

РЕШЕНИЕ

№ 485

София, 26 май 2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

ВЪРХОВЕН КАСАЦИОНЕН СЪД на Република България, трето наказателно отделение, в открито съдебно заседание на дванадесети ноември две хиляди и тринадесета година, в състав :

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ВЕРОНИКА ИМОВА
ЧЛЕНОВЕ: ДАНИЕЛА АТАНАСОВА
КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ

при секретаря Иванка Илиева
и в присъствието на прокурора Мадлена Велинова
като изслуша докладваното от съдия Даниела Атанасова наказателно дело № 1740/2013 г., за да се произнесе, взе предвид следното:

Касационното производство е образувано по протест на Апелативна прокуратура-Пловдив, срещу въззивна присъда № 102 от 21.05.2013г. на Апелативен съд-Пловдив, постановена по внохд №88/13г. Депозирано е и допълнение към протеста.

В протеста и допълнението към него се сочат касационни основания по чл.348, ал.1, т.1 и 2 от НПК, а именно допуснати съществени процесуални нарушения и нарушения на материалния закон. Протестът е насочен към постановената оправдателна присъда по отношение на подсъдимите Й. Л. и С. Ш. . Относно обвинението на подсъдимия Л. за престъплението по чл.220, ал.2, вр. ал.1 от НК се аргументира невярна оценка на доказателствата, обусловила неправилно приложение на материалния закон. Досежно обвинението по чл.143, ал.3, вр. ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК срещу Л., както и във връзка с обвинението срещу подс.Ш. по чл.217, ал.2 от НК се поддържа само касационно основание по чл.348, ал.1, т.1 от НК-неправилно приложение на материалния закон. Изричното искане на прокуратурата е за отмяна на въззивната присъда в оправдателните ѝ части и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на апелативния съд.

В съдебното заседание пред касационната инстанция, представителят на ВКП поддържа протеста с оплаквания за допуснати процесуални нарушения и такива на материалния закон, но само по отношение на обвиненията срещу подсъдимия Л., като не поддържа протеста досежно подсъдимия Ш.. Намира, че с отказа си да назначи повторна техническа експертиза, съдът е нарушил разпоредбата на чл.13 от НПК. Също така се твърди, че неправилно е интерпретирал показанията на свидетелите П. и Д.. Прокурорът се позова и на неправилни изводи на въззивния съд за липсата на мотиви в първоинстанционната присъда относно наличието на пряк умисъл в действията на подсъдимия Л. към момента на сключване на процесния договор. По отношение на обвинението по чл.143 от НК намира, че при вярно установена фактология съдът е извел неправилни правни изводи. Счита за убедителни мотивите на въззивния съд, касателно обвинението на подсъдимия Ш., поради което моли в тази й част присъдата да бъде оставена в сила, а в частта, с която е оправдан подсъдимият Л. да бъде отменена и делото само в тази част върнато за ново разглеждане.

Адвокат Б., защитник на подсъдимия С. Ш., в хода на пренията оспорва протеста и моли да бъде оставен без уважение. Намира, че в протеста липсва коментар на основните мотиви на съда за невъзможността подс.Ш. да бъде субект на престъплението по чл.217 от НК. Счита, че начинът на изготвяне на протеста не може да предизвика надлежна ревизия на съдебния акт спрямо неговия подзащитен, поради което моли за отхвърлянето му.

Адвокат А., който е защитник на подсъдимия Й. Л. оспорва протеста и в двата му пункта. Изразява становище за правилност на действията на съда във връзка с постановения отказ за преразпит на свидетеля М. и назначаване на повторна експертиза. Счита, че проблематиката по делото произтича от неправилно разбиране на ЗОП. Намира, че проектът е технически, като такъв е бил възложени, а и в следствие разплатен. Във връзка с обвинението по чл.143 от НК счита, че прокуратурата се базира единствено на показанията на свидетеля Д., който твърди, че е усетил наличието на натиск от страна подсъдимия Л.. Моли да се приеме за правилна въззивната присъда и като такава да бъде оставена в сила.

