



# ПРАВНА РАМКА НА ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОТО ПАРТНЬОРСТВО В БЪЛГАРИЯ КЪМ 1 ЮЛИ 2009

*Детелин Иванов*

*старши експерт, сектор „ПЧП”, дирекция „УСЕС”, МФ\**

## СЪДЪРЖАНИЕ

I. Увод .....	3
II. Кратък преглед на българското законодателство в областта на ПЧП в сила към 1 юли 2009г. ....	4
III. Кратък преглед на пречките и ограниченията за осъществяване на ПЧП по ЗК и ЗОП в сила към 1 юли 2009г. ....	9
IV. Заключение .....	11

## I. Увод

Съществуващата към 1 юли 2009г. правна рамка на публично-частното партньорство (ПЧП) в България се характеризира с две основни черти:

- Хаотичност, разпокъсаност и противоречивост поради наличие на правни актове, влягащи различен смисъл и различно съдържание в термина „ПЧП”, и поради отсъствие на специален закон за ПЧП, който да уеднакви, хармонизира и систематизира правната уредба;
- Законът за концесиите и Законът за обществените поръчки по-скоро ограничават и препятстват, отколкото позволяват и насърчават реализирането на проекти чрез модела на ПЧП.

## II. Кратък преглед на българското законодателство в областта на ПЧП в сила към 1 юли 2009г.

Към 1 юли 2009г. Народното събрание на Република България, за разлика от Парламентите на други държави-членки на Европейския съюз (ЕС)<sup>1</sup>, все още не е приело специален закон, който да дава ясна и подробна уредба на ПЧП в България. На 18 февруари 2009г. в 40-то Народно събрание бе внесен от група народни представители Проект на Закон за публично-частното партньорство (ПЗПЧП), който, за съжаление, не бе разгледан и приет.

Съществува остра необходимост от приемането на специален закон, който да уеднакви, хармонизира и систематизира правната уредба на ПЧП в България. Към 1 юли 2009г. правната рамка на ПЧП е хаотична, разпокъсана и противоречива. Терминът „ПЧП” се използва в редица нормативни и административни актове, без обаче да има единна, общоприета и общовалидна дефиниция на това понятие, което създава объркване, противоречива практика и правна несигурност. Следва списък на правни актове, които използват понятието „ПЧП” в различен контекст и влагат в него различен смисъл:

- Закон за физическото възпитание и спорта<sup>2</sup>;
- Закон за насърчаване на инвестициите<sup>3</sup>;
- Закон за ратифициране на Меморандума във връзка с участието в Европейски експертен център за публично-частно партньорство (European PPP Expertise Centre - ЕРЕС)<sup>4</sup>;
- Указ № 73 от 26.03.2009 г. за обнародване на Закона за ратифициране на Меморандума във връзка с участието в Европейски експертен център за публично-частно партньорство (European PPP Expertise Centre - ЕРЕС)<sup>5</sup>;
- Правилник за прилагане на Закона за концесиите<sup>6</sup>;
- Постановление № 167 от 3 юли 2006 г. за приемане на Устройствен правилник на Агенцията за държавна финансова инспекция<sup>7</sup>;
- Постановление № 245 от 9 октомври 2007 г. за приемане на детайлни правила за допустимост на разходите по Оперативна програма "Регионално развитие", съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие, за финансовата рамка 2007 - 2013 г.<sup>8</sup>;
- Постановление № 106 от 5 май 2006 г. за изменение и допълнение на нормативни актове на Министерския съвет<sup>9</sup>;
- Постановление № 178 от 22 юли 2008 г. за изменение и допълнение на нормативни актове на Министерския съвет<sup>10</sup>;

<sup>1</sup> Напр. Белгия, Германия, Гърция, Ирландия, Испания, Италия, Полша, Португалия, Румъния, Словения, Франция.

<sup>2</sup> Обн. ДВ. бр.58 от 9 юли 1996г.

<sup>3</sup> Обн. ДВ. бр.97 от 24 октомври 1997г.

<sup>4</sup> Обн. ДВ. бр.25 от 3 април 2009г.

<sup>5</sup> Обн. ДВ. бр.25 от 3 април 2009г.

<sup>6</sup> Обн. ДВ. бр.54 от 4 юли 2006г.

<sup>7</sup> Обн. ДВ. бр.56 от 11 юли 2006г.

