



РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
АДМИНИСТРАЦИЯ НА МИНИСТЕРСКИЯ СЪВЕТ
ДИРЕКЦИЯ „ИКОНОМИЧЕСКА И СОЦИАЛНА ПОЛИТИКА”

У К А З А Н И Е № ЗК-11 от 8 август 2018 г.

ПО ПРИЛАГАНЕ НА ЗАКОНА ЗА КОНЦЕСИИТЕ

Чл. 21, ал. 5 и чл. 63, ал. 3 от Закона за концесиите

Предвидената с чл. 21, ал. 5 и чл. 63, ал. 3 от Закона за концесиите солидарна отговорност следва да се прилага при спазване на принципите за равнопоставеност и пропорционалност по чл. 4, ал. 1 от Закона за концесиите

В отправено запитване от министър се поставя въпрос относно „солидарната отговорност между (а) третото лице, с възможностите на което се доказва финансовото и икономическото състояние, и концесионера – чл. 63, ал. 3 от ЗК; (б) икономическите оператори, които участват в процедурата за определяне на концесионер, и проектното дружество, създадено между тях... – чл. 21, ал. 2 във връзка с чл. 21, ал. 5 от ЗК и (в) проектното дружество, учредено по предложение на икономически оператор, като в този случай, участникът определен за концесионер поема като едноличен собственик капитала на проектното дружество, и икономическия оператор – чл. 21, ал. 4 във връзка с чл. 21, ал. 5 от ЗК“. Конкретно, поставеният въпрос е следният:

„Възможно и допустимо ли е при общото четене на текстовете на Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за възлагане на договори за концесия (Директивата) и на Закона за концесиите (ЗК), както и при систематичното тълкуване на съответните текстове от ЗК, да бъдат възприети следните твърдения:

1. Установената солидарна отговорност по чл. 63, ал. 3 от ЗК следва да бъде разбрана и прилагана като такава, която изисква да се вземат предвид ресурсите, предоставени от третото лице на разположение на концесионера, за изпълнение на съответните задължения по концесионния договор, свързани с функциите, подкрепяни от третото лице. Също така, като се има предвид това, не се и изключва възможност за ограничаване на размера, по най-разумния и за постигане на изискванията и целите на концесията начин.

2. Установената солидарна отговорност по чл. 21, ал. 5 във връзка с ал. 2 и 3 съотв. с ал. 4 от ЗК, следва да бъде разбрана и прилагана като се вземе предвид следното: С въвеждане на изискването за учредяване на проектно дружество, когато участникът, определен за концесионер, е група от икономически оператори, както и с въвеждане на изискването участникът, определен за концесионер да поеме като едноличен собственик капитала на проектното дружество, когато проектното дружество се учредява по предложение на икономически оператор, в националното законодателство е въведена възможността, която се дава от Директивата за осигуряване на солидарна отговорност –

икономическите оператори, които участват в процедурата да приемат определена правна форма (чл. 21, ал. 2 от ЗК и чл. 21, ал. 4 от ЗК). Тази форма за осигуряване на солидарна отговорност трябва да бъде налице и не може да бъде ограничавана. Няма пречки обаче да бъдат въведени ограничения за размера на отговорността на участващите в групата икономически оператори по чл. 21, ал. 2 и 3 от ЗК, както и икономическия оператор по чл. 21, ал. 4 от ЗК, например, в съответствие с предоставените от тях ресурси във връзка с участието им в капитала на проектното дружество.“

По първото твърдение, изложено във въпроса:

С чл. 63, ал. 1 от ЗК е предоставена възможност кандидатите или участниците в процедура за определяне на концесионер да доказват изпълнението на определените от концедента изисквания относно професионалните или техническите способности и/или финансовото и икономическото състояние на икономическите оператори с възможностите на едно или повече лица, наричани в ЗК и по-нататък „трети лица“. За да се възползва от така предоставената възможност, кандидатът/участникът следва да представи документи, с които да докаже, че (i) за третите лица не е налице основание за изключване и (ii) при изпълнение на концесионния договор кандидатът/участникът ще има на разположение ресурсите на третите лица (чл. 63, ал. 2 от ЗК). С ал. 3 на чл. 63 от ЗК е определено третото лице, с възможностите на което се доказва финансовото и икономическото състояние, да отговаря солидарно с концесионера за изпълнението на концесионния договор. Изискванията относно финансовото и икономическото състояние са едно от възможните условия за участие, които концедентът може да постави спрямо икономическите оператори. Условието за участие са определени с чл. 61, ал. 1 от ЗК като изисквания, „които са необходими за изпълнение на концесионния договор“. С чл. 62, ал. 2, т. 1 от ЗК е поставено условието определените от концедента изисквания относно професионалните или техническите способности и/или финансовото и икономическото състояние на икономическите оператори „да са съобразени с предмета и особеностите на концесията“. От анализа на цитираните разпоредби следва, че изискванията относно финансовото и икономическото състояние са необходими за изпълнение не на целия договор, а само на онези задължения по него, които са обезпечени с поставеното конкретно изискване на концедента, в случая – с финансиране изпълнението на концесионния договор. От разпоредбата на чл. 63, ал. 1 от ЗК следва, че икономическият оператор може да докаже изпълнението на определените изисквания относно финансовото и икономическото състояние както самостоятелно, така и с възможностите на едно или повече трети лица. Предоставената възможност за доказване с възможностите на трети лица не изключва личното участие на икономическия оператор в изпълнението на изискването. Следователно, възможна е хипотеза, при която ресурсът, който едно или повече трети лица ще предоставят на икономическия оператор, в качеството му концесионер при изпълнение на концесионния договор, може да бъде пренебрежимо малък спрямо собствените ресурси на икономическия оператор. Възможно е необходимият ресурс да бъде предоставен на концесионера от няколко трети лица, в различно съотношение. Посоченото, както и обстоятелството, че за всяко трето лице трябва да се представят доказателства относно разполагаемост с конкретния ресурс, който ще бъде предоставен от това лице, води до извода, че установената солидарна отговорност следва да бъде до размера на поетия от третото лице ангажимент за предоставяне на ресурса. В противен случай би се нарушил принципа за пропорционалност, посочен в чл. 4, ал. 1 от ЗК.

Във връзка с горното, посоченото във въпроса първо твърдение следва да се възприеме като съответстващо на ЗК и на Директивата, предвид целта на предвидената отговорност – да обезпечи финансирането на концесията в случаите, когато собственият ресурс на концесионера не е достатъчен за това, като във всички случаи отговорността на третото лице е функция от поетия от него ангажимент за предоставяне на разположение на концесионера на определен ресурс и като такава следва да съответства на принципа за пропорционалност.

По второто твърдение, изложено във въпроса:

Твърдението се обосновава със съображение (9) от Директивата, като в запитването се изразява следната теза: *„Посочените текстове от Директивата в тази им част, като че ли свързват солидарната отговорност с възможността възлагащият орган да предвиди изискване групата от икономически оператори да „приеме“ определена правна форма, или да се зложат изисквания за определяне на общо представителство или водещ партньор за целите на процедурата за възлагане на концесия или за предоставяне на информация за структурата им. Това разбиране по-нататък се развива и в Член 26, параграфи 2 и 3 от Директивата, като за тези случаи тя не предвижда обща (солидарна) отговорност.“*

В съответствие с Директивата, чл. 18, ал. 2 от ЗК допуска възможността в процедура за определяне на концесионер икономическите оператори да участват самостоятелно или като се сдружават в избрана от тях форма, наричана в ЗК и по-нататък „група от икономически оператори“. Когато участникът, определен за концесионер, е група от икономически оператори, концедентът може при откриване на процедурата да постави изискване за учредяване на проектно дружество (чл. 21, ал. 2 от ЗК). Ако такова изискване не е поставено от концедента, концесионният договор се сключва с всички участници в групата (чл. 20, ал. 3, изр. първо от ЗК). Правилото за сключване на договора с всички участници в групата може да бъде дерогирано, като в заявлението за участие се посочи, че договорът ще се сключи с (i) оператора, който представлява групата или с (ii) водещия партньор (чл. 20, ал. 3, изр. второ от ЗК), или с (iii) проектно дружество, *„като притежанието на капитала се разпределя според предложеното в офертата“* (чл. 21, ал. 3 от ЗК. Проектно дружество може да се учреди и по предложение на икономически оператор, в който случай *„участникът, определен за концесионер, поема като едноличен собственик капитала на проектното дружество“* (чл. 21, ал. 4 от ЗК).

Сключването на концесионерен договор с проектно дружество е изключение от правилото за сключване на договора с участника, определен за концесионер. Концесионният договор се сключва с проектно дружество в определените със ЗК хипотези, две от които са посочени по-горе. И в двете посочени хипотези – когато проектното дружество е учредено от участващите в групата икономически оператори (независимо от основанието за това – изискване на концедента или предложение на икономическите оператори) и когато е учредено по предложение на самостоятелно участващ в процедурата икономически оператор, ЗК предвижда солидарна отговорност на лицата, които са участвали в процедурата за определяне на концесионер като група или самостоятелно, с учреденото от тях проектно дружество – концесионер. В първия случай – когато проектното дружество е учредено от участващите в групата икономически оператори, изискването за солидарна отговорност действително произтича от цитираните в запитването текстове на Директивата и по-конкретно от разпоредбата на чл. 26, параграф 2, ал. 2: *„Държавите членки могат да установят стандартни условия за начина, по който се изпълняват тези изисквания¹ от групи от икономически оператори. Условията за изпълнение на концесията от такива групи от икономически оператори, които са различни от условията за индивидуалните участници, също трябва да са обосновани от обективни причини и да са пропорционални.“* Националният законодател е преценил, че следва да създаде гаранции, че капацитетът за изпълнение на концесионния договор, който са доказали при участието си в процедурата икономическите оператори, ще бъде на разположение на проектното дружество – концесионер. В противен случай би се обезсмислило определянето на условия за изпълнение на концесията. Когато проектното дружество е учредено от участващите в групата икономически оператори, съгласно чл. 21, ал. 2 и ал. 3 от ЗК неговият капитал се разпределя между тези оператори така,

¹ Изискванията, свързани с икономическото и финансовото състояние или с техническите и професионалните способности по член 38 от Директивата.

както самите те са посочили в офертата си. В този случай, аналогично на посоченото по-горе относно третите лица, отговорността на всеки икономически оператор следва да се определя спрямо ресурсите, които е предоставил при включването си в проектното дружество. Да се приеме нещо различно, би означавало да се поставят изисквания, които не са пропорционални, с което ще се наруши принципа по чл. 4 от ЗК, както и цитираното изискване на Директивата. Аргумент в тази посока може да се извлече и от разпоредбата на чл. 23, ал. 2 от ЗК, която вменява задължение всеки от икономическите оператори, участващи в групата, да предостави на проектното дружество *„ресурсите, с които участникът е доказал съответствие с изискванията към професионалните или техническите способности и/или към финансовото и икономическото състояние“*.

Макар да не произтича пряко от Директивата, използването на аналогичен подход за солидарна отговорност на участвалия самостоятелно в процедурата за определяне на концесионер икономически оператор с учреденото от него проектно дружество, има същата функция – да обезпечи изпълнението на концесионния договор от новоучредено търговско дружество. Когато участникът, определен за концесионер, поеме като едноличен собственик капитала на проектното дружество, въпрос за границите на солидарната отговорност като че ли не може да бъде поставян, доколкото участникът самостоятелно е доказал, че отговаря на определените от концедента условия за участие и е поел като едноличен собственик капиталът на проектното дружество. Въпреки това, с оглед принципа за равнопоставеност по чл. 4, ал. 1 от ЗК, както и предвид цитирания чл. 23, ал. 2 от ЗК, и в този случай отговорността следва да се определя спрямо ресурсите, които операторът е предоставил на проектното дружество.

Във връзка с горното, посоченото във въпроса второ твърдение също следва да се възприеме за съответстващо на ЗК и на Директивата.

Указанието се издава на основание чл. 41, т. 9 от Закона за концесиите и Заповед № В – 205 от 1 декември 2017 г. на министър-председателя на Република България.

**ЗА ДИРЕКТОР НА ДИРЕКЦИЯ
„ИКОНОМИЧЕСКА И
СОЦИАЛНА ПОЛИТИКА“: /п/ Мариана Славкова**