

4. НАМАЛЯВАНЕ НА РИСКА ОТ КОРУПЦИЯ ПРИ ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ – КЪМ БАЛАНС НА ИКОНОМИЧЕСКИТЕ И НАКАЗАТЕЛНИТЕ ЛОСТОВЕ

В хода на изпълнение на условията за присъединяване към ЕС след неколкостепенни всеобхватни промени в режима на обществените поръчки у нас днес в общи линии той отговаря на европейските директиви. Оттам и наложилото се виждане, че от гледна точка на ограничаване на корупционния риск процесът на оптимизиране на правната уредба е относително завършен. Аргументът, че националното законодателство е почти изцяло хармонизирано с европейското, трябва да се приема с известни уговорки. Остават някои съществени различия както по отношение на уредбата на концесиите, така и по отношение на уредбата на прекратяването и отмяната на процедури за обществени поръчки. Хармонизирането на европейското законодателство в областта на обществените поръчки не е завършен еднократен акт, а динамичен процес на отразяване на непрекъснато развиващите се пазарни предизвикателства в националните законодателства. Така например общите европейски регулативни стандарти по отношение на обжалването при обществените поръчки са все още в процес на съгласуване. Като пълноправен член на ЕС България вече трябва да има активна позиция в създаването на европейските норми.

Освен това високите равнища на корупционен риск и корупционни практики в тази сфера показват, че хармонизирането само по себе си не е крайна цел, а инструмент в ограничаването на корупцията. Хармонизирането на правните уредби на страните членки има за цел преди всичко да гарантира равнопоставеността на доставчиците и свободното движение на стоки, услуги, хора и капитали в рамките на единния пазар. Тъй като тези свободи са свързани с прозрачност, свободна и честна конкуренция, хармонизирането има и антикорупционен ефект. Но то в никакъв случай не може да реши специфичните проблеми и предизвикателства пред управлението на публичния сектор на отделните страни членки. Отговорността за равнището на корупцията в крайна сметка е на всяка страна.

За България могат да се посочат няколко основни групи инструменти за ограничаване и превенция на корупцията в процеса на възлагане и изпълнение на обществените поръчки, които очертават възможните приоритети на политиката:

- а) оптимизиране на правната уредба към повече прозрачност и конкуренция при обществените поръчки. Увеличаване на относителния дял на поръчките чрез стоковата борса и чрез електронни търгове;

- б) повишаване на ефективността на механизмите на правна защита и контрол;
- в) подобряване на административния капацитет и увеличаване на изискванията към професионалната етика на отговорните служители при възложителите на обществени поръчки;
- г) повишаване на ефективността на наказателното преследване на злоупотребите;
- д) ефективен контрол върху декларирането на имуществото и доходите на лицата по висшите етажи на властта;
- е) оптимизиране на нормативната уредба на финансирането на политическите партии и изборните кампании, включително на независимите кандидати;
- ж) разработване на нормативна уредба, засягаща конфликти на интереси в парламента, включително регулиране на лобистката дейност.

При повечето от посочените инструменти е необходимо да се повиши тяхната ефективност и да се доближат към добрите европейски практики. Тези възможности са разгледани по-подробно в следващите точки.

4.1. ПОВЕЧЕ КОНКУРЕНЦИЯ И ПРОЗРАЧНОСТ

Най-общо целта на правния режим на обществените поръчки е да осигури максимална конкуренция при минимални разходи за добросъвестните участници по спазването на законодателството. Тази цел очертава и основните измерения на ефективността на режима на обществените поръчки. В съответствие с европейското законодателство действащият у нас *Закон за обществените поръчки* определя три главни принципа, залегнали в основата на правния режим на обществените поръчки: публичност и прозрачност; свободна и лоялна конкуренция; равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Те оформят рамката, която служи за оценка на ефективността на режима на обществените поръчки. Въпросът е дали режимът в максимална степен осигурява прозрачност, конкуренция и равнопоставеност на доставчиците и изпълнителите на обществени поръчки. Тези критерии са отправната точка за оценката на равнището на корупционния риск, както и за идентифициране на най-уязвимите звена на правната уредба на обществените поръчки.

Правният режим на обществените поръчки у нас за кратко време претърпя значителна еволюция към хармонизиране с променящото се европейско законодателство. Посоката на реформите бе към намаляване на бариерите на входа на процедурите за възлагане при същевременно оптимизиране на последващия контрол и засилване на гаранциите за конкуренцията. Целта на промените бе да се облекчат изпълнителите и да се оптимизират техните разходи за участие в процедурите. В същото време обаче, при някои от тях това

бе постигнато с цената на повече възможност за едноличен и неконкурентен избор на доставчиците от страна на отговорните служители.

Първоначално приетият *Закон за възлагане на държавни и общински поръчки* от 1996 г. просъществува за кратко, но може да бъде оценен положително като първа стъпка във въвеждането на правната институция на обществената (държавна или общинска) поръчка и възприемането ѝ като неотменен елемент на съвременната организационна култура в публичната администрация и операторите на обществени услуги. Започналият процес на хармонизация на българското законодателство със законодателството на ЕС и неефективността на редица разпоредби наложиха приемането на нов *Закон за обществените поръчки (ЗОП)* през 1999 г.

От друга страна, законодателството на ЕС също беше в процес на еволюция. До 2004 г. действаха четири директиви за обществените поръчки²⁸, които бяха изцяло заменени от две нови през 2004 г.²⁹ Крайният срок за хармонизиране на националното законодателство на държавите – членки на ЕС, с тези директиви беше 31 януари 2006 г. (за България този срок беше 1 януари 2007 г.). Ето защо се наложи България неколккратно да привежда своето законодателство в съответствие с развиващите се постижения на европейското право.

Основата на днешната правна уредба на обществените поръчки в България бе поставена през 2004 г. с новия *Закон за обществените поръчки* (обн., ДВ, бр. 28 от 06.04.2004 г., в сила от 01.10.2004 г.). В съответствие с европейските директиви в новата уредба значително беше либерализиран режимът на обществените поръчки. Така например обхватът на приложение на ЗОП бе стеснен, като долните стойностни прагове бяха повишени около три пъти: на 1.8 млн. лв. за строителни работи, 150 хил. лв. за доставка на стоки и 90 хил. лв. за доставка на услуги. Под тях действат по-облекчените процедурни правила на *Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки (НВМОП)*. При това се допускаше при определени условия откритата процедура да бъде заместена с процедура за договаряне с определен доставчик. Долните прагове по НВМОП, под които не е необходима процедура, също бяха повишени. След промените в европейското законодателство през 2006 г. ЗОП претърпя толкова съществени и многобройни изменения и допълнения (обн., ДВ, бр. 37 от 05.05.2006 г., в сила от 01.07.2006 г.), че практически сме поставени в условията на четвърта поред принципно нова регулативна база на обществените поръчки в България в течение на 10 години. Праговете на обществените поръчки бяха отново изменени и диференцирани (*Таблица 7*).

