

М О Т И В И

към проекта на Закон за изменение и допълнение на Закона за концесиите,
одобрен с

Решение № 48 на Министерския съвет
от 20 януари 2021 година

I. ПРИЧИНИ ЗА ПРИЕМАНЕТО НА ЗАКОН ЗА ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПЪЛНЕНИЕ НА ЗАКОНА ЗА КОНЦЕСИИТЕ. ЦЕЛИ НА ЗАКОНОПРОЕКТА.

Основната причина за приемането на Закона за изменение и допълнение на Закона за концесиите (законопроекта) е установена необходимост от прецизирането на някои разпоредби, свързани с въвеждане на европейските изисквания в областта на концесиите и с отстраняване на констатирани несъответствия с правото на Европейския съюз. За целта със законопроекта се въвеждат допълнителни изисквания, произтичащи от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за възлагане на договори за концесия (Директива 2014/23/ЕС) и на Директива 2014/55/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 16 април 2014 г. относно електронното фактуриране при обществените поръчки (Директива 2014/55/ЕС). Освен това се прие за целесъобразно в законопроекта да се включат предложения и за прецизиране на отделни разпоредби с цел улесняване на правоприлагането.

Допълнителните изисквания, произтичащи от Директива 2014/23/ЕС, се отнасят за следните групи изменения:

1. осигуряване на съответствие по отношение на кръга на обхванати субекти;
2. уточняване и прецизиране на разпоредбите, с които се определят изключенията относно приложното поле на закона спрямо определени концесии за строителство или концесии за услуги;
3. прецизиране на основанията за изключване и на условията за участие;
4. прецизиране на изискванията относно предоставяне на информация на кандидатите и участниците;
5. прецизиране на изискванията относно измененията на критериите за възлагане;
6. прецизиране на основанията за изменение на концесионните договори;
7. допълване на секторните дейности.

Във връзка с изложеното целите на законопроекта са Законът за концесиите (ЗК) да се приведе в пълно съответствие с изискванията на Европейското законодателство, както и прецизирането му с цел улесняване на правоприлагането.

Предлаганите изменения и допълнения на ЗК не са съществени, доколкото не засягат основните принципи и философията на закона. Измененията не са многобройни, тъй като значителна част от тях представлява прецизиране на термини, които се срещат

многократно в закона. В тази връзка не е налице хипотезата на чл. 11, ал. 1 от Закона за нормативните актове за отменянето на ЗК и за замяната му с нов.

II. МОТИВИРАНЕ НА ОСНОВНИТЕ ИЗМЕНЕНИЯ И ДОПЪЛНЕНИЯ, ПРЕДЛОЖЕНИ СЪС ЗАКОНОПРОЕКТА, И АНАЛИЗ ЗА СЪОТВЕТСТВИЕТО ИМ С ПРАВОТО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

1. Осигуряването на съответствие с Директива 2014/23/ЕС по отношение на кръга на обхванати субекти:

За да се постигне пълно съответствие с изискванията на Директива 2014/23/ЕС, се предлага ЗК да се допълни (изменението на чл. 17, ал. 1 и 2) с посочване на всички възлагащи органи и възложители така, както са определени в чл. 6 и 7 от директивата, при запазване на установеното в националното законодателство правило за ограничаване на кръга на субектите, които може да възлагат концесии и да са страна по концесионен договор (изменението на чл. 17, ал. 3 от ЗК). Посоченото ограничаване се основава на принципа на оперативна самостоятелност на държавите членки и на националните публични органи, признат и потвърден в съображение 5 и в чл. 2, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС. В допълнение на посоченото, с въвеждането на понятията „възлагащ орган” и „възложител“ се създава възможност да се разграничат концесиите за дейностите, изброени в приложение № 2 към чл. 8, ал. 2 от ЗК, за които е предложено да се нарекат „секторни концесии“ (чл. 6, нова ал. 4). С изменението на чл. 3, ал. 2 от ЗК се дава отговор на въпроса кои са приложимите правила за възлагане на строителство и на услуги спрямо възлагащите органи и възложителите, които не са министри и кметове на общини – възлагане по реда на Закона за обществените поръчки (ЗОП). Със законопроекта се предлага допълнение на чл. 17, ал. 5, която става ал. 7, и на чл. 55 от ЗК, с което на възлагащите органи и възложителите се предоставя и допълнителна възможност – да предлагат възлагането на концесия, както и да им се възлага изпълнението на определени със ЗК правомощия на концедента.

Във връзка с разширяване кръга на субектите е и предложеният чл. 26а, с който се определя, че не са възложители по смисъла на ЗК лица, на които са предоставени специални или изключителни права чрез процедура, при която е била осигурена достатъчна публичност и предоставянето на правата е основано на обективни критерии. В приложение № 2а са изброени правните актове на Европейския съюз, които определят провеждането на такива процедури.

За да се изяснят лицата, които имат статут на възлагащ орган и възложител, се предлагат и съответните определения за „доминиращо влияние“, „изключително право“, „местни органи“, „регионални органи“, „публичноправна организация“, „свързано предприятие” и „специално право” и се допълва определението за „публично предприятие“. Определението за „изключително право” се включва в Допълнителните разпоредби и се заличава от раздел I, т. 1 на приложение № 4 към чл. 26 от ЗК, защото вече ще бъде относимо и към разпоредби извън приложението.

Във връзка с разширяване на кръга на субектите се налагат предложените изменения в ЗК, с които навсякъде думите „публичен орган” се заменят с „възлагащ орган или възложител“.