Подсъдимият Й. Л. моли за оставяне в сила на въззивната присъда.

Подсъдимият С. Ш., също моли за оставяне в сила на въззивната присъда.

Върховният касационен съд, след като обсъди доводите на страните и в пределите на правомощията си по чл.347, ал.1 от НПК, намери следното:

С присъда № 2 от 14.01.2013г., постановена по нохд №433/11г. по описа на ОС-Стара Загора подсъдимият Й. Л. Я. за виновен, както следва:

-за това, че на 14.09.2007г. в [населено място], в качеството му на длъжностно лице – Кмет на [населено място], съзнателно сключил неизгодна сделка– двустранен договор между Община-гр.Сливен, като възложител и ГД „фирма” – [населено място], представлявано от Г. С., като изпълнител на строително-монтажни работи на обект "Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в[жк], въз основа на който Община - [населено място] е поела задължение за заплащане на 30 % за допълнителни и непредвидени строително-монтажни работи вместо 10 %, и от това е произлязла значителна вреда за представляваната от него община- [населено място]- в размер на 571 783, 45 лева/ петстотин седемдесет и една хиляди седемстотин осемдесет и три лева и четиридесет и пет стотинки/ с ДДС, като случаят е особено тежък, поради което и на основание чл.220 ал.2 вр. ал.1/ ДВ. бр.75/2006г./, вр. с чл.2, ал.2, и чл.54 от НК, му налага наказание лишаване от свобода за срок от две години, което на основание чл.61 т.3, във вр. с чл. 59, ал.1 от ЗИНЗС да изтърпи при първоначален „общ” режим в затворническо общезитие от „открит” тип, като го оправдава за разликата до сумата от 1 054 201, 46 лв. На основание чл.220, ал. 2 пр.2, вр. чл. 37, ал.1 т.6 от НК подсъдимият Й. Л. е лишен от правото да заема административно- управленска длъжност-длъжността „Кмет на населено място” за срок от три години, считано от влизане на присъдата в законна сила.

-в това, че през м.март и м. април 2009г. в [населено място], при условията на продължавано престъпление, направил опит да принуди служител от Данъчната администрация – П. Д., в качеството му на Директор на ТД на НАП – [населено място], да извърши нещо противно на волята му – да спре извършваната ревизия и разпреди възстановяването на поисканата със справка-декларация за възстановяване на ДДС само с данъчна проверка, без извършването на ревизия на ГД „фирма” –гр.Сливен, с управител Д. Л., както и да укрие издадения ревизионен акт на [фирма] – [населено място], с управител Р. Р., като употребил за това заплахата, че ще направи всичко възможно Д. да бъде уволнен, и злоупотребил с властта си на Кмет на Община-гр.Сливен, настоявайки пред Директора на Национална агенция по приходите за уволнението на Д., поради което и на основание чл.143, ал.3 вр. ал.1, вр. чл.18, ал.1, вр. чл.26, ал.1, вр. чл. 54 от НК му е наложил наказание от две години лишаване от свобода, което на основание чл. 61 т.3, във вр. с чл. 59, ал.1 от ЗИНЗС да изтърпи при първоначален „общ” режим в затворническо общезитие от „открит” тип.

На основание чл. 23, ал.1 от НК, съдът е определил на подсъдимия Й. Л. едно общо и най-тежкото наказание, а именно лишаване от свобода за срок от две години, което на основание чл. 61 т.3, във вр. с чл. 59, ал.1 от ЗИНЗС да изтърпи при първоначален „общ” режим в затворническо общезитие от „открит” тип.Към общото наказание е присъединено и наказанието лишаване от правото за заема административно- управленска длъжност- длъжността „Кмет на населено място” за срок от три години, считано от влизане на присъдата в законна сила.

Със същата присъда подсъдимата Е. Д. Х. е била призната за невиновна в това, че през периода 13.08.2007г. – 14.09.2007г. в [населено място], при условията на продължавано престъпление, в качеството ѝ на длъжностно лице - началник отдел „Правно-нормативно и експертно-техническо обслужване” към Община-гр.Сливен не е изпълнила служебните си задължения, визирани в т.5 - 2 в длъжностната ѝ характеристика като не изпълнила функциите си на гл.юрисконсулт при съгласуване на поканите към ГД „фирма” –гр.Сливен, [фирма] – [населено място], и „фирма ТД”- [населено място], и при сключване на договора от Община- [населено място] с ГД „фирма”–гр.Сливен за обект "Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в[жк], като е допуснала да започне процедура по избор на изпълнител в нарушение на чл.142, ал.2 от ЗУТ преди съгласуване на обекта „Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа” на[жк]от Община-гр.Сливен и преди издаване на разрешение за строеж, както и да не бъде спазено изискването на раздел IV чл.5, т.1 от „Рамковото споразумение”, при което са били определени допълнително възникнали и непредвидени строително-монтажни работи от 30% от общата стойност на договора, а не както е следвало – 10% от общата стойност на договора, с цел да набави за ГД „фирма” –гр.Сливен имотна облага и да причини на Община-гр.Сливен вреда, и от това са настъпили значителни вредни последици в размер на 1 054 201, 46 лв./ един милион и петдесет и четири хиляди двеста и един лева и четиридесет и шест стотинки/ с ДДС, и деянието е извършено от лице, което заема отговорно служебно положение, поради което я оправдал по повдигнатото ѝ обвинение по чл.282, ал.2, вр. ал.1, вр. чл.26 ал.1 от НК.

С горепосочената присъда, съдът е признал за виновен и подсъдимия С. Н. Ш. за това, че през периода 17.07.2008г. – 05.08.2008г. в [населено място], при условията на продължавано престъпление, като представител на Община-гр.Сливен, извършващ инвеститорски контрол на строеж на обект „Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в@@25@ [населено място], съгласно договор за инвеститорски контрол от 14.09.2007г. между Община-гр.Сливен и [фирма]–гр.Сливен, съзнателно е действал против законните интереси на Община-гр.Сливен, като е съставил и подписал актове и протоколи по време на строителството на обект „Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в@@26@ [населено място], в които се дублират строително-монтажни работи в допълнителните и непредвидени строително-монтажни работи, дублиране, уплътняване на насипи, и вписвани неизпълнени актувани дейности от ГД „фирма” – [населено място], от което са последвали значителни щети за Община - [населено място] в размер на 1 054 201, 46 лв./ един милион и петдесет и четири хиляди двеста и един лева и четиридесет и шест стотинки/ с ДДС, поради което и на основание чл.217, ал.4, пр.1, вр. ал.2, пр.1, вр. ал.1, вр. чл.26 ал.1, вр. чл.54 от НК му е наложил наказание лишаване от свобода за срок от една година, което на основание чл. 61 т.3, във вр. с чл. 59, ал.1 от ЗИНЗС да изтърпи при първоначален „общ” режим в затворническо общезитие от „открит” тип, както и кумулативно предвиденото в закона наказание- глоба в размер на триста лева.

Съдът се е произнесъл по веществените доказателства и деловодните разноски.

С въззивна присъда № 102 от 21.05.2013г., постановена по внохд № 88/13г. по описа на Пловдивски апелативен съд, Наказателно отделение - 2 състав, първоинстанционната присъда е била отменена в наказателно-осъдителната ѝ част, включително приложението на чл.23 от НК, чл.59 и чл.61 от ЗИНЗС, чл.189 от НПК, по отношение на подсъдимите Й. Л. и С. Ш., като двамата са били изцяло признати за невиновни по повдигнатите им обвинения. В останалата част-оправдателна относно подсъдимата Е. Х., присъдата на ОС-Стара Загора е била потвърдена.

Пределите на касационната проверка по настоящото делото се определят от протестираната с протеста на АП-Пловдив част на въззивната присъда, която е досежно постановеното оправдаване на подсъдимите Й. Л. и С. Ш. по повдигнатите им обвинения.

1.Твърденията за допуснати съществени процесуални нарушения по смисъла на чл.348, ал.1, т.2 от НПК прокуратурата свързва с невярна оценка на доказателствата, касаещи обвинението срещу подс.Л. за престъплението по чл.220, ал.2 от НК, което е обусловило неправилно приложение на материалния закон.

Решаващите съдилища са изпълнили задълженията си по чл.107 от НПК, свързани със събирането и проверката на доказателствата. Въззивният съд е анализирал доказателствената съвкупност, включваща както доказателства, събрани в рамките на първоинстанционното съдебно следствие, така и тези, които самият той е събрал при проведеното въззивно следствие. Неоснователни са възраженията на прокуратурата за допуснато нарушение на чл.13 от НПК, тъй като въззивният съд обективно, всестранно и в необходимата пълнота е изпълнил задълженията си, досежно интерпретацията на доказателствената съвкупност. Освен, че е дала оценка, при това вярна на аналитичната дейност на първия съд, апелативната инстанция е извършила самостоятелен доказателствен анализ, като е обсъдила в пълнота всички относими към предмета на доказване по това обвинение доказателства, оценявайки ги поотделно и в тяхната взаимна връзка и обусловеност. Без значение е факта, че това е сторено от АС-Пловдив в съчетание на факти, доказателствен анализ и правни изводи. Въззивният съд не може да бъде упрекнат в безкритичност, тъй като в рамките на аналитичната си дейност не е допуснал недооценяване, подценяване или невярна оценка на което и да било доказателство.

В протеста се твърди, че съдът неправилно е игнорирал заключението на съдебно-техническата експертиза относно вида на проекта-работен или технически. Отново във връзка с изясняването на този въпрос се оспорват действията на въззивния съд по недопускане на повторна експертиза. В правомощията на решаващите инстанции и в частност на въззивната е преценката за обема и вида доказателства, които да бъдат събрани, както и кои доказателствени средства да се използват. Независимо от това тази преценка не е субективна, а следва да е обусловена от обстоятелствата, включващи се в предмета на доказване, доказателствата да допринасят за тяхното изясняване и да са установени по реда, предвиден в НПК. Също така, от компетентността на решаващите инстанции е и преценката за необходимостта от проверка на вече събрани доказателства. Експертизата, като способ за проверка на доказателствата се използва тогава, когато за изясняване на някои обстоятелства по делото са необходими специални знания, с каквито съдът не разполага. Във връзка с изясняване вида на проекта и етапа, в който се е намирало проектирането, първоинстанционният съд е назначил комплексна четворна съдебно-техническа експертиза, заключението по която е било прието и кредитирано от първия съд. Разпоредбата на чл.153 от НПК изрично визира предпоставките за назначаване на повторна или допълнителна експертиза, като въззивната инстанция правилно е отклонила искането на защитата, към което са се присъединили и останалите страни, за назначаване на повторна техническа експертиза, тъй като не са били налице законоустановените основания за това. Искането за назначаване на повторна експертиза е било обосновано от защитата с неточност при протоколиране на показанията на св.М., използвани като данни при изготвяне на експертното заключение, за които неточности защитата е пропуснала да поиска поправка на протокола. Правилно въззивният съд е отхвърлил искането както за допълнителен разпит на свидетеля, така и за назначаване на повторна експертиза, тъй като сочените от защитата основания не могат да обусловят законосъобразна възможност за тяхното удовлетворяване. Предходните инстанции са фокусирали вниманието си към изясняване на въпроса за вида на проекта за извършване на строително-монтажни работи на обект „Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в[жк]-Сливен”, което е довело до частично изместване на проблематиката, свързана с установяването на преките правнорелавантни факти, произтичащи от предмета на конкретното, инкриминирано обвинение, а то е единствено и само досежно договора от 14.09.2007г., сключен между община-Сливен и ГД”фирма”. Независимо от това въззивният съд е достигнал до правилни изводи за несъставомерност на обвинението по чл.220 от НК, като настоящата инстанция намира да необходимо да посочи в допълнение някои подкрепящи аргументи.

За да се даде отговор на въпроса дали действията на подсъдимия Л. по сключване на горепосочения договор са съставомерни по чл.220 от НК е необходимо да се посочат параметрите на обвинението, в рамките на които решаващите съдилища са били длъжни да постановят своите съдебни актове. Инкриминираното с обвинителния акт обвинение на подс.Л. за престъплението по чл.220 от НК е за това, че на 14.09.2007г. в [населено място], в качеството му на длъжностно лице-кмет на [населено място] съзнателно сключил неизгодна сделка –двустранен договор между [община], като възложител и ГД”фирма”-Сливен, представлявано от Г. С., като изпълнител на строително-монтажни работи на обект „Реконструкция на вътрешна водопроводна мрежа в[жк]-Сливен” и от това е произлязла значителна вреда за [община] в размер на 571 783,46лева. От самия акт и по-точно от неговата съобразителна част не става ясно и не се сочи точно в какво се изразява неизгодността на инкриминираната сделка, но съдът е приел, че тя е във връзка с поетите задължения на [община] за заплащане в завишен размер/30%, вместо 10%/ на допълнителните и непредвидими строително-монтажни работи/СМР/.

Престъплението по чл.220 от НК изисква особено качество на субекта, каквото не е спорно, че подсъдимият Л. притежава. От обективна страна, изпълнителното деяние на това престъпление се изразява в сключването на неизгодна сделка, от която е последвала значителна вреда, в случая за [община], представлявана от подсъдимия в качеството му на кмет. Според съдебната практика, при преценката за неизгодността на сделката следва да се вземат предвид не само стойностният ѝ еквивалент, а и количеството, качеството, сроковете, начина на изплащане, и всички други договорености, касаещи спецификата на дадената сделка. Субективната страна на това престъпление изисква наличието на пряк умисъл като форма на вината.Този умисъл следва да е налице към момента на сключване на сделката.Той трябва да обхваща съзнанието на дееца за общественоопасния характер на извършеното, деецът да предвижда неговите общественоопасни последици, включващи и причиняването на значителни вреди, както и пряко да ги цели.Също така следва да се посочи, че константната практика по прилагането на чл.220 от НК е категорична, че предмет на обсъждане и преценка при обосноваване на престъпната съставомерност на деянието са фактите, сочещи на реални представи в съзнанието на дееца за неизгодността на сделката към момента на нейното сключване, като освен индивидуализиращите я параметри, изводими от клаузите на договора, от значение са и всички условия, при които е обективизирана волята на страните и е постигнат консенсус между тях.

В горният ред на мисли следва да се посочи, че установените релевантни факти от въззивния съд са правилно оценени като обуславящи несъставомерност на инкриминираното деяние. Освен, че изначално с обвинителния акт е очертана фактология, касаеща действия и договорености, прехождащи сключването на процесния договор, за които не се сочи в каква относимост са към твърденията за неизгодност на сделката, инкриминираният договор декларативно е описан сред фактите и също така декларативно е посочен като неизгоден за [община]. Впоследствие първоинстанционният съд едва с акта си е конкретизирал в какво се изразява неизгодността на процесната сделка. Въззивният съд е извършил самостоятелен доказателствен анализ, приемайки, че интерпретацията на първия съд е частично неправилна. Това от своя страна е обусловило установяването на някои нови фактически констатации, различни от тези, възприети от първата инстанция. Апелативният съд в рамките на вярно установени фактически положения е извел и правилни правни изводи за несъставомерност на обвинението по чл.220 от НК. По делото е безспорно установено, че с Решение № РД-15-282/12.03.2007г., на основание чл.16, ал.8 от ЗОП, подсъдимият Л. в качеството на кмет на Община-Сливен е открил процедура по възлагане на обществена поръчка, чрез „открита процедура” за сключване на Рамково споразумение с предмет „Реконструкция, модернизация, саниране, реставрация, основен ремонт и изграждане нови сгради, обекти и съоръжения на техническата инфраструктура, благоустройствени мероприятия, ландшафтно оформяне на зелени площи, изграждане на когенераторни системи в сгради в населени места”, находящи се на територията на Община – [населено място]. След провеждането на обществената поръчка от назначената за това комисия и съобразно нейното решение, което е задължително за възложителя по отношение избор на изпълнител-чл.74 от ЗОП , на основание чл.93а и сл. от Закона за обществените поръчки и във връзка с Решение № РД-15-780/04.06.2007г. на Кмета на [община], на 12.07.2007г. било сключено Рамково споразумение между Община-Сливен, като възложител и от друга страна дружествата - “фирма-ЕООД, представлявано от Д. Ш., ГД”фирма”-Сливен, представлявано от Г. С. и “фирма ТД”-ЕООД, представлявано от Т. Д., като потенциални изпълнители. В ЗОП е предвидена възможност за сключване на такова споразумение между един или повече възложители и един или повече изпълнители на обществени поръчки, чиято цел е да се определят предварително условията на договорите, които страните възнамеряват да сключат за определен период от време, не по-дълъг от четири години. В горепосоченото рамковото споразумение е било предвидено сключването на договори с конкретните изпълнители след представяне на допълнителни оферти, като съдържанието на всеки конкретен договор не може съществено да изменя уговорените в споразумението условия. В чл.4.15.1

от споразумението изрично е предвидено, че при необходимост от извършване на непредвидени и допълнително възникнали видове и количества СМР, възложителят следва да бъде незабавно уведомен, като се съставя протокол, в който същите се уточняват и той се подписва от представител на възложителя, изпълнителя, проектанта и лицето, упражняващо строителен надзор. Също така в чл.5.1 от споразумението е договорено, че при отправяне на писмена покана до всеки един от потенциалните изпълнители, възложителят може да предвиди % от общата стойност на договора непредвидени разходи, обвързан със съответната фаза на проектиране-при технически и идеен проект този процент не може да бъде по-голям от 30%, а при работен не повече от 10%.

Преценявайки клаузите на рамковото споразумение в контекста на законовите разпоредби, визириани в ЗОП, правилно въззивният съд е приел, че действията по сключване на това споразумение са в рамките на законоустановените. Като възложител подсъдимият е избрал възможността, предвидена в чл.90, ал.1, т.8 от ЗОП, за възлагане на обществена поръчка чрез процедура по договаряне без обявление, във връзка с извършването на допълнителни СМР, когато необходимостта от същите произтичат от непредвидени обстоятелства, като общата им стойност не може да бъде повече от 50% от стойността на основната поръчка.

Независимо, че това споразумение не е предмет на инкриминираното обвинение следва да се посочи, че напълно се споделят изводите на въззивната инстанция/ведно с подробната им аргументацията относно мотивите на първия съд, касателно оценката на това писмено доказателствено средство/ за неправилност на възприетата от първия съд негова незаконосъобразност.

В съответствие с изискванията на Рамковото споразумение на 13.08.2007г. на потенциалните трима изпълнители е била изпратена покана за участие в състезателна процедура за сключване на конкретен договор с предмет "Реконструкцията на вътрешната водопроводна мрежа на кв.Дружба-гр.Сливен". В тази покана е посочено, че възложителят допуска непредвидени допълнително възникнали СМР в размер до 30% от общата стойност на договора.

Подробно и с необходимата задълбоченост и аналитичност, въззивният съд е обсъдил въпросите, досежно вида на проекта-идеен/технически или работен, изхождайки от доказателствата, събрани с надлежни доказателствени средства и отчитайки разпоредбите на ЗУТ. Правилно съдът е оценил относимите писмени доказателствата в тяхната взаимна връзка, логическа последователност и обусловеност, като е изложил аргументи, за да ги кредитира, респективно да не кредитира показанията на свидетелите П. и Д. по този въпрос. Също така аргументирано не е възприето и заключението на техническата експертиза, като преценката на нейната доказателствена сила, апелативният съд е осъществил в унисон с правомощията си по чл.154 от НПК. Не е останало извън вниманието на съда и наличното вътрешно противоречие в мотивите на първоинстанционната присъда за вида на проекта, което е било обсъдено в мотивите на въззивния акт.

След изпращането на поканите на основание чл.34 от ЗОП, съгласно условията на Рамковото споразумение, подсъдимият Л. е издал заповед № 15-1257/04.09.2007г., с която е назначена комисия, която да разгледа допълнителните оферти по състезателна процедура за сключване на конкретен договор за ”фирма на@@46@ [населено място]”.

В изпълнение решението на тази комисия, на 14.09.2007г. на основание чл.74 от ЗОП, подсъдимият Л. в качеството на кмет на [община] сключил договор с ГД „фирма”-Сливен, представлявано от Г. С.. Това е и инкриминираният като неизгодна сделка договор. В него изрично не е предвиден процент на допустимите допълнителни и непредвидими СМР, поради което са приложими разпоредбите на рамковото споразумение и тези на ЗОП.

При горните фактически констатации, въззивният съд правилно е приел, че подсъдимият е сключил договора с избрания от комисията, провела обществената поръчка изпълнител, която е била назначена по съответния ред. Също така правилна е и преценката за това, че поканата е давала само правната възможност с допълнителната си оферта, потенциалният изпълнител да оферира процент за непредвидими СМР. Самият договор, чиито клаузи са значими и обвързващи за определяне на дължимите се допълнителни СМР не визиращ изричен процент и макар в ЗОП да е допустим такъв до 50%, рамковото споразумение /обвързвано със стадия на проектиране/ предвижда по-нисък процент от законоустановения. Това са само максимално допустимите стойности на допълнителните СМР, но страните биха могли да предвидят в горните рамки конкретен, при това по-нисък размер на тези разходи. Такъв би могъл да бъде оферирани от потенциалния изпълнител с допълнителната оферта за участие в обществената поръчка за конкретния обект. Поканите са били отправени на основание чл.93в, ал.2 от ЗОП /редакцията действаща към датата на поканата/. Независимо от поканата, доколкото в договора общо е посочено, че допълнителните СМР са % от стойността на договора, без изрична конкретизация, то следва да намерят приложение ЗОП и Рамковото споразумение. Изплащането на несъответен на договорения в рамковото споразумение допустим максимален размер на допълнителни СМР или такъв в разрез с предвидения в ЗОП, е проблематика, която излиза извън предмета на настоящото дело, предвид инкриминираното обвинение, и тази последваща дейност не би могла на обоснове неизгодност на сделката и не следва да бъде предмет на каквато и да било интерпретация. Нещо повече, в рамковото споразумение е предвидена възможност за посочване в поканата на конкретен размер на допълнителните СМР, поради което при липсата на такъв в договора, отново меродавно ще е договореното между страните по конкретния договор, което не би могло да бъде в нарушение на разпоредбите на ЗОП за допустимост до 50%.

Изцяло се споделя и разбирането на въззивния съд относно мотивите във връзка със субективната страна на престъплението по чл.220 от НК, както и причината, поради която фактическите констатации не могат да обусловят наличие на пряк умисъл от страна на подс.Л. за неизгодност на сключената процесна сделка, поради което не се налага преповтарянето им в настоящия съдебен акт.

В обобщение на горното може да се посочи, че Апелативният съд-Пловдив не е допуснал процесуално нарушение, свързано с оценката на доказателствената съвкупност, което да обуславя неправилно приложение на материалния закон, касателно постановеното оправдаване на подсъдимия Й. Л. за обвинението по чл.220 от НК.

2. Твърденията в протеста за допуснати нарушения на чл.348, ал.1, т.1 от НПК са в две насоки.

На първо място оплакването е относно обвинението срещу подсъдимия Й. Л. по чл.143, ал.3, вр. ал.1, вр. чл.18, ал.1 от НК.

Независимо, че липсва произнасяне от страна на двете предходни инстанции по съставомерност на деянието във връзка с възведената правна квалификация по чл.143, ал.3, вр. ал.1, пр.1 от НК, следва да се посочи, че предвид редакцията на закона, действала към момента на деянието, което е м.март –месец април 2009г./ такава не може да се обоснове. Субект на престъплението по ал.3 на чл.143 от НК преди измененията ДВ. бр.33 от 2011г. може да бъде не всяко наказателно отговорно лице, а само лицата по чл.143, ал.2 от НК, тъй като текстът на алинея трета препраща само към алинея втора. Причините поради които текстовете са били законодателно ситуирани по начин, недопускащ пряка квалифицираща връзка на ал. 3 към основния състав по алинея първа, както и каква е била идеята на законодателя, са без значение за правораздавателните органи. Съдът правораздава в рамките на законова обвързаност, установена в текстовете на НК, поради което единствената защитима теза в случая е принципно за правна възможност да се търси наказателна отговорност по това обвинение само на плоскостта на основния състав по чл.143, ал.1 от НК.

Без оглед на горното разбиране, следва да се посочи, че въззивната инстанции е коригирала фактическите положения, приети за установени от първия съд, след като е извършила самостоятелен анализ на доказателствената маса, относима към това обвинение. Тази дейност съдът е осъществил при спазване на законоустановените в НПК правила във връзка с оценката на доказателствата и доказателствените източници, като няма надценени, недооцени или подценени доказателства. Също така при правилно установени фактически положения, съдът е извел и правилни правни изводи, които изцяло се споделят от този съдебен състав. Анализът и тълкуването на елементите от състава на престъплението „принуда” е изцяло в унисон с приетото разбиране както в доктрината, така и в практиката. С необходимата аргументация и убедителност са обсъдени средствата, посредством които може да бъде реализирана принудата, както и неблагоприятните последици, с които е застрашен пострадалият, които могат да бъдат както противоправни, така и правомерни.

Ето защо, неоснователни са доводите на прокуратурата за допуснати нарушения на материалния закон с постановеното оправдаване на подсъдимия Л. по посоченото обвинение.

Второто оплакване в протеста за нарушение на материалния закон е досежно обвинението срещу подсъдимия Ш. по чл.217 от НК. Представителят на ВКП не поддържа протеста в тази му част, но независимо от това касационната инстанция намира за необходимо да посочи неоснователността на протеста в тази му част. Развитите в протеста доводи по този пункт/ макар и лаконични/ не са насочени към инкриминираното на този подсъдим обвинение, а са във връзка с изразеното от въззивния съд становище за съставомерност на деянието по чл.212 от НК и отказът му да го преквалифицира.

В правомощията на въззивния съд е да приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление, без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението, но предвид обстоятелството, че престъплението по чл.212 от НК е по-тежко наказуемо, за апелативния съд не е съществувала възможност за евентуална преквалификация на деянието, поради което всички доводи по същността на престъплението „документна измама” е безпредметно да бъдат обсъждани.

Предвид горното, ВКС, трето наказателно отделение и на основание чл.354, ал.1, т.1 от НПК

Р Е Ш И :

ОСТАВЯ В СИЛА въззивна присъда № 102 от 21.05.2013г., постановено по внохд № 88/13г. по описа на Пловдивски апелативен съд.

Решението не подлежи на обжалване и протест.

Председател:

Членове: