

ВЪЗМОЖНИ НАСОКИ ЗА ПОВИШАВАНЕ ЕФЕКТИВНОСТТА НА НАКАЗАТЕЛНАТА ПОЛИТИКА В СФЕРАТА НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

(резюме)

1. Предпоставки.

Обществените поръчки (ОП) са дейност с повишена степен на риск за нанасяне загуби на обществото, разбирано в случая като общността на данъкоплатците. По данни от последните изследвания на ЦИД те са източник и на значителен корупционен натиск с относително неголям брой транзакции, но с внушителен паричен обем. Нещо повече, същите изследвания убедително доказаха, че възможността да се влияе върху тях се е превърнала в реален фактор за политическо въздействие, понякога - в мотив на организационното поведение и често в система за политическо „разплащане”. Практиката показва, че ОП са ресурс който може да бъде обект на предварително разпределяне още в периодите предшествващи изборите.

От гледна точка на икономиката на правото възможните обществени загуби от организираната злоупотреба с ОП не се свеждат единствено до стойността на корупционните транзакции. Те са поне три групи:

- Преки загуби от завишени цени (договорени икономически условия). Тук биха могли да се калкулират и корупционните схеми.
- Обезщетения и разноски по контрола върху ОП, упражняван от държавните органи, включително правозащитните.
- Загуби от неефективни технически решения, налагащи повишени експлоатационни или други разходи, които при компетентно организирани процедури и реална пазарна конкуренция не биха били нанесени.

От гледна точка на наказателната политика обаче, може да се преследва много по-ограничен кръг от възможните девиантни поведения. Причините за това са в самата същност на наказателното право, което преследва само поведение изцяло или преимуществено зависещо от възможността за съзнателна преценка и от правото на избор на индивида. Те от своя страна се отразяват на изискуемите доказателствени средства, поради което най-честият резултат при преследването на нарушения в обществените поръчки е близо до нулата. В добавка към това трябва да се отбележи, че българският НК не съдържа специализирани текстове, преследващи неправомерно поведение в ОП. Неговото преследване се осъществява по общия ред, т.е. чрез така нареченото престъпление по служба или всеизвестният чл. 282 от НК. Такива специализирани текстове не биха били наложителни, ако чл. 282 беше ефективен текст. Това обаче не е така и е достатъчно да се обърнем към генезиса и разпространението на подобен подход в други законодателства.

Не на последно място, съществува известна „акустична” изолация между правозащитната и икономическата сфера. Двете работят по взаимно несвързани правила, което е изключително опасно при боравенето с бланкетни понятия от финансово-стопанската сфера например, чиито смисъл е претърпял сериозни промени. НК, въпреки многобройните си изменения след 1989 г., е основан на анахронична

концептуална база, по-подходяща за централизираната планова икономика. Пазарното поведение на субектите носи неизмеримо по-високи рискове и изисква много по-голяма гъвкавост. Няма никакви гаранции за печалба. От друга страна, много трудна и почти невъзможна е преценката кога една загуба се дължи на целенасочено субективно поведение и кога на други причини. НК все още е построен върху теорията за универсалната причинност. Да не говорим за съотношението на господстващото доктринално разбиране на вината и концепциите на съвременната психология.

2. ОП и организираната престъпност.

На пръв поглед не може да има връзка между организираната престъпност и ОП. Тук става въпрос за изразходване на обществени, най-често бюджетни средства. Съществуват правила за това, простиращи се и в част от корпоративния сектор. Няма възможност за укриване на приходи от данъчно облагане и за манипулации на счетоводните записвания. Невъзможни са схеми на разплащания в брой. Липсват икономическите атрибути, представляващи традиционен интерес за организираната престъпност.

От друга страна обаче, именно поради изброените причини приходите на фирмите-изпълнители на ОП са с максимално изчистен обществен образ. Трудно е да си представим по-легитимен източник на приходи от държавния бюджет. Ето защо ОП са примамлива дейност за пране на пари. Това може да се почувства най-вече когато спечелилият търга се е явил и спечелил с необяснимо ниска оферта, очевидно под себестойността. Такива случаи не са голяма рядкост, особено в строителството, респ. инженеринга. Не е тайна, че сенчестият бизнес се легитимира чрез редовен, който се явява като своеобразен връх на айсберга. Друга подобна опасност съществува при консултантските услуги на голяма стойност, тъй като там по правило е трудно да се обоснове или оцени себестойността. Самото провеждане на такива процедури, особено при условията на повторемост, би могло да бъде изходен пункт за идентифицирането на подобни нелегитимни интереси на базата на подходящ анализ. Освен това, такива ОП могат сами по себе си да бъдат източник на финансово осигуряване на отделни престъпни групи.

3. Типични форми на девиантно поведение в ОП.