<sup>8</sup> Обн. ДВ. бр.83 от 16 октомври 2007г.

<sup>9</sup> Обн. ДВ. бр.40 от 16 май 2006г.

<sup>10</sup> Обн. ДВ. бр.67 от 29 юли 2008г.

- Постановление № 318 от 24 ноември 2004 г. за изменение и допълнение на нормативни актове на Министерския съвет<sup>11</sup>;
- Наредба № 7 от 30 март 2009 г. за условията и реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по мярка 4.1. "Развитие на рибарските области" по приоритетна ос № 4 "Устойчиво развитие на рибарските области" от Оперативната програма за развитие на сектор "Рибарство" на Република България, финансирана от Европейския фонд по рибарство за програмен период 2007 - 2013г.<sup>12</sup>;
- Наредба № 8 от 14 декември 2006 г. за капиталовата адекватност на кредитните институции<sup>13</sup>;
- Наредба № 14 от 3 април 2008 г. за условията и реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по подмярка "Придобиване на умения и постигане на обществена активност на съответните територии за потенциални местни инициативни групи в селските райони" от Програмата за развитие на селските райони 2007 - 2013 г.<sup>14</sup>;
- Устройствен правилник на Държавната агенция за информационни технологии и съобщения<sup>15</sup>;
- Устройствен правилник на Изпълнителна агенция „Българска служба за акредитация“<sup>16</sup>;
- Устройствен правилник на Министерството на държавната администрация и административната реформа<sup>17</sup>;
- Устройствен правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството<sup>18</sup>;
- Устройствен правилник на Министерството на финансите<sup>19</sup>;
- Програма за сътрудничество за периода 2009 - 2011 г. между правителството на Република България и правителството на Фландрия в изпълнение на Споразумението за сътрудничество между правителството на Република България и правителството на Фландрия<sup>20</sup>;
- Меморандум за разбирателство за развитие и финансиране на инфраструктура в рамките на План за инвестиции в транспортна и базисна инфраструктура на българското правителство (2007 - 2013 г.) между правителството на Република България, представявано от Министерството на финансите, и Европейската инвестиционна банка<sup>21</sup>;
- Споразумение за дарение между Република България, представявана от Министерството на енергетиката и енергийните ресурси, и Република Австрия,

<sup>11</sup> Обн. ДВ. бр.106 от 3 декември 2004г.

<sup>12</sup> Обн. ДВ. бр.28 от 14 април 2009г.

<sup>13</sup> Обн. ДВ. бр.106 от 27 декември 2006г.

<sup>14</sup> Обн. ДВ. бр.39 от 15 април 2008г.

<sup>15</sup> Обн. ДВ. бр.96 от 30 ноември 2005г.

<sup>16</sup> Обн. ДВ. бр.4 от 16 януари 2007г.

<sup>17</sup> Обн. ДВ. бр.83 от 18 октомври 2005г.

<sup>18</sup> Обн. ДВ. бр.28 от 4 април 2006г.

<sup>19</sup> Обн. ДВ. бр.42 от 9 май 2003г.

<sup>20</sup> Обн. ДВ. бр.34 от 8 май 2009г.

<sup>21</sup> Обн. ДВ. бр.95 от 24 ноември 2006г.

- представявана от Федералното министерство на финансите, по отношение на Български фонд за енергийна ефективност<sup>22</sup>;
- Споразумение за предоставяне на безвъзмездна помощ по програма „Подобряване на контрола на туберкулозата в България” между Глобалния фонд за борба срещу СПИН, туберкулоза и малария и Министерството на здравеопазването на Република България<sup>23</sup>;
  - Разяснение № 2431367 от 31.01.2008г. относно въпроси възникнали в хода на извършена проверка по приложението на разпоредбите на ЗДДС и Указание № 91-00-502/27.08.2007 г. на МФ относно третиране на ДДС като допустим разход при изпълнение на проекти по Оперативни програми, съфинансирани от Структурните фондове и Кохезионния фонд на Европейския съюз, Национална агенция за приходите;
  - Указания № 4 от 28.06.2005 г. относно съставяне на проектобюджета за 2006г., Министерство на финансите;
  - Програмен и ориентиран към резултатите бюджет на Министерство на икономиката и енергетиката за 2006 г. към Доклада по Закона за държавния бюджет за 2006 година (№ 502-01-46 от 31.10.2005г.);
  - Актуализирана тригодишна бюджетна прогноза Министерство на правосъдието за периода 2009 - 2011 г. към проекта на Закон за държавния бюджет на Република България за 2009 г. (№ 802-01-82 от 31.10.2008 г., 40-ото НС);
  - Доклад към проекта на Закон за държавния бюджет на Република България за 2009 г. (№ 802-01-82 от 31.10.2008 г., 40-ото НС);
  - Вътрешни правила за приложение на публично-частно партньорство, Министерство на икономиката;
  - Национална здравна стратегия 2008 - 2013г.;
  - Национална програма за обновяване на жилищни сгради в Република България;
  - Национален план за действие по заетостта през 2006г.;
  - Оперативна програма „Околна среда 2007 - 2013г.”, Министерство на околната среда и водите;
  - Проект на Закон за достъп до обществена информация (954-01-37/20.02.2009);
  - Проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за железопътния транспорт (654-01-100/19.07.2006);
  - Проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране (602-01-60/19.07.2006);
  - Проект на Закон за изменение и допълнение на Закона за туризма (902-01-10/30.01.2009);
  - Проект на Закон за културното наследство (854-01-84/11.07.2008);
  - Проект на Закон за публично-частното партньорство (954-01-36/19.02.2009).

Единственият нормативен акт с ранг на закон, който към 1 юли 2009г. съдържа дефиниция на понятието „ПЧП”, е Законът за физическото възпитание и спорта (ЗФВС). Съгласно § 1, т. 29 от Допълнителните разпоредби на ЗФВС, “ПЧП” в спорта е дългосрочно договорно отношение между лица от частния сектор с държавата и общините за финансиране, построяване, реконструкция, управление или поддръжка на

<sup>22</sup> Обн. ДВ. бр.97 от 2 декември 2005г.

<sup>23</sup> Обн. ДВ. бр.67 от 29 юли 2008г.

спортна инфраструктура за постигане на по-добро ниво на услугите в областта на физическото възпитание, спорта и социалния туризъм, където частният партньор поема строителния риск, или поне един от двата риска - за наличност на предоставяната услуга или за нейното търсене.

Определение на понятието „ПЧП” се съдържа и в два подзаконовни нормативни акта:

- Наредба № 14 от 3 април 2008 г. за условията и реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по подмярка ”Придобиване на умения и постигане на обществена активност на съответните територии за потенциални местни инициативни групи в селските райони” от Програмата за развитие на селските райони 2007 - 2013г. (Наредба № 14 от 3 април 2008г.);
- Наредба № 7 от 30 март 2009 г. за условията и реда за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по мярка 4.1. „Развитие на рибарските области” по приоритетна ос № 4 „Устойчиво развитие на рибарските области” от Оперативната програма за развитие на сектор „Рибарство” на Република България, финансирана от Европейския фонд по рибарство за програмен период 2007 - 2013г. (Наредба № 7 от 30 март 2009г.).

Съгласно § 1, т. 1 от Допълнителните разпоредби на Наредба № 14 от 3 април 2008г., „Местна инициативна група” е ПЧП, учредено и регистрирано по Закона за юридическите лица с нестопанска цел, за осъществяване на дейност в обществена полза, имащо за цел да разработи, осигури капацитет и осъществи стратегия за местно развитие на определена територия. § 1, т. 5 от Допълнителните разпоредби на същата Наредба дефинира “ПЧП” като партньорството между представители на общината/ите, стопанския и нестопанския сектор за определена територия за реализиране на проект.

Подобен подход е възприет и в Наредба № 7 от 30 март 2009г., чл. 4, ал. 1-4 на която дефинира „Рибарска група” като местно ПЧП, организирано под формата на сдружение с нестопанска цел, признато по реда на тази наредба.

Цитираните законови и подзаконовни дефиниции влагат различен смисъл и различно съдържание в термина „ПЧП”, с което създават предпоставки за юридически хаос и противоречива административна и съдебна практика. За да се гарантират правна сигурност и предвидимост е необходимо възможно най-скоро да се приеме специален закон за ПЧП, който ясно и точно да дефинира понятието „ПЧП”, отразявайки достиженията на правото на ЕС в тази област<sup>24</sup> и използвайки следните основни критерии:

- Дългосрочно сътрудничество;
- Между публичен и частен партньор;
- С цел по-качествено или по-ефикасно предоставяне на публична услуга;

<sup>24</sup> Решение на Евростат за счетоводното третиране на ПЧП от 11.02.2004г. и Зелена книга на Европейската Комисия за ПЧП и правото на Общността в областта на обществените поръчки и концесиите от 30.04.2004г.