²⁸ Директива 92/50/ЕЕС относно процедурите за възлагане на поръчки за обществени услуги, Директива 93/36/ЕЕС относно процедурите за възлагане на поръчки за доставки, Директива 93/37/ЕЕС относно процедурите за възлагане на поръчки за обществени работи и Директива 93/38/ЕЕС относно процедурите за възлагане на поръчки от операторите на обществени услуги в областта на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите.

²⁹ Директива 2004/18/ЕС на Европейския парламент и Съвета от 31 март 2004 г. за координиране на процедурите за обществени поръчки за възлагане на обществени работи, доставки и услуги (често наричана Директива за публичния сектор) и Директива 2004/17/ЕС на Европейския парламент и Съвета от 31 март 2004 г. за координиране на процедурите за обществени поръчки на юридическите лица, оператори във водния сектор, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (често наричана Директива за обществените услуги).

Таблица 7. Прагове на процедурите за възлагане на обществени поръчки (лв. без ДДС)

Предмет на ОП	По ЗОП	По НВМОП	Без формална процедура	
			с 3 оферти	без 3 оферти
Строителство	Над 1 800 000	100 000 – 1 800 000	45 000 – 100 000	Под 45 000
Доставки	Над 150 000	30 000 – 150 000	15 000 – 30 000	Под 15 000
Услуги	Над 90 000	30 000 – 90 000	15 000 – 30 000	Под 15 000
Конкурс за проект	Над 30 000	10 000 – 30 000		Под 10 000

Бележка: Посочените прагове не се отнасят до поръчки с място на изпълнение извън страната както по ЗОП, така и по НВМОП.

Източник: Център за изследване на демокрацията.

Всъщност тези прагове никога не са били ефективна преграда за корупцията, тъй като често срещана практика бе да се раздробяват обществените поръчки на по-малки части с цел да се избегне изискването за състезателна процедура (най-вече открита процедура, открит конкурс или публичен търг). Самият ЗОП определи тази практика като заобикаляне на закона, което опорочава проведената процедура по избора на изпълнител, съответно договора за възлагане.

Наред с праговете нормативната уредба бе съществено променена по отношение на **обхвата на ЗОП за възложителите на обществени поръчки**. Освен секторните възложители от комуналния сектор на публичните услуги в групата на възложителите бяха включени и търговски дружества и нестопански организации с преобладаващо или доминиращо влияние на държавата във вземането на решенията. Презумпцията на законодателя е, че в тези случаи мениджъри от публичния сектор имат възможност да прехвърлят в частния сектор обществени средства. Това са например случаите, когато държавата или някоя община притежава дялове в търговско дружество, които ѝ дават възможност да определя решението на общото събрание на съдружниците/акционерите за разпределяне на дивидент. Доброволният отказ на принципала да получи този приходоизточник въобще или в пълен размер представлява косвено разпореждане с бюджетни средства. Те се вливат обратно в търговското дружество и то следва да бъде подчинено на ЗОП. В този кръг влизат не само едноличните, а практически всички смесени дружества с участието на държавата и общините, в които те са запазили блокираща квота при вземането на решения. Решението на законодателя кореспондира с дефиницията и разбирането на понятието възложител по смисъла на чл. 1, § 9 от *Директива 2004/18/ЕС* на Европейския парламент и на Съвета от 31.03.2004 г.³⁰ Дефиницията обхваща и лица, обект на контрол или надзор от публично-правна организация (лице на публичното право), или лица, поне половината от чиито колективни органи на управление се определят от публично-правна организация.

³⁰ Т.нар. Директива за публичния сектор.

През последните години арсеналът от инструменти на разположение на възложителите на обществени поръчки по отношение на видовете процедури бе значително обогатен. От една страна, той бе разширен към повече прозрачност с навлизането на електронните търгове и борсовата търговия. Но от друга страна, тенденцията е към разширяване на инструментите в посока на договарянето. Сегашната правна уредба включва такива инструменти за възлагане на обществени поръчки и покупка на стоки и услуги, като състезателен диалог, процедура на договаряне със и без обявление, динамични системи за доставка и рамкови споразумения. Всички те се отличават с някаква степен на ограничаване на достъпа на участниците и увеличена дискреция на възложителя при избора на доставчика/изпълнителя. По този начин обективно нараства рискът от корупция в обществените поръчки. Означава ли това, че те нямат място в правната уредба на обществените поръчки?

Както вече бе посочено, икономическата ефективност на обществените поръчки в най-голяма степен зависи от максималната прозрачност, равнопоставеност и конкуренция между доставчиците. Но освен от тези залегнали в законодателството принципи тя зависи и от неограничения потребителски избор на възложителя. От гледна точка на обществения интерес и максималната конкуренция е важно не само изпълнителите да имат еднакъв достъп до пазара на обществени поръчки, но и възложителите да имат еднакъв достъп до пазара с останалите потребители от частния сектор. Разходите и на публичния, и на частния сектор по провеждането и участието в процедурите не бива да бъдат по-високи от обществените ползи от разпределянето на поръчките на състезателен принцип. Тези два относително подценявани принципа на икономическа ефективност гарантират, че публичният сектор няма да консумира стоки и услуги на цени, по-високи от пазарните. Проблемът е, че те невинаги предполагат решения, даващи максимални гаранции срещу корупцията. Този проблем става все по-силно изразен с развитието на икономиката на знанието, необходимостта да се избира между високотехнологични решения, при които има асиметрия на информацията между доставчици и потребители. Това налага нови търговски практики, в които наред с прозрачността и конкуренцията (които са водещи при недиференцираните продукти) все по-важни стават партньорските отношения, доверието, информацията и експертизата, както и свободата на възложителя да избира доставчик. С други думи, за много високотехнологични стоки и услуги процедурите на договаряне, ако с тях не се злоупотреби, обслужват в много по-голяма степен обществения интерес, отколкото една класическа открита процедура. В този контекст предизвикателството пред антикорупционната политика е да намери оптималния баланс между ограниченията на процедурите и икономическата ефективност. Накратко, решението не е в ограничаването на процедурите за договаряне, а в ограничаването на възможностите те да се прилагат, когато не се налага, или да се използват за лично облагодетелстване. Това, разбира се, усложнява задачите на контрола в тази сфера, като изисква увеличаване на относителния дял на **преценките по целесъобразност** наред с преценката **по законосъобразност**.

Като цяло България има модерно законодателство за обществените поръчки, което по своя дух и съдържание отговаря на изискванията на директивите на ЕС. Разбира се, неговото ефективно прилагане до голяма степен зависи

от капацитета на администрацията и правораздаването. В близко бъдеще се очаква нова фаза на хармонизация на ЗОП с предстоящите промени на директивите относно административния и съдебния контрол в процеса на възлагане на обществени поръчки³¹.

