



ПРИВАТИЗАЦИОННИЯТ ДОГОВОР В ДЕЙСТВАЩОТО НИ ЗАКОНОДАТЕЛСТВО

Христина БАЛАБАНОВА¹

¹ Юридически факултет, УНСС, София, България, E-mail: balabanova55@abv. bg

JEL K 23

Резюме

Ключови думи:

административен договор, приватизационен договор стопанска сфера.

Статията е посветена на приватизационния договор като вид административен договор. Във връзка с това са изследвани спецификата на договора и се обосновава изводът, че той е смесен фактически състав между множество административни актове и договорно съглашение.

© 2018 Икономически университет – Варна

Цитиране: БАЛАБАНОВА, Хр. (2018) Приватизационният договор в действащото ни законодателство. *Известия. Списание на Икономически университет – Варна*. 62 (3). с. 319 - 335.

1. Предмет на това изследване е приватизационният договор, Изследването е проведено на основата на учението за административния договор. Това предполага най-напред да се спрем на някои основни белега на това учение и на основата им да посочим спецификата на приватизационния договор. В характеристиката на административния договор се наблюдавам най-много административни актове, поради което той често се характеризира като най-одържавения публичен договор, т.е. с най-голяма намеса на държавата в правната му регламентация.

Приватизационният договор между страните се сключва на основание чл. 35а от ЗПСПК, след като има одобрена от Народното събрание стратегия (с държавен акт-решение), след мотивирано предложение от Агенцията за приватизация, където се съдържат и съществените условия на приватизационния договор (чл. 35б, ал. 2 от цитирания закон), както и след решение на Министерски съвет (чл. 35в) от ЗПСПК за определяне на участника, спечелил конкурса, и съществените условия на приватизационния договор. Това решение на МС има характер на административен акт.

Следователно, преди да започне сключването на приватизационния договор наблюдаваме наличие на няколко юридически акта: Стратегия на Народно-то събрание, приета с решение на държавен орган, предложение на Агенцията, решение на МС за определяне на участник, което включва и съществените условия на приватизационния договор (чл. 35в, ал 2, т. 4 от ЗПСПК).

С други думи, определеният за участник в приватизационния договор в момента, в който разбира, че е такъв, узнава и съществените условия на този договор. Специфична особеност на приватизационния договор разкрива текста на чл. 35д от ЗПСПК. Съгласно този текст: Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол договаря с участника, спечелил конкурса, текста на приватизационния договор въз основа на проекта, приложен към правилата за провеждане на конкурса. В договора задължително се включват условията, при които е спечелен конкурса, както и условията по чл. 35в, ал. 2, т. 4, т.е. именно съществените условия на приватизационния договор. Това още веднъж доказва, че участникът е знаел и е можел да предвиди всички положителни или негативни условия.

Важно е да се отбележи и текстът на чл. 35д, ал. 3, според който одобреният проект от Надзорния съвет на Агенцията се внася за одобряване от Министерски съвет.

Одобрението е последващ административен акт на Министерския съвет, без наличието на който договорът не може да породи никакви правни последици.

С други думи, специфика на приватизационния договор е наличие на няколко административни акта преди сключването, след това сключване и последващ административен акт (одобрение) от Министерски съвет.

Така очертаният фактически състав, говори, че според специалния закон, приватизационният договор не е гражданско правна, търговска сделка, а разкрива специфични особености, различаващи я от договорите по ЗЗД и търговските сделки по ТЗ.

Тук законодателят ясно посочва, че предварително и последващо съдържанието на договора се определя от държавата, чрез административни актове. За участника е останала възможността само да се съгласи или не с предложения проект за договора. И дори да се съгласи, без одобрението на държавата няма сключен договор. Всички тези особености на приватизационния договор се дължат на неговата специфика, която най-точно се разкрива от учението за административния договор. Въз основа на учението на административния договор, то трябва да имаме пред вид и следното:

2. В западноевропейската и в българската административно-правна литература обикновено като административни договори се посочват договорът за концесия, за обществени поръчки, за приватизация, договорът за публично-частното партньорство и т.н. У нас специалните закони твърде детайлно разглеждат тези договори, без, обаче, законодателят да се ангажира и да ги назовава „административни договори“. Но тъй като учените свързват „административните договори“ именно с тях в българската административно-правна наука са изградени няколко тези относно правната същност на административния договор.

