



## ИЗВЕСТИЯ

списание на Икономически университет – Варна

<http://journal.ue-varna.bg>

## ДОГОВОРЪТ ЗА ОБЩЕСТВЕНА ПОРЪЧКА – НОВАТОРСТВО И СРАВНИТЕЛНИ АСПЕКТИ

Диана ДИМИТРОВА<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Катедра Правни науки, Икономически университет – Варна, България. E-mail: dianadim@ue-varna.bg

## JEL K12

## Резюме

## Ключови думи:

обществени поръчки, договор за обществена поръчка, възложител на обществена поръчка, изпълнител на обществена поръчка.

Договорът за обществена поръчка е правен институт със значимост, както на национално ниво, така и в рамките на общностното право на Европейския съюз. Динамиката в обществените отношения, свързани с разходването на публични средства, налага периодична актуализация и цялостно обновяване на действащата национална уредба. Във връзка с това изследваната тематика е както актуална, така и значима, предвид липсата на цялостно изследване в правната доктрина на договора за обществена поръчка. Целта на статията е да се изследва института на договора за обществена поръчка в актуалната му нормативна регламентация и легалното определение. На тази база, се очертават основните дискуссионни моменти и се правят конкретни изводи и предложения за усъвършенстване на правната уредба.

© 2017 Икономически университет – Варна

**Цитат:** ДИМИТРОВА, Д. (2017) Договорът за обществена поръчка – новаторство и сравнителни аспекти. *Известия. Списание на Икономически университет – Варна*. 61 (1-2). с. 20 - 34.

### Въведение

В демократичния период от развитието на България след 1989 г. обществените поръчки придобиват все по-голяма икономическа и обществена значимост. Обществените отношения в тази област са свързани със свободната стопанска инициатива и едновременно с това законосъобразно, правомерно разходване на публични средства. На национално ниво те са регламентирани в Закона за обществените поръчки и Правилника за неговото приложение, явяващи се национални източници, установяващи процедурния ред в тази специфична област. Предвид значимостта на проблематиката, тази материя е обект на регулиране също и от общностното право, което урежда отношенията на ниво Европейски съюз

и във връзка с това е задължително за страните-членки. При прилагането на закона възникват редица проблеми, свързани с динамиката в развитието на обществените отношения, които обуславят нуждата от периодична промяна в регулацията. Адаптирането към европейските норми, претърпели множество корекции и допълнения, е важна причина за хармонизиране на националното ни законодателство. Поради това, а и предвид приемането на изцяло нов Закон за обществените поръчки, обнародван в ДВ, бр. 13 от 16 февруари 2016 г., проблематиката, свързана с обществените поръчки, особено с договорите за обществени поръчки, е изключително актуална.

Актуалността на проблема, провокирал автора към това изследване, се свързва преди всичко с липсата на цялостно изследване на института на договора за обществена поръчка в съвременната българска правна доктрина. В правната доктрина изследователите, работили по отделни проблеми на тази материя, основно са акцентирали на практическата страна, свързана с процедурите за провеждане на обществена поръчка, в резултат на които се сключва договора. В различните периоди от своето развитие, правната уредба на обществените поръчки преминава през няколко тенденции в разбирането си относно същността и относимостта на този договор спрямо основния правен институт на договора в гражданското право. Доктриналните становища също еволюират в синхрон с генезиса в развитието на договора за обществена поръчка. В този смисъл авторът предлага един различен поглед на материята, въз основа на постиженията и научните изводи относно института „договор“ в правната теория и пречупвайки ги през спецификата на обществената поръчка.

Тази статия има за **цел** да изследва института на договора за обществена поръчка в актуалната му нормативна регламентация и легалното определение, като едновременно с това се прави ретроспективен (с предходните законодателни решения в националното ни законодателство) и сравнителноправен анализ (с норми от чуждестранни законодателства и правото на ЕС). На тази база се правят критични бележки и конкретни предложения за бъдещи изменения в нормативната уредба. За осъществяването на целта авторът си поставя **следните задачи**:

- анализ на действащата актуална уредба и сравнително-правна ретроспекция с предходни законодателни решения в националното право;
- анализ на свързани нормативни актове АПК и ЗЗД, уреждащи правния институт - договор в съответните отрасли
- сравнително-правен анализ с чуждестранни законодателни решения.

**Предмет** на това изследване е правната уредба на договора за обществена поръчка в българското законодателство. Предвид комплексния характер на изс-

ледваната проблематика се акцентира върху материално-правната законодателна регламентация.