На базата на правени изследвания от българския неправителствен сектор с помощта на USAID могат да се дефинират поне осем категории такова поведение:

- Откриване на обществено непотребна ОП с цели различни от обявените в закона (напр. изразходване на средства или облагодетелстване на трето лице)
- Избор на неподходяща процедура и/или на непрофесионален екип;
- Целенасочено манипулиране на самата процедура и тръжните книжа, включително ненужното ѝ усложняване или създаване на неустановеност;
- Целенасочено манипулиране на изискванията към кандидатите: например неадекватни квалификационни критерии, изискванията за опит, сертифициране, техническите изисквания;
- Оказване на служебен или политически натиск, било за наемане на определени подизпълнители, било за насочване решенията на служителите на организацията-възложител;
- Упражняване на натиск върху изпълнителя чрез системата за разплащане;

- Създаване на целенасочени предпоставки за неравенство между участниците или за нелоялна конкуренция;
- Злоупотреба с доверие и информация и други подобни.

4. Някои възможни мерки.

Не може да се твърди, че наказателната политика е панацея за решаването на проблема. Също така обаче не може да се твърди, че такава панацея би била приватизацията на целия държавен сектор, подобряването на условията на труд и заплащане в бюджетния сектор, въвеждането на ясни правила за икономическа дейност, постигането на пълна прозрачност и отчетност в политическия процес и публичната администрация или какъвто и да е друг фактор сам по себе си. Засилването на наказателната репресия също не даде резултати, тъй като то не може да бъде продуктивно при ниска разкриваемост и малък брой случаи достигнали до съдебната зала. Последните два фактора очертават рамките на възприятието за неизбежността на възмездието, което е много по-сериозен превантивен фактор от формално разписаните санкции. Ето защо, повишаването на ефективността на наказателната политика в България може да се търси само и единствено в интегрирането ѝ с другите политики, провеждани от държавните институции. В частност, такова повишаване може да се търси в паралелно провеждани мерки в следните посоки:

- Приемане на изцяло нов НК. Това трябва да стане след широко експертно обсъждане, доколкото евентуално обществено обсъждане не би довело до сериозни резултати. Участието на неправителствения сектор обаче е повече от желателно, доколкото той може да ангажира един по-широк кръг експерти от всички специалности, свързани с материята във всичките ѝ аспекти. Принципната промяна изисква преразглеждане на редица постановки и даже дефиниции, които до скоро изглеждаха безспорни. В областта на обществените поръчки е необходимо въвеждането на специални текстове на базата на типичните случаи на преднамерени нарушения.
- Декриминализация. Действащият НК е изпълнен с текстове, ангажиращи държавата да защитава частни интереси със средствата на данъкоплатците. Резултатите са: от една страна, задръстване на органите на предварителното производство, а от друга страна – липса на краен резултат и пренебрегване на по-важни накърнени интереси на обществото. Много по-добри резултати могат да се постигнат в рамките на гражданското правораздаване, при паралелно преразглеждане в съдебната практика на стойността на нарушените права, свободи и законни интереси на личността, респективно на присъжданите обезщетения.
- Преразглеждане на определени процесуални постановки в Закона за отговорността на държавата за вреди, причинени на граждани. Предявяването на регресен иск срещу провинилия се служител, предизвикал отговорност на държавата, трябва да стане задължително в определени или в повечето случаи, в зависимост от характера на вината.
- Въвеждане на правила за етично поведение в обществените поръчки за държавните служители и за всички останали възложители, без изключения. Тяхното спазване би редуцирало значително случаите на отклонения и би създадо предпоставки за нетърпимост към тях вътре в самите администрации и корпорации. Такива примерни правила вече са разработени и остава държавните органи да ги приемат за отделните администрации и да организират прилагането им.

- Системно и паралелно провеждано обучение кадри: както на магистрати и контролни органи, така и на кадри от държавната и корпоративната администрация по въпроси от общ интерес. Един от тях би могъл да бъде обществените поръчки, в частност по отношение стандартите, налагани от Директивите на ЕС и практиката на Европейския съд в Люксембург по тях.
- Увеличаване на обществения контрол чрез неправителствените организации върху дейността на предприятията-монополисти, доставящи обществени услуги и особено върху държавните органи-регулатори на тези услуги и дейности. Това ще даде възможност да се контролират заложените още в техните бизнес планове разходи за ОП до размера и вида на необходимите разходи и услуги.
- Преразглеждане на дефиницията за служебна и търговска тайна при възлагане на обществени поръчки. Договорите за възлагане на ОП с всичките им приложения не могат да бъдат тайна за обществото и то следва да има пълен достъп. Време е да се възприеме, че възложителят на една ОП е само упълномощен агент на принципала – общността на данъкоплатците
- Преразглеждане на понятието правен интерес при оспорване актовете на администрацията пред съд. Всеки потребител на обществена услуга, респективно всеки данъкоплатец следва да има право в това си качество да атакува незаконосъобразни актове и/или действия на държавните органи и на предприятията-монополисти. Така тежестта и разходите за контрол ще се преразпределят и понесат по-справедливо и ефективно, а от друга страна ще се активира огромна обществена енергия, която в момента стои неизползвана.

Адв. Асен Дюлгеров

Експерт на ЦИД