Акад. П. Стайнов по отрича същество съществуването на административни договори като счита, че не може да е договор и да е административен. Все пак той приема, че такива договори съществуват условно казано, до 1945 г. Ученият приема, че щом договорът черпи своята правна сила от правната норма, предвижда възникване на субективни права и задължения за страните, то тази норма урежда и рамката, в която съгласуваните волеизявления ще породят валидни правни последици (Стайнов, 1965, с. 20, с. 34).

Проф. И. Дерменджиев поддържа друга теза според, която щом страните не се задължават по между си по силата на своята воля, а по сила на правна норма, последната определя и условията за съгласуване на волеизявленията им с обвързваща сила (Дерменджиев и др., 1996, с. 189).

По начало до 1947 г. у нас доктрината не е чужда на идеята за административния договор, с оглед набелязване на ефективни мерки за изпълнение на задълженията спрямо държавата. В съвременната доктрина битува разбирането, че администрацията може да сключва договори, при това с различен характер (Русчев, 1999). За административен договор може да се говори само условно (Дерменджиев и др., 1996, с. 189 и сл.) и то тогава, когато и двете страни имат качеството на държавни органи, притежават властнически правомощия. Дори някои автори приемат, че това е чисто гражданско-правен договор, но го наричаме административен, защото се сключва от администрацията (Дерменджиев, 1989, с. 164).

Днес повече се налага тезата за признаване съществуването на административния договор като отделна категория, без, обаче, между авторите да има единодушие за неговия характер. Тук е необходимо да споменем и виждането на проф. Къндева, за която договорът за възлагане на обществени поръчки е административен договор, докато за концесията се поставя въпросът дали е административен договор или договор с административни елементи (Къндева, 1998, с. 88).

Според проф. И. Русчев, административният договор като отделна категория има смесена, хибридна природа (Русчев, 1999).

Както можем да се убедим, становищата в българската правна наука преминават през различни крайности от отричане наличието на административни договори, до признаването им и приравняването им на административни актове. По-голямата част от учените приемат не само, че те имат право на съществуване, но представляват смесен фактически състав, съчетание на административен акт и сключен договор.

Друга група учени доразкриват съдържанието и елементите на административния договор, чрез съпоставка със споразумението по чл. 20 от АПК.

По повод споразумението, д-р Васил Петров (Петров, 2012), говори, че не съществуват административни договори, защото посочваните за такива не пораждат административно-правни последици, а това е решаващият критерий. Според автора, споразумението е единственият административен договор по нашето право. Тълкувателно Решение от 15.6.2010 г. на ОСТК при ВКС приема, че приватизационният договор е особена гражданско-правна сделка с административни елементи.

Проф. Цв. Сивков (Сивков, 2006, с. 81) има издадена специална монография, посветена на споразумението (Сивков, 2006, с. 35), в която обобщава, че съглашението, с определените в кодекса особености, представлява административен договор

В труда си „Дискусионни тези по административно право и процес“ (Зиновиева, 2008, с. 30), проф. Д. Зиновиева обобщава доктринерното развитие до този момент и предлага изчерпателно изброени елементи, които се наблюдават при административните договори: наличие на административен орган, предварително определяне на съдържанието на договора, което е императивно и не подлежи на промяна от другата страна и т.н.

В този смисъл е и съдебната практика, като тя следва различните научни виждания.

* Спрямо това, че се касае за смесен фактически състав – вж. Определение 1733/2007, Определение 8440/2008 и др.

* Спрямо концесиите – проектното дружество или публично-частното дружество е обвързано от офертата на участника Решение 218/6.04.2016, Решение 69/08. 06. 2012 по търговско дело на ВКС, Решение № 42/2 от 7.3.2008 на Апелативен съд Велико Търново, Решение № 7706/11.7.2006 на ВАС

Относно внасяне на предложение за държавна концесия от държавен орган (Министерски съвет), Решение №1714/ 9.02.2009 на ВАС, Решение 3170/6.3.2013 на ВАС, Решение № 3961/21. 3. 11 на ВАС и др., спрямо общите въпроси на административните договори и решенията, които издава възложите-

ля по ЗОП – Решение 1126/22. 12. 2016 на КЗК, Решение 617 от 8.6.2017, Решение № 431 от 25.04.17 на КЗК, Решение № 153 от 8. 12. 2016, Решение 0 334 от 30. 03. 2017, Решение № 640 от 15.6.2017 и др.

Многобройна е и съдебната практика конкретно за обществените поръчки, концесии, търгове за сключване на публични договори и др.