В разработката за комплексното изследване на правния институт „договор за обществена поръчка“ са използвани сравнително-правен метод със сходни правни институти и с чуждестранни законодателства, аналитичен и исторически в частта за анализ на предходни законодателни решения в областта на обществените поръчки.

### **1. Ретроспективен анализ и актуална правна уредба на договора за обществена поръчка**

Договорът за обществена поръчка е нормативно регламентиран в Закона за обществените поръчки (ЗОП) и Правилника за прилагане на закона за обществените поръчки (ППЗОП), като субсидиарно приложение намират разпоредбите на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) и Търговския закон (ТЗ). Актуалната национална уредба е свързана с традициите в тази област, но същевременно законодателят въвежда нови моменти, наложени, както от изменението на обществените отношения и натрупания опит при приложението на нормите, така и от необходимостта от транспониране на европейската регламентация. Анализът и разкриването на спецификата на правния институт договор за обществена поръчка е свързано с легалната му дефиниция. Тя се съдържа в § 2, т.5 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, съгласно която договор за обществена поръчка е възмезден писмен договор, сключен по реда на закона между един или повече възложители и един или повече изпълнители, с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги. При сравнително-правния анализ на текста се установява, че определението не се различава от даденото в предходния ЗОП, с изключение на изменение в словоредта и замяна на израза „обект строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги“ с „предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги“. Още с измененията на предходния ЗОП, ДВ, бр. 93 от 2011 г. думите „обект“ и „обекта“ са заменени с „предмет“ в различни разпоредби на закона, а при определенията в §1 точки 8 и 16 (1), не и в определението за договор за обществена поръчка. Тогава е направено разграничение между термините „обект“ и „предмет“, тъй като те нямат еднакво съдържание и не следва в рамките на един нормативен акт да се използват, както като синоними, така и с различно значение (Марков, М., 2012, с. 21). Като основно понятие следва да бъде прието „обект на обществената поръчка“ – като законът посочва в чл. 3 възможните видове – строителство, доставка на стоки и предоставяне на услуги. Съответно тези видове обекти могат да обхванат различни предмети на договор за обществена поръчка.

За основа при разработването на това определение българският законодател е транспонирал нормата на Директива 2014/24/ЕС – съгласно чл. 2, т. 1, подточка 5 „договори за обществени поръчки“ означават писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги. За разлика от европейската дефинитивна норма, в националното ни определение са внесени терминологични промени, свързани със запазване на традиционите, установени в предходни български законодателства понятия. Не е възприето използването в директивите понятие „икономически оператор“, а „изпълнител“ вместо „договор с определен паричен интерес“ е използвано „възмезден договор“. Българският законодател е внесъл конкретизация, че договорът се сключва по реда на закона, съобразявайки се с особеностите на националното право. Допълнително в Директива 2014/24/ЕС са дадени определения за обществена поръчка за строителство, за доставки и за услуги, които включват определение на съответните видове договори. За разлика от тази детайлизация в европейското общностно право, сега момент вътрешното ни право ползва окрупненото и единно законово определение.

В анализа на законовия текст на договора за обществена поръчка е необходимо изясняването на неговия предмет, определящ се в зависимост от възможните обекти съгласно закона – чл. 3, ал. 1 ЗОП, а именно: строителство, включително изпълнение или проектиране и изпълнение на строителство, свързано с една от дейностите по приложение №1; изпълнение или проектиране и изпълнение на строеж; доставки на стоки, осъществявани чрез покупка, лизинг, наем или финансов лизинг, със или без право на закупуване, както и всички необходими предварителни дейности по употребата на стоката, като инсталационни или монтажни работи, тестване на машини и съоръжения и други; и предоставянето на услуги.

Предметът на договора е конкретната дейност, която ще бъде възложена на изпълнителя и тук при сравнение с предходни законодателни решения се установява, че няма промени в уредбата. Докато при облигационните договори предметът може да бъде свободно договорен от страните, и при договора за обществена поръчка и при административния договор са въведени законови ограничения, съответно предметът е свързан с публична собственост на държавата или на общината или дейности, свързани с обекти на държавна/общинска собственост, предназначени за задоволяване на обществени потребности от публично значение (Русчев, 2000, с. 27).