4.2. ЕЛЕКТРОННИ ТЪРГОВЕ

Електронните търгове са сравнително нов инструмент в сферата на обществените поръчки. Те са регламентирани в двете европейски директиви от 2004 г. и са залегнали в нашето законодателство с последните изменения в нормативната база през 2006 г.³² Практическото им прилагане обаче е все още ограничено. Регистър на електронни търгове за малки обществени поръчки се води от Министерството на финансите и обхваща главно търгове по предприсъединителните фондове. Макар и ограничен, досегашният опит показва, че това е доста сполучлива форма за постигане на максимална конкуренция и достъп до пазара с минимални разходи за участниците в процедурите. Прилагането ѝ е ограничено до стоки с ясни качествени параметри, където основните критерии са цената и срокът на доставка. Такива доставки има не само при малките поръчки. Би трябвало електронното наддаване да стане правило във всички случаи, когато това е възможно, т.е. когато количествените и качествените параметри на доставката са ясно определени. Процедурата е по-трудно приложима при строителни работи и други услуги, въпреки че в нашата практика не липсват примери за това. Относителният дял на електронните търгове може да бъде добър атестат за решимостта на съответното ведомство да ограничи корупцията при обществените поръчки.

4.3. ОБЖАЛВАНЕ

Системата за правна защита и контрол също претърпя сериозна еволюция. Административният и съдебният контрол по общия ред на Закона за административното производство първоначално бяха ограничени, а впоследствие – заменени с правна защита по исков път. Като основна причина се сочеха неефективността, произтичаща от сроковете за разглеждане на съдебни дела, и перспективата за спиране на производството по обществените поръчки на фона на срочността и обема на икономическите, правните и обществените интереси, вплетени в една обществена поръчка. През периода 2004 – 2006 г. се стигна до парадокса част от административните актове, издавани в процеса на възлагане на обществена поръчка, да се оспорват по специален исков ред от районните съдилища. През същия период бяха изразходвани ресурси за обучение на магистратите от първа инстанция, за които тази материя беше непозната. През 2006 г. системата за правна защита бе отново променена, като първоинстанционният контрол бе поверен на КЗК. Твърде рано е да се

³¹ Директива 89/665/ЕЕС – за публичните възложители, и Директива 92/12/ЕЕС за секторните възложители.

³² Вж. Павлова, М., *Нови процедури в областта на обществените поръчки предвижда законодателството на ЕС*, сп. „Пазар и право“, бр. 5, 2006.

каже дали тази мярка е ефективна. Един от основните проблеми, с които тя ще се сблъска, е липсата на човешки и материален ресурс в случай на натрупване на много дела. Известна спирачка пред недобросъвестното обжалване е финансовата гаранция, която трябва да предостави оспорващият, за да бъде наложена временна мярка спиране на процедурата в размер на 1 % от стойността на сделката.

Необходимо е и да бъдат преразгледани определени процесуални постановки в института на отговорността на държавата и общините за вреди, причинени на граждани. Предявяването на регресен иск срещу провинилия се служител, предизвикал отговорност на публичната институция, трябва да стане задължително в определени или в повечето случаи в зависимост от характера на вината.

Един от основните проблеми в режима на обжалване е прилагането на понятието правен интерес при оспорване актовете на администрацията пред съда. Редица актове на висшите органи на изпълнителната власт не могат да бъдат обжалвани от никого, тъй като за целта оспорващият трябва да докаже, че неговият интерес от отмяната е личен и непосредствен. Така например решенията по най-големите инвестиционни проекти, подкрепяни или лансирани от правителството, не могат да бъдат оспорени, тъй като според господстващото разбиране не засягат лично нито едно лице. Парадоксът е в това, че точно решенията, които засягат всички, не могат да бъдат обжалвани от никого. Така прилаганото у нас разбиране за правен интерес е юридическа спирачка за атакуване на решения с особено висока обществена значимост.

Правният интерес е същностен елемент на активната легитимация в гражданския и административния процес. По същество тя се свежда до въпросите „Кой може да оспорва актовете на възложителя?“ и „Кой може да поиска от съда обявяване на нищожност на договор по ЗОП, който е сключен без проведена процедура?“. Понятието „всяко заинтересовано лице“ (чл. 120, ал. 2 от ЗОП) дава формален отговор на първия въпрос. От практиката по отменените два последователни закона за административното производство (ЗАП) от 1971 и 1979 г. остава схващането, че легитимен е този интерес на лицето, който е: 1) правен; 2) личен и 3) пряк (непосредствен). Такава е установената съдебна практика по тези проблеми от 1976 г. насам³³, има и решение в този смисъл на Конституционния съд³⁴. Понастоящем чл. 147 от АПК признава интерес за оспорване на индивидуалния административен акт на лицето, чиито права, свободи или законни интереси са накърнени или застрашени от акта, или за което той поражда задължения. Формалната дефиниция обаче е ограничена от третия елемент на горния текст, а именно: дали интересът е непосредствен? В контекста на ЗОП потенциално пряко засягане на интереси би имало само по отношение на субектите, които са: (чл. 6) възложителят,

³³ Тогава беше прието Постановление на Пленума на Върховния съд № 4/76 г., което имаше за цел да обобщи и уеднакви практиката по прилагането на Закона за административното производство от 1971 г. То стана отправна точка в редица аспекти за доктрината на административния процес за десетилетия, включително за последващи тълкувателни решения, имащи значение и за разбирането за правния интерес при оспорването на административния акт.

³⁴ Вж. Решение на КС № 21 от 1995 г. относно обективния елемент в накърняването на личния интерес.

кандидатите, участниците и изпълнителят. Съответните дефиниции в ЗОП (вж. § 1 от Допълнителните разпоредби) не оставят възможности за разширително тълкуване. Проблемът се третира по аналогичен начин и от двете действащи директиви на ЕС за правната защита в обществените поръчки³⁵. *Директива 89/665/ЕЕС* признава легитимен интерес на лицата, които имат или са имали интерес да спечелят възлагане и да сключат договор за обществена поръчка, като принципът се доразвива и разширява от Европейския съд и по отношение на лицата, които са засегнати или съществува риск да бъдат засегнати от нарушение при възлагането на обществена поръчка³⁶. С това по правило се изчерпват всякакви възможности на гражданското общество за интервенция в начина, по който се изразходват обществени средства.

Практиката в България не познава изключения освен в сферата на защитата на околната среда. Там по силата на чл. 9 от *Конвенцията от Орхус*³⁷ на неправителствените организации за защита на околната среда изрично е признато правото да оспорват актовете на публичната власт, които могат да имат отражение върху състоянието на околната среда. Такова международно или национално процесуално правило за обществените поръчки обаче няма. Известен пробив засега се очертава единствено в практиката на Европейския съд, който е допуснал, че могат да бъдат легитимирани за оспорване на процедура за възлагане на обществени поръчки и трети лица, ако не са били допуснати до участие чрез дискриминационни условия за участие³⁸. Държавите – членки на ЕС, не са обвързани рестриктивно от това правило. Напротив, те могат да предвидят по-облекчен достъп до правосъдие за по-широк кръг лица. Дали това трябва да стане и как точно е въпрос на национално законодателство.

За България въпросът е как чрез преразглеждане на концепцията за правния интерес от оспорване да се разширят възможностите за ефективен обществен контрол върху възлагането на обществени поръчки. Във връзка с това чувствителна крачка напред са принципните постановки за правния интерес от оспорване на административни актове по новоприетия *Административнопроцесуален кодекс* (поспециално чл. 147, ал. 1 и чл. 186, ал. 1). За първи път българският законодател изрично признава правото на оспорване на индивидуални и нормативни административни актове на граждани и организации, чиито права, свободи или законни интереси са засегнати или могат да бъдат засегнати от акта. Този подход изразява началото на отдавна очакваната конституционализация на административния процес, разбирана като приоритетното му практическо пренасочване към защитата на конституционните права и свободи на гражданите и техните организации³⁹.

³⁵ *Директива 89/665/ЕЕС* – за общите възложители, и *Директива 92/12/ЕЕС* за секторните възложители.

³⁶ Hackettmuller ECJ 19/6/2003 C-249/01; също Fritsch, Chiari & Partners C-410/01.

³⁷ Конвенция за достъпа до информация, участието на обществеността в процеса на вземането на решения и достъпа до правосъдие по въпроси на околната среда, ратифицирана със Закон, приет от 39-ото НС на 2.10.2003 г., обн., ДВ, бр. 91 от 14.10.2003 г. Текстът на Конвенцията е издаден от Министерството на околната среда и водите, обн., ДВ, бр. 33 от 23.04.2004 г. и е в сила от 16.03.2004 г.

³⁸ Grossmann Air Services, ECJ 12/2/2004, C-230/02.

³⁹ Липсата на конституционно правосъдие по жалба на заинтересуваното лице хвърля сянка в еднаква степен върху пряката приложимост на Основния закон и върху възможностите за защита на конституционните права и свободи на гражданите. Във втория аспект административният процес пред съд е единствената защитна линия за тези права и свободи.

Възможната следваща стъпка е въвеждането на института на колективния или груповия иск (т.нар. class action), който би осмислил изцяло разпоредбата на чл. 120а от ЗОП. В противен случай тя ще изглежда палиативна, защото все още господстващото разбиране за правния интерес от оспорване пред съд е силно рестриктивно. Груповият иск ще даде възможност за огромна процесуална икономия, тъй като решението на съда ще влезе в сила по отношение на всички засегнати потребители, пострадали от същото действие или бездействие на ответника, независимо че само един или няколко от тях са водили делото. Това обаче ще наложи съществени допълнения в *Гражданския процесуален кодекс (ГПК)*. Моментът за въвеждане на колективния иск е твърде подходящ поради предстоящото разглеждане на проект за нов ГПК.

4.4. КОНТРОЛ

Институционалният последващ контрол е поверен на три агенции. Агенцията за обществените поръчки при МИЕ отговаря за цялостната координация и провеждане на тръжните процедури и поддържа *Регистъра на обществените поръчки (РОП)*. Сметната палата изпълнява функциите на външен одит, т.е. осъществява надзор по мандат от законодателната власт за законосъобразността на процедурите по обществените поръчки. Тя обаче няма правомощия да налага санкции при установени нарушения, а единствено може да сезира за тях парламента и Министерството на финансите. Вътрешният одит е поверен на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ, до 2006 г. Агенция за държавен вътрешнофинансов контрол – АДВФК). Тя има повече правомощия да проверява не само съответствието със законодателството, но и качеството и резултатите от процедурите по обществени поръчки. Процесът на усвояване на бюджетните средства и на европейските фондове занапред ще се наблюдава и одитира и от вътрешни одитори при възложителите на обществени поръчки съгласно приетите в началото на 2006 г. *Закон за вътрешния одит в публичния сектор* и *Закон за финансовото управление и контрол в публичния сектор*. Ефективността на този контрол е основана на разширяването му и в сферата на целесъобразността. Все по-голямо значение придобиват предварителният анализ и управлението на риска, създаването и контролът за спазването на етични правила, формулирането на писмени политики и изграждането на система за мониторинг. Желателно е обаче ефективността на вътрешния одит да бъде обект на мониторинг и отчетност пред обществеността. В този смисъл е необходимо да се използва съвременна система за оценка на риска и да се разшири покритието на одитната дейност при големите сделки, т.е. в стойностно изражение вътрешният одит да покрива около 60 % от сключените договори, при това и на етап изпълнение на договорите. В момента тя покрива около 60 % от броя на договорите, но те са малко над една трета в стойностно изражение.

Каквито и форми на правна и административна защита и контрол да бъдат предвидени, те не могат да компенсират в необходимата степен обществените и личните загуби от една недобре проведена процедура. Формите на ретроактивен контрол могат да бъдат ефективни само ако създават условия за сериозна превенция на бъдещи нарушения. В този смисъл Комисията за за-

щата на конкуренцията се изправя пред сериозни предизвикателства, за чието посрещане в краткосрочен план едва ли има повече капацитет от районните съдилища. Необходими са спешни мерки за укрепване на капацитета на КЗК по обжалването. Специално внимание трябва да се обърне на „вторичните“ гаранции за законосъобразност като например обезпечението по жалбата, което жалбоподателят трябва да внесе, спирането на процедурата само по решение на КЗК, работата на вътрешния одит в държавната администрация и системите за мониторинг и спазването на правилата за етично поведение от служителите в сферата на обществените поръчки.

4.5. ИЗПЪЛНЕНИЕ НА ПОРЪЧКИТЕ

В момента правната уредба на обществените поръчки обхваща процедурите по възлагане, т.е. процеса до сключването на договорите. Единствената гаранция срещу злоупотреби след това е забраната за промени в договорите след сключването им. Целта на тази норма е да се ограничи широко разпространената доскоро практика с анекси към договорите да се променят параметрите, въз основа на които е спечелена процедурата.

В ЗОП обаче няма гаранции и контролни механизми срещу злоупотреби при изпълнението. При строителството, което съставлява половината от стойността на сключените договори, както и при услугите, рискът от отклонение от договореното с мълчаливото съгласие на възложителя е голям. Подобни корупционни практики остават извън задачите на финансовия контрол и извън санкциите. Частично препятствие срещу компромиси с качеството при изпълнението би било да се регламентира по-детайлно изискването за гаранции за доставените строителни работи и услуги. Още по-добре би било да се оптимизират функциите на инвеститорския контрол при изпълнението на обществените поръчки специално за строителството. Тъй като инвеститорският контрол също не е защитен от корупция, това може да се окаже нелека задача.

4.6. МОНИТОРИНГ

Прозрачността и възможностите за мониторинг на възлагането на обществени поръчки са един от най-важните елементи в защитата на тази сфера от корупция. Основен инструмент в тази насока е Регистърът за обществени поръчки. Неговото създаване беше несъмнена крачка напред в повишаването на прозрачността на тръжните процедури и в намаляването на корупционния риск. Въпреки това използването му все още е далеч от оптималното, тъй като все още не всички процедури се регистрират в него. Освен това той остава добър източник на информация за конкретна процедура (ако възложителят я регистрира), но не и за мониторинг на процеса и идентифициране на рискови области и сектори чрез агрегирани данни. Препоръчително е регистърът да предоставя не само информация за отделни търгове, а и статистически индикатори за оценка на равнището на корупция и корупционния риск по сектори

на възлагане, както и по сектори на икономиката (на доставчиците). Пример за такъв индикатор е видът на процедурата. До 2004 г. тя позволяваше да се види делът на нетръжните процедури (пряко договаряне, директно възлагане и т.н.) в общия брой сключени договори. Още по-добре би било тази статистика да бъде на база стойност на сключените договори, а не на брой. Но след преминаването на регистъра към АОП подобна разбивка не се прави. Регистърът би трябвало да позволява да се открият сектори и възложители с висока уязвимост на базата на няколко индикатора на корупционния риск.