Проф. П. Голева (Голева, 2005, с. 15; Голева и др. 2002) анализира параграф 55 от германския Закон за административното производство, където е уредена административно-процесуалната спогодба. Спогодбата е публичен договор, чрез който се отстранява определен правен спор. Съществуват и други видове административни договори. Например, „Договор за размяна на престации“ – параграф 56 от германския Закон за административното производство. При него договарящите страни извършват насрещни престации, които да подпомогнат административния орган да изпълни своите публични функции. Германското законодателство урежда и условията за нищожност, за изменение и прекратяване на административния договор, както и въвеждането на т. нар. фигура на „жалба за изпълнение“ пред административен съд. Тези положения в Република Германия подробно са изследвани от проф. Д. Хрусанов (Хрусанов, 2002, с. 64 и сл.).

При анализа на правната природа на споразумението, д-р Памела Бучкова (Бучкова, 2012, с. 102 и сл.) подкрепя тезата, че то представлява специфичен инструмент на процесуалното право и като такъв се явява алтернатива на административния акт.

Административните договори (Legaltheory Forum, 2007) са една нова категория договори, различни от договора за взаимодействие между държавните органи. При тях една от страните винаги има привилегировано положение (властнически правомощия). Те задължително съдържат „изключителни клаузи“ в полза на привилегированата страна. Особен е и редът на тяхното сключване. Представяват смесен фактически състав.

Специално внимание бихме желали да отделим на последните научни анализи относно разпоредбите в АПК за административния договор, направени от видни и водещи в нашата административно-правна наука учени – проф. К. Лазаров и проф. Ив. Тодоров (Лазаров, Тодоров, 2016). Авторите подлагат на задълбочен научен анализ най-новите разпоредби на чл. 19а от АПК относно административния договор. По начало не отричат неговото съществуване, но категорично изразяват несъгласието си с някои нововъведени правила, а именно:

- уеднаквяване на понятията административен договор и административен акт;

- уеднаквяване на административния договор със споразумението;
- считат за неправилно правилата за недействителност на административните договори да са по правилата само на недействителните административни актове (чл. 146 от АПК);
- считат, че неправилно е въведеното по ЗУСЕСИФ правило, че административният договор замества административния акт;
- критикуват правилата, че за сключване на административния договор се прилагат правилата за издаване на индивидуални административни актове;
- допускането на предварително изпълнение и др.

Тези, които ние напълно споделяме, ще изложим в следващите редове, както и допълнителни аргументи към тях.

3. А. Въпросът за административните договори е разискван в Западно-европейската литература отдавна. В Германия първоначално господстващо е мнението на Otto Mayer (Mayer, 1889, р. 3ff), според което се отрича възможността гражданите да се договарят с администрацията. С приемането на Закона за административното производство на Германия (1) се слага край на този спор, т.е. приема се, че е възможно да се договаря с администрацията. Макар, както се вижда, пътят на юридическата мисъл по този въпрос да е твърде дълъг, в момента в Германия в параграф 54 на техния Закон за административното производство е създадена една обща правна уредба на административния договор. Съгласно този параграф, административният договор е съглашение, чрез което се образува, изменя или прекратява правно отношение в сферата на публичното право (AVV, 2007).

С други думи, административният договор е юридически факт от вида на правомерните, подобно на гражданско-правните договори, на административните актове, при настъпването на който в случая възниква публично правно отношение. То трябва да бъде в сферата на публичното право, възниква, изменя се или се прекратява от публичен договор, ако не противоречи на други правни норми.

За разграничаването на частноправният и публично-правният договор се използват различни теории, като: теория на интереса, теория на подчинението, теория на особените права и др. Субективната воля на договарящия партньор (Stelkens, Bonk, 2008, Rn75) не е допустима, а договорот трябва обективно да е в областта на административното право.

В Австрия, въпреки, че договорот за обществена поръчка се счита за гражданско-правен, контролът е пред административните съдилища (Bachmann, Baumgartner, 2016, р. 456).

Б. Теорията на административния договор е най-развита. Като главен вид административен договор се определя концесията във Франция. Към административните договори се причисляват още разрешения за упражняване на дейност, които със закон са запазени за държавата т.с. концесии за осъществяване на обществени услуги, договори за доставка от частни предприемачи на стоки и услуги за широк кръг от консуматори- вода, газ, електричество, концесии за извършване на публични работи (например строителство), което става после публична собственост, държавни и общински поръчки и др. Във Франция понятието „административен договор“ се приема за безспорно, а разграниченията вътре в тази категория са най-вече в зависимост от това, дали в него участва само публично-правен орган или са възможни т.н. изключителни клаузи или и двете заедно.

В правото на ЕС са приети пет Директиви, Споразумение за обществени поръчки в рамките на Световна търговска организация, ДФЕС и други, които се отнасят до публичните договори. В по-старата административно-правна литература се отрича възможността за тяхното съществуване, докато в по-новата – тенденцията е обособяването на административния (публичния) договор като отделна категория, която се отличава от обикновените гражданско-правни договори. Най-новите актове, регулиращи тази материя са: Директива 2014/24/ЕС, Директива 2014/25/ЕС и Директива 2014/23/ЕС.

В. У нас първи опит да се дефинира понятието „административен договор“ е направен с параграф 1 т. 1 от ДР на ЗУЕСИФ, ДВ, бр. 101/22.12. 2015, където **административният договор по смисъла на този закон** е изрично волеизявление на ръководителя на управляващия орган за предоставяне на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, по силата на което и със съгласието на бенифициента за него се създават права и задължения по изпълнение на одобрения проект. Това се оформя в писмено споразумение между ръководителя на управляващия орган и бенифициента, **заместващо издаването на административен акт.**

С други думи, **само по смисъла на този закон** административният договор се приравнява на административен акт.

В АПК (ДВ, бр. 74/20.9.2016) в новия чл. 19а е казано, че „Административният договор е писмено съглашение между административен орган и граждани и организации“

Систематичното тълкуване на текста на чл. 19а от АПК показва, че законодателят приема административният договор за административен акт, след като го нарежда на това място и прилага правилата за издаване, недействителност и други, както при административните актове.

Ние си поставяме за непосредствена научна задача да изясним с допълнителни аргументи тезата, посочена от българските учени, че административният договор не е административен акт, а следва или съдържа един или повече административни актове (Лазаров, Годоров, 2016).

В Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26.2.2014 (Официален вестник на ЕС от 28.3.2014 л. 94. 65), обществените поръчки по-специално (са определени като основна проявна форма на административните договори) и като **писмени договори** с определен **паричен интерес**, сключени между един или повече възложители и един или повече **икономически оператори** с предмет извършването на **строителство, доставка на стоки** или предоставяне на **услуги**. На това определение искаме да отделим специално внимание и анализ в следващите редове.

4. Проблематиката на административния договор, както подчертахме, е дискутирана и във връзка с това значителна част от белезите на този договор са установени. Този текст е опит да се допълнят тези белези, с оглед действащото в страната ни законодателство.

Ако приемем, че договорът за обществена поръчка, за концесиите, приватизационният договор, както и този за публично-частното партньорство, най-често олицетворяват административния договор, то на преден план излиза специфична тяхна особеност, а именно, **че те са форми за участие на държавата в стопанската сфера**.

След приемане на Конституцията ни от 1991 г, стопанската сфера се развива въз основа на нови принципи, непознати на икономиката ни до 1989 г. Сред тях са: пазарна икономика, свободна стопанска инициатива, два вида собственост – публична и частна (при това те са равнопоставени) и др. В първите години, в процеса на масова приватизация, на раздържавяване на т.нар. единна държавна собственост, дори се приемаше, че държавата ще се отдръпне изцяло от икономиката и няма да участва под никаква форма. Последователно, обаче, в хода на разгръщане на пазарната икономика, се прие Законът за ограничаване на административното регулиране и административен контрол в стопанската сфера (ДВ, бр. 55/17.6.2003). Цитираният закон положи основите на намеса на държавата в този сектор.

Първият най-важен принцип, който бе установен е, че съществува административно-правна регулация; тя не е напълно отречена, но е ограничена. Налага се, в случаи на завишен риск за националната сигурност, живота и здравето на хората или с оглед опасност за настъпване на значителни загуби за националното стопанство.

Самият Търговски закон, от своя страна, създава различни форми на участие на държавата – публични търговски дружества, участие в управлението на търговските дружества чрез акции, облигации и др. Нова форма са и създадените в последно време „държавни предприятия“ (Русчев, 2000).

Във всички случаи става дума за ограничено административно регулиране. Държавата изоставя командно-административния метод (характерен за плановата икономика), изоставя диктуване само и единствено чрез административни актове, а се намесва само при необходимост, при наличие на висок риск за националната сигурност и хората.

Още тук можем да изведем извода, че в приложното поле на административните (публичните) договори, а именно **стопанската сфера** – по-малко вероятно е да откриваме административни актове, а по-скоро споразумения или публични договори, ако участва държавата. Приватизационният договор е една от формите на участие на държавата в стопанската сфера.