С гореизброените изменения и допълнения на ЗК се постига пълно съответствие с Директива 2014/23/ЕС относно кръга на субектите, което е видно и от справката за съответствие с европейското право.

2. Относно разпоредбите, с които се определят изключенията от приложното поле на закона спрямо определени концесии за строителство и/или концесии за услуги:

Във връзка с разширяване на кръга на субектите по ЗК се предлага прецизиране на разпоредби от приложение № 4 към чл. 26 от ЗК, с което се правят съответните уточнения за кои от субектите се прилага всяко изключение. Прецизирането на субектите, както и замяната на думите „договори за услуги“ или „договори“ съответно с „концесии за услуги“ или с „концесии“ води до пълно съответствие с изискванията на глава първа, раздел II от Директива 2014/23/ЕС.

В раздел I, т. 1 от приложение № 4 към чл. 26 от ЗК като изключение от приложното поле на закона са посочени концесиите, които са възложени на икономически оператор въз основа на изключително право. За да се прилага това изключение, с чл. 10, параграф 1, ал. 2 от Директива 2014/23/ЕС е поставено условието изключителното право да е предоставено в съответствие с правилата за достъп до пазара, определени от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и с правни актове на Европейския съюз, определящи общи правила за достъп до пазара, приложими за секторните дейности. С цел осигуряване на пълно съответствие с посочената разпоредба от Директива 2014/23/ЕС и с чл. 10, параграф 2, ал. 1 от нея е предложено прецизиране на т. 1 от раздел I от приложението, както и допълване на раздел II от приложението с нова т. 1.

С чл. 10, параграф 6 от Директива 2014/23/ЕС е определено, че същата се прилага и за възлагането на концесии в областта на отбраната и сигурността по Директива 2009/81/ЕО, като в пет отделни букви са изброени изключенията. Изключенията по чл. 10, параграф 6, буква „а“, които са въведени в приложение № 4, раздел I, т. 4 от ЗК, са допустими само ако е изпълнено поставеното от директивата условие държавата членка да е установила, че „съответните основни интереси не могат да бъдат гарантирани чрез мерки с по-малка степен на намеса“. Изключенията по чл. 10, параграф 6, буква „а” от Директива 2014/23/ЕС са аналогични на изключенията по чл. 13, ал. 1, т. 13, букви „а”, „е” и „ж” и чл. 149, ал. 1, т. 2 от ЗОП, за които, по делегация от чл. 13, ал. 2 от същия закон, е приета Наредбата за критериите и реда за определяне наличието на основни интереси в случаите по чл. 13, ал. 1, т. 13, букви „а”, „е” и „ж” и чл. 149, ал. 1, т. 2 от Закона за обществените поръчки, които трябва да бъдат защитени при сключване на договор за обществена поръчка или при провеждане на конкурс за проект. В тази връзка се предлага допълване на раздел II от приложение № 4 към чл. 26 от ЗК с нова т. 2, с която се определя, че критериите и редът за определяне наличието на основни интереси, свързани със сигурността на страната, които трябва да бъдат защитени при сключване на договор за концесия в областите отбрана и сигурност, се определят съответно при условията и по реда на наредбата по чл. 13, ал. 2 от Закона за обществените поръчки.

В раздел I, т. 8 от приложение № 4 към чл. 26 от ЗК като изключение от приложното поле на закона са посочени концесии между субекти в публичния сектор, определени в чл. 17, параграф 1 и 3 от Директива 2014/23/ЕС. За да се осигури съответствие с буква „б“ от посочените параграфи на директивата, е предложена редакция на т. 8, буква „б“ от раздел I на приложението. Освен това е предложено изменение и на буква „в“ от същата т. 8, за да се осигури изпълнение на условието по чл. 17, параграф 1, буква „в“ и параграф 3, буква „в“ от директивата – в юридическото лице не се допуска пряко частно капиталово участие, като е определено, че по изключение такова е допустимо, когато се изисква от разпоредби на националното законодателство в съответствие с Договора за Европейския съюз и с Договора за функциониране на Европейския съюз и (i) не е свързано с контролни или блокиращи правомощия, и (ii) не оказва решаващо влияние върху дейността на юридическото лице.

Във връзка с прецизирането на изключенията и с премахването на концесиите за ползване със законопроекта се предлага и редакция на чл. 1, ал. 2 от ЗК.

3. Относно прецизирането на основанията за изключване.

Основанията за изключване са определени с чл. 60 от ЗК, като едно от тях, посочено в чл. 60, ал. 2, т. 7, е обявена несъстоятелност или ликвидация, или открито производство по несъстоятелност на кандидата или участника, или наличие на сходна процедура съгласно законодателството на държавата, в която е установен. Така определено, основанието съответства на посоченото в чл. 38, параграф 7, буква „б“ от Директива 2014/23/ЕС. Втората част от посочената разпоредба от директивата предвижда възможността възлагащият орган или възложителят (концедентът) по собствена преценка да реши да не изключва участник, който отговаря на изброените хипотези, „когато е установил, че въпросният икономически оператор ще е в състояние да изпълни концесията, като се вземат предвид приложимите национални правила и мерки за продължаване на стопанската дейност в такива случаи“. За да се постигне пълно съответствие с чл. 38, параграф 7, буква „б“ от Директива 2014/23/ЕС и по-специално – с втората част от разпоредбата, е предложено допълване на чл. 60, ал. 4 със създаването на т. 7.

В чл. 60, ал. 3 от ЗК като основание за изключване са определени и обстоятелствата, които са установени при провеждане на процедурата за определяне на концесионер. Две от тях – тези по т. 4 и 5, се отнасят до всяка концесия с класифицирана информация, вместо до концесиите в областите отбрана и сигурност по Директива 2009/81/ЕО, към които препраща разпоредбата на чл. 38, параграф 7, буква „и“ от Директива 2014/23/ЕС. При извършения анализ на разпоредбите на ЗК се установи, че така, както са дефинирани концесиите с класифицирана информация (в чл. 12), е възможно да се приеме, че обхватът им е по-широк от концесиите в областта на отбраната и сигурността съгласно Директива 2009/81/ЕО и Директива 2014/23/ЕС. За да се предотврати възможността да се твърди несъответствие с посочените директиви, навсякъде в ЗК понятието „концесия с класифицирана информация“ е заменено с понятието „концесия в областите отбрана и сигурност“, а чл. 12 е изцяло изменен.

С чл. 38, параграф 2 от Директива 2014/23/ЕС е предвидено следното: „По отношение на финансовото състояние възлагащият орган или възложителят може да изиска икономическият оператор и тези субекти да носят обща отговорност за изпълнението на договора.” В тази връзка, за да е налице пълно съответствие с посочената разпоредба от директивата, е предложено изменение на чл. 63, ал. 3 от ЗК, като императивното изискване за солидарна отговорност на третото лице е заменено с възможност, преценката за прилагането на която е поставена в оперативната самостоятелност на съответния концедент.

4. Относно прецизирането на изискванията за предоставяне на информация на кандидатите и участниците:

С чл. 40, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС е въведено изискване за съвременно уведомяване на всеки кандидат и участник „за взетите решения относно възлагането на концесия, включително името на спечелилия офертент, основанията за отхвърляне на заявлението или офертата му и основанията за всяко решение да не се възлага договор...“. С чл. 119, ал. 2 от ЗК е поставено императивното условие към уведомлението за прието решение за определяне на концесионер, съответно за решение за прекратяване на процедурата, да се приложи протоколът по чл. 104, ал. 1 от ЗК за отваряне на предложенията, разглеждане и оценяване на офертите и класиране на участниците. Съгласно чл. 102, ал. 5 от ЗК при откритата процедура решението, с което се определят офертите, които не се оценяват, се съобщава на заинтересованите участници с решението за определяне на концесионер, съответно за прекратяване на процедурата. За да се въведе напълно цитираната разпоредба на чл. 40, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС относно уведомяване за основанията за отхвърляне на заявленията, е предложено допълване на чл. 119, ал. 2. Тъй като съгласно чл. 81, ал. 3 от ЗК всяко решение на комисията за провеждане на процедурата следва да се мотивира, а мотивите – да се включат в протокол, с предоставянето на протоколите, предвидено с допълнения чл. 119, ал. 2, се осигурява пълно съответствие с чл. 40, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС. Доколкото предоставянето на съответните протоколи на кандидатите и участниците е императивно определено, не е необходимо да се въвежда изискването на чл. 40, параграф 1, ал. 2 от Директива 2014/23/ЕС изброената в ал. 1 на разпоредбата информация да се предоставя „по искане на заинтересованата страна“.

С чл. 40, параграф 2 от Директива 2014/23/ЕС е въведено изключение от задължението за предоставяне на информацията по параграф 1 „когато разкриването ѝ би попречило на правоприлагането или би било в противоречие с обществения интерес, би увредило законните търговски интереси на публични или частни икономически оператори или би накърнило лоялната конкуренция между тях“. Това изключение не е включено в ЗК, поради което със законопроекта се предлага допълване на чл. 81 с ал. 5, с която, аналогично на чл. 124, ал. 3 от ЗК, е поставено изискването за всяко предвидено със закона прилагане на протокол на комисията към уведомление до кандидатите или до участниците, протоколът да се предоставя в заверено от член на комисията копие, в което е заличена защитената със закон информация, чувствителната информация, както и информацията, определена като поверителна, и е посочено основанието за заличаването.

5. Относно прецизирането на изискванията относно измененията на критериите за възлагане.

С чл. 41, параграф 3 от Директива 2014/23/ЕС е поставено изискване за изброяване на критериите за възлагане „по значението им в низходящ ред“. С ал. 2 на същия параграф е предвидена възможност за изменение на поредността на критериите за възлагане по значение, когато е получена „оферта, предлагаща новаторско решение с изключително високо равнище на функционално изпълнение, което добросъвестен възлагач орган или възложител не би могъл да предвиди“. По аргумент от чл. 54, ал. 2-4 от ЗК националният законодател е преценил, че новаторско решение е възможно да е налице само при провеждане на състезателна процедура с договаряне и при състезателен диалог. В тази връзка националният законодател се е възползвал от възможността да осигури гъвкавост на концедентите само при тези процедури, като с чл. 70, ал. 3 от ЗК е допуснал при тяхното провеждане определянето на относителната тежест на критериите за възлагане да се извърши на един по-късен етап, когато ще е налице информация за възможността да се приложи новаторско решение. Доколкото националният законодател е предвидил само последващо определяне на относителната тежест на критериите за възлагане, но не и изменение на поредността на критериите по значение за възлагане, е необходимо допълване на ЗК с цел въвеждане на посоченото изискване на Директива 2014/23/ЕС. В тази връзка със законопроекта се предлага в глава трета на ЗК да се създаде нов раздел XI „Изменение на поредността на критериите за възлагане“. Във връзка с изискването на директивата за публикуване на ново обявление, когато първоначалните критерии са били публикувани „едновременно с обявлението за концесията“, е предложено и допълнение на чл. 117, ал. 1 с точка 7, с което еднозначно се определя, че възникването на основание за изменение на поредността на критериите за възлагане при открита процедура е абсолютна предпоставка за прекратяване на процедурата, както и допълнение на чл. 118, ал. 2, съгласно което решението за прекратяване на процедурата винаги включва решение за провеждане на нова процедура.