В този контекст особена важност придобива въпросът за конфиденциалността на информацията, свързана с процедурите по възлагане на обществените поръчки. Договорите за възлагане на обществени поръчки с всичките им приложения не могат да бъдат тайна за обществото, от името и в интерес на което те са сключени. Съгласно чл. 31, ал. 1 и чл. 33, ал. 4 от ЗОП както възложителят, така и всеки участник имат правото да посочат коя точно част от тяхната документация има конфиденциален характер и не подлежи на разкриване. На практика обаче съществува тенденция към ограничаване на достъпа до възможно най-голяма част от информацията и документацията по обществените поръчки. Това обаче не бива да се допуска по отношение на информация, която не се ползва от закрилата на закона. Става дума главно за лични данни, класифицирана информация и ноу-хау.

4.7. ЕФЕКТИВНИ САНКЦИИ СРЕЩУ ЗЛОУПОТРЕБИТЕ

Възможностите на наказателната политика за преследване и превенция на корупцията при обществените поръчки до известна степен са ограничени. Причините за това са в същността на наказателното право, което се интересува от 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 българският НК не съдържа специализирани текстове, криминализиращи неправомерно поведение в ОП. Неговото преследване се осъществява по общия ред, т.е. чрез т.нар. престъпление по служба, или широко известният чл. 282 от НК. Подобни 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.

Съществува известна „акустична“ изолация между правозащитната и икономическата сфера. Двете работят по взаимно несвързани правила и понятиен апарат. Това е изключително опасно при боравенето с общи понятия от финансово-стопанската сфера например, тъй като техният смисъл е претърпял сериозни промени. Въпреки многобройните си изменения след 1989 г. НК 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. Очакванията за печалба не са подкрепени от никакви гаранции. 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. По аналогичен начин се поставя въпросът за съотношението на господстващото в НК доктринално разбиране на вината и концепциите на съвременната психология.

В този контекст интерес представлява и връзката на пазара на обществените поръчки със сенчестия бизнес. На пръв поглед такава връзка изглежда малко вероятна. В сферата на обществените поръчки става въпрос за изразходване на обществени, най-често бюджетни средства. Сделките са свързани с по-голяма прозрачност и отчетност, поради което възможностите за укриване на доходи и счетоводни измами са ограничени. От друга страна обаче, именно поради изброените причини приходите на фирмите – изпълнители на обществени поръчки, са с максимално изчистен обществен образ. Трудно е да си представим по-легитимен източник на приходи от държавния бюджет. Ето защо обществените поръчки са примамлива дейност за пране на пари. Това може да се почувства най-вече когато спечелилият търга се е явил и е спечелил с необяснимо ниска оферта, очевидно под себестойността. Подобни случаи не са рядкост, особено в строителството и инженеринга. Не е тайна, че сенчестият бизнес се легитимира чрез „редовен“, който обаче е своеобразен връх на айсберга. В тази посока новата редакция на чл. 70 от ЗОП може да се оцени като положителна стъпка. С него се предвиди задължение на комисията за провеждане на процедурата по възлагане на обществени поръчки да изиска подробна писмена обосновка на ценова оферта, която е с над 30 на сто по-ниска от средната цена на останалите оферти. Ако комисията не бъде убедена, че приведените в обосновката обстоятелства са обективни, тя може да предложи на възложителя да отстрани участника от процедурата.

Подобна опасност, но с обратен знак, съществува при консултантските услуги на голяма стойност, тъй като там по правило е трудно да се обоснове или да се оцени себестойността. В случая офертата може да бъде необосновано висока, но при липса на конкуренция да бъде обявена за спечелила. Това може да стане или при „обезкуражаване“ на евентуалните конкуренти за участие в процедурата, или ако условията за участие и техническата спецификация са формулирани изключително в полза на определен кандидат/участник.

Само по себе си засилването на наказателната репресия едва ли може да има голям ефект. Завишените санкции не могат да бъдат продуктивни при ниска разкриваемост и малък брой осъдителни присъди. Степента на разкриваемост на извършените престъпления и броят предварителни производства, приключили с внасяне на обвинителен акт в съда определят равнището на обществените възприятия за неизбежността на възмездие. Още по-голямо значение в тази посока има броят на приключилите с осъдителна присъда дела. Тези възприятия са по-силен превантивен фактор от формално разписаните санкции. Това се доказва и от данните, публикувани в *Годишните доклади за оценка на корупцията* на Центъра за изследване на демокрацията за 2004 и 2005 г. През периода 1999 – 2005 г. броят съдебни дела по чл. 282-283а от НК, приключили с осъдителна присъда, се колебае в рамките

на 30 до 45, а на осъдените лица – в рамките на 30 до 50 годишно, независимо че съответните състави претърпяха изменения по посока повишаване на отговорността. Аналогичен извод може да се направи и от броя образувани предварителни производства през същия период и броя приключили такива производства с мнение за съд. Практически след 1993 г. броят на образуваните дела, внесените в съда обвинителни актове и осъдените лица бележат леки колебания, които очевидно не са повлияни от промените в материалния закон, нито пък от промените в Наказателно-процесуалния кодекс⁴⁰. 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. Подобно повишаване може да се търси в успоредно провеждани мерки в няколко посоки.

Доколкото приемането на изцяло нов *Наказателен кодекс* е вече публично призната необходимост, това би било повод за въвеждането на ефективни текстове, криминализиращи деяния в областта и на обществените поръчки на базата на типичните случаи на преднамерени нарушения. Обратната теза оспорва смисъла на специализацията, тъй като общият и „специализираните“ престъпни състави по същество не биха се различавали. Довод в полза на тази теза е наказателната отговорност за престъпления по служба в приватизацията и разпореждането с държавна или общинска собственост (чл. 283а), въведени през 1997 г. Компромисът между двете тези е в разбирането, че по принцип е време да се излезе от досегашните хипотези на резултатни длъжностни престъпления в икономиката като практически безплодни. По-перспективно би било криминализирането на самото сговаряне за извършване на престъпление срещу пазарния ред, подобно на други държави с развита пазарна икономика (т.нар. „conspiracy“). Практиката по прилагането на настоящите текстове на чл. 220 и 282-285 от НК⁴¹ е повече от неудовлетворителна. В пазарни условия се оказва, че тези престъпни състави са практически недоказуеми и не могат да намерят съдебна реализация. Подкупите са още по-трудно поддаващи се на разследване, особено в случаите когато са индиректни (през един или повече посредници) или когато се дават в рамките на вече създадена организирана група, която притежава и съответна инфраструктура (мрежа от фирми в страната и чужбина, банкови сметки, схеми на пране на пари и други форми на прикриване). При това положение възможните престъпни злоупотреби в обществените поръчки остават ненаказуеми, което от своя страна намалява силата на превенцията. Единственият възможен изход е инкриминирането на престъпното сговаряне в икономиката и още по-настоятелното преследване на прането на пари.