5. Непосредствено свързан с формите на участие на държавата в икономиката на страната е и друг общ белег между различните административни договори. Това е **приложното им поле или с други думи казано, стопанската сфера**, в която участва държавата.

Член 2 от Закона за приватизацията и следприватизационен контрол (ДВ, бр. 28/2002 и посл. изм. (ЗПСПК) определя, че цел на този закон е да създаде условия за прозрачна и икономически ефективна приватизация при равнопоставеност на участниците. А самата приватизация (чл. 1, ал. 2 от цитирания закон) е прехвърляне чрез продажба на български физически или юридически лица с под 50% държавно или общинско участие в капитала или на чуждестранно лице на:

- дялове или акции, собственост на търговски дружества с повече от 50% държавно участие на капитала;

- дялове или акции, собственост на търговски дружества с повече от 50% държавно участие в капитала;

- обособени части от имуществото на търговски дружества с повече от 50% държавно или общинско участие в капитала и т.н.

Анализът на действащите нормативни актове сочи, че държавата намира и използва и други форми за намеса в стопанската сфера, освен лицензии, удостоверения за вписване, разрешения. Тук тя, обаче, не дирижира, не определя административно (чрез административни актове, макар, че би могла и това най-често ставаше при плановата икономика), а чрез договори с частни партньори осигурява при определен материален интерес защита на общото благо, на обществения интерес.

Следователно, тогава, когато се налага разгръщане на дадена дейност, услуга, строителство и други за общото благо, държавата не е абдикирала от своите функции на власт и на юридическо лице на публичното право (Балабанова, 2013). Напротив, тя участва **чрез други форми, предимно договаряне**, за да защити обществения интерес.

Ето защо, използваният от Директива 2014/24/ЕС термин за другия участник, а именно „икономически оператор“ за изпълнение на обществена поръчка, според нас, е по-правилно, тъй като дава веднага насока, къде да търсим тези договори – в стопанската сфера.

С други думи, приложното поле на административните договори (в това число приватизационните), като инструменти за участие на държавата е стопанската сфера на съответната държава.

6. Освен приложното поле сред специфичните белези на административните договори, на преден план излизат **публичните средства/публичните финанси по смисъла на Закона за публичните финанси** (Дв, бр.15. – 15.02.2013 – ЗПФС), които се предоставят от едната страна (публичния партньор) на другата страна (частния партньор).

Публичният партньор не участва в административния договор със свои лични средства, а с публични средства. Това са обществени, публични средства и затова те могат да се използват за обществени цели, в обществен интерес, при строг контрол и отчетност от страна на държавата, в лицето на публичния партньор и специализирани държавни органи. За предоставянето на публични средства (публични финанси) говорят редица текстове на специалните закони.

При тези договори се влагат публични средства в най-широкия смисъл на думата, като пари, публични или частни имоти на държавата, общините, публичните организации и др., които пак имат някаква парична стойност и могат да се остойностят, и др.

При приватизацията се прехвърлят, чрез продажба, на български физически или юридически лица с под 50% държавно или общинско участие в капитала, дялове или акции – собственост на държавата или на общините от търговски дружества и др.

Това **използване на публични средства** – пари, собственост, акции, облигации и т.н., независимо от конкретната им форма, съществено отличава административния договор от договорите по ЗЗД и ТЗ. В случая, средствата се използват за задоволяване на обществения интерес, а не, както правилно посочва проф Русчев, „... държавата да действа като потребител“ (Русчев, 2000) и да купува хартия, химикалки и т.н.

7. Друг специфичен признак на административните договори, а именно **паричният характер на правните последици, които настъпват от вече сключения административен договор.**

За паричен характер на последиците говори и Законът за приватизацията и следприватизационния контрол (ЗПСПК), ДВ, бр. 28/19.03.2000 и посл. изм. Член 8 от този закон казва, че „паричните постъпления от приватизация на държавно участие в капитала на търговските дружества, както и на обособени части от имуществото на ЕТД с държавно участие в капитала и постъпленията от приватизация на държавното участие в капитала на лечебните заведения по чл. 10 а, ал. 2, т. 1 **се внасят и отчитат в централния бюджет** и се разпределят изцяло в полза на държавния фонд за гарантиране устойчивостта на държавната пенсионна система. За паричния характер на последиците говорят и чл. 8, ал. 2, 3, 4, 5 от цитирания закон. Ако ще се допуска плащане с непарични платежни документи, Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол прави предложение до Министерски съвет, като последният разрешава изготвянето и обнародването на списък на търговските дружества с държавно участие в капитала, за които се допуска такова плащане (чл. 11 от ЗПСПК).