6. Относно прецизирането на основанията за изменение на концесионните договори.

С чл. 139, ал. 1 от ЗК е уредено едно от допустимите изменения на концесионен договор, като са посочени две условия, при наличието на които изпълнението на допълнително строителство и/или услуга от концесионера не може да бъде възложено на друг концесионер. В чл. 43, параграф 1 от Директива 2014/23/ЕС изброените в чл. 139, ал. 1 от ЗК условия са кумулативни, поради което се предлага, с цел привеждане в пълно съответствие, съюзът „или“ между т. 1 и 2 да се замени със съюза „и“.

С чл. 43, параграф 4 от Директива 2014/23/ЕС е определено кога изменение на концесионен договор е съществено и съответно – не е допустимо. В разпоредбата е определено общо изискване, според което, за да бъде съществено, изменението трябва да прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената. В транспониращия текст на чл. 137, ал. 5 от ЗК такова общо изискване не е включено, а в четири точки са изброени отделни случаи на съществени изменения, едно от които (в т. 3) се отнася до промяна на предмета на концесията и на цялостния ѝ характер. При

отсъствието на посоченото в директивата общо изискване списъкът от съществени изменения се явява изчерпателен, а би следвало – предвид общото изискване от директивата – да е само ориентиловъчен. В съображение 75 на Директива 2014/23/ЕС е посочено следното: „Нова процедура за възлагане на концесия се изисква в случай на съществени изменения в първоначалната концесия, по-специално в обхвата и съдържанието на взаимните права и задължения на страните, включително разпределението на правата върху интелектуалната собственост. Такива изменения указват намерението на страните да предоговорят основни срокове или условия на тази концесия. Такъв е по-специално случаят, когато изменените условия биха повлияли на резултата от процедурата, ако бяха включени в първоначалната процедура.“ Примери за промяна в естеството (цялостния характер) на концесията са изброени в съображение 76 на Директива 2014/23/ЕС, отнасящо се до хипотезата на чл. 43, буква „в“ от Директива 2014/23/ЕС: „при замяна на строителството, което трябва да се извърши, или на услугите, които трябва да се предоставят, с нещо друго или при коренна промяна на вида на концесията, тъй като в такава ситуация може да се предположи хипотетично влияние върху резултата“. В същото съображение като примери за промяна на характера на концесията са посочени замяна „с нещо друго“ на строителството, което трябва да се извърши, или на услугите, които трябва да се предоставят, или при коренна промяна на вида на концесията, „тъй като в такава ситуация може да се предположи хипотетично влияние върху резултата“. В този случай под резултат следва да се разбира резултатът от концесията предвид въведеното с директивата ограничение на увеличението на стойността на концесията до 50 на сто спрямо първоначалната стойност. Изложеното сочи, че следва да се прави разграничение между промяна, която прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената, и промяна, която води до промяна на цялостния характер на концесията. В първия случай Директива 2014/23/ЕС определя промяната като самостоятелна и абсолютна отрицателна предпоставка за изменение на концесионния договор (чл. 43, параграф 4, въведен в чл. 137, ал. 5 от ЗК). Във втория случай, за да бъде допустимо изменението на концесионния договор, освен отсъствие на промяна на цялостния характер на концесията следва да са изпълнени и други условия (чл. 43, параграф 1, буква „а“, буква „в“, т. (ii) и параграф 2, ал. 2 от Директива 2014/23/ЕС, въведени съответно в чл. 137, ал. 1, т. 1, чл. 138 и чл. 139 от ЗК). Тъй като понастоящем ЗК не прави разграничение между посочените от Директива 2014/23/ЕС хипотези, със законопроекта се предлагат изменения на чл. 137, ал. 5 с цел правилно въвеждане на изискванията на чл. 43 от директивата. С едното изменение се въвежда посоченото общо изискване относно промяната – да прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената, а с второто (това по т. 3) – значително да разширява обхвата на концесията.

7. Съгласно чл. 44 от Директива 2014/23/ЕС държавите членки трябва да осигурят на възлагащите органи и възложителите да прекратяват концесионен договор, ако е налице едно или повече от три изброени условия. Условията по букви „б“ и „в“ на чл. 44 от Директива 2014/23/ЕС са възпроизведени в чл. 145, ал. 1, в точки 1 и 2. За да се осигури пълно съответствие с директивата, се предлага разпоредбата да се допълни с нова т. 1, с която да се въведе и условието по чл. 44, буква „а“ от директивата.

8. Относно допълването на секторните дейности.

В приложение № 2 към чл. 8, ал. 2 от ЗК не са включени дейностите по т. 6 от Приложение II към Директива 2014/23/ЕС, за което е преценено, че представлява недопустимо ограничаване на приложното поле на директивата. В приложение № 2 към чл. 8, ал. 2 от ЗК са изброени т.нар. „секторни“ дейности, които се извършват от възложители и за които тези възложители възлагат концесии. С чл. 25, ал. 1 от ЗК концесиите за подземни богатства са изключени от обхвата на ЗК, като е определено, че се предоставят и изпълняват при условията и по реда на Закона за подземните богатства (ЗПБ). При проведени технически консултации с Европейската комисия бе потвърдено, че няма да се счита за ограничаване на приложното поле на Директива 2014/23/ЕС, ако България запази статуквото концесиите за добив на нефт и на газ, както и проучванията и добивът на въглища и на други твърди горива да се възлагат от българската държава по реда на ЗПБ, ако приложение № 2 към чл. 8, ал. 2 от ЗК се допълни в съответствие с т. 6 от Приложение II към Директива 2014/23/ЕС. В тази връзка със законопроекта е предложено допълване на посоченото приложение с т. 6.

9. Относно прецизирането на някои понятия и изисквания с цел улесняване на правоприлагането, необходимостта от което е установена при прилагане на ЗК:

Със законопроекта се предлага понятията „концесия с трансграничен интерес“ и „концесия без трансграничен интерес“ да се заменят съответно с „концесия над европейския праг“ и с „концесия под европейския праг“. Използваните в ЗК понятия е възможно да създадат впечатление, че концесиите под европейския праг априори са без трансграничен интерес, което би било в противоречие с постоянната практика на Съда на Европейския съюз, съгласно която при възлагането на поръчки, които поради стойността си не попадат в приложното поле на директивите от областта на обществените поръчки „все пак трябва да се прилагат основните правила и общите принципи на Договора за функционирането на Европейския съюз..., доколкото тези поръчки са от сигурен трансграничен интерес“. Във връзка с изложеното изменението на посочените понятия има за цел да се избегне всякакво съмнение, че националният законодател ограничава приложното поле на основните правила и общите принципи на Договора за функционирането на Европейския съюз за концесиите, дефинирани като такива без трансграничен интерес.

Със законопроекта се предлагат изменения и допълнения в ЗК, свързани с определянето на обекта на концесията и на свързаните с него права на експлоатация, които се предоставят на концесионера, необходимостта от които е установена при анализ на прилагането на ЗК. На първо място се предлага допълнение на чл. 15, ал. 1 от ЗК с изречение второ, с което се определя, че към обекта на концесията за строителство може да се включат и един или повече други строежи, които са функционално свързани с използването по предназначение на строежа – обект на концесията, както и строежи, чрез които се предоставят услуги или изпълняват други стопански дейности, включени в предмета на концесията. Практиката показва, че във всички случаи досега, когато се възлага концесия за строителство, освен строежът, за който се възлага конкретно строителство и който е дефиниран от ЗК като „обект на концесията“, на концесионера се

възлага предоставянето на услуги и поддържането и на други строежи, които отговарят на посочените в предложеното допълнение условия. За да не се налага тези строежи да се квалифицират като принадлежности по смисъла на чл. 16, ал. 3, е необходимо ЗК да уточни, че те са част от обекта на концесията. Във връзка с това, в чл. 7, ал. 4 и навсякъде в ЗК, където се визират приходи от предоставяни чрез строежа услуги, думите „чрез строежа“ се заменят с „чрез обекта на концесията“.

В чл. 7, ал. 4 от ЗК думите „друга стопанска дейност“ са заменени с „една или повече стопански дейности“, за да се отговори на нуждите от практика на концесионера да се предоставя правото да извършва и повече от една стопанска дейност като част от правото на експлоатация на обекта на концесията или на услугите.

Относно мониторинга и предварителния контрол за спазване на изискванията за възлагане на концесии, които се извършват от специализираната дирекция от АМС, се предлага същият да се извършва само за концесиите над европейския праг. Извършването на мониторинг е изискване на Директива 2014/23/ЕС, което цели осигуряване на нейното правилно и ефикасно изпълнение (чл. 45 от директивата). Тъй като изискванията на директивата, включително за извършването на мониторинг, обхващат само концесиите над европейския праг, целесъобразно е мониторингът по ЗК да се ограничи само до тези концесии, включително за да се освободи човешки ресурс за по-качествено и всеобхватно извършване на мониторинга. Предварителният контрол е решение на националния законодател, което не е свързано с изисквания на Директива 2014/23/ЕС. Тъй като целта на предварителния контрол е да осигури на най-ранен етап спазване на изискванията за възлагане на концесии, за него е целесъобразно да бъде съсредоточен само до концесиите над европейския праг, за да се предотвратят нарушения по глава седма от ЗК. За да е безспорно ясно в кой момент специализираната дирекция от АМС издава становището по чл. 41 т. 5, буква „а“, в чл. 71 е създадена нова ал. 3.

Със законопроекта се предлага да се допълни нова хипотеза, при която кандидатът или участникът може да докаже изпълнението на поставените от концедента изисквания с възможностите на трети лица, като в чл. 63, ал. 1 след думата „изисквания“ е добавено „по чл. 61, ал. 2 и 3“. Изискванията по чл. 61, ал. 2 и 3 от ЗК са условия за участие, които са необходими за изпълнение на концесионния договор, съответно – вписване в съответен професионален или търговски регистър, притежаването на специално разрешение или членуването в определена организация. Предвид обстоятелството, че по правило с концесията се възлага изпълнение на разнообразни дейности, които често включват както предоставянето на услуги, така и изпълнението на строителство, едновременното изпълнение от кандидатите/участниците на изискванията по чл. 61, ал. 2 и 3 в определени случаи може да се окаже ограничаващо условие, тъй като за да отговори едновременно на всички от посочените условия за участие икономическият оператор може да бъде принуден да участва в процедурата за определяне на концесионер под формата на група от икономически оператори по смисъла на чл. 18, ал. 2 от ЗК. Като се вземе предвид, че с посочения чл. 18, ал. 2 от ЗК на икономическите оператори е предоставено правото изключително и само те да определят дали да участват в процедурата самостоятелно или като се сдружават в избрана от тях форма, както и

обстоятелството, че имат правото свободно да избират ползването на подизпълнители, би следвало ЗК да предостави на операторите и правото да избират как да отговорят на изискванията, които са необходими за изпълнение на концесионния договор - чрез участие в група или като разчитат на трети лица. По този начин ще се предотврати възможността да се оспорва процедурата за определяне на концесионера поради поставянето на ограничаващи условия, които са непропорционални или водят до неравнопоставеност.