В сферата на санкциите попада и административнонаказателната отговорност. Естествено е, че в много случаи нарушенията в процедурите за възлагане на обществени поръчки не могат да бъдат основание за наказателно преследване по НК. Това е така било защото няма достатъчно данни за извършено престъпление, било поради невъзможност да се съберат годни за бъдещ процес доказателства, било защото съставът на нарушението обективно не

⁴⁰ *Антикорупционните реформи в България*, Център за изследване на демокрацията, С., 2005, с. 39-40; *Антикорупционните реформи в България на прага на членството в Европейския съюз*, Център за изследване на демокрацията, С., с. 66.

⁴¹ Съответно: съзнателно сключване на неизгодна сделка и престъпления по служба.

попада в кръга на фактическите състави по НК. Въпреки това административнонаказателната отговорност не бива да се подценява. В новите текстове на ЗОП (чл. 127-133) се предвиждат редица нови състави на отговорност, насочени пряко към възложителя и служителите в неговата администрация. Когато обществената поръчка е с висока стойност и са налице условия за предполагаема корупционна транзакция, административнонаказателната отговорност, насочена към физическото лице – възложител, е относително слаба спирачка. Без особено значение в тези случаи е размерът на предвидената глоба. Същевременно съставите, насочени към действия и бездействия на други длъжностни лица, участващи в процедура за възлагане на обществена поръчка, биха били много по-резултатни, включително и от превантивна гледна точка. От гледище на индивидуалната мотивация на служителите е малка вероятността те да са склонни да поемат рискове, свързани с поведението на ръководителя. Изключение от това правило биха представлявали само обстоятелствата на тяхно съучастие в съответното правонарушение. Ето защо трябва да се приветства въвеждането на новите състави в чл. 127а-129б от ЗОП и по-специално:

- действия на длъжностни лица, упълномощени от възложителя да организират и провеждат процедури за възлагане на ОП, както и да сключват договорите за възлагане;
- изнасяне на информация от член на комисията за провеждане на процедурата за възлагане на ОП.

Още по-голямо значение има фактът, че актовете за извършени нарушения се съставят от длъжностни лица на Агенцията за държавна финансова инспекция. Техните констатации биха могли да бъдат законен повод за образуване на досъдебно производство, още повече, че те биха съдържали и достатъчно данни за извършено престъпление. Фактическите предпоставки за това са професионалната квалификация на актосъставителите и задължението им по ЗАНН да събират доказателства за извършеното нарушение като условие за съставянето на акт.

Една от слабостите на административнонаказателната отговорност по ЗОП е насочването ѝ почти изцяло към фигурата на „възложителя“, както е определена в чл. 7 от закона. Проблемът възниква от самата дефиниция, а не от съставите на отговорността. Той произтича от факта, че отговорността е лична, а чл. 7 очертава едновременно организации възложители (администрации по смисъла на ЗА и юридически лица по ТЗ), от една страна, и физически лица ръководители (органи), от друга, без да ги разграничава. В допълнение понятието „публичноправна организация“ по смисъла на § 1, т. 21 от ЗОП би могло да изключва (и при буквално тълкуване изключва) общините и техните кметове. Тъй като санкционните норми не могат да се тълкуват ограничително, отговорността на кметовете и общините е поставена под съмнение, особено ако се стигне до обжалване на съответните наказателни постановления пред съд по реда на ЗАНН.

4.8. УКРЕПВАНЕ НА АДМИНИСТРАТИВНИЯ КАПАЦИТЕТ

Съобразяването на практиката със законовите постановки винаги е един по-дълъг процес. Поради динамичния характер на законодателството през периода 1999 – 2006 г. възложителите не винаги са имали пълноценна възможност да адаптират своята дейност към нововъведенията в законодателството. Но натрупването на опит в обществените поръчки създава възможност за съкращаване на периода на усвояването им. Най-важното постижение е вече създадената организационна култура на използването на обществените поръчки като инструмент на съответните политики и обратно – разглеждането на самите обществени поръчки и като обект на съответна политика.

Периодът след приемането на ЗОП беше използван от повечето администрации и други възложители за собственото им институционално развитие и укрепване на административния капацитет в областта на обществените поръчки. Започна създаването на специализирани звена за управление на обществените поръчки – било самостоятелни, било съвместяващи и други административни функции. Това се отрази положително на натрупването на опит и специализирано познание в сферата на обществените поръчки.

Прилагането на ЗОП и НВМОП в съвременните им редакции оставя все по-малко място за заобикалянето им. Успоредно с повишаването на обществената нетърпимост към корупцията това води до ограничаване на възможностите за практикуване на досега познатите форми на корупция, но и до въвеждането на нови. За задълбочаването на тази тенденция политиките в областта на обществените поръчки трябва да претърпят развитие в няколко направления: приемане и усвояване в практиката на правила за етично поведение в обществените поръчки; формулиране на стратегии (политики) и корпоративни планове за обществени поръчки за всяка администрация възложител и усилване на административния капацитет за работа по международни проекти с частично или преобладаващо външно финансиране с оглед достъпа до фондовете на ЕС.

Въвеждането на вътрешни правила за етично поведение на служителите в обществените поръчки е един твърде малко дискутиран въпрос. Законодателството на ЕС гарантира прозрачност и равно третиране на участниците в обществените поръчки, но съществуват тенденции на отклонения в ежедневната практика като например даване на предпочитания на националните участници или заобикаляне на приложимото право. Именно правилата за етично поведение трябва да компенсират тези негативни тенденции и да стимулират към поведение, съответстващо с европейското и националното законодателство за обществените поръчки. Етичните правила трябва да запълнят празнотите в законодателството, да насочат към правилно разбиране и тълкуване на правните норми и да насърчат постигането на по-висока ефективност на обществените поръчки.

Въвеждането на правила за етично поведение на държавните служители и на всички останали възложители на обществени поръчки е вече осъзната необходимост. Тяхното спазване би редуцирало значително случаите на отклонения и би създавало предпоставки за нетърпимост към тях вътре в администрациите

и корпорациите. Подобни примерни правила вече са разработени и остава държавните органи да ги приемат за отделните администрации и да организират прилагането им. Правилата могат да послужат като един от критериите за качество в административната дейност. Тяхното използване за целите на сертификационните системи в администрацията може да се превърне в силен стимул не само за приемането им, но и за спазване във всекидневната дейност.

Системното обучение на кадри трябва да става успоредно: 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 на стандартите, налагани от Директивите на ЕС и практиката на Европейския съд в Люксембург по тях.

Не по-малко важно за укрепване на административния капацитет е администрациите на възложителите на обществени поръчки постепенно да бъдат откъснати от политическо влияние чрез системите за назначения и чрез повишаване независимостта на средния управленски ешелон в тях. Това се отнася включително за определяне на комисии за провеждане на процедури по ЗОП и за правилата за работа на комисиите, чиито членове да бъдат максимално независими от съответния политически кабинет. Това може да стане успоредно с въвеждането на длъжностни позиции на служители за мониторинг на съответствието на служебното поведение с изискуемите правни и етични стандарти, тясно взаимодействащи с институциите на гражданското общество и медиите. Такива позиции могат да бъдат разкрити в отделите „Инспекторат“ при съответните класически възложители, както и при регулаторите в комуналния сектор.