Признакът паричен характер на правните последици ни дава основание да изведем няколко основни извода:

* Щом се касае за това, че последиците не са административни или в по-голямата си част не са административни, тогава, според нас по-приемливо е използването на понятието „публичен договор“, вместо административен договор. Съответно на това всички договори, които в момента популярно се наричат договори за обществени поръчки, концесии, приватизационни и т.н., **ние приемаме за публични договори.**

* Посочването в наименованието публичния им характер, дава на правоприлагащите органи сведения за това, че тук се развива изпълнително-разпоредителна дейност, която не е чисто административна, от една страна, и, от друга страна, тук участие имат държавни органи или носители на властнически разпоредителни правомощия по силата на нормативен акт спрямо публични средства.

* Подобно наименование подсказва и вида контрол, който ще се упражнява по отношение на паричните средства, а това не е само и единствено административен контрол, **а основно е финансов контрол, щом засяга парични отношения, страна по които е държавата.**

8. Безспорен специфичен признак на административните (публични) договори в това число и приватизационните е, че те се сключват, изменят в обществен интерес за достигане на определено общо благо.

По смисъла на ЗПЧП и Закона за дейности по предоставяне на услуги, (ДВ, бр. 15, 2010 г.) и съгласно параграф 1 от ДР на втория цитиран закон, т. 22, **обществен интерес са** основания, признати за такива в практиката на съда на ЕС, включително обществен ред, обществена сигурност, обществена безопасност, запазване на финансова стабилност на системата на общественото осигуряване, защита на потребителите, получатели на услуги и работещи добросъвестно по търговски сделки, борба с измамите, опазване на околната среда, здраве, живот, интелектуална собственост, опазване на националното, културното и историческото наследство, цел на националната и културната политика.

За общо благо говори и фактът, че средствата отиват в полза на Държавен фонд за гарантиране устойчивостта на държавната пенсионна система, при определена процедура, в Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол (чл. 8, т. 1 от ЗПСПК).

9. При публичните договори органът на изпълнителната власт притежава властнически правомощия относно едностранно определяне на съществени клаузи по договора, както и по отношение на т.нар. изключителни клаузи и контрола за изпълнение на договора.

Анализът на специалните закони показва, че основен субект „публичен партньор“ по публичния договор са органите на изпълнителната власт или други овластени за това от правната норма субекти. Параграф 1 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 101, 2015), ясно казва, че едната страна е ръководител на управляващия орган за представяне на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ.

За непосредствен израз на подобни властнически правомощия по публичните договори, могат да се дадат следните примери.

По чл. 27 от ЗПСПК, Министерският съвет определя задължителната информация, която се предоставя на лицата, заявили интерес за участие в приватизацията. Министерският съвет като висш орган на изпълнителната власт в държавата определя кои документи и сведения, свързани с подготовката и извършването на приватизационните сделки, са служебна тайна (съгласно чл. 28, ал. 9 от същия закон). Ако приватизационната сделка се извършва след решение на Министерски съвет по предложение на органа, упражняващ правата на собственост на капитала на търговските дружества, то тогава продажбата се извършва от търговското дружество. Ако, обаче, е по решение на Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол, по предложение на органа, управляващ правата на собственост на капитала, то тогава продажбата се извършва от

Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол по реда на ЗПСПК. И в този случай страна е административен орган, но след приемане на решение от друг административен орган (Министерски съвет, Агенция за приватизация и следприватизационен контрол), което е административен акт.

С други думи, **наблюдаваме в практиката, че административният (публичният) договор най-често се сключва след издаване на административен акт.**

10. Специалните закони категорично говорят за договор, договорно съглашение между публичния и частния партньор (в този смисъл са чл. 3 от ЗПЧП, чл. 1, ал.2 от ЗПСПК, чл. 1, ал. 2 от ЗОП и други).

По-различно е положението в чл. 19а от АПК, където независимо от това, че административният договор се титулува като договор, в следващите текстове по сключване, недействителност (чл. 19 б, чл. 19 е от АПК) административният договор се приравнява на административен акт. Нещо, което не можем да подкрепим и изследвахме в предходните редове, че административният договор съдържа един или повече административни акта, както е при обществените поръчки, концесиите или следва административният акт – както е при приватизационния договор.

