

РЕЦЕНЗИЯ

от проф.д-р Димитър Илиев Костов

Юридически факултет на СУ“Св.Кл.Охридски“

Член на Научно жури за защита на дисертационен труд за присъждане на образователната и научна степен „доктор“.

Научна област 3. Социални, стопански и правни науки. Професионално направление 3.6.Право. Научна специалност: Административно право и административен процес.

Катедра „Правни науки“ при ВСУ“Черноризец Храбър“.

Тема на дисертационния труд: „Правен режим на договора за обществена поръчка“

Дисертант: Диана Руменова Димитрова

I. Докторантката Диана Димитрова е родена наЗавършва Икономическия университет-Варна през 1993г. и Рурски университет-Бохум,Германия през 1999г. Има придобита степен „Магистър-юрист“. От 2014г. е докторант във ВСУ“Черноризец Храбър“, като до тогава е асистент по „Основи на правото“ в ИУ-Варна.От 2008г. до настоящия момент работи като адвокат във Варненската адвокатска колегия.

Представеният дисертационен труд е разработен при спазване на изискуемите се процедурни правила, включващи и полагането на съответните изпити от докторантката. Обсъден е на катедрено заседание и след положителна оценка е насочен за защита пред специализирано научно жури.

II. Дисертационният труд е в обем от 209 стандартни страници и списък на използвана научна литература, обхващаща 158 произведения/124 български и 34 чужди/. Отделно съдържа и списък на нормативни актове – наши и на Европейската общност. Трудът се състои от увод, три глави и заключение. В

глава първа е направен исторически обзор на развитието на обществените поръчки и института договор за обществена поръчка в Европейския съюз и у нас. Глава втора е посветена на понятието и правната уредба /включително и контрола/ на договора за обществена поръчка и в глава трета се разглеждат сродни правни институти в националното и европейското законодателство.

Дисертационният труд е прегледно оформен, написан на стегнат и ясен език. Структурата на изложението е правилно и логично изградена.

III. Важността на темата на дисертационния труд се предопределя от обстоятелството, че тя е свързана с общия въпрос за прехода към демократизация на обществото ни, изискващ и реални стъпки от въвеждането на по-добра регулация и контрол при разходването на публичните средства. На проблемът за обществените поръчки и по точно договорът за обществена поръчка се обръща все по-голямо внимание поради неговата актуалност, а и необходимост от координация със страните членки на Европейския съюз.

Проученият и анализиран теоретичен материал в разглежданата област е добър атестат за старанието на дисертанта, за творческия подход при неговото използване. Внимателно се обсъждат различни становища, правят се съответните изводи, добре се използват правно-историческият и сравнително-правният метод и всичко това несъмнено е способствало за представянето на едно добро изследване на проблемите, свързани с темата на дисертационния труд.

IV. Приносните моменти в труда могат да се очертаят в следните насоки:

Темата на дисертацията е свързана с цялостно изследване на правния режим на договора за обществена поръчка – един сериозен теоретичен и практически проблем. В досегашните правни разработки по тази тема са засягани отделни въпроси, предимно с процесуален характер. Това, че комплексно проблемът се поставя и разглежда за първи път в обема на дисертационен труд представлява самостоятелен научен принос на автора.

Положително следва да се оценят и усилията на дисертанта да ни представи един задълбочен исторически обзор на развитието на обществените

поръчки и института договор за обществена поръчка в Европейското право и като естествена връзка с това - в българското право. Впрочем, това е и една от научните задачи на труда. В тази връзка авторът добре изяснява динамичността на законодателната уредба у нас и предлага съответна „периодизация“, очертана на две нива. Първото – свързано с етапите на конституционното развитие на обществото ни и второто - свързано с развитието на законодателството относно договора за обществената поръчка. Следва да се приеме извода на автора в тази връзка на с.44, че „от извършената периодизация може да се каже, че българският законодател има стабилност в легалната дефиниция относно договора за обществена поръчка, но института претърпява еволюция в правната доктрина относно разбирането за неговата същност“. По-нататък, с точност и последователност авторът посочва отнасянето на договора към различни правни отрасли „като се започне от разбирането за смесения характер, премине се през чисто облигационния му характер, отново концепцията за смесен характер и се достигне до отнасянето му към административния договор“/с.44/. Всичко това обогатява дисертационния труд и засилва неговия теоретико-познавателен характер.