При извършване на предварителния контрол за спазване на изискванията за възлагане на концесии специализираната дирекция от АМС установи, че в значителна част от проверяваните проекти като критерий за възлагане се определя критерият „най-висока цена на инвестициите“. Така определеният критерий не съответства на чл. 69, ал. 2, т. 1, букви „в“ и „г“, с които като възможни критерии за възлагане, свързани с предмета на концесията, са определени съответно „най-ниска цена на строителството“ и „най-ниска цена на предоставяните услуги“. Освен това, при оценяването на най-високата цена на инвестицията не би могло да определи икономически най-изгодната оферта при най-добро съотношение „качество-цена“, каквото е изискването на чл. 68, ал. 1 от ЗК. Във връзка с изложеното със законопроекта се предлага в чл. 69 да се създаде ал. 3, с която да се въведе забрана за определяне на най-високия размер на инвестициите като критерий за възлагане.

Предложено е изменение на чл. 70, ал. 3, с което се отстранява неточност, изразяваща се в това, че при състезателна процедура с договаряне се изпраща покана за подаване на предварителни оферти, а покана за подаване на оферти се изпраща само при процедурата състезателен диалог (чл. 53, ал. 2, т. 1 и ал. 3, т. 3 от ЗК).

Със законопроекта се прецизират две разпоредби, свързани с дейността на комисията за провеждане на процедурата за определяне на концесионер (комисията). Първото прецизиране е предложеното допълнение на чл. 81, ал. 2, с което се отстранява технически пропуск – когато комисията е упражнила правото си по чл. 81, ал. 1, т. 8 от ЗК да предложи на концедента да удължи срока за получаване на заявления, на предварителни оферти или на оферти, концедентът да може да одобри обявление за поправка. Второто прецизиране е относно протокола, в който се отразяват действията на комисията и приетите от нея решения. Видно от раздели VIII-X на глава трета, за комисията следва да съставя отделни протоколи – за конкретно изброени действия. Поради тази причина се предлага в чл. 81, ал. 3 думата „протокол“ да се замени с „протоколи“ с уточнението, че особеното мнение на член на комисията против определено решение се отразява в съответния протокол.

Със законопроекта се предлага изменение на чл. 103, ал. 4 от ЗК, с което да отпадне задължението на комисията да следи служебно за наличие на основание за изключване до приключване на процедурата за определяне на концесионер. Мотивите за предложението са по целесъобразност, тъй като изпълнението на това задължение измества фокуса на правомощията на комисията към изпълнението на дейности, свързани с непрекъснатата проверка на декларираните от кандидатите и участниците факти и обстоятелства, отнасящи се до основанията за изключване. Това задължение би

следвало да се ограничи само до основанията за изключване по чл. 60, ал. 3 от ЗК – обстоятелства, които са установени от комисията при провеждане на процедурата. Относно основанията за изключване по чл. 60, ал. 3 от ЗК законът предвижда гаранции, че концесионен договор няма да се сключи с икономически оператор, за когото е налице основание за изключване, тъй като преди сключване на договора операторът, определен за концесионер, следва да представи на концедента доказателства, които удостоверяват декларираните със заявлението факти и обстоятелства относно основанията за изключване (чл. 121, ал. 1).

Предложените със законопроекта изменения и допълнения на чл. 124 целят отстраняване на неточност, която е налице при концесиите над европейския праг. Съгласно чл. 76, ал. 3 от ЗК са определени условията, при които се извършва публикуването на обявление за възложена концесия над европейския праг, с което е въведено изискването на чл. 33, параграф 4 от Директива 2014/23/ЕС тези обявления да не се публикуват на национално равнище преди публикуването им в „Официален вестник“ на Европейския съюз или поне не преди изтичането на 48 часа от потвърждение от Службата за публикации на ЕС за получаване на обявлението. С чл. 124, ал. 3 посоченото изискване на Директива 2014/23/ЕС не е коректно съобразено, тъй като се предвижда откриването на партида за концесия и публикуването в нея на решението за определяне на концесионер и на концесионния договор да се извърши „в деня на изпращането за публикуване на обявлението за възложена концесия“. Така, макар да не е предвидено в същия ден да се публикува и обявлението, публикуването на концесионния договор и на решението за определяне на концесионер би могло да се приеме за нарушение на изискването на чл. 33, параграф 4 от Директива 2014/23/ЕС. С предложените изменения се предотвратява възможността да се твърди нарушение и се конкретизира редът за откриване на партида за двата вида концесии – над и под европейския праг.

Съгласно чл. 51 от ЗК възлагането на концесията включва извършване на подготвителни действия, провеждане на процедура за определяне на концесионер и сключване на концесионен договор. От изложеното следва, че сключването на договора не е етап от неговото изпълнение, поради което се предлага в заглавието на глава четвърта в началото да се допълни „Сключване на концесионен договор“.

