право да запазят поръчки. При изготвянето им се вземат предвид националните политики, стратегии и програми, както и капацитетните възможности и номенклатурата на стоките и услугите, предоставяни от специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания, както и отражението върху конкуренцията от запазването на поръчките за съответните стоки или услуги. Тези списък и програми подлежат на актуализация при необходимост. Възложителите следва да посочат в обявлението, че съответната поръчка е запазена, като централните органи за покупки не са длъжни да запазват поръчки по този списък. Съгласно чл. 80, ал. 1 от Правилника за прилагане на закона за обществените поръчки (ППЗОП)¹⁴⁵, ако поръчката съдържа части, които са по списъка съгласно чл. 12, ал. 1, т. 1 ЗОП и те могат да се възложат на повече от един изпълнител, възложителят е длъжен да отдели тези части в една или в няколко обособени позиции, които запазва за участие на специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания, но той не е длъжен да запазва обществената поръчка, когато тя съдържа обективно неделими части и основният предмет не е включен в този списък (чл. 80, ал. 2 ППЗОП). В процедурите за възлагане на такъв вид поръчки могат да участват лица, при условие че най-малко 30 на сто от списъчния им състав е от хора с увреждания или такива в неравностойно положение, като това изискване е съобразено с европейските директиви. Като допълнителни изисквания, заложили в националното законодателство следва да отбележим следните: възложителите по списъка, следва да са регистрирани като специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания най-малко три години преди датата на откриване на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка и имат право да участват в процедурата, при условие че могат да изпълнят най-малко 80 на сто от нейния предмет със собствени машини, съоръжения и човешки ресурс. Съгласно чл. 80, ал. 3 ППЗОП при определянето обема на собствения ресурс следва да бъдат включени както необходимите разходи за суровини и

¹⁴⁴ http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/spisatzi/591_1.pdf

¹⁴⁵ Приет с ПМС № 73 от 5.04.2016 г., обн. ДВ, бр. 28 от 8.04.2016 г., в сила от 15.04.2016 г.

материали, енергия, горива, водоснабдяване, така и лицензи и други подобни, независимо че доставчиците им не са специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания. В случай че бъдат предоставени без съществена допълнителна преработка стоки, доставени от други лица, това не се приема за изпълнение на дейности със собствено производство или ресурс (чл. 80, ал. 4 ППЗОП). Те могат да използват подизпълнители или да се позовават на капацитета на трети лица, само ако съответните са специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания. При сравнителния анализ се установява, че тези мерки са по-рестриктивни от предвидените както в европейската директива, така и в предходното законодателно решение. Предвид привилегиите, с които се ползват предприятията в процедурите по възлагане на запазени поръчки, всъщност въведеното изискване за 30% дял на хора с увреждания или такива в неравностойно положение **в списъчния им състав** е лесно за формално достигане и води до корупционни практики. Въвеждането на изискване за регистрация най-малко три години преди датата на откриване на конкретната процедура и възможност за изпълнение на 80 на сто от предмета на поръчката със собствен ресурс следва да ги ограничат. За момента се наблюдава спад в регистрацията на специализирани предприятия, но това може и да е поради факта, че основните участници вече са регистрирани като такива. Препоръчително е да бъде завишен и контролът върху специализираните предприятия – дали наистина биват наемани хора с увреждания, или това се извършва само формално за вписване в съответния регистър. Допълнителните рестриктивни разпоредби целят предотвратяване на корупционните практики, установени при приложението на предходните разпоредби и ефективното провеждане на принципа на недискриминация.

Заключение

В заключение след извършения сравнително правен анализ, както и анализ на актуалното национално законодателство могат да бъдат направени някои изводи и обобщения. В националното ни законодателство са въведени нормативни мерки срещу формите на дискриминация при провеждане на обществените поръчки, които са съобразени изцяло с Европейските директиви както в предходното, така и в актуалното законодателство. Националните разпоредби са значително по-строги с цел преодоляване на корупционните практики и по-добра защита срещу формите на дискриминация. Доколкото новите нормативни мерки ще успеят да запазят баланса между ефективното провеждане на принципа на недискриминация при провеждане на обществените поръчки и борбата с корупционните практики ще покаже приложението им в бъдеще и натрупаната практика.

Използвана литература:

- Andreeva, A., Dimitrova, D., & Dimitrova, D. (2018).** *Specifics in the Legal Regime of the Public Procurements Conducted by the Higher Schools in Bulgaria. Izvestiya Journal of Varna University of Economics (1), pp. 59–73.*
- Андреева, А., & Димитрова, Д. (2017).** *Контрол за спазване на реда при провеждане на обществени поръчки в Р България. Известия на Съюза на учените – Варна. Серия Хуманитарни науки (1), 14–19.*
- Андреева, А., Димитрова, Д., & Димитрова, Д. (2018).** *Специфика в правния режим на обществените поръчки, провеждани от висшите училища в България. Известия (1), стр. 58–73.*
- Димитрова, Д. (2016).** *Новият закон за обществените поръчки – проблематика и хармонизация с европейското законодателство. Върховенството на закона – предпоставка за развитие на бизнеса и за икономически растеж (стр. 389-395). София: УНСС.*
- Димитрова, Д. (2017).** *Отражение на членството на България в ЕС върху развитието на българското законодателство в областта на обществените поръчки. Научни трудове на Института за държавата и правото (т. XVI), стр. 176–190.*
- Димитрова, Д. (2017).** *Транспониране на европейските норми в сферата на обществените поръчки в българското законодателство. VIII международна научна конференция „Икономиката в променящия се свят – национални, регионални и глобални измерения (ИПС-2017), т. 2 (стр. 117–122). Варна: Наука и икономика.*
- Марков, М. Димова, Е., Александров, А., Кацарова, М. (2016).** *Новата правна уредба на обществените поръчки и на управлението на средствата от европейските фондове, София: ИК „Труд и право“.*
- (Markov, M. Dimova, E., Aleksandrov, A., Katsarova, M. (2016).** *Novata pravna uredba na obshtestvenite porachki i na upravlenieto na sredstvata ot evropeyskite fondove, Sofiya: IK „Trud i pravo“).*

За контакти:

Гл. ас. д-р Диана Димитрова
Икономически университет – Варна
dianadim@ue-varna.bg