Следвайки логиката на труда, т.е. главната научна задача - да разкрие правната същност на договора за обществена поръчка, авторът правилно концентрира вниманието си върху глава втора. Тя е и с относително най-голям обем – 82 страници. Казано най-общо, вижда се един задълбочен анализ на действащото законодателство, в резултата на който са разкрити и очертани в пълнота характеристиките на договорите за обществени поръчки както, ако мога така да се изразя, в „статика“, така и в „динамика“. По отношение на първото – изведени са типичните белези на самото правно явление „договор за обществена поръчка“, включващо и реда за сключването им и по отношение на второто – изяснени са специфичностите при тяхното изменение и прекратяване. Освен това, тук сполучливо е свързан и въпросът за контрола по отношение на тези договори, по-точно във връзка с провеждане на процедурата по сключването им и също във връзка с тяхното изпълнение. Би могло да се подчертае, че авторът е направил това с яснота, методично и последователно, което също е един теоретичен успех.

Интерес представлява сравнително-правният анализ на определенията за договор за обществена поръчка в Европейските директиви, в законодателствата на Германия и Великобритания, при което в дисертацията се прави извода, че тези определения са близки по съдържание и като цяло съществува относителен стабилитет в нормите, регулиращи въпросния правен институт. Също -

изведените осем характеристики на договора /с.77-78/ с подчертаването на смесения му характер от административноправни и гражданскоправни елементи. Добро тълкуване и изясняване от теоретична гледна точка представя дисертанта на субектите на договора за обществена поръчка. Страните със своята специфика като „възложител“ и „изпълнител“ са разгледани аналитично и обстойно. Акцентувано е на двете значения на термина възложител, посочено е разграничението на възложителите на два вида- публични и секторни, като е обърнато внимание, че в правната уредба кръгът на първите е очертан сравнително по-прецизно.

Заслужава да се оцени положително и вниманието, което отделя дисертанта на въпроса за реда, по който се сключват договорите за обществена поръчка. Правилна е отбелязано, че има особености при неговото сключване. Те са много добре разкрити и анализирани от автора/с.97-107/. Изводът за наличието на сложен фактически състав, в който преддоговорните отношения имат подчертано административноправен характер е напълно логичен. Той е предопределен, както изтъква автора, от новоприетия Закон за обществените поръчки, в който /чл.22, ал.1 и 9/ актовете на възложителя са изрично определени като индивидуални административни актове. Прецизно е отбелязано, че това се отнася още за самото начало на процедурата, започваща с административен акт - решение на възложителя за откриването и, както и решението за определянето на изпълнителя, което също е административен акт. От там следва сключването на самия договор. В съпоставка с другите договори е изведено и заключението, че договорът за обществена поръчка „се сключва след провеждане и въз основа на проведената процедура по ЗОП за разлика от гражданскоправния и търговски договор, който се сключва в следствие от водените преговори между страните и съответното постигнато съгласие между тях.“/с.107/.

Като приносен момент следва да се окачестви и сполучливият опит на автора да изясни особеностите при изменение на договорите за обществени поръчки. Изхождайки от принципа, че при гражданскоправните и търговските договори страните могат свободно да изменят договора, дисертантът посочва, че при договорите за обществена поръчка действа специален режим в това отношение. Изменения са допустими, но като изключения, предвидени изрично в Закона за обществените поръчки / чл.116/, хипотезите на които в дисертационния труд са разгледани подробно. В съпоставката, която е направена с предходната законодателна уредба се изтъква, че е възможно обособяване на измененията в две условни групи – съществени и несъществени. Разглеждайки

ги, авторът аргументирано обосновава извода, че в новия Закон за обществените поръчки/ЗОП/ е видна тенденция към либерализиране в това отношение. Дават се много нови възможности, подчертава автора, „с въвеждането на понятието съществено изменение и със значителното разширяване на хипотезите при които е възможно изменение“, което кореспондира както с европейските практики, така и с установените от националния пазар нужди.

