

Р Е Ш Е Н И Е

№ 24

гр. София, 24.09.2015 г.

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

Върховен касационен съд на Република България, Второ наказателно отделение,
в публично заседание на двадесет и първи януари две хиляди и петнадесета година
в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ТАТЯНА КЪНЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ: БИЛЯНА ЧОЧЕВА

ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА

при секретаря Кр. Павлова в присъствието на
прокурора А. Лаков изслуша докладваното от
съдия ЧОЧЕВА касационно наказателно дело № 1442 по описа за 2014 г.
и за да се произнесе взе пред вид следното:

Касационното производство е образувано по протест на прокурор от
Апелативна прокуратура – гр. Бургас и жалба на защитниците на подсъдимия Г. И.
С., всички против въззивно решение № 55/09.07.2014 г. на Бургаския апелативен
съд, постановено по ВНОХД № 187/2013 г., с което е била потвърдена присъда №
133/14.11.2011 г. на Окръжен съд – гр. Ямбол по НОХД № 63/2011 г.

В протеста, поддържан от прокурора от ВКП, се изтъкват доводи за
неправилно приложение на материалния закон, изразило се в потвърждаване на
осъждането на подсъдимия за престъпление по чл. 282, ал. 2 от НК и отхвърляне на
доводите за квалификация на деянието по предявеното по-тежко обвинение по чл.
283, ал. 3 от НК, касаещо „особено тежък случай” по смисъла на чл. 93, т. 8 от НК.
На тази основа се претендира отмяна на въззивното решение и връщане на делото

за ново разглеждане на апелативен съд – Бургас с оглед осъждане на подсъдимия по повдигнатото обвинение и увеличаване на наложеното му наказание. Алтернативно се иска прилагане на чл. 354, ал. 1, т. 3, вр. ал. 2 от НК за преквалификазия на деянието по чл. 282, ал. 3 от НК без увеличаване на наказанието.

В касационната жалба и представено в срока по чл. 351, ал. 3 от НПК допълнение, поддържани в с. з. пред ВКС от подсъдимия и упълномощените му защитници, както и в писмени бележки, се изтъкват мотивирани доводи за допуснати съществени нарушения на процесуалния и материален закон, както и явна несправедливост на наказанието, които са касационни основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 - 3 от НПК. Претендира се отмяна на въззивното решение и при условията на алтернативност оправдаване на подсъдимия, връщане на делото за ново разглеждане на апелативния съд или намаляване на наложеното му наказание лишаване от свобода с прилагане на чл. 66 от НК, както и отмяна на наказанието „лишаване от право да заема длъжността кмет на община.

В последната си дума подсъдимият моли да бъде оправдан.

Върховният касационен съд, след като обсъди доводите на страните и извърши проверка на атакувания съдебен акт в пределите по чл. 347 ал. 1 от НПК, намери следното:

С присъда № 133/14.11.2011 г., постановена по НОХД № 63/2011 г., Ямболският окръжен съд, НО, е признал подсъдимия Г. И. С. за виновен в това, че през месец септември 2008 г. – месец март 2010 г. в гр. Ямбол, в качеството си на длъжностно лице, заемащо отговорно служебно положение – кмет на Община Ямбол, с цел да **набави облага за „Д. К. ” ЕООД – гр. Ямбол, в размер на 1 619 362,81 лв.** е нарушил служебните си задължения и превишил правата си по чл. 15, ал. 1 от ЗОП, чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП, чл. 22 от ЗОБ и чл. 41, ал. 2 от ЗОП, като от деянието са настъпили **значителни вредни последици за Община Ямбол и общинския бюджет в размер на 2 024 203, 51 лв.**, поради което и на основание чл. 282, ал. 2, пр. 1 и 2, вр. ал. 1 и чл. 54 от НК му е наложил наказание лишаване от свобода за срок от 3 години и 8 месеца, както и лишаване от право да заема длъжността кмет за срок от 4 години. Оправдал е подсъдимия по

обвинението да е извършил деянието с цел набавяне на облага за разликата от 1 619 362,81 лв. до 1 741 987,84 лв., както и за причинените немаловажни вредни последици за разликата от 2 024 203,51 лв. до размера, посочен в обвинението от 2 090 385,41 лв. Присъдил е в тежест на подсъдимия да заплати направените по делото разноски.