4.9. РЕГУЛИРАНЕ НА ФИНАНСИРАНЕТО НА ПАРТИИТЕ, ЛОБИСТКАТА ДЕЙНОСТ И ПУБЛИЧНО-ЧАСТНИТЕ ПАРТНЬОРСТВА

Наред с факторите и предпоставките, които са вътрешни за системата на обществените поръчки, антикорупционната политика би трябвало да се насочи и към намаляване на стимулите и предпоставките за политическа корупция, която ражда корупция при обществените поръчки. Без тях оптимизирането на правната уредба на обществените поръчки с всичките ѝ компоненти не би дало очакваните резултати. Основните насоки тук са по отношение на финансирането на партиите, регламентирането на политическите лобита и на публично-частните партньорства.

Финансирането на партиите остава един от най-дискутираните проблеми, с високи обществени очаквания за решение, по който същевременно няма чувствителен напредък. По дефиниция всяка партия е организация за системно упражняване на обществено влияние. Съчетано с по-висока степен на организираност и дисциплина, това я прави потенциално опасна, ако тя самата стане жертва на корупционна мотивация и стандарти на личностно поведение. Реално проблемът става обществен, когато партийното управление

попадне изцяло или отчасти в ръцете на лица, чиято ценностна система и житейски приоритети попадат извън общоприетите цели и принципи на политическия живот. Това са случаи, когато личностното поведение най-лесно се трансформира в доминиращо организационно поведение. По тези причини създаването на политически чадъри около определен бизнес е вече индикатор с висока степен на достоверност за наличието на корупция. Остава открит проблемът с прозрачността на финансирането. За разлика от юридическите лица с нестопанска цел, регистрирани в обществена полза, финансовите отчети на партиите не са достатъчно открити за публиката. Действително те се депозират в Сметната палата, която ги одитира и публикува в бюлетина си и в интернет (чл. 34, ал. 5 от ЗПП). Няма обаче практика за проверки за истинността и пълнотата на представената финансова документация. Единствено формално нередовните преписки попадат в НАП. Засега не може да става дума за насрещни проверки при източниците на финансиране, ако партията формално е изпълнила задълженията си по съставяне на външно изрядни финансови отчети. Това обаче не укрепва особено общественото доверие в начина на финансиране на политическия живот в страната.

От друга страна, необходимо е да се види дали законодателството ни по отношение на политическите партии е достатъчно адекватно и реалистично. Ограниченията във финансов план са толкова големи, че едва ли има партия, която може да ги спазва безусловно. Недопустимите финансови източници са изброени в чл. 24 от ЗПП, където са включени и т.нар. „анонимни дарения“, а в предходния текст се допуска събиране на средства от фондонабиращи мероприятия. Тези мероприятия, както и анонимните дарения са дефинирани в § 1, съответно т. 1 и т. 3 от закона⁴². От дефиницията е видно, че практически всяко набиране на средства може да се смята за фондонабиращо мероприятие, включително срещу обещание за постигане на определен политико-икономически резултат. Не се прави системна разлика между искане на средства от определено лице и конкретно мероприятие, насочено към неопределен или широко определен кръг от лица, на което, излагайки своята платформа, партията или нейни представители или кандидати за избиране предлагат да бъдат подкрепени финансово или материално, но по безусловен начин.

Обществено известен е фактът, че сумата от държавната субсидия (за парламентарно представените партии) и членския внос, даже в своята съвкупност, са недостатъчни да осигурят нормален партиен живот и участие в избори. Разходите за предизборни кампании са се увеличили драстично през последните 5-10 години и това е очевидно за всички. Тенденцията не е само в България, но и във всички демократични страни. Нарастването на медийното влияние и присъствието на партиите в медиите неизбежно превръщат тази тенденция в трайна. Впрочем това се отбелязва във всички демокрации. Политическата дейност става технологична и все по-професионализирана, като същевременно доброволното начало и личният финансов принос отстъпват позиции. В този аспект голяма част от партийните разходи ще останат скрити за обществото. Тук се отнасят преди всичко разходите за медийно

⁴² „1. „Анонимни дарения“ са дарения, при които самоличността или фирмата на дарителя са запазени в тайна по отношение на трети лица; ... 3. „фондонабиращи мероприятия“ са дейности по набиране на средства въз основа на възмездна или безвъзмездна сделка, под формата на пари, услуги или техническо оборудване в полза на политическа партия.“

представяне и присъствие, разходите за агитационни материали (особено при изборни кампании), наеми и издръжка на зали и клубове, концерти и други актове на партийна промоция, транспортни, командировъчни. Едно национално партийно събитие например означава едновременна командировка на няколкостотин до няколко хиляди души – нещо, което е трудно постижимо даже за най-големите представители на корпоративния свят. Да не говорим за нееднократно отбелязвания от медиите масов или групов превоз на избиратели или за организираното „закупуване“ на гласове от определени групи избиратели.

Известно е също, че голяма част от партийното финансиране става от съпътстващи организации, понякога в брой и често – в натура, доколкото медийните и други разходи могат да бъдат представени за корпоративни (промоция, реклама, насърчаване на продажбите, бизнес развитие и др.). С напредъка на приватизацията и все още неясните и структуриращи се отношения корпоративна среда – политика се ограничават и възможните източници на финансиране. Това драстично повишава значението на обществените поръчки като такъв източник и е логично обяснение за параметрите на политическата корупция при възлагането на обществените поръчки. Не е достатъчна законовата забрана за партийно финансиране със средства от кандидати и участници в процедура по възлагане на обществена поръчка, която не е приключила и не е изтекъл срокът за обжалване по *Закона за обществените поръчки*, от изпълнител по договор за обществена поръчка и от юридическо лице в процедура на приватизация. При тези обстоятелства, за да се отслаби корупционният натиск при възлагането на обществените поръчки, ще бъде необходимо да се легализират някои съществуващи източници на партийно финансиране и да се намали част от нормативните рестрикции. Това се отнася най-вече до режима на даренията, чиито тавани са твърде ниски и определено неадекватни за потребностите на една партия. Освен това трябва да се вземе под внимание разнообразието във формите на финансиране, включително косвеното финансиране. Тук влизат различните форми на принос в натура от трети лица (предимно юридически): транспортни услуги, зали, офиси, печат, достъп до електронни медии, външна реклама и др. Ако те бъдат изрично регламентирани и третираны като допустими дарения, ефектът би бил положителен, стига да им се осигури аналогичен данъчен режим и при условие, че той е адекватен. По този начин по-лесно би се осъществила и проследимостта на средствата с оглед на останалите законови ограничения – например забраната за финансиране от чужди правителства и чуждестранни юридически лица. Тези мерки не биха били пълноценни, ако не са съпроводени от постепенно, но системно ограничаване на разплащанията в брой до възможния минимум, което е в правомощията на БНБ и МС.