Аналогични добри разсъждения могат да се констатират и по отношение възможностите за прекратяване на договора за обществена поръчка.

Теоретична, а същевременно и практическа значимост има и разгледаният въпрос за контрола при договорите за обществени поръчки. Основателна е тук изходната позиция на дисертанта, че регулирането разходването на публични средства в обществен интерес е важен обществен проблем, изискващ и осъществяването на засилен контрол. Той е обстойно анализиран в двете му форми – административен и съдебен.

Административният контрол се разглежда като предварителен и последващ на основата на критерия „време“ на неговото провеждане. Последователно са изяснени субектите и същността на двете разновидности на контрола. Като основен субект на предварителния контрол върху процедурите за обществени поръчки е представена Агенцията за обществени поръчки/АОП/, в лицето, разбира се на нейният Изпълнителен директор като държавен орган и по-точно орган на изпълнителната власт, осъществяващ съответните контролни правомощия. Акцентувано е на нововъведенията в предварителния контрол като „контролът чрез случаен избор“, който според автора ще обхваща най-голям брой случаи и ще се окаже основен вид контрол в това отношение, също контролът върху процедурите по договаряне, при постъпки за изменение на договор за обществена поръчка и т.н. Целите на предварителния контрол, правилно обобщава автора, са оказване на помощ на възложителя при избора на вид процедура, при посочване на основанията за изменение на договора и пр., като същевременно се запазва и разширява свободата на възложителя предвид факта, че становищата на АОП нямат задължителен характер.

Подобен подход, т.е. изясняване на субект и същност се вижда и при изясняване на последващия административен контрол. Посочени са главните субекти – Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция, обхватът на контрола – приключили процедури със сключване на договор или

прекратени такива, както и случаи на бездействие, в резултат на което не е била открита процедура, а също и средствата за въздействие – реализиране на административно-наказателна отговорност при констатирани административни нарушения и изпращане на материалите от проверките на прокуратурата при данни за престъпления. Отделено е внимание и на някои специфики на контрола от Сметната палата/ напр. че той може да бъде не само за законосъобразност, а и за правилност/, на контрола от Агенцията за държавна финансова инспекция и също на вътрешния контрол от възложителя.

И в двете си разновидности, подчертава авторът, административният контрол е присъщ само за договорите за обществена поръчка, за разлика от търговските и облигационни договори, което е свързано с обстоятелството, че се разходват публични средства в обществен интерес.

Що се отнася до съдебният контрол, той е анализиран добре, което е също един успех за автора. Най-главно, изяснява се, че правораздавателният контрол, както е по-точно да се нарече, по отношение на обществените поръчки се осъществява от два вида субекти – съд и особена юрисдикция. Съдебният контрол - от Върховния административен съд /в случая действащ като втора инстанция/, а контролът на особена юрисдикция - от Комисията за защита на конкуренцията/КЗК/, действаща в случая като първа инстанция. Добре е изяснено, че макар по своята същност Комисията да е административен орган, при разглеждането на споровете срещу административните актове на възложителите, нейният контрол има юрисдикционен характер. В тази връзка са съвсем основателни приведените аргументите, че е налице специален ред за упражняването на правораздавателния контрол върху въпросните административни актове, изключващ общият ред по АПК. Макар и официално неафиширано от дисертанта, е разбираемо, че се отнася за правораздавателен контрол, осъществяван на основата на „специална клауза“.