При сравнително-правния анализ с разпоредбите на ЗЗД и АПК се установяват редица специфики по отношение на страните на договора за обществена поръчка. Субектите на едно облигационно отношение, респективно договорна връзка, може да са физически и/или юридически лица без никакви ограничения. За разлика от това свободно определяне, при административния договор едната страна е административен орган, а при договора за обществена поръчка субект с властнически правомощия (Бучкова, 2012, с. 114), независимо от това, че една част от възложителите са публични органи и са юридически лица, а други са персонифицирани и неперсонифицирани стопански субекти или секторни възложители, но с възложени властнически правомощия в областта на обществените поръчки предвид факта, че се разходват публични средства в обществен интерес. В ЗОП е строго регламентирано кои лица са възложители, които съответно след провеждане на предвидената процедура сключват договора с избрания изпълнител и по този начин се налагат ограничения по отношение страните в правната връзка. Съгласно определението за договор за обществена поръчка, дадено в закона, следва да приемем, че едната страна е възложител, а другата – съответно изпълнител. Тези наименования на страните също се различават от познатите от облигационното право такива – например продавач и купувач, поръчвач и изпълнител, довереник и доверител.

**Възложителят** е едната страна по договор за обществена поръчка. Законодателят е придал две значения на термина възложител. От една страна, под това понятие се разбира лицето, което е задължено да прилага закона при наличие на предвидените предпоставки и съответно да отговаря за правилното прогнозиране, планиране, провеждане на процедурите, приключване и отчитане на резултатите от обществените поръчки (2). От друга страна, под възложител се разбира и страната по договор за обществена поръчка. Липсва легална дефиниция на понятието „възложител“, но в чл. 5 от ЗОП са посочени основните видове възложители – публични и секторни. При сравнително-правния анализ с предходното законодателно решение е видно, че е предприет нов подход при дефинирането – има изрично разграничаване на публични и секторни, като изброяването при публичните възложители е по-подробно и конкретно. Целта на новия законодателен прием е, от една страна, преодоляване на проблематиката, възникнала при приложението на предходната норма, а от друга, обвързаността с новият подход при налагане на санкции. Едно от предимствата на актуалната уредба, в сравнение с отменената, е, че кръгът на възложителите е очертан ясно и облекчава контролните органи, като елиминира възможностите за спор дали, например, кметът или общината е възложител.

Новата санкционна политика предвижда налагане на санкции – при нарушения на закона на съответното физическо лице-възложител, а не на юридическото лице. И в предходната редакция на ЗОП бяха предвидени глоби за физическите лица, заедно или отделно от санкциите за юридическото лице. Това понякога водеше до решения, при които санкцията за юридическото лице биваше отменена след обжалване, а санкцията за физическото лице за същото нарушение потвърдена. Във връзка със санкциите следва да бъде разгледано и още едно ново законодателно решение на проблематични въпроси от предходния ЗОП, а именно делегирането на правомощията и заместването. За избягване забавяне на процедурите в случай на отпуск или заболяване на отговорното лице, в чл. 7 ЗОП са предвидени две възможни хипотези – първата за делегиране от нормативен или административен акт, но също така и от самия възложител, а втората – при отсъствие на възложителя неговите правомощия се изпълняват от лицето, което го замества съгласно нормативен, административен или друг акт, който определя представителството на възложителя. Това законодателно решение е положително, от една страна, тъй като осигурява по-голяма оперативност и бързина, но, от друга страна, се дава възможност за избягване на санкции от едно лице чрез делегиране на правомощията на друго лице, тъй като съгласно чл. 259 ЗОП (3), при делегиране наказанията по чл 247-256 ЗОП се налагат на определеното длъжностно лице. **Във връзка с това може да бъде предвидена солидарна отговорност за лицето, което е възложител по силата на закона и лицето, на което са делегирани такива правомощия или ги изпълнява при заместване. Предвид големите размери на административните санкции, непосилни за отделното физическо лице, може да се обмисли възможност за застраховане на отговорните лица,** подобно на задължителните застраховки, например, за адвокати и частни съдебни изпълнители. Анализът и сравнението на новото законодателно решение при отговорността с предходното показва, че то може да се оцени като положително от гледна точка на не ангажирането на бюджета на разходващата публични средства организация, но не може да не се отбележи, че е вероятно да доведе до порочни практики, с оглед възможността за делегиране на правомощия и съответно отговорност.