10. На 16 април 2014 г. е приета Директива 2014/55/ЕС. Директивата въвежда европейски стандарт за семантичен модел на данните за основните елементи на електронната фактура, който е приложим по отношение на електронните фактури, издавани при изпълнение на договори за концесии с плащания от концедентите. Съгласно чл. 7 от Директива 2014/55/ЕС държавите членки следва да гарантират, че възлагащите органи и възложителите ще могат да получават и обработват съвместимите с този стандарт електронни фактури, които отговарят на определени видове синтаксис, съгласно приложение към Решение 2017/1870 на Европейската комисия за публикуването на референтния номер на европейския стандарт за електронно фактуриране и на списъка на синтаксиси в съответствие с Директива 2014/55/ЕС. Изискването на чл. 7 от директивата е транспонирано в чл. 128, ал. 2 от ЗК, който регламентира задължение на концедентите за приемане и обработване на електронни

фактури и определя коя фактура е електронна. В § 1, т. 24 от Допълнителните разпоредби е предложено определение на понятието синтаксис, което е в съответствие с чл. 2, т. 4 от Директива 2014/55/ЕС.

11. В мотивите към законопроекта на действащия закон за концесиите (сигнатура в Народното събрание № 754-01-13) е посочено, че възможността да се възлага ползването на държавната и общинската собственост е запазена, за да се изпълни нормата на чл. 18, ал. 5 от Конституцията на Република България. Пак там е посочено, че „за да се отграничава от „директивните“ концесии за строителство и за услуги, този вид концесия е наречен концесия за ползване“. Концесията за ползване е определена с чл. 9 от ЗК, като съществени й елементи са: възмездно предоставяне от публичен орган на икономически оператор на правото да извършва определена стопанска дейност с обект, който е публична държавна или публична общинска собственост; забрана да се възлага изпълнение на строителство или предоставяне и управление на услуги; задължение на концесионера да заплаща на концедента концесионно възнаграждение и да поеме задължение за изпълнение на инвестиционна програма, с която осигурява поддържането на обекта в експлоатационна годност. Практиката по прилагане на ЗК показва, че при всяка концесия, която се квалифицира като концесия за ползване, концедентът определя минимални изисквания относно съдържанието на инвестиционната програма, която концесионерът следва да изпълнява за срока на концесията. Тези минимални изисквания винаги включват изпълнение най-малко на строителни и монтажни работи, които са включени в Приложение № I (Списък на дейностите, посочени в чл. 5, т. 7) от Директива 2014/23/ЕС. Освен това, поддържането на обекта в експлоатационна годност във всички случаи предполага най-малкото изпълнение на услуга по управление на активи. Посоченото води до извода, че разграничаването на концесиите за ползване като самостоятелен вид концесия и изначалното им определяне с чл. 11, ал. 2 като концесии без трансграничен интерес води до риск от неизпълнение на ангажиментите на Република България за въвеждане на изискванията на Директива 2014/23/ЕС за всяка концесия, която е на стойност над европейския праг. За да се изключи настъпването на такъв риск, е необходимо концесията за ползване да отпадне от ЗК. В зависимост от конкретните потребности, чрез концесия за строителство или концесия за услуги винаги на концесионера може да се предостави правото да извършва стопански дейности, които са различни от възложените за изпълнение. Чрез предложеното отпадане на концесиите за ползване, от една страна, ще се предотврати неизпълнение на изискванията на европейското законодателство, а от друга – ще се улеснят концедентите при класифициране на концесията или като концесия за строителство, или като концесия за услуги. Друг аргумент да отпадне концесията за ползване е обстоятелството, че към настоящия момент извън приложното поле на ЗК са концесиите за добив на подземни богатства и на минерални води, както и концесиите за морски плажове. За тези природни ресурси, концесиите за които имат своите особености, законодателят вече е преценил, че е целесъобразно да се предоставят на концесия по ред, определен със специалните закони – съответно със Закона за подземните богатства, Закона за водите и Закона за устройството на Черноморското крайбрежие.

Със законопроекта е предложено допълнение на чл. 8, ал. 1 от ЗК с изречение второ, с което еднозначно се определя, че експлоатацията на услугите включва и правото на концесионера да извършва една или повече стопански дейности, различни от услугите, които са възложени за предоставяне и управление. Предложеното допълнение е резултат от анализирания практика по прилагане на ЗК, която сочи, че такова право е необходимо да се предостави на концесионера в преобладаващия брой случаи, за да се осигурят достатъчно приходи, а оттам – и съответна възвръщаемост на вложените инвестиции. С допълнението се дава възможност да се осигурят адекватни възможности за възлагане на концесия за обекти, които са държавна или общинска собственост, и за тяхното възстановяване и/или поддържане в експлоатационна годност са необходими средства, възстановяването на които не би било възможно само от предоставяне на възложените услуги.

