



ДИСКУСИОНЕН ФОРУМ

Приложение към брой 2/2000
на Информационен бюлетин
„Реформата в местното самоуправление“



КОНЦЕСИЯТА КАТО ФОРМА ЗА УПРАВЛЕНИЕ НА ПУБЛИЧНАТА ОБЩИНСКА СОБСТВЕНОСТ



*Богдан Йорданов,
Главен асистент в Център по
юридически науки
на Бургаски Свободен
Университет*

Основна задача на общината при реализирането на стопанската ѝ политика е повишаването на икономическата ефективност на притежаваната от нея общинска собственост. Един от пътищата за осъществяване на тази задача е привличането на публичната собственост на общината към стопанския живот, а това е възможно само чрез използването на концесията като единственият способ за реализация на публичната собственост.

Прави впечатление, че при регламентирането на режима на общинските концесии в чл. 67 - 75 ЗОС и чл. 24 - 26 ППЗОС до голяма степен се следва моделът, възприет от Закона за концесиите. Множеството принципни сходства, отнасящи се както до самото определение на понятието „концесия“, така и до съдържанието му, до сложния фактически състав по предоставянето му и др., дават възможност режимът на концесиите по ЗК и ППЗК да се прилага и в случаите, когато са налице празноти в уредбата на общинските концесии по

ЗОС, макар че двата закона трудно могат да се отнесат като общ към специален.¹

С цел да бъдат максимално запълнени тези празноти в материята на общинските концесии, както и в уредбата на режима на общинската собственост изобщо, на 21 октомври 1999 г. Народното събрание прие Закон за изменение и допълнение на Закона за общинската собственост (ЗИДЗОС - ДВ, бр. 96 от 05.11.1999 г.). Приетите изменения на ЗОС внасят яснота относно редица съществени проблеми, свързани с практическото прилагане на закона - критериите за разграничаване на държавна и общинска собственост, на публичните от частните общински имоти, прецизното регламентиране на стопанската дейност на общината и др. В режима на общинските концесии до приемането на ЗИДЗОС липсваше, например, изрична уредба на някои въпроси като: кому принадлежи инициативата за откриване на производството по предоставяне на концесията; относно съдбата на обекти, подлежащи на концесиониране, използвани от приватизираните

търговски дружества с общинско имущество и т.н. Досега уредбата на тези въпроси се извличаше по тълкувателен път и чрез прилагането по аналогия на ЗК и ППЗК, което едва ли е най-правилният подход, още повече, че все още липсва достатъчно практически опит в тази област, който да гарантира до известна степен, че взетите решения са правомерни и ефективни. Направените изменения и допълнения, макар и да не дават отговор на всички неуредени въпроси, ще помогнат

Фондацията за реформа в местното самоуправление предлага на читателите на Информационния си бюлетин „Реформата в местното самоуправление“ статията на Богдан Йорданов с желанието да провокира и други автори към обмяна на възгледи и дискусия по темата.

Предмет на анализ в статията са същността и производството по предоставяне на концесии за обекти - публична общинска собственост.

Правната форма на концесията е единственият възможен способ за ефективното използване на тези обекти и за привличането им към стопанския живот на общината. Анализът е съобразен с действащото законодателство в страната към 20.11.1999 г.

както да се избегнат злоупотребите и заобикалянето на закона при практическото му прилагане, така и за създаването на условия за ефективно управление на общинската собственост в съответствие с обществените интереси.

По смисъла на чл. 67 ал. 1 ЗОС „концесия“ е предоставянето на особено право на ползване върху обекти - публична общинска собственост, включително такива, които ще бъдат изградени от концесионера с негови средства, както и даването на разрешение за извършване на дейности за задоволяване на обществени потребности, които се извършват от общините. Кръгът от обекти и дейности, за които общината може да предоставя концесии, е изчерпателно изброен от закона в чл. 69 и 70 ЗОС.

В чл. 70 ЗОС са изброени дейностите от общинско значение, които са подчинени на концесионен режим. За разлика от дейностите по чл. 18 ал. 5 КРБ и чл. 2 ЗК, за които е установен държавен монопол, предвидените в ЗОС дейности не могат да бъдат определени като „общински монопол“. Нито в Конституцията, нито в ЗОС или в другите специални закони има норма, която да обявява посочените дейности - независимо от тяхната важност за интересите на общината - като общински монопол. В подкрепа на това становище е и Решение №2/6.02.1996 г. на Конституционния съд, от което следва общият извод, че дейностите, които могат да се организират като държавен монопол, са изчерпателно изброени, тъй като те представляват изключение от конституционните принципи на пазарна икономика.

Втората специфика в режима на общинските концесии се разкрива по отношение на субектите на правоотношението. Правният субект, който предоставя концесията (концедент) е общината като отделно юридическо лице, а не нейните органи. При сключване на концесионния договор кметът действа като представител на съответната община-концедент и в изпълнение на решение на общинския съвет.

За разлика от чл. 9 ЗК и чл. 4 ППЗК, в ЗОС липсва разпоредба относно това, кому може да се предостави концесия върху обекти - общинска собственост. Чл. 24 ал. 1 ППЗОС предвижда, че предоставянето на особено право на ползване върху обектите по чл. 69 от закона и разрешения за дейностите по чл. 70 се извършва по решение на общинския съвет и след провеждане на търг или конкурс за определяне на концесионера при условия и по ред, определени с наредба на общинския съвет. На пръв поглед може да се каже, че решаването на въпроса кой може да бъде концесионер е предоставено на общинския съвет, но в действителност замисълът на законодателя е друг. Правните изисквания, на които трябва да отговаря концесионерът, не могат да бъдат предмет само

на първична местна уредба с наредба на общинския съвет, тъй като това е въпрос за материалноправните предпоставки за предоставяне на концесия.² От друга страна, в чл. 26 ал. 1 т. 4 ППЗОС като основание за прекратяване на концесионния договор е посочено влязлото в сила съдебно решение за обявяване в несъстоятелност на концесионера. По нашето действащо законодателство в несъстоятелност може да бъде обявено само лице, имащо качеството търговец (вж. чл. 608 и сл. ТЗ), от което следва, че и в материята на общинските концесии концесионерът следва да е лице с търговско качество. В случая може да се приложат по аналогия разпоредбите на чл. 9 ЗК във вр. с чл. 4 ППЗК, според които всяко българско и чуждестранно физическо или юридическо лице, регистрирано като търговец, може да участва в конкурса или търга за определяне на концесионер.

Производството по предоставяне на концесии включва поредица от правни актове на компетентните общински органи и на кандидатстващите за концесионни права лица, извършвани в посочената от закона последователност. Първият етап от това производство включва вземането на решение от общинския съвет за предоставяне на концесия. В стария текст на закона липсваше изрична нормативна разпоредба относно това, кому принадлежи инициативата за откриване на производството за предоставяне на концесия, като по аналогия от чл. 4 и сл. ППЗОС в теорията се приемаше, че е възможна както частна инициатива от страна на заинтересованите лица, така и служебната инициатива (от страна на кмета, на общинските съветници или на секретаря на общината)³ за откриване на процедурата по предоставяне на общинска концесия.⁴

Новосъздадената ал. 2 на чл. 71 ЗОС предвижда, че предложението за предоставяне на концесия се прави от кмета на общината и следва да съдържа няколко задължителни елемента: описание на обекта на концесията; мотиви и срок за предоставянето ѝ; финансов, икономически, социален, екологичен и правен анализ на концесията.

Общинският съвет взема решението за предоставяне на концесия в качеството си на орган, на който по закон е възложено общото ръководство и управление на общинската собственост (арг. от чл. 8 ЗОС и чл. 21 ал. 1 т. 8 ЗМСМА). Само по себе си това решение няма прехвърлителен ефект, а представлява само един елемент от фактическия състав на концесията. С него като акт по управление на общинската собственост общинският съвет се произнася относно начина за включване на публичната общинска собственост в стопанския оборот на общината.

С решението си общинският съвет трябва да определи на първо място вида и предмета на концесията - дали ще бъде под формата на особено ползване върху определен общински имот, или ще се изразява в даване на раз-

решение за извършване на съответната дейност (от изброените в чл. 70 ЗОС). На следващо място, общинските съветници следва да се произнесат по срока на концесията, който не може да бъде по-дълъг от 35 години. Съгласно чл. 68 ал. 2 този срок може да бъде продължен със съгласието на страните въз основа на решение на общинския съвет, като общият срок на концесията не трябва да превишава 50 години. Във връзка с тази разпоредба следва да се направят някои уточнения, за да се избегне злоупотреба с правото. Нормата на чл. 68 ал. 2 не позволява на общинския съвет да вземе на право решение за определяне на общия срок на концесията, напр. за 40 години, тъй като тогава ще е налице противоречие със закона. Императивната норма на ал. 1 установява максимален срок на продължителност на концесията до 35 години. Едва след като концесионното правоотношение е вече възникнало, т.е. срокът е започнал да тече, общинският съвет може да вземе решение за неговото продължаване.

С решението си по чл. 71 ал. 1 т. 1 ЗОС общинският съвет трябва да посочи още начина за определяне на концесионера - чрез търг или с конкурс, или определения без търг или конкурс концесионер. От горепосочената разпоредба е видно, че последните изменения на ЗОС предвиждат, по подобие на ЗК, възможност концесионерът да бъде определен без конкурс или търг в установените със закон случаи. Такава е хипотезата, предвидена в § 46 ал. 3, във връзка с § 35 ал. 3 ЗИДЗОС, съгласно която при приватизиране на търговско дружество с общинско имущество, което ползва обекти и/или извършва дейности, подлежащи на концесиониране, общинският съвет може да предостави без търг или конкурс концесия за тези обекти на въпросното дружество.

Провеждането на търга или конкурса за определяне на концесионер е вторият елемент от фактическия състав по предоставяне на общински концесии. За провеждането им, в определен срок от обнародването на решението в ДВ, кметът на общината трябва да назначи комисия, в която по принцип се включват длъжностни лица с икономическо и юридическо образование от системата на общинската администрация. В компетентността на комисията влиза приемането на заявленията за участие в конкурса или търга, одобряването на конкурсните или тръжните книжа и определяне на цената им.

Въз основа на представения от комисията доклад за резултатите от проведения търг или конкурс, общинският съвет трябва да вземе решение за определяне на кандидата за концесионер, който е спечелил. Като единствен компетентен орган общинският съвет може да прецени, че въз основа на комплексната оценка на обстоятелствата по доклада никой от участниците в проведения търг или

конкурс не удовлетворява изискванията, произтичащи от интереса на териториалната общност. В този случай той ще разполага с няколко алтернативи: да обяви нов конкурс; да измени решението си по чл. 71 ал. 1 т. 1 ЗОС; да приключи процедурата по предоставяне на концесия без определяне на спечелил конкурса участник.

Важно теоретично и практическо значение има въпросът, дали решението на общинския съвет, с което въз основа на резултатите от проведения търг или конкурс се определя концесионерът, респ. се отказва определянето му, подлежи на обжалване. ППЗК в чл. 33 изрично урежда възможността за обжалване на решението на МС в 7-дневен срок от обнародването му в ДВ, но ЗОС и ППЗОС не съдържат такава аналогична разпоредба. В този случай, за да се отговори на поставения въпрос, следва да се определи правната същност на това решение и най-вече да се установи, дали то притежава признаците на индивидуален административен акт по смисъла на чл. 2 ЗАП. Възможни са няколко хипотези.

Първата възможна хипотеза е да се отрече, че решението на общинския съвет по чл. 24 ал. 1 ППЗОС, с което се определя или се отказва определянето на концесионер, е индивидуален административен акт.⁵ В подкрепа на тази теза се привежда съображението, че с това решение общинският съвет извършва свободния си избор на контрагент по правоотношението между равнопоставени лица, възникващо от сключването на договора за концесия, и не действа като орган на власт.

Втората възможна хипотеза е с противоположно значение и допуска обжалване на решението на общинския съвет чрез прилагането по аналогия на чл. 33 ППЗК. Следва да се приеме, че и двата акта - и решението на МС по ЗК, и решението на общинския съвет по чл. 24 ППЗОС - се постановяват в една и съща фаза от развитието на производството по предоставяне на концесии, имат аналогичен предмет, съдържание и предпоставки - отнасят се до определянето на концесионер въз основа на резултатите от проведения търг или конкурс.⁶ Няма причина те да имат различна правна същност в рамките на концесионната процедура, поради това, че в нея МС и общинският съвет имат твърде близка по съдържание правна роля. Щом като законодателят е предвидил изрично възможността за обжалване на решението на МС по чл. 33 ППЗК, то няма логика в това, да се отрича тази възможност за решение на общинския съвет по чл. 24 ППЗОС. Нещо повече, решението на общинския съвет като административен акт представлява властническо волеизявление, което е от естество да засегне субективните права на участник в конкурса или търга, който не е бил класиран поради неспазване, например, на изискванията или в нарушение на реда за провеждане на конкурса или търга.