Специфики съществуват и по отношение на другата страна по договора за обществена поръчка – **изпълнителя**. За него законът не е предвидил легална дефиниция, за разлика от предходната редакция, където в чл. 10 ЗОП имаше такава: „Изпълнител на обществена поръчка е участник в процедура за възлагане на обществена поръчка, с когото възложителят е сключил договор за обществена поръчка“. За да се осигури свободна и лоялна конкуренция при тази страна,

новият ЗОП не въвежда ограничения в правната и организационната форма – изпълнител може да бъде всяко българско или чуждестранно физическо или юридическо лице или техни обединения, както и всяко друго образувание, което има право да изпълнява строителство, доставки или услуги, съгласно законодателството на държавата, в която то е установено. Качествата, на които следва да отговаря изпълнителят, обаче, се залагат от възложителя чрез критериите за подбор на кандидатите и участниците, свързани с техните икономически, технически и квалификационни възможности.

Освен гореизброените особености при страните и предмета на договора за обществена поръчка, различия и специфики съществуват и при начина на сключването му. В облигационното право договорът е сключен тогава, когато страните по него постигнат съгласие по всичко, което е съществено (Кожухаров, 1992, с. 52, Торманов, 2012, с. 73). Сключването на договора преминава през няколко етапа, като фактическият му състав включва две насрещни волеизявления, които следва да се припокриват или да доведат до съгласие. При обществените поръчки този фактически състав изглежда по различен начин - необходимо е спазване на предвидените в закона процедура или режим и наличието на решение на възложителя за класиране на офертите и определяне на изпълнител. Договорът за обществена поръчка е консенсуален и се сключва при постигане на съгласие между страните, като процесът на постигане на съгласие е нормативно регулиран и се предшества от процедура или режим по възлагане на обществена поръчка, гарантиращи по-добра защита на възложителите (Марков, 2008, с. 146), предвид на това, че те действат от името на държавата и средствата, които се разходват са публични средства за обществен интерес.

Процедурата се организира и провежда от възложителя, като началото ѝ е решението за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка в предвидените от закона случаи и тя завършва с решението за определяне на изпълнител по договор за обществена поръчка. Сравнително-правната ретроспекция показва, че доколкото при приетия през 2004 ЗОП решението за откриване се разглеждаше като изявление на възложителя във връзка със сключване на сделка (Голева, 2004 г., с. 130), вътрешен акт по формиране на волята на възложителя да се сключи договор за обществена поръчка, то след измененията от 2006 г. квалификацията му като административен акт (Марков, 2008, с. 147) е общоприета. В новоприетия ЗОП посочените в чл. 22 ал. 1 ЗОП актове на възложителя са изрично определени като индивидуални административни актове, съгласно чл. 22 ал. 9 ЗОП, като съдържанието им е определено в чл. 22 ал. 5 ЗОП. Субектът възложител е властващ субект, който издава решенията във

формата на индивидуален административен акт или процедурата има административноправен характер (Пешева-Горанова, 2008, с. 132).

Анализът на свързани нормативни актове показва, че за разлика от облигационния договор, който следва класическата схема предложение-приемане, и при административния и при договора за обществена поръчка е характерно проявлението на **смесени фактически състави**, които в отклонение от общия режим на сключване на договор се състоят от различни елементи, следващи един след друг в определена последователност в рамките на процедурата – издаване на властнически актове и гражданскоправни елементи (Русчев, 2000, с. 27; Георгиев, 1997, с. 13; Голева, 2002, с. 16; Марков, 2016, с. 255; Синдеева, 2009; Савостин, 2008). Тази процедура предхожда валидното сключване на договора за обществена поръчка и в случай на липса на елемент от фактическия състав той ще бъде унищожаван – например договор, сключен преди влизане в сила на решението, ще е унищожаван, за разлика от предходния ЗОП, където това водеше до нищожност. **Разпоредбата на чл. 119 ЗОП не уточнява реда, по който може да се иска унищожаването или следва субсидиарно да са приложими общите норми, което може да доведе до затруднения, тъй като не са отчетени спецификите на специалния закон.**

При анализа се установява и друга специфична особеност – възложителят, респективно, административният орган, е страната, която едностранно определя условията по договора, в съответствие с нормативно определените изисквания на специалния нормативен акт ЗОП/АПК и налага едностранно волята си при сключването му: за разлика от това, страните по облигационния договор могат свободно да уговорят съдържанието му. Договорът за обществена поръчка е задължително в писмена форма, която е форма за действителност – чл. 112, ал. 1 ЗОП. В тази насока разпоредбите на ЗОП са императивни, предвид защита на обществените интереси. Това изискване е допълнено с въведените с чл. 112 ал. 5 ЗОП и чл. 69 ППЗОП минимално изискуемо съдържание на договора за обществена поръчка. В разпоредбите на действащия в момента правилник, както и при предходния (Димитрова, 2015, с. 234), остава неясно до какво ще води непазването на изискването за минимално съдържание – дали ще води до нищожност/унищожаваност на договора за обществена поръчка или само до санкции за възложителите. **Във връзка с това може да се отправя следното предложение de lege ferenda: да бъде предвидена изрична разпоредба до какво води непазването на изискването за минимално съдържание, с цел избягване на неясноти и разнопосочна практика по тълкуване и прилагане.** Тук следва да се разгледат и т.нар. „изключителни клаузи“ (clauses exorbitantes) (Русчев,