Регулирането на лобистката дейност е една твърде нетрадиционна за Европа мярка за ограничаване на корупцията. Именно като такава се рекламират законодателните инициативи в тази посока в 40-ото Народно събрание. По принцип лобизмът не е типичен за континенталния тип парламентаризъм и това е причината за липсата на съответни регулации на тази дейност в Европа (с изключение на Полша от неотдавна). Макар че опитът за внасяне на подобна регламентация в България поначало трябва да бъде подкрепен, едва ли могат да се очакват значими резултати от евентуалното ѝ въвеждане. Една

от причините е, че регулирането на лобизма е наложено преди всичко от изискванията за деклариране и избягване на конфликти на интереси. Това е много по-широко понятие от корупцията и на практика може да няма пресечни точки с нея. Внесенят законопроект за лобизма изрично забранява лобистката дейност по ЗОП и *Закона за концесиите*. Това може да се приветства, тъй като лобизъм в строго формализирани процедури не бива да се допуска по принцип. Остава открит въпросът, а защо не и в приватизационния процес например. По-важното обаче е, че лобистите могат лесно да заобиколят закона, като окажат натиск чрез партийния апарат или мимикрират като консултанти на публичния сектор. Ето защо на битово ниво съществува представата, че лобизмът идва да внесе ред в корупционните практики, вместо да ги ликвидира. От друга страна, лобизмът не се очертава като привлекателно поприще, докато равнищата на политическа корупция са високи. Сивият сектор от икономиката винаги би предпочел директно финансиране на партийни и лични каси пред заплащането на скъпоструващи лобисти без гаранции за крайния резултат.

Публично-частните партньорства. Понятието публично-частно партньорство се дефинира и употребява по най-различни начини. В този кръг влизат разнообразни проявни форми на партниране: смесени дружества, съвместни проекти, възлагане на изграждане и експлоатация на готов продукт за определен срок (т.нар. В.О.Т. или подобни схеми), концесии, различни форми на аутсорсинг и т.н. Общественото мнение обаче е особено чувствително към влизането на държавата и/или общините в смесени организационни форми на бизнес. В тях по правило публичният сектор участва с недвижими имоти. Съмненията за неефективност вървят ръка за ръка със съмненията за корупция и най-често са предизвикани от непрозрачния подбор на партньора и договарянето на условията. Проблемите могат да се сведат до три основни групи:

- липса на правила/основания за модалностите „кога, защо, с кого и как“ да се инициира партньорство;
- липса на конкурентни и прозрачни процедури за избор на партньор, подобни на процедурите в ЗОП, което ограничава конкуренцията, а оттам и ефективността;
- липса на дефинирани и публично декларирани стратегии/политики за влизане във форми на публично-частно партньорство.

Публично-частните партньорства по правило водят до избягване на необходимостта от прилагане на Закона за обществените поръчки при тяхното учредяване. Изключение прави режимът на концесиите, за които действат изчерпателни правила, хармонизирани с изискванията на ЕС и по принцип аналогични на ЗОП. Във всички останали случаи ПЧП се създават на общо основание, т.е. по Търговския закон, без да се има предвид спецификата на публичното учреждение като принципал на бизнес. Тяхната скрита цел би могла да бъде създаване на едностранни конкурентни предимства и по този начин те противоречат на идеологията на обществените поръчки. До момента не са известни случаи на оспорени публично-частни партньорства на такова

основание и едва ли това може да се очаква в близко бъдеще. При така очертаните проблеми е наложително да се усъвършенства законодателството. Най-вече трябва да бъдат предвидени правила за тези партньорства и преди всичко за създаването на смесени дружества между държавата, респективно общините, и други търговски дружества с непреобладаващо държавно/общинско участие. Правилата трябва да са императивни за публичните институции и юридическите лица, които те пряко или косвено контролират, независимо дали става въпрос за търговски дружества, сдружения или фондации. По принцип кръгът от задължени лица би бил същият като в чл. 7 и § 1 от Допълнителните разпоредби на ЗОП: „публичноправна организация“, „публично предприятие“, „свързано предприятие“ и др. Тези правила трябва да въведат конкурентни процедури за подбор на партньор, идентични или аналогични на предвидените в ЗОП и в Закона за концесиите.

В процеса на реализация на публично-частните партньорства въпросът стои по малко по-различен начин. *Законът за обществените поръчки* предвиди редица корективи за ПЧП, налагащи неговото прилагане от новосъздадените партньорства. На първо място, това е разпоредбата на чл. 14, ал. 4 и 5 от ЗОП, засягаща договори за строителство и за услуги, свързани с договор за строителство, чиято стойност се финансира преобладаващо (над 50 на сто) от бюджета на публичноправни възложители на обществени поръчки. В тези хипотези строителството се възлага от частно лице, но фактът на преобладаващо бюджетно съфинансиране автоматично еманципира това лице, реципиент на финансирането, до качеството възложител на обществена поръчка по ЗОП. На второ място, всяко юридическо лице – партньор на юридическо лице на публичен възложител (или създадено от такова партньорство), може да придобие качеството на публичноправна организация по смисъла на § 1, т. 21 от ЗОП (т.е. на възложител на обществени поръчки) в четири алтернативни случая:

- ако се е финансирало за предходната година предимно от бюджетен или приравнен на него източник;
- ако повече от половината от членовете на неговия управителен или контролен орган се определят от възложители – държавни органи или публичноправни организации;
- ако юридическото лице е обект на управленски контрол от страна на възложители – държавни органи или публичноправни организации, т.е. те могат да упражняват доминиращо влияние върху дейността на юридическото лице;
- ако юридическото лице е лечебно заведение – търговско дружество, на което поне 30 на сто от приходите за предходната година имат бюджетен източник или са от Националната здравноосигурителна каса.

Приложимостта на тези норми зависи, разбира се, и от предмета на дейност на юридическото лице. Изброените условия имат значение само ако то е създадено с цел задоволяване на обществени интереси (за лечебните заведения изглежда тази цел се предполага). В този смисъл не всяко публич-

но-частно партньорство би попаднало в обхвата на дефиницията за публично-правна организация като един от видовете възложители на ОП.

Значителен корупционен риск има не само в непрозрачния и неясен начин на създаване на публично-частни партньорства, но и в относително облекчения режим, предоставен им от ЗОП, да насочват бюджетни средства към доставчици на стоки и услуги, заобикаляйки режима на обществените поръчки. Така например задължението да се спазва законът при потребление на стоки и услуги от тези формирания е само ако държавата участва с над 50 % в ППП. Достатъчно е държавата да участва с 50 %, за да могат да се възлагат обществени поръчки, без да се прилага процедура по закона независимо от стойността на договора. Накратко, ако управляващите искат да насочат значителни обществени средства към доставчик или изпълнител, близък до тях, без да прилагат ЗОП, достатъчно е да направят с трета близка фирма ПЧП, в което държавата да има не повече от 50 % участие.

В перспектива е препоръчително самото създаване на публично-частни партньорства от основните познати типове да става чрез конкурентни процедури. За целта ще се наложат допълнения най-малко на *Закона за администрацията* и на *Закона за местното самоуправление и местната администрация*, препращащи към ЗОП и изискващи неговото прилагане в тези случаи. От материалноправна гледна точка в тези допълнения могат да се предвидят и основания за влизането на дадена администрация в ПЧП както с търговски, така и с изцяло обществен характер.