С понастоящем атакувано въззивно решение по ВНОХД № 187/2013 г. (постановено след решение № 347/26.09.2013 г. по к.д. № 837/2013 г. на ВКС, III н. о., с което е отменено предходното въззивно решение № 201/30.03.2013 г. по ВНОХД № 44/2012 г. за потвърждаване на същата първоинстанционна присъда и връщане на делото за ново разглеждане на Бургаския апелативен съд) първоинстанционната присъда на Ямболския окръжен съд по НОХД № 63/2011 г. отново е потвърдена.

Касационната жалба на подсъдимия е основателна:

Оплакванията за допуснати от Бургаския апелативен съд съществени процесуални нарушения, съотносими към качеството на извършената въззивна проверка, са основателни. Прегледът на извършената от този съд процесуална работа и изложените от него мотиви ярко демонстрира, че важни обстоятелства от съществено значение за правилното решаване на случая не са били изяснени в съгласие с правилата по чл. 13, 14, 15, 107, 305 ал. 3, 313 и 314 от НПК, както и с оглед действителното фактическо съдържание и смисъл на застъпените в обвинението правни норми, очертаващи изпълнителното деяние по чл. 282, ал. 1 от НК. Липсват отговори на писмено и устно изложени конкретни възражения на защитата, които касаят както обективната, така и субективна страна на деянието. Всъщност, мотивите на въззивното решение представляват особена компилация от копирани мотиви на първата инстанция (която пък е копирала значителна част от съдържанието на обвинителния акт и от първата постановена присъда по НОХД № 302/2010 г.) и още по-фрапиращо – на цели пасажии от пледоарията на прокурора по ВНОХД № 187/2013 г., по метода „copy-paste”. Към тази крайно обезпокоителна практика, обосноваваща самостоятелно нарушение по чл. 348 ал. 3, т. 2 от НПК, не може да има никакъв толеранс, защото практически представлява отказ от

изпълнение на съдебни задължения, свързани със суверенно формиране на вътрешното съдийско убеждение по фактите и правото, респ. отказ от правосъдие.

Поначало, само това е достатъчно да се приеме, че е реализирано касационното основание по чл. 348, ал. 3, т. 2, вр. ал. 1, т. 2 от НПК, неоправимо от касационната инстанция и оправдаващо прилагането на разпоредбата на чл. 354 ал. 3, т. 2 от НПК. Доколкото обаче производството е за втори път пред ВКС, като се излагат конкретни възражения за редица обстоятелства, които са останали неизяснени или тълкуването им е изопачено, включително след като това е било веднъж констатирано в отменително решение на касационната инстанция, настоящият състав счита, че се налага тяхното подробно разглеждане. В тази връзка ВКС намира за нужно да отбележи, че касационната проверка е изключително затруднена не само от особеното съдържание на мотивите на въззивния съд, но и от разширения обхват на обвинението, по който двете инстанции по същество са се произнасяли, игнорирайки почти напълно оправдаването на подсъдимия с първата постановена по делото присъда № 128/21.10.2010 г. по НОХД № 302/2010 г. на Ямболския окръжен съд за част от инкриминираните му нарушения, мотивирани с конкретни факти (влязла в сила в тази част поради липсата на подаден протест и жалба) и включването на изводи за неправомерно поведение, изводимо от същите тези факти или поради общи принципни нарушения или неизпълнени задължения по ЗОП, ЗОБ (отм.) или ЗМСМА, съотнесени предимно към субективната страна на престъплението, които са поставени в основата на осъждането му за инкриминираното престъпление.

Затова, на първо място, ВКС счита, че следва да бъдат припомнени съществените аспекти на обвинението и развитието му в посока лимитиране поради оправдателната част на присъдата по НОХД № 302/2010 г., както и обстоятелствата, които обуславят съставомерност по текста на чл. 282, ал. 1 от НК.

От съдържанието на обвинителния акт е видно, че обвинението срещу подсъдимия е било за това, че през м. септември 2008 г. – м. март 2010 г., с цел да набави облага за „Д. К.“ ЕООД в размер на 2 090 385, 41 лв. (1 741 987, 84 лв. без ДДС), е нарушил служебните си задължения и превишил властта и правата си *при възлагането, сключването на договор № 107/10.11.2008 г. и изпълнението на*

обществена поръчка за изграждането на обект „Улични водопроводи и улична канализация по ул. „Ген. З. и ул. „Г. И.” в гр. Ямбол (по чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3, чл. 15, ал. 1, вр. ал. 2, т. 8, вр. ал. 3 и 4, чл. 39, ал. 1, т. 3, чл. 41, ал. 2 от ЗОП, чл. 22 и чл. 24 от ЗОБ и § 84 от ЗДБ от 2008 г., чл. 148, ал. 1, чл. 157, ал. 1 и чл. 178, ал. 1 от ЗУТ), като на базата на сключения договор № 107/10.11.2008 г. с „Д. К.” ЕООД, издадени от фирмата три фактури и протоколи за СМР е извършил плащане в размер 4 256 457, 22 лв. (3 547 047, 68 лв. без ДДС), като от това са настъпили значителни вредни последици в размер на 2 090 385, 41 лв. (1 741 987, 84 лв. без ДДС) за община Ямбол и общинския бюджет, представляващи разлика от заплатената и действителната стойност на обекта по средни пазарни цени към момента на сключване на договора.

С първата първоинстанционна присъда по НОХД № 302/2010 г. подсъдимият Сл. е бил оправдан по обвинението за допуснати нарушения по чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП (*че е възложил обществената поръчка в несъответствие с принципите на публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция и равнопоставеност, като е договорил изграждането на обекта с „Д. К.” ЕООД преди приключване на процедурите, предвидени в ЗОП*), по чл. 15, ал. 2, т. 8, вр. ал. 3 и 4 от ЗОП (за методите за изчисляване на стойността на обществената поръчка), по чл. 24 от ЗОБ и § 84 от ЗДБ от 2008 г., както и по чл. 148, ал. 1, чл. 157, ал. 1 и чл. 178, ал. 1 от ЗУТ (за това, че строителството е започнало, а впоследствие обекта е въведен в експлоатация, преди издаване на необходимите строителни книжа). В оправдателната част (която касае и намаляване стойността на имотната облага до 1 741 987, 84 лв.) същата е влязла в сила поради липсата на протест и жалба, което е било констатирано и при въззивното производство по ВНОХД № 263/2010 г. на Бургаския апелативен съд, с чието решение присъдата е била отменена и делото върнато за ново разглеждане на Ямболския окръжен съд.

Съответно, в обхвата на обвинението, респ. на второто по ред първоинстанционното производство по НОХД № 63/2011 г. (по което е постановена присъдата, предмет на обсъждане по ВНОХД № 187/2013 г.) са останали единствено нарушенията, инкриминирани на подсъдимия като кмет-възложител на обществената поръчка по следните текстове:

- по чл. 15, ал. 1 от ЗОП - че не е определил (въобще) стойност на обществената поръчка към датата на решението за откриване на процедурата по възлагане на обществената поръчка.

- по чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП – че не е прекратил процедурата за възлагане на обществена поръчка, след като не е осигурен финансов ресурс за същата.

- по чл. 41, ал. 2 от ЗОП – че в договор № 107/10.11.2008 г., раздел III, т. 6 е включил клауза за краен срок на плащане от Община Ямбол – 31.05.2009 г., какъвто не е включен в офертата на участника и приложения към нея проект на договор.

- по чл. 22 от ЗОБ – че разходите от общинския бюджет се извършват до размера на постъпленията за 2008 г., като в бюджета на Община Ямбол за 2008 г. не са предвидени средства за изграждане на обекта и не е налице решение на ОбС – Ямбол за осигуряване на средства със заем за изграждането му.

С оглед този лимитиран обхват на обвинението, въззивният съд е бил длъжен да установи, въз основа на пълен и коректен анализ на доказателствената съвкупност и съпоставка със съдебната практика по приложението на чл. 282 от НК, извършил ли е подсъдимия посочените нарушения на ЗОП и ЗОБ, съзнателно ли е сторил това и то с целта да осигури имуществена облага за фирмата изпълнител в посочения размер, налице ли е причинна връзка между това негово поведение и настъпилите вредни последици, (представляващи „разлика между заплатената от община Ямбол сума и действителната стойност на обекта по средни пазарни цени към момента на сключване на договора”) и предвиждал ли е деецът настъпването на същите тези последици¹.

В предходното отменително решение по к. д. № 837/2013 г. ВКС е отправил сериозни критики към подхода на въззивния съд при оценката на релевантните факти, нужни за постигането на отговор по поставените по-горе въпроси. Достатъчно ясно е заявил, че при наличното обвинение, съобразно което облагата за „Д. К.” и вредните последици произхождат от поведение, относимо към момента на изпълнението на поръчката (фактуриране на неизпълнени или оценени на по-високи цени СМР), то съдържанието на прекия умисъл на дееца изисква знание за

¹ Вж. постановление № 2/09.06.1980 г. по н. д. № 2/1980 г. на Пленума на ВС, т. 1-3.

тези обстоятелства. Следва да е налице връзка между изпълнителното деяние, изразяващо се в нарушаване на конкретни разпоредби от ЗОП и ЗОБ и целта за набавяне на облага, което да е довело и до настъпване на вредните поледици. Тук е мястото да се припомни, че престъплението по чл. 282, ал. 1 от НК е типично корупционно престъпление, което изисква сериозни усилия за доказване на връзката между дееца – длъжностно лице и получилия облагата, вследствие на което е настъпила и вредата при разпореждането с публично имущество. Проблемите с обвиненията по този текст произхождат именно от невъзможността по убедителен начин да бъде разкрита тази връзка без да се разчита на общи предположения за съществуването ѝ, изводими единствено и само от характера на извършените нарушения, при това ако действително е установено, че те са били допуснати.

Мотивите на въззивната инстанция сочат, че Бургаският апелативен съд отново не се е справил с присъщите за това обвинение задачи. На първо място, фактическите обстоятелства, съотносими към преценката дали е осъществено изпълнителното деяние по чл. 282, ал. 1 от НК (изразяващо се в нарушаване на служебни задължения или превишаване на власт и права, както е сочено в обвинението) не са установени в съгласие с изискванията за внимателна и съвкупна оценка на доказателствените материали съобразно действителното им съдържание, както и с оглед фактическия състав на инкриминираните норми от ЗОП и ЗОБ, като са пренебрегнати почти изцяло направените от защитата възражения по всички пунктове на обвинението.

Текстът на чл. 15, ал. 1 от ЗОП (релевантната редакция в ДВ., бр. 37/2006 г.) гласи, че *„стойността на обществената поръчка се определя към датата на решението за откриване на процедурата за възлагане на обществена поръчка”*.

От фактическа страна, следвайки дословно записаното в обвинителния акт и първоинстанционните мотиви, въззивният съд е приел на л. 9, че *„стойността на обществената поръчка, вкл. за обособените позиции – проектиране и СМР, не била определена от възложителя към 05.09.2008 г. – датата на решението за откриване на процедурата за възлагане. Не била определена и прогнозната стойност на обекта без ДДС към датата на обявлението за обществена поръчка”*.

На л. 38 безапелационно е отчел, че това е „безспорно установено и не подлежи на съмнение”, като от л. 28-29 се разбира, че това е така, тъй като не са били възприети показанията на св. К. (за това, че имало прогнозна стойност от 4 – 4, 5 милиона лева), защото те били „изолирани, противоречат на всички останали събрани по делото доказателства, изразяват тенденциозност и непоследователност и не са обективни”. Според съда не само липсвали данни, но каквито и да са доказателства за извършено проучване при подготвяне на документацията и преценката за стойността на обекта, като *„тази прогнозна стойност се изисква да бъде обективирана. Това е единствения начин и това е изискването на закона”* (л. 29). На л. 32 от мотивите, като същото е повторено и на л. 45, въззивният съд изцяло е копирал пасаж от пледоарията на прокурора при въззивното разглеждане (вж. л. 14 и 15 от протокол на с. з. на 13.05.2014 г.), свързан с това какво представлява принципът за свободното договаряне и че той не изключва необходимостта от извършване на проучвателна дейност с оглед установяване на обективни критерии *при оценяване стойността на обекта и изискване на цена, чийто размер е икономически обосноваван*”, вкл. че се изисква *„категорична и ясна преценка за съответствие на оферираниите цени с пазарните”*.

На л. 37 отново е посочил, че определянето на *ценовата стойност на обществената поръчка* е „условие императивно регламентирано в чл. 15, ал. 1 от ЗАП”. На л. 38 е разсъждавал за „императивното правило на чл. 15, ал. 1 от ЗОП” в насока методите за изчисляване на стойността на обществената поръчка и че изборът на метод „не трябва да се използва с цел заобикаляне прилагането на закона и разделяне на обществената поръчка...”². Посочил е още, че нарушаването на „законовите текстове на чл. 15 от ЗОП” обосновава понасянето на наказателна отговорност, ако едновременно със заобикалянето на закона са налице специална цел да се набави облага и немаловажни последици...”. Поради това е отчел „наведените от защитата съображения и цитирана практика на ВАС за неоснователни и неприложими в настоящия казус”.

² Вж. идентично съдържание на част от решение № 470/2008 г. на ВКС по н. д. № 484/2008 г., което обаче касае заобикаляне на ЗОП поради съзнателно разделяне на обществената поръчка, каквото обвинение подсъдимият по настоящото дело не е имал.

На л. 49, при коментар относно субективната страна, въззивният съд е приел, че „обявената обществена поръчка, публ. в ДВ от 08.09.2008 г., очевидно не случайно е без прогнозна стойност, предвид съзнаваната от подсъдимия липса на финансов ресурс за нейното реализиране, както и информираността му за предполагаемия размер на необходимите средства „от 1 800 000 лв.“, „а не 4 млн. лв.“, за което бил уведомен от ресорния отговорник по строителството – зам. кмета Кърцъков.

Изложеното дотук напълно оправдава направените пред касационната инстанция възражения за недопустимо смесване между това какво представлява прогнозна стойност и стойност или цена на обществената поръчка (на която се сключва и изпълнява договора), определяне на стойност по чл. 15, ал. 1 от ЗОП, обявяване и „обективизиране“, което се дължи освен на неправилен прочит на инкриминираната разпоредба на чл. 15, ал. 1 от ЗОП, респ. фактите, подлежащи на установяване и съобразяване на съдебната практика както на ВАС, така и на ВКС, но и на избирателно и превратно обсъждане на доказателства, както и игнориране на такива с оправдателно значение.

Съвсем ясно е, че обвинението във връзка с чл. 15, ал. 1 от ЗОП е почивало върху тезата, че ориентировъчната/прогнозна стойност на обществената поръчка, не е била определена (чрез проучване и конкретно с идеен проект), което да позволи на подсъдимия да прецени пазарната обоснованост на цената в офертата на изпълнителя (като е отделен въпросът дали същият е оторизиран с такива правомощия или е налице специален ред по ЗОП за преценка на офертите, резултатът от който е обвързващ за възложителя). Обявяването на данни за прогнозната стойност или пък за самото проучване не е предвидено като задължителен аспект от документацията за обществената поръчка към датата на решението за откриване на процедурата за възлагане, по който въпрос съдебната практика на ВАС³, разполагащ със специална компетентност при упражняване на съдебен контрол за нарушения по ЗОП, е последователна. Същата тази практика недвусмислено очертава, че прогнозната стойност служи за определяне реда на

³ Вж. решение № 14066/22.11.2010 г. на ВАС, по адм. дело № 2774/2010 г., IV о., решение № 6190/13.05.2009 г. на ВАС по адм. дело № 15919/2008 г., IV о., решение № 8247/11.06.2012 г. на ВАС по адм. дело № 5696/2012 г., IV о. и др.

възлагане на обществената поръчка в зависимост от праговете по чл. 14 от ЗОП (респ. обуславя преценката дали е налице заобикаляне на реда по ЗОП в сравнение с този по НВМОП), както и за размера на гаранцията за участие по чл. 59 от ЗОП, която следва да е в рамките на 1 на сто от стойността на обществената поръчка. В своята практика ВКС е възприел същата позиция⁴, като в сходен случай като настоящия⁵ е коментирал възможните данни, които могат да служат като ориентир за това дали прогнозната цена е била определена, между които е исканата от участниците гаранция, вида и обема на СМР, техническата спецификация и др.

Игнорирайки напълно тази съдебна практика (както и множество други решения на ВАС, цитирани от защитата в подробни допълнения към въззивната жалба – вж. л. 539-565 от ВНОХД № 44/2012 г., които и след връщане на делото от ВКС са били поддържани в рамките на ВНОХД № 187/2013 г.) и приемайки, че всъщност разпоредбата на чл. 15, ал. 1 от ЗОП създава императив за „обективизиране“ на ориентировъчната/прогнозната стойност на обществената поръчка, е довело до изместване на центъра за доказване – дали определянето на стойността по чл. 15, ал. 1 от ЗОП следва да е обявено в документацията към датата на решението за откриване на процедурата, вместо дали изобщо тази стойност е била определена към този момент и кои са данните, от които това е възможно да бъде изведено. За постигането на отговор по този въпрос, който има отношение към обективната страна на деянието, съдът е бил длъжен внимателно да изследва доказателствените източници, като отчита и кои са участниците в този предварителен етап, които могат да предоставят достоверна информация по разглеждания въпрос. При наличието на противоречия, да ги обсъди и разреши по начина, предписан в чл. 305, ал. 3 от НПК.

Това не е сторено, въпреки изложените във въззивната жалба и допълненията към нея възражения за необсъждане на обясненията на подсъдимия Сл., на св. И. К.в, Н. Д. и М. П., които са имали познания за съгласуването на обществената поръчка в предварителния етап, когато е следвало да се определя и прогнозната стойност, обективните данни за исканата гаранция за участие в размер

⁴ Вж. решение № 344/22.10.2013 г. по н. д. № 934/2013 г., II н. о. на ВКС, решение № № 470/2008 г. на ВКС по н. д. № 484/2008 г., III н. о. на ВКС.

⁵ Вж. решение № 18/07.02.2012 г. по н. д. № 2967/2011 г., I н. о. на ВКС.

на 20 000 лв. (която е функция от тази стойност), като същевременно е отдавана тежест на незнанието за прогнозната стойност, декларирано от участници в комисията по оценка на офертите. Изключително порочен подход е приложен при оценката на показанията на св. К., за което защитата понастоящем основателно възразява. От една страна въззивният съд, преповтаряйки мотивите на първата инстанция, не е кредитирал заявеното от него, че в резултат на проучване е била определена прогнозна цена от 4 - 4, 5 млн. лева (защото това проучване не било обективизирано, както изисквал ЗОП, а и другите участници в комисията за оценка на офертите не знаели нищо за прогнозната стойност), а от друга, че този свидетел бил информирал подсъдимия, че предполагаемия размер на поръчката е 1 800 000 лв., а не 4 млн. лв. (което дори формално не е посочено като установено във фактическата част, а само е коментирано относно субективната страна).

Внимателният прочит на показанията на св. К. (единствените такива са от с. з. на 29.04.2011 г. при разглеждането на НОХД № 63/2011 г. на ЯОС, на л. 199 и л. 211-215) изобщо не съдържа такава информация (за сумата от 1 800 000 лв. е споменавано в показанията на св. М. П., но като праг на обществената поръчка по ЗОП – вж. л. 216 от НОХД № 63/2011 г.). Това, което е поддържал е съвсем различно, но не е било обсъждано от въззивния съд (за краткото време за реакция, липсата на изготвен доклад, растящи цени при бум на строителството, избор на процедура по ЗОП с оглед приблизителна стойност от 4