Обогатен е труда откъм теоретико-познавателното си значение със съпоставката на договорите за обществена поръчка със сродни правни институти в националното и европейското законодателство. Особено актуално е съотношението с административния договор, който беше въведен като нова правна фигура с последните изменения на АПК през 2016г. Посочвайки, че административният договор е познат в Европейското право и уреден подробно в страни като Германия и Франция и особено в първата, авторът внимателно проследява еволюцията в нашата правна доктрина и законодателство в посока на утвърждаването му като правен институт и у нас. И в тази връзка,

приемането на договора за обществена поръчка като вид административен договор.

На базата на определението за административен договор в чл.19 АПК, в труда е направен сполучлив опит да се изведат основните му характеристики. Добре са подчертани въпросът за предварителното му изпълнение с което се цели да бъде предотвратена евентуалната невъзможност за изпълнение на договора, която би довела до щета или накърняване на обществения интерес. Също, особения режим на неговото изменение и прекратяване, при което субсидиарното приложение на ЗЗД и ТЗ е невъзможно и изменение на договора например по взаимно съгласие е недопустимо, обжалването му само по съдебен ред и др.

В известен смисъл са правилни забележките на автора по отношение краткостта на срока за сключване на административния договор, също и относно термина „издаване“ на договора, включен в разпоредбата на чл.128 АПК, въпреки че внимателния поглед в съдържанието на въвеждащата норма на АПК в тази връзка – чл.1, и по-специално т.1 и 8 изключват този термин / издаване/ по отношение на административния договор и го отнасят само към административните актове.

Задълбочена е съпоставката на договора за обществена поръчка и с договорите по ЗЗД и ТЗ, като на базата на субект, предмет, сключване и пр. са очертани и основните отлики между тях. Интересен е и паралелът, който е направен с подобния институт в немското право.

Отделно от изложеното дотук, съм длъжен да отбележа, че в дисертацията се съдържат и предложения „de lege ferenda“. Например да бъде изрично определен реда, по който ще се провежда процедурата за съвместно възлагане, също да се предвиди разпоредба относно изменение на предмета във връзка с въвеждане на по-нови технологии и др.

V. Във връзка с дисертационния труд авторът има няколко публикации като бих отличил напр. „Актуални правни аспекти при договора за обществени поръчки“, сб. с доклади Актуални проблеми на действащото законодателство в контекста на правото на Европейския съюз, ВСУ“Черноризец Храбър,2015,с.229-239; „Тенденции в развитието на законодателството в областта на обществените поръчки“, сб. с доклади от международна научна

конференция, том IV, Издателство наука и икономика ИУ – Варна, 2015 г., с. 177-184; „Проблематика на изменението и прекратяването на договора за обществена поръчка“, Известия на Съюза на учените, Серия „Хуманитарни науки“, 2015 г. и др.

VI. По отношение на труда могат да бъдат направени и някои критични бележки.

В структурно отношение.

Заглавието на глава първа, струва ни се, не отговаря на съдържанието и. Тя е озаглавена „Понятие на договор за обществена поръчка“, а всъщност в нея основно се разглежда историческото развитие на института. За да има съответствие, би било по-добре заглавието на тази част да е „Историческо развитие на обществените поръчки и института договор за обществена поръчка“.

В известен смисъл подобна бележка може да се направи и по отношение на глава втора. Както отбелязахме вече, тя има основно значение, тъй като е посветена на изясняване на самото понятие за договор за обществена поръчка. Така по-прецизно ще бъде, ако и самото заглавие бъде „Понятие за договор за обществена поръчка“, вместо: „Правна уредба на договора за обществена поръчка“, както е сега.

При изясняване на източниците на правната уредба на договора за обществена поръчка в §3 на гл. първа, първо са разгледани националните, после международните и общоевропейски актове. Струва ни се, че местата им трябва да бъдат разменени. Първо с оглед на принципа общо към частно и второ - не международните и общоевропейски актове са във връзка и определена зависимост от националните, а обратно.

По съдържанието.