2000, с. 26, Георгиев, 1997, с. 12, Марков, 2016 г., с. 254, Guettier, С., 2008, р. 94), установени императивно в полза на административния орган или възложителя. Например, задължителното даване на гаранция за изпълнение, която се представя при сключване на договора и чийто размер се определя едностранно от възложителя, признатото само в негова полза право едностранно да прекрати договора при наличие на определени обстоятелства, ограничаване в негов интерес на отговорността за предсрочно прекратяване само до вредите от сключването на договора, ограничено правото за изменение на договора за обществена поръчка. При облигационните договори липсват такива клаузи, там основен принцип е равнопоставеността на страните.

Направеният анализ и сравнение установяват някои основни специфики при договора за обществена поръчка, отличаващи го от облигационните договори и приближаващи го до административния договор. В правната доктрина няма единство на българските автори относно неговата принадлежност и през различните периоди той е отнасян към различни правни отрасли – от разбирането за смесен характер, през чисто облигационния му характер и се достигне до отнасянето му към административния договор, като спорът е допълнително усложнен и от различията във вижданията за административния договор. Доскоро договорът се приемаше като институт, присъщ на гражданското право, но с развитието на обществените отношения договарянето навлиза и в други дялове на правото, по-специално – на публичното право. Нуждата от по-конкурентен и оперативен стил на работа на администрацията (Къндева, 1998, с. 88) налага навлизането на този институт в областта на публичното и административното право, където съществува доктринален спор. Част от авторите оспорват съществуването му или приемат съществуването на такъв особен вид договор с много ограничен обхват (Дерменджиев, 1996, с. 189, Дерменджиев, 2012, с. 198, Хрусанов, 2007, с. 30), но тенденцията е към признаване на неговото съществуване (Зиновиева, 2012, с. 35). Много автори приемаха съществуването на административен договор само във формата на „обикновен договор“ (в тесен смисъл), при който администрацията участва само като равнопоставена страна, заедно с останалите страни по договора – други държавни органи, обществени организации (организационни договори) или отделни граждани (Дерменджиев, 2012, с. 198). Други теоретици приравняваха административното споразумение, съгласно чл. 20 АПК, на „административен договор“ (Хрусанов, 2007, с. 30, Петров, 2012, с. 29). Откликвайки на развитието в обществените отношения законодателят предвиди разпоредби в Административно процесуалния кодекс (АПК) за уреждане на административното споразумение в чл. 20, а с направените през

месец септември промени въведе и института „административен договор“. Някои автори критикуват приемането на правния институт административен договор. Счита се, че при уредбата на два различни правни института в българското право – административният договор и административното споразумение, е използвана правната уредба на един правен институт в чуждото право – публичноправният договор от немския Закон за административното производство (Лазаров, 2016, с. 13). Предвид ясно изразената законодателната воля в тази насока следва да се постави край на спора дали административен договор съществува.

Видно е от направения сравнителен анализ, че договорът за обществена поръчка отговаря на характеристиките на административния договор, съгласно приетите от българския законодател разпоредби, съответно бяха установени различия с режима на облигационния договор. Редица автори, а и практиката на съдилищата го приемат и квалифицират като административен договор (Марков, 2016, с. 254), (4). В мотивите към законопроекта за изменение и допълнение на АПК българският законодател също е определил договора за обществена поръчка като един от административните договори, поради което и с основание може да се приеме, че договорът за обществена поръчка има смесен характер с преобладаващи елементи на „административен договор“.

## **2. Сравнително правен анализ с немското законодателство**

За правилното и законосъобразно тълкуване и прилагане на актуалната уредба на правния институт договор за обществена поръчка следва да се изследват и чуждестранни законодателни решения. На база на този анализ се констатира както сходства, така и разлики, но те не изключват взаимстването на добри практики и бъдещо преосмисляне на законодателната идея при наличие на констатирани пороци при приложението на нормите. В конкретика сме се спрели на регулацията на договора за обществена поръчка във Федерална Република Германия поради няколко причини, а именно: от една страна, българското законодателство е много близко до немското и често взаимства начини на нормативно регулиране от тях; от друга – при приемане на измененията в АПК законодателят е избрал да взаимства от дългогодишния немски опит в регулирането на административния договор, какъвто, според него, е договорът за обществена поръчка и на трето място – във ФРГ законодателството в областта на обществените поръчки се различава от българското, както по вида на нормативните актове, така и по начина на регулиране.