- Чрез проектиране, построяване, финансиране, управление и поддържане на публична инфраструктура;
- Чрез оптимално разпределение на ресурси, рискове и възнаграждения;
- Частният партньор поема строителния риск и риска за наличност или риска за търсене;
- Частният партньор финансира изцяло или отчасти проекта.

В условията на липсваща единна и хармонизирана уредба на ПЧП на национално ниво, през последните години някои общински съвети, в качеството си на органи на местното самоуправление, приеха наредби, регламентиращи реда и условията за осъществяване на ПЧП на териториите на съответните общини<sup>25</sup>.

Наличието на общински наредби, предвиждащи различни форми и процедури за реализиране на ПЧП в различни български общини, в съчетание с липсата на систематизирана и уеднаквена правна рамка на национално ниво, допълнително утежняват ситуацията на правна несигурност и правят приемането на специален закон за ПЧП все по-неотложно.

<sup>25</sup> Напр. Община Пловдив, Пазарджик, Момчилград, Велинград, Стрелча, Варна, Враца, Ловеч, Перник, Сандански, Етрополе, Пещера, Струмяни, Шумен, Димитровград.

### III. Кратък преглед на пречките и ограниченията за осъществяване на ПЧП по ЗК и ЗОП в сила към 1 юли 2009г.

Някои анализатори твърдят, че Законът за концесиите (ЗК)<sup>26</sup> и Законът за обществените поръчки (ЗОП)<sup>27</sup> са единствена и достатъчна нормативна база на ПЧП в България, което прави излишно приемането на специален закон за ПЧП. Към 1 юли 2009г. обаче са в сила редица пречки и ограничения за осъществяване на ПЧП по реда на ЗК и ЗОП, който факт не ни позволява да се съгласим с цитираното твърдение. Следва списък на най-важните забрани и рестрикции по ЗК и ЗОП, които препятстват и/или правят невъзможно реализирането на проекти чрез модела на ПЧП:

- Според новата ал. 3<sup>28</sup> на чл. 5 от ЗОП, в сила от 1 януари 2009г., обществените поръчки (ОП) за услуги се възлагат за срок до 4 години, като по изключение срокът може да бъде определен на 5 години. Тъй като ПЧП по своето естество е едно дългосрочно (обикновено между 15 и 35 години) договорно отношение между публичен и частен партньор, в рамките на което частният партньор изгражда и поддържа публична инфраструктура с цел предоставяне на публична услуга, а поддържането на един дълготраен материален актив е ОП за услуга по смисъла на ЗОП, то времето ограничение по чл. 5, ал. 3 прави невъзможно реализирането на ПЧП проекти по реда на ЗОП.
- След измененията на ЗК, обнародвани в ДВ, бр. 67 от 29 юли 2008г., концесионерът се определя чрез провеждане само и единствено на открита процедура (чл. 24 от ЗК). Българският законодател прецени за необходимо да отмени ограничената процедура, процедурата на договаряне и процедурата на състезателен диалог, с което направи изключително трудно, ако не и невъзможно, избирането на частен партньор за нуждите на ПЧП, структурирано както концесия по смисъла на ЗК. По своята същност ПЧП е дългосрочен проект с особено сложна правна, финансова, икономическа и техническа рамка, определянето на която изисква провеждане на диалог (преговори) с кандидатите за частен партньор. Такъв диалог (преговори) може да бъде осъществен само по реда на процедурата на договаряне или процедурата на състезателен диалог, но не и при условията на откритата процедура. Практиката на държавите-членки на ЕС с развит ПЧП пазар показва, че изборът на частен партньор най-често се извършва по реда на процедурата на състезателен диалог, която, за съжаление, бе премахната от ЗК.
- ЗК не позволява ПЧП с платежен механизъм „плащане за наличност“ (т.е. плащания от публичния към частния партньор за построяването и поддържането на публична инфраструктура, респ. предоставянето на публична услуга, ползването на която е безплатно за съответните потребители) да бъде облечено в правната форма на концесия. По своето естество концесията е правен инструмент, при който концедент (публичен партньор) предоставя на концесионер (частен партньор) право на експлоатация върху обект или услуга от

<sup>26</sup> Обн. ДВ. бр.36 от 2 май 2006г.

<sup>27</sup> Обн. ДВ. бр.28 от 6 април 2004г.

<sup>28</sup> Обн. ДВ, бр. 94 от 31 октомври 2008г.

обществен интерес срещу задължение на концесионера да изгради, управлява и поддържа обекта на концесията или да управлява услугата на свой собствен риск (чл. 2, ал. 1 от ЗК). Съгласно чл. 3, ал. 1 и чл. 4, ал. 1 от ЗК, възнаграждението на концесионера (частния партньор) се състои в право на концесионера да експлоатира обекта на концесията, респ. да експлоатира услугата, или от това право и компенсация от страна на концедента (публичния партньор). В никакъв случай и при никакви условия възнаграждението на концесионера (частния партньор) не може да се състои само и единствено от компенсация от страна на концедента (публичния партньор). Компенсацията, която би могла (но не е задължително) да бъде плащана от концедента на концесионера, е възможно да покрива само част от разходите, направени от концесионера за изграждане, управление и поддържане на обекта на концесията или за управление на услугата от обществен интерес (чл. 6, ал. 1 от ЗК)<sup>29</sup>. В никакъв случай и при никакви условия компенсацията не може да има за последица освобождаване на концесионера от поемане на риска по изграждането, управлението и поддържането на обекта или по управлението на услугата (чл. 6, ал. 2 от ЗК)<sup>30</sup>. Ако компенсацията, заплащана от концедента, има за правен ефект премахване на риска, свързан с експлоатацията и носен от концесионера, то тогава ще имаме обществена поръчка, а не концесия, както правилно е отбелязано в „Concessions under Community law”<sup>31</sup>. Следователно ПЧП с платежен механизъм „плащане за наличност” е невъзможно да бъде осъществено като концесия по реда на ЗК.

- Макар ЗК да допуска ПЧП с платежен механизъм, комбинация от „плащане за ползване” (потребителски такси) и „плащане за наличност” (компенсация), да бъде структурирано като концесия, към 1 юли 2009г. възможността за компенсация от страна на концедента (публичния партньор) към концесионера (частния партньор) е силно ограничена и поставена под няколко условия. Съгласно чл. 6, ал. 2, т. 1 и 2 от ЗК, компенсация се допуска само при необходимост от: (1) постигане на социално приемлива цена на услугата от обществен интерес, когато цената се определя с нормативен акт, или (2) възстановяване обекта на концесията след случай на непреодолима сила. Това означава, че ако публичната услуга, предоставяна от частния партньор в едно организирано като концесия ПЧП, няма цена, определена с нормативен акт, то компенсация („плащане за наличност”) е недопустима. Тъй като не всички публични услуги в България имат нормативно определена цена, то използването на концесията като правен инструмент на ПЧП е не винаги възможно, което силно ограничава приложното поле на ЗК в сферата на ПЧП.

<sup>29</sup> В този смисъл виж също така „Concessions under Community law” в Интернет портала на ЕС на адрес [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/public\\_procurement/122011\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122011_en.htm)

<sup>30</sup> Пак там.

<sup>31</sup> ”The right of exploitation allows the concessionaire to demand payment, over a certain period of time, from those who use the structure erected and/or other forms of remuneration from exploitation, such as tolls, fees or "shadow tolls". The fact that the right of exploitation may be accompanied by payment does not change if the sum paid covers only a part of the cost of the construction. It can happen that a State bears part of the costs of operating the concession in order to keep prices down for users. This partial remuneration can take the form of a flat rate amount or a sum paid on the basis of the number of users. This partial remuneration should not, however, have the effect of eliminating the risk inherent in exploitation that is borne by the concessionaire - otherwise it will be reclassified as a public works contract.”

#### **IV. Заключение**

Към 1 юли 2009г. правната рамка на ПЧП в България е хаотична, разпокъсана и противоречива. В сила са нормативни актове, влагащи различен смисъл и различно съдържание в термина „ПЧП“. ЗК и ЗОП по-скоро ограничават и препятстват, отколкото позволяват и насърчават реализирането на проекти чрез модела на ПЧП. При липсата на ясни, единни и хармонизирани правила, частният сектор е изключително предпазлив, дори незаинтересован от участие в схеми на ПЧП. Приемането на специален закон за ПЧП, съобразен с правото на ЕС и най-добрите световни практики, е силно препоръчително.