На основата на специалните закони може да се установи, че договорното отношение между страните е по-специфично **и се различава от частноправната връзка, различава се от облигационното съглашение, защото тук отсъства един от основните им признаци – „равнопоставеност на субектите“**. Дори тогава, когато публичният възложител не е административен орган (например публичноправна организация), последният пак се намира в господстващо положение, спрямо другата страна. Това господстващо положение се гарантира от различни норми на специалните закони. Наблюдаваме го в различни насоки:

а) Една част от съдържанието на договора предварително е определена. Без да изчерпваме в пълнота въпроса, ще посочим следните норми, които предварително едностранно определят клаузи по договора:

Според чл. 27 от Закона за приватизацията и следприватизационен контрол (ЗПСПК), Министерският съвет определя задължителната информация, която се предоставя на лицата, заявили интерес за участие в приватизацията. Министерският съвет определя кои документи и сведения, свързани с подготовката и извършването на приватизационни сделки са служебна тайна.

Член 32 от ЗПСПК изрично очертава методите на приватизация на акции, собственост на държавата и общините, в търговски дружества, както и такива в търговски дружества с повече от 50% държавно участие.

Член 356, ал.2 от ЗПСПК казва, че Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол прави предложение за класиране на допуснатите участници, според предварително обявените критерии за оценяване.

б) В тези договори най-често се наблюдава включването на т.нар. „**изключителни клаузи**“. За тяхното наличие говорят редица текстове на специалните закони.

* едностранно може да се прекрати договорът (чл. 75 от ЗК) при определени условия – например, с оглед националната сигурност, околната среда, човешкото здраве и т.н.

в) Правомощието на публичния партньор да прекрати договора без вина от страна на концесионера, също разкрива господстващото положение на концедента. Същото се наблюдава и в чл. 119 от ЗОП, чл. 61, ал. 2, чл. 62 и сл. от ЗПЧП.

г) **Договорната свобода е силно ограничена от гледна точка на реализиране на публичния интерес.** Именно заради това, държавата запазва контрола спрямо сключените административни договори за себе си и го упражнява чрез оторизираните за това органи: чл. 22 б, л. 4, т. 2 от ЗПСПК, параграф 11б от ДР на ЗПСПК, параграф д от ДР на ЗПСПК и др.

Причината за наличието на подобни клаузи и подобна специфика е, че самият обект на административния договор (публични средства, обекти държавна собственост или части от тях, извършване на дейности, които по закон са монопол на държавата, прехвърляне на собственост върху дялове и акции на държавата в търговски дружества с държавно или общинско имущество, или обособени части от такива), трябва да гарантира публичния интерес, общото благо, затова договорната свобода е сведена до минимум. За насрещната страна по правоотношението спрямо публичния партньор остава правната възможност да се съгласи или да не приеме тези предварително установени императивни правила. Но тази възможност, макар и да е малка, е пак израз на договорна свобода.

В съответствие с гореизложеното, бихме могли да изведем следните основни изводи.

Щом има свободата да приеме или не предложените клаузи, се касае за договорно съглашение. Наличието на властнически правомощия в публичния партньор обосновава още, че правното отношение е с публичен характер. Ограничаването на договорната свобода засяга или съдържанието на договора, задължителното съдържание на част от клаузите, задължителните условия, на които трябва да отговаря (концесионера, изпълнителя), условията за участие в конкурса, търга, задължителната поредност (от фактическия състав) от сключване на договора и др. Във връзка с това напълно подкрепяме становището на проф. Русчев (Русчев, 2000), че гражданско-административен договор няма.

Независимо привилигираното положение на едната страна, правното отношение остава договорно, защото има съгласуване на воли, на две насрещни волеизявления. За другата страна остава възможността да се съгласи или не.

За разлика от тези правила, за публичния (административния) договор е характерно, според нас, че съдържа един или повече административни актове или се сключва след издаване на административен акт, които до известна степен предопределят съдържанието му.

11. Другата страна по правоотношението е изпълнителят. Вече имаме възможност да посочим, че използваното в Директива 2014/24/ЕС понятие за изпълнител – „икономически оператор“, ние намираме за по-сполучливо.

Анализът на специалните закони сочи, обаче, че изпълнителите по административния договор много рядко имат само и единствено статут на граждани и организации. При това, придобиването на статут на изпълнител по административен договор често е обвързано с процесуални правила, процедури, конкурси, търгове и т.н., с цел гарантиране на обществения интерес.