Във Федерална Република Германия липсва кодификация на правилата относно възлагане на обществени поръчки. Нормативната уредба, регулираща та-

зи материя е многообразна – Законът за ограничаване на конкуренцията (5), няколко правилника в областта на строителството и услугите, приложими са и норми от Гражданския законник. В Закона за ограничаване на конкуренцията са регламентирани общите материалноправни и процесуалноправни разпоредби. След приемане на новите Директиви, тези норми са били изцяло изменени. Пакетът за модернизация на европейското право води до едно изцяло преработено регулиране в областта на възлагане на обществени поръчки и концесии в четвъртата част на Закона за ограничаване на конкуренцията (6). Целта е регулацията да бъде развита, да се съобрази с нуждите на вътрешния пазар да се уеднакви в рамките на ЕС. Съгласно новото определение, прието през февруари 2016 г., § 103 Закон за ограничаване на конкуренцията „Обществените поръчки са възмездни договори между публични възложители или секторни възложители и компания, които имат за предмет предоставяне на услуги, доставка на стоки, изпълнение на строителни работи или осигуряване на обслужване“. При сравнителния анализ прави впечатление, че немският законодател не е установил изрично в закона формата на договора – писмена, както е в българския ЗОП и Директива 2014/24. Следва да се отбележи особеността при немската регулация, а именно липсата на изискване на форма на договора за обществена поръчка, поради принципа, че сключването на договор (също и в приложното поле на обществените поръчки) в немското право може да се постигне чрез устно съглашение за разлика от българската правна уредба. Съгласно разпоредбата на чл. 103 GWB, писмената форма не е предпоставка за обществената поръчка (7). Предпоставката на съвпадащите волеизявления съответно може да бъде изпълнена и с едно неформално, конклюдентно волеизявление (8). Изискването за писмена форма е без значение, тъй като не е възприето в националното право на Федерална Република Германия (9). Друга особеност при договора за обществена поръчка е, че той основно се определя като договор на гражданското право (Голева, 2004, с. 11, Stelkens, 2008, Rn 51) Счита се, че договорът, сключен между публичния възложител и физическо или юридическо лице е гражданскоправен договор, въпреки, че е в публичен интерес, тъй като публичният възложител участва в пазарни отношения, за да задоволи нужда от определени доставки или услуги (10). Предвид разнообразните форми на договори, регулирани в различни нормативни актове, обаче, не е изключено договорът за обществена поръчка да бъде окачествен като публичноправен – това е така за договори за изграждане на пътни, съобщителни, канализационни връзки (11). Прави впечатление, че законодателят е избрал подхода на съответствие на нормите с регулацията, предвидена в Директивата, също както и при ЗОП. При правните въпроси

относно сключването и изпълнението на договора, приложими, както и за другите частноправни договори са нормите на Гражданския законник, допълнени с нормите в отделните правилници. Или сключването на договора, разпоредбите относно неговата форма, въпросите на давността и развалянето на договора се определят съгласно общите гражданско-правни норми.

В други държави съществуват специфични разпоредби за договори с държавно участие, например във Франция „Droit des contrats publics“, или в САЩ „Government contracts law“, при които става дума за самостоятелен дял на правото, регламентиран със всеобхватна кодификация (Cibinic, 2011). Подобно на тях в българското законодателство регламентацията на отношенията, възникващи по повод на обществените поръчки е основно в ЗОП и правилника за прилагане на закона, или всички въпроси по възлагане и обжалване са обхванати от тези актове и може да се приеме, че е бил създаден един рамков закон, което е сполучливо решение в областта на обществените поръчки, тъй като в единен документ се съдържат основните разпоредби. Видно от направения сравнителен анализ определението за договор за обществена поръчка в различни държави, членки на ЕС, е близко по същност и съдържание, независимо от вида на акта, в който е регулирано. Въпреки множеството изменения в нормативната регулация на обществените поръчки, наложени от различни по естеството си фактори, бихме могли да обобщим, че като цяло съществува относителна стабилност в законодателните решения, регулиращи този правен институт.