Във връзка с разкриване особеностите на договора за обществена поръчка, в дисертационния труд е включен параграф „Особености и специфика при сключването, действието, изменението и прекратяването на договора за обществена поръчка“ /§2 от гл. втора/. С други думи, визирани са четири важни аспекта, по отношение на които дисертантът си е поставил

задачата да разкрие съответни самостоятелни специфики. И това е направено по отношение на сключването, изменението и прекратяването. Остава, обаче открит въпроса за спецификите при действието на договора. Какъвто и да е анализът на автора в това отношение, той трябва да е налице, за да не остава една очевидна непълнота.

При разглеждането на въпроса за делегирането на правомощия за възлагане на обществени поръчки на основание чл.7 ЗОП, неправилно се смесват „делегиране“ на компетентност със „заместване“ в компетентност. Когато възложителят е управомощен да определи друго длъжностно лице да възлага обществени поръчки правилно е налице делегиране, но когато в негово отсъствие правомощията му по възлагане на обществени поръчки, се изпълняват съгласно закона от лицето, което го замества, действа институтът на заместване в компетентност.

При обсъждане на въпроса /с.120/ кой понася отговорността при избора на процедура, в случай че възложителят се е съобразил със становището на АОП и поради това са му наложени финансови корекции или административно наказание, едва ли е правилно да се поддържа теза, че трябва да се търси отговорност на служителите, отправили препоръката към възложителя. След като становищата на АОП нямат задължителен характер, те не обвързват възложителя при вземането на решенията им и отговорността би трябвало да пада изцяло върху тях.

На с.52 при класификацията на националните източници на правната уредба на договорите за обществени поръчки правилно са взети предвид действащите нормативни актове – закони и подзаконови. Неуместно е от тази гледна точка в класификацията да се включват отменени нормативни актове, каквито са Наредбата за възлагане на специални обществени поръчки и Наредбата за малки обществени поръчки.

Непълнота в изследването може да се констатира и по отношение на проблема за административния контрол. Както е известно, в административноправната теория с оглед на времето на проявлението си, /критерий, който използва и дисертанта/ контролът се определя като предварителен, текущ и последващ. В дисертационния труд са разгледани само двете форми – предварителен и последващ. Отсъствието на „текущия“ контрол остава неясен въпрос, отговорът на който е изискуем и би обогатил дисертацията.

В труда, на с.160, при разглеждането на въпроса за последиците от неспазване на формата на административния договор, остава впечатлението, че се прави разлика между такива важни правни термини като „недействителност“ и „унищожаемост“. Подобно положение виждаме и на друго място в труда – с.101. Необходимо е, за точност и прецизност по този важен принципен въпрос, в труда да се внесе необходимата яснота, като се изходи от общоприетата теоретична постановка, че „унищожаемостта“ не е явление, различно от „недействителността“, а една от нейните форми.

На последно място, като обща критична бележка, която си позволявам да отбележа, е общото ми впечатление за липсата на полемика от страна на автора с други автори позиции и становища. От една страна, дисертантът е прецизен в привличането и представянето им, от друга – проявява „скромност“/така да го нарека/ в критичното си отношение към тях и отстояване на свои самостоятелни позиции.

Уважаеми членове на Научното жури,

Пропуските, недостатъците, са традиционни „спътници“ на всеки дисертационен труд, в т.ч. и на настоящия. В този смисъл визираните по-горе критични бележки не могат да се отразят на цялостната ми положителна оценка за него.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Изхождайки от положението, че настоящият дисертационен труд представлява аналитично научно изследване в областта на обществените поръчки и по-специално на договора за обществена поръчка,

също, че в труда се съдържат редица научни приноси, които обогатяват правната теория,

както и че дисертантът е проявил способност за самостоятелни научни изследвания, давам „**ПОЛОЖИТЕЛНА**“ оценка на труда и предлагам на

почитаемото Научно жури да присъди на докторанта **Диана Руменова
Димитрова** образователната и научна степен „ДОКТОР“

03.05.2017г.

РЕЦЕНЗЕНТ:

София

/Проф.д-р Д.Костов/