По ЗПСПК при продажбата купувачът се определя от дружествата, включени в списъка по чл. 3, ал.1 от закона, след решение на Министерския съвет или на Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол по предложение на органа, упражняващ правата на собственик на капитала на търговското дружество. Ако решението е прието от Министерски съвет, то продавач е самото търговско дружество, а в останалите случаи – Агенцията за приватизация и следприватизационен контрол. Купувачът се определя (чл. 35б, в, и сл. от ЗПСПК) след предложение на Агенцията, заедно с обявените критерии, последващо решение на Министерски съвет и накрая одобрение от Надзорния съвет на агенцията за приватизация. С други думи, тук наблюдаваме един административен акт преди сключване на договора, след това договорно съглашение и втори административен акт за одобряване от Надзорния съвет на Агенцията.

Предлагаме, в тази сфера и тези участници да се индикират в определението на административен договор по начин, по който го прави Директива 2014/24/ЕС. Там те твърде сполучливо са посочени като „икономически оператори“. Предлагаме този термин да се възприеме от законодателя в чл. 19а АПК, когато се говори за страна по административен договор.

Въпросите за сключване, изменение и прекратяване на административните договори детайлно са разгледани в специалните закони. Подкрепяме становището, изразено в административно-правната ни литература, че тук не намират приложение правилата на индивидуалните административни актове.

Бележки

1. Verwaltungsverfahrensgesetz 25. 5. 1976 in der Fassung der Bekanntmachung von 23. 1. 2003q BGBl I s. 102

Литература

1. БАЛАБАНОВА, Хр. (2013) Публични организации. София.
2. БУЧКОВА, Памела (2012). Административният договор. Материално-правни и процесуалноправни предпоставки. *Сравнителни аспекти*, София, с. 102 и сл.
3. ГОЛЕВА, П. (2005) Договорът в административното право. *Административно правосъдие*, кн. 2, с. 15.
4. ГОЛЕВА, П., Ив. РУСЧЕВ, К. ЛАЗАРОВ (2002). Обществените поръчки. София.
5. ДЕРМЕНДЖИЕВ, Ив. (1989) Административно право на НРБ-С, с. 164.
6. ДЕРМЕНДЖИЕВ, Ив. Д. КОСТОВ, Д. ХРУСАНОВ (1996) Административно право на Република България, София, с. 189.
7. ЗИНОВИЕВА, Д. (2008) Дискусионни тези в административното право и административния процес, София, с. 30.
8. КЪНДЕВА, Ем. (1998) Държавни договаряния и държавни поръчки в контекста на правото на ЕС, Сб. *Сближаване на българското законодателство на правото на ЕО. Трудове БАН*, ИДП т. 1, София, с. 88
9. ЛАЗАРОВ, К., Ив. ТОДОРОВ. (2016) Административният договор най-после влиза в АПК. *Правен свят*, 18. 03. 2016 и Административният договор след въвеждането му в АПК. *Правен свят*, 24. 10. 2016.
10. ПЕТРОВ, Васил (2012) Споразумението по чл. 20 от АПК . III2016. *Адвокатски преглед* 2012/12.
11. РУСЧЕВ, Ив. (1999) Административен договор, *Пазар и право*, кн. 12, 12-19
12. РУСЧЕВ, Ив., (2000) Административният и частноправният договор, *Пазар и право*, №1/2000;
13. СИВКОВ, Цв. (2006) Споразумението по чл. 20 от АПК, София, с. 81
14. СТАЙНОВ, П. (1965) Теория на административния договори. *Социалистическото право*. ГСУ Юрид. фак. т. 56 кт1 С, с. 20, с. 34.
15. ХРУСАНОВ, Д. (2002) Административният договор в административното право на Република Германия. *Съвременно право*, №4, с. 64 и сл.

16. Allgemeinen Verwaltungsverfahren 1991 BGBl*1991* 51 (2207) Springer G. Wirtschaftslexikon. Öffentlich-rechtlichen Vertrag.
17. Bachmann S Baumgartner. G und andere (2016). Besonders Verwaltungsrecht. 11 Auflage Verlag Österreich s. 456.
18. Legdltheory Forum (2007) www. legdltheory. org
19. MAYER, Otto. (1889) AOR. 3ff.
20. STELKENS, Bonk Sachs (2008) Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar Munchen. Rn 75.

PRIVATIZATION CONTRACT IN OUR CURRENT LEGISLATION

Hristina Balabanova

Abstract

The article is devoted to the privatization contract as a type of administrative contract. In this connection, the specifics of the contract are examined and the conclusion is drawn that it is a mixed fact between many administrative acts and a contractual agreement

Key words: *administrative contract, privatization contract business sphere.*