### **Заклучение**

Извършеното изследване на института на договора за обществена поръчка в неговия актуален план и ретроспекцията с предходни национални законодателни решения дава основание да бъдат направени редица изводи и препоръки. Въпреки сериозните структурни и съдържателни изменения не само в българското, но и в законодателството на повечето страни-членки на ЕС, можем да направим извод, че като цяло правната уредба на института на договора за обществена поръчка е относително стабилна, както на национално ниво, така и на ниво общностно право, съответно право на страни членки. Извършените нормативни изменения са основно в посока постигане на по-голяма гъвкавост, облекчаване на процедурата, по-добър достъп за малки и средни предприятия и диференциране между обществена поръчка и концесия. Действащата законова база, регулираща обществените поръчки, е насочена към хармонизиране и нормативното стабилизиране на разпоредбите, както в Република България, така и в другите държави-членки на ЕС. Конкретно в българското законодателство нор-

мативната уредба на института се характеризира с относителна стабилност, на основата на традициите, в рамките на динамично променящата се уредба. В правната доктрина няма единство на българските автори относно неговата принадлежност и през различните периоди той е отнасян към различни правни отрасли – от разбирането за смесен характер, през чисто облигационния му характер и се достигне до отнасянето му към административния договор. Сега теорията и нормотворчеството са се насочили към създаването на един съвременен правен институт, следващ новите европейски тенденции, който да отговаря на потребностите на динамичните обществени отношения в сферата на обществените поръчки, предизвикателствата на европазара и необходимостта от транспониране на европейските норми, съобразно с българските практики в областта.

Набелязаните проблематични моменти са обясними с факта, че ЗОП е сравнително нов закон и следва да се изчака натрупване на практика, която да покаже доколко законодателното решение е било сполучливо и едва тогава да се пристъпи към промяна на нормите. Във връзка с това са и направените в изложението предложения *de lege ferenda*, свързани с предвиждане на изрична разпоредба, касаеща последиците от неспазването на изискването за минимално съдържание, както и определяне на реда, по който може да се иска унищожаването на договор за обществена поръчка. Приемането им в законовия механизъм би направило нормите прецизни и коректни, и най-вече ефективни в практическото приложение на института.

### Бележки

- <sup>1</sup> Чл. 16 в, чл. 25 ал. 2 т. 3 и 12, чл. 28 ал. 1 т. 3, чл. 32 ал. 2, чл. 50 ал. 1 т. 3, чл. 52 и т.н., ДВ 93 от 25.11.2001 г. т. 8 „икономически най-изгодна оферта“, ДВ 93 от 25.11.2011 г. т. 16 „обособена позиция“.
- <sup>2</sup> Съгласно чл. 11 ЗПФ разпоредител с бюджета е съответния ръководител на бюджетната организация, при колективни органи – техният председател, освен ако с нормативен акт не е определено друго. Бюджетните средства по ЗДБРБ се предоставят на бюджетните организации, които са администрации към съответния орган, а не на органа (например на Народно събрание, а не на неговия председател).
- <sup>3</sup> За разлика от разпоредбата на чл. 258 ЗОП, където се предвиждат санкции съответно глоба на физическите лица, съответно имуществена санкция на ЮЛ и ЕТ и чл. 141 ППЗОП – виновните лица и лицата, които са допуснали извършване на нарушение.
- <sup>4</sup> Решение № 12361 от 15.11.2016 г. на ВАС по адм. д. № 10164/2016 г., IV.

- <sup>5</sup> Преводът е на автора, използван е Дормишев, Хр., Немско-български юридически речник, София, 2000.
- <sup>6</sup> Мотиви към проектозакона, Bundesrat Drucksache 367/15, 14.08.15.
- <sup>7</sup> Решения OLG Naumburg Beschl. V. 22.12.2011 2 Verg 10/11 NZBau 2012, 358; OLG Duesseldorf „Stadtwerke b – GmbH“ NZBau 2012, 50, BayObLG VergabeR 2001, 55.
- <sup>8</sup> OLG Naumburg Beschl. V. 22.12.2011 2 Verg 10/11 NZBau 2012, 358.
- <sup>9</sup> OLG Duesseldorf „Stoffgleiche Nichtverpackungen“ Beschl. V. 28.7.2011 Verg 20/11 VergabeR 2012, 35, 39.
- <sup>10</sup> EuGH „Teatro alla Biccoca“ NZ Bau 2001, 512, 516 = Vergaberecht 2001, 380.
- <sup>11</sup> BVerfG NJW 2006, 3701.