12. Със законопроекта се предлагат изменения в Закона за водите (ЗВ), Закона за данъка върху добавената стойност, Закона за културното наследство, Закона за лечебните растения, Закона за мерките срещу изпирането на пари, Закона за морските пространства, вътрешните водни пътища и пристанищата на Република България, Закона за насърчаване на инвестициите, Закона за общинската собственост (ЗОС), Закона за подземните богатства (ЗПБ), Закона за устройство на Черноморското крайбрежие (ЗУЧК) и Закона за пътищата. Част от измененията са с цел привеждане на терминологията, свързана с концесиите, с тази на ЗК. Съображенията за останалите предложени изменения са следните:

1. В ЗВ се предлагат и изменения, които целят да се изменят някои противоречиви разпоредби, свързани с възлагане на дейностите по управление и поддържане на язовири на оператор на язовирна стена. Мотивите за предложените изменения са следните:

С чл. 20, ал. 5 от ЗВ императивно е определено, че на лицето, на което се възлага концесия за водностопанска система, с концесионния договор се възлагат дейностите по управление и поддържане на съоръженията съгласно изискванията на наредбата по чл. 141, ал. 2. Предвид легалната дефиниция по § 1, т. 94 от Допълнителните разпоредби на ЗВ, с която язовирът се определя като водностопанска система, цитираната разпоредба на чл. 20, ал. 5 от ЗВ следва да се прилага за всички язовири по чл. 141а, ал. 1 и 2 от ЗВ. Възлагането на „дейностите по управление и поддържане на съоръженията съгласно изискванията на наредбата по чл. 141, ал. 2“, посочени в чл. 20, ал. 5 от ЗВ, във всички случаи включва изпълнение или едновременно проектиране и изпълнение на строителни и монтажни работи и дейности, включени в приложение № 1 към чл. 7, ал. 2, т. 2 от ЗК – клас 45.24, поради което: предвид основния предмет на концесията за водностопанска система, определен с чл. 20, ал. 5 от ЗК, във всички случаи концесията за язовир следва да се определя като концесия за строителство, независимо от вида, естеството и стойността на допълнително възложеното строителство; концедентът следва да определи конкретните задължения, свързани с дейностите по управление и поддържане на съоръженията, включително във връзка с изпълнение на функциите на оператор на язовирна стена; произтичащите от ЗВ изисквания за оператор на язовирна стена е препоръчително да се определят като условия за участие по чл. 62 от Закона за концесиите. Доколкото част от разпоредбите на ЗВ противоречат на изискването на чл.

20, ал. 5 от същия закон, със законопроекта се предлагат изменения в чл. 138в от закона, които да отстранят противоречията. По предложение на Националното сдружение на общините в Република България в ЗВ са запазени разпоредбите, които допускат язовирите да се отдават под наем.

2. Предложеното допълване на чл. 8, ал. 2 от ЗОС се налага поради следните съображения: На първо място се цели да се предотврати възможността да се нарушават изискванията на Европейското законодателство и по-специално на Директива 2014/23/ЕС и на Директива 2014/24/ЕС¹, като с договор за наем се възлагат строителство и/или услуги, когато прогнозната стойност на приходите на наемателя за срока на договора е по-висока от европейския праг по смисъла на ЗК, който се определя с регламент на Европейската комисия, приет на основание чл. 9 от Директива 2014/23/ЕС. Предложеното допълнение на чл. 8, ал. 2 от ЗОС е аналогично на разпоредбата на чл. 16, ал. 3 от Закона за държавната собственост и с приемането му ще се постигне еквивалентност на условията за отдаване под наем на общинската и на държавната собственост.

3. Предложените допълнения на чл. 23, ал. 4 от ЗПБ и на чл. 8е, ал. 6 от ЗУЧК са аналогични с предложеното допълване на чл. 60, ал. 4 от ЗК и целят да се постигне пълно съответствие с чл. 38, параграф 7, буква „б” от Директива 2014/23/ЕС и по-специално – с втората част от разпоредбата.

III. ФИНАНСОВИ И ДРУГИ СРЕДСТВА, НЕОБХОДИМИ ЗА ПРИЛАГАНЕТО НА ЗАКОНОПРОЕКТА.

За прилагането на законопроекта не се изискват финансови и други средства.

Със законопроекта не се създават нови органи или структури. Разходите за заплати и осигуровки на персонала в администрациите, които са отговорни за прилагането на законопроекта, ще бъдат в рамките на утвърдените разходи за персонал по бюджетите им.

Законопроектът не налага допълнителни разходи/трансфери/други плащания по бюджета на първостепенните разпоредители с бюджет или по сметка за средства от Европейския съюз, за сметка на бюджети по държавния бюджет.

Законопроектът не оказва въздействие върху държавния бюджет.

Законопроектът не засяга реда за финансиране на дейността по държавните концесии, тъй като чл. 155 от ЗК, с който този ред е определен, не се изменя и допълва.

Законопроектът не засяга правилата относно концесиите с плащания от концедентите, тъй като разпоредбите, в които те са определени, не се изменят и допълват.

IV. ОЧАКВАНИ РЕЗУЛТАТИ ОТ ПРИЛАГАНЕТО НА ЗАКОНОПРОЕКТА.

Прилагането на законопроекта цели постигането на следните основни резултати:

¹ на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО

1. Изпълнени ангажименти на Република България за привеждане на ЗК в пълно съответствие с европейското законодателство вследствие на прецизирането и/или допълването на отделни негови разпоредби за осигуряване на пълното им съответствие с Директива 2014/23/ЕС и въвеждането на изискванията на Директива 2014/55/ЕС.

2. Повишена ефективност при възлагането на концесии вследствие на улесняването на правоприлагането чрез прецизиране на някои понятия и изисквания.

3. Подобрена правна сигурност при възлагането и при изпълнението на концесиите вследствие на привеждането на отделни разпоредби на ЗК в пълно съответствие с европейското законодателство и прецизиране на някои понятия и изисквания на закона.

МИНИСТЪР-ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/

(Бойко Борисов)