

МОТИВИ

към проекта на Закон за изменение и допълнение на Закона за концесиите

Законът за концесиите (ЗК/закона) е приет в края на 2017 г. и е в сила от 1 януари 2018 г. Със закона са въведени изискванията на Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за възлагане на договори за концесия и на Директива на Съвета от 21 декември 1989 г. относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (89/665/ЕИО) относно изискванията, свързани с концесии за строителство и концесии за услуги. Министерският съвет прие актовете по прилагането на закона, Националната стратегия за развитие на концесиите в Република България (2018 – 2027 г.) и План за действие за държавните концесии за периода 2019 – 2020 г.

При прилагането на ЗК, както и при изработването на актовете по неговото прилагане, са установени няколко групи от въпроси, които изискват законодателни промени. Това са въпроси, свързани с концесии, при които ще бъдат заложи изисквания за големи по размер инвестиции в публична инфраструктура, както и значителни плащания от концесионера към държавния бюджет. Наред с това, концесията, като форма на публично-частно партньорство изисква законодателство, което да стимулира инвестициите, включително като отразява най-добрите международни практики в тази област. Съгласно ЗК (чл. 1, ал. 1), концесията е определена като публично-частно партньорство, при което икономически оператор изпълнява строителство или предоставя услуги по възлагане от публичен орган чрез концесия за строителство или концесия за услуга. Сред целите на закона са посочени и развитието на качествени и достъпни инфраструктури и услуги от обществен интерес чрез партньорство между публичните органи и икономическите оператори.

В тази връзка, проектът на Закон за изменение и допълнение на Закона за концесиите предвижда изменения в текстовете за солидарната отговорност (чл. 20, ал. 3, чл. 21, ал. 5, чл. 63, ал. 3 и чл. 122, ал. 4, т. 4); обезщетенията при прекратяване на концесионния договор (чл. 150 и чл. 152); начина на разрешаване на спорове между страните по концесионния договор (чл. 142 и чл. 154); основанията за недействителност на концесионния договор (чл. 179, ал. 2, т. 6) и редакционни промени.

1. По предложенията за промени в чл. 20, ал. 3, чл. 21, ал. 5, чл. 63, ал. 3 и чл. 122, ал. 4, т. 4:

Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (Директивата), в абзац 9 от преамбюла предвижда групите от икономически оператори, включително когато тези оператори са се обединили във временно сдружение, да могат да участват в процедурите за възлагане на концесия, без да е необходимо да приемат определена правна форма. Според същия текст от Директивата, доколкото това е необходимо, например, когато се изисква солидарна отговорност, може да е необходима определена форма, когато концесията се възлага на такива групи. По този начин Директивата обвързва солидарната отговорност единствено с изискването групата (обединението) да приеме определена правна форма. Посоченото изискване на директивата е въведено в българското законодателство с текста на чл. 21, ал. 1 от ЗК, съгласно който изискване за учредяване на проектно дружество може да бъде поставено от концедента като условие, когато участникът, определен за

концесионер, е група от икономически оператори. Съгласно чл. 21, ал. 4 от ЗК, проектно дружество може да се учреди и по предложение на икономически оператор, като в този случай участникът, определен за концесионер, поема като едноличен собственик капитала на проектното дружество.

С цитираните текстове от ЗК, законодателят е въвел възможността, дадена в Директивата, да даде право на възлагащия орган (концедента), без да го задължава, да постави изискване за създаване на определена правна форма, когато участникът, определен за концесионер, е група от икономически оператори. Действащият в момента текст предвижда, че независимо от създаването на определена правна форма, участващите в групата икономически оператори, както и едноличният собственик на капитала на проектното дружество, отговарят солидарно с проектното дружество (чл. 21, ал. 5 от ЗК). Постигането на пълно съответствие с Директивата предполага отговорността на всеки икономически оператор да се определя спрямо ресурсите, които е предоставил при включването си в проектното дружество, както и концедентът да има правото и възможността да ограничи размера на тази отговорност, по най-разумния за постигане на изискванията и целите на концесията начин, което се и съдържа в законопроекта. Предложението за изменение в тази част е и в пълно съответствие с принципа на чл. 4, ал. 1 от ЗК, който изисква възлагането на концесия, наред с другите принципи, да се извършва и при спазване на принципа на пропорционалност.

По аналогичен начин се поставя и въпросът, когато изпълнението на изискванията относно финансовото и икономическото състояние на икономическите оператори, се доказва с възможностите на трето лице (чл. 63, ал. 3 от ЗК). Член 38, параграф 2 от Директивата не създава задължение за държавите членки да уредят с правна норма солидарна отговорност на третите лица с концесионера, а да предвидят възможност за възлагащия орган, по негова преценка във всеки конкретен случай, да постави такова изискване.

Горните изводи се съдържат и в становища на Международната финансова корпорация, част от Групата на Световната банка, в които конкретно се поставя въпроса за необходимостта от изменения и допълнения на Закона за концесиите, в предложената с настоящия законопроект насока.

Предвид изложеното, законопроектът предлага с концесионния договор да може да се предвиди участващите в групата икономически оператори по чл. 21, ал. 2 и 3 от ЗК, както и икономическият оператор по чл. 21, ал. 4, да отговарят солидарно с проектното дружество за изпълнението на концесионния договор, съгласно предвиденото в него, като се вземат предвид характера и размера на участието на всеки от икономическите оператори в проектното дружество или на поетия от тях ангажимент за предоставяне на ресурси на проектното дружество. Предлагащият текст ще осигури и пълно съответствие с принципа на пропорционалността при възлагането на концесии – член 26, параграф 3 от Директивата – „условията за изпълнение на концесията от група от икономически оператори, също трябва да са обосновани от обективни причини и да са пропорционални“. Предложението е този подход да бъде възприет и когато изпълнението на изискванията за икономическо и финансово състояние, се извършва с възможностите на едно или повече трети лица (съответно изменение на чл. 63, ал. 3 от ЗК).

2. По предложенията за промени в чл. 150 и чл. 152:

Разпоредбата на чл. 150, ал. 3, т. 1 от ЗК урежда начина на определяне на обезщетението при предсрочно прекратяване на концесионния договор по причина, за

която концесионерът отговаря, когато обектът е собственост на държавата, съответно на общината. В този случай, според действащата редакция, концедентът дължи на концесионера обезщетение в размер на невъзстановените разходи на концесионера за инвестиции в обекта на концесията, намалени със сумата, съответстваща на определената с финансово-икономическия модел норма на възвръщаемост за концесионера за целия срок на договора, но не повече от пазарната стойност на извършените от концесионера инвестиции в обекта на концесията към датата на прекратяване на договора, когато обектът е собственост на държавата, съответно на общината.

Настоящият опит показва, че така формулирана, разпоредбата е практически неприложима, защото не дава възможност да бъде съставена вярна математическа формула за изчисляване на обезщетението. Липсата на подобна възможност, освен че създава допълнителна несигурност в инвеститорите, предполага и спорове при евентуално прекратяване на концесионен договор. Също така, подобни рискове, обичайно се калкулират по съответния начин в проектите и водят до тяхното оскъпяване, още повече, че е възможно да не се стигне до прекратяване на концесионен договор.

Международната практика в тези случаи приема за най-добър вариант, при предсрочното прекратяване на концесионния договор, когато е по причина, за която концесионерът отговаря, концедентът да дължи обезщетение в размер на невъзстановените разходи на концесионера за инвестиции в обекта на концесията, съответстващи на непогасената част от привлечения капитал с неговата цена. Собственият капитал не следва да се възстановява, като евентуалната му загуба следва да се прилага и разбира като стимул от страна на концесионера за изпълнението на концесионния договор. Съществуващата към момента в ЗК привръзка с пазарната стойност също не се оказва удачен вариант.

В тази връзка, проектът на Закон за изменение и допълнение на Закона за концесиите предвижда нов текст към ал. 5, който касае начина на определяне на обезщетението при предсрочно прекратяване на концесионния договор по причина, за която концесионерът отговаря.

Разпоредбата на чл. 150, ал. 4 урежда начина на определяне на обезщетението при предсрочно прекратяване на концесионния договор по причина, за която концедентът отговаря, когато обектът е собственост на държавата, съответно на общината и когато обектът е собственост на концесионера.

Когато обектът е собственост на държавата или общината, според действащата редакция, концедентът дължи на концесионера обезщетение в размер на невъзстановените разходи на концесионера за инвестиции в обекта на концесията, като възстановяването на разходите на концесионера за инвестиции покрива собствения капитал с норма на възвръщаемост, определена с финансово-икономическия модел, и привлечения капитал с неговата цена при спазване на разпределението на рисковете съгласно чл. 31.

Когато обектът е собственост на концесионера, според действащата редакция концедентът дължи на концесионера обезщетение в размер на сумата, съответстваща на определената с финансово-икономическия модел норма на възвръщаемост на концесионера за целия срок на договора, намалена със стойността на възстановените разходи за инвестиции в обекта на концесията, като възстановяването на разходите на концесионера за инвестиции покрива собствения капитал с норма на възвръщаемост, определена с финансово-икономическия модел, и привлечения капитал с неговата цена, при спазване на разпределението на рисковете съгласно чл. 31.

Предлаганите изменения в ал. 4 са с цел постигане на повече яснота по отношение на периода, за който се отнася нормата на възвращаемост на вложения собствен капитал, определена с финансово-икономическия модел, която ще бъде възстановена на концесионера. Нормата на възвращаемост е определена към момента на прекратяване на концесионния договор, към който момент се разглежда и възможността за възстановяване на вложения собствен капитал от концесионера.

С направените предложения в тази им част се преодоляват трудностите при прилагането, изключва се възможността за различно тълкуване, отразяват се най-добрите международни практики, като се отчитат балансирано интересите на страните по концесионния договор.

3. По предложенията за промени в чл. 142 и чл. 154:

Целта на предложението е прецизиране на текста, като се елиминират възможностите за противоречивото му тълкуване. С промените става безспорно ясно, че страните по договор за концесия с трансграничен интерес, могат да предвидят решаването на спорове по договора, да се извършва от арбитражен съд.

4. По предложенията за промени в чл. 179, ал. 2, т. 6:

Към настоящия момент чл. 179, ал. 1 и ал. 2 от ЗК определят кога концесионният договор е недействителен. Доколкото недействителността на концесионния договор (независимо в коя от нейните форми), е свързана със съществени правни и финансови последици, аналогични на тези при прекратяване на договора, принципът, особено при дългосрочни договори, при които се поемат сериозни задължения, е основанията да бъдат изчерпателно изброени. Стабилността и предвидимостта в правната връзка, които се създават по този начин, препятстват и други уговорки, за които биха настояли икономическите оператори, като например искане за поемане на допълнителни гаранции, включване на текстове за обезщетения. В тази връзка, се предлага отпадането на текста на чл. 179, ал. 2, т. 6 в частта му „или противоречи на друго изискване на този закон“.

5. Други промени:

Поправени са неточни препращания в закона, и с оглед непротиворечиво практическо прилагане е допълнена разпоредбата на § 5, ал. 2 от преходните и заключителните разпоредби на закона.