### Литература

1. BUCHKOVA, P. (2012) *Administrativniya dogovor*, Feneya
2. CIBINIC, NASH, YUKINS (2011), *Formation of government contracts*, 4<sup>th</sup> edition,
3. DERMENDZHIEV, IV (1996)., *Administrativno pravo na Republika Balgariya*, Tiliya,
4. DERMENDZHIEV, IV., KOSTOV, D., HRUSANOV, D (2012), *Administrativno pravo na Republika Balgariya*, Sibi
5. DIMITROVA, D. (2015), *Aktualni problemi na deystvashtoto zakonodatelstvo v konteksta na pravoto na Evropeyskiya sayuz*, VSU Chernorizets Hrabar
6. DORMISHEV, HR. (2000), *Nemsko-balgarski yuridicheski rechnik*, Heyzal
7. GEORGIEV, E.( 1997), *Administrativniyat dogovor*, sp. Pazar i pravo, br. 9,
8. GOLEVA, P., LAZAROV. K., RUSCHEV, IV. (2002.), *Obshtestvenite porachki – zakonovi izisvaniya i protseduri*, IK Trud i pravo
9. GOLEVA, P., MARKOV, M. (2004.), *Novata pravna uredba na obshtestvenite porachki*, IK Trud i pravo
10. GUETTIER, C. (2008), *Droit des contrats administratifs*, 2 ed.,
11. HRUSANOV, D. (2007), *Novi momenti v administrativniya protses spored APK – tematischen komentar*, Siela,
12. KOZHUHAROV, AL. (1992) *Obligatsionno pravo*, Izdatelstvo Yurispres
13. KANDEVA, EM. (1998), *Darzhavni dogovaryaniya i darzhavni porachki v konteksta na pravoto na EO*, v Sbornik „Sblizhavane na balgarskoto zakonodatelstvo s pravoto na Evropeyskata obshtnost, trudove, tom I
14. LAZAROV, K., TODOROV, IV. (2016), *Administrativniyat dogovor sled vavezhdaneto mu v APK*, *Administrativno pravosadie* br. 3

15. MARKOV, M. DIMOVA, E. I DR. (2016) *Novata pravna uredba na obshtestvenite porachki i na upravlението na sredstvata ot evropeyskite fondove*, IK Trud i pravo
16. MARKOV, M. , KRIVACHKA, M. I DR. (2008) *Novite polozheniya v Zakona za obshtestvenite porachki*, IK Trud i pravo
17. MARKOV, M., DIMOVA, E. I DR.(2012), *Prakticheski vaprosi na obshtestvenite porachki*, IK Trud i pravo
18. PETROV, V. (2012), *Sporazumenieto po chl. 20 ot APK*, Advokatski pregled br. 12
19. PESHEVA-GORANOVA, IL. (2008), *Administrativnopraven rezhim na obshtestvenite porachki*, Universitetsko izdatelstvo stopanstvo
20. RUSCHEV, IV.( 2000), *Administrativniyat i chastnopravniyat dogovor*, Pazar i pravo, br. 1,
21. SAVOSTIN, A. A. (2008), *Administrativnyye dogovory i ikh realizatsiya v sfere publichnogo upravlениya*, Administrativnoye i munitsipal'noye pravo № 1
22. SINDEYEVA, I. YU (2009), *Sootnosheniye chastnogo i publichnogo v administrativnom dogovore*, Administrativnoye i munitsipal'noye pravo №5
23. TORMANOV, Z. (2012), *Dogovoriat, Sibi*
24. STELKENS, P., BONK, HJ, SACHS, M. (2008), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, Verlag C.H.Beck, München
25. ZINOVIEVA, D. (2009), *Diskusionni tezi v administrativnoto pravo i protses*, Siela

## THE PUBLIC PROCUREMENT CONTRACT – INNOVATION AND COMPARATIVE ASPECTS

**Diana Dimitrova**

### **Abstract**

The public procurement contract is a legal institute with importance on national level as well as in the frame of European Union legislation. The dynamics in the public relations, connected to the spending of public funds, leads to periodical actualization and the complete amendment of the national legislation. In this relation the examined topic is actual and significant, because of the lack of a complete research of the public procurement contract in the legal doctrine. The goal of the article is to examine the institute of the public procurement contract in its actual normative regulation and legal definition. On this base the author defines the discussion moments and makes conclusions and proposals for the improvement of the legal regulation.

**Key words:** *public procurement, public procurement contract, contracting authority, economical operator.*