Макар и двете хипотези да разполагат в своя защита със солидни аргументи, по мое мнение е по-правилно да се допусне обжалване на решението на общинския съвет относно определянето на концесионер, макар и да е налице законова празнота в този смисъл. Все още новата и неразработена материя на концесиите за сега не разполага с достатъчно съдебна практика, която да даде яснота относно решаването на подобни дискуссионни въпроси и даването на категорични отговори.

Третият елемент от сложния фактически състав на процедурата по предоставянето на общински концесии е сключването на договор за концесия между общината, представлявана от кмета, и лицето, определено за концесионер по разгледания по-горе ред. В случаите на определяне на концесионер без търг или конкурс, концесионният договор се сключва в едномесечен срок от обнародване на решението по чл. 71 ал. 1 т. 1 ЗОС.

В чл. 25 ППЗОС е установено минималното и задължително съдържание на договора за концесия, чиято липса би довела до неговата нищожност. Договорът задължително трябва да съдържа предмета и срока на концесията, вида и размера на гаранциите за изпълнение на задълженията по договора, конкретизиране на имуществените права и задължения на страните, контрола за изпълнение и т.н.

Важна характеристика на договора за концесия е, че той се сключва с оглед личността на конкретния концесионер (*intuitu personae*). От една страна, това обстоятелство предопределя непрехвърлимостта на предоставените права, а, от друга, обуславя някои от основанията за прекратяване на договора. Разпоредбата на чл. 26 ал. 1 т. 3 ППЗОС въздига смъртта на ФЛ-концесионер или прекратяването на юридическата личност на концесионера в основание за автоматичното прекратяване на концесионния договор, освен ако общинският съвет не вземе решение договорът да бъде продължен с универсален правопреемник.

От друга страна, основанията за прекратяване на концесионния договор са свързани с наличието на специфичната търговска правоспособност на концесионера. Едното основание в тази връзка е влизане в сила на съдебното решение за обявяването му в несъстоятелност, а другото - изгубване на търговското качество на концесионера, в следствие на което той ще престане да бъде годен субект на концесионното правоотношение.

Специфичната стопанска функция на концесията и повелята за опазване на интереса на териториалната общност обуславят другото прекратително основание, предвидено в закона (чл. 75 ал. 2 във вр. с чл. 11 ал. 1 ЗОС). Изискването за опазването на обществените интереси и обществения ред налагат предвиждането на

възможност за предсрочно прекратяване на договора за концесия по взаимно съгласие или едностранно от концедента, когато тези интереси бъдат застрашени по някакъв начин.

Накрая, наред със специалните основания за прекратяване на концесионния договор, могат да се прибавят и общите прекратителни основания като: погиване на обекта на концесия, настъпване на последваща невъзможност за изпълнение на задълженията по смисъла на чл. 89; изтичане на срока на договора и др.

Договорът за концесия влиза в сила от момента на подписването му от страните. Това е завършващият етап на динамичния сложен фактически състав на производството по предоставяне на концесия върху обекти-публична общинска собственост.

Във връзка със съществените изменения и допълнения на ЗОС следва да се уточни, че все още разпоредбите в правилника за неговото прилагане (ППЗОС) не са изменени и поставени в съответствие с измененията на закона. Това несъответствие може да породни някои проблеми при прилагането на закона до приемането от Министерския съвет на измененията и допълненията в ППЗОС. Докато това стане, на този етап проблемите могат да се преодеят по силата на общия принцип в правото, че разпоредбите в нормативен акт с по-ниска степен на юридическа сила, които противоречат на тези от нормативен акт с по-висша юридическа сила, се считат отменени по право, и без това изрично да е постановено.

От направения подробен анализ на правната същност и значението на общинските концесии може да се направи изводът, че ефективното използване на общинските ресурси в рамките на концесионния режим дава възможност за едно по-ефикасно стимулиране на местното икономическо развитие, за подобряване на качеството на общинската инфраструктура и за развитието на по-добра и интензивна инвестиционна политика на общинско равнище. По този начин се установява едно трайно и пълноценно публично-частно партньорство, в съответствие с принципите за свободна пазарна икономика. 

1. *Обратното твърди проф. Тагжер - вж. „Какво е концесията според...“, сп. Български законник, С., бр. 9/1996 г.*

2. *Пак там, с. 18*

3. *Наредба на Столичния общински съвет от 03.04.1997 г.*

4. *Матеева, Е., цит. съч., с. 22*

5. *Пак там, с. 34*

6. *Матеева, Е., цит. съч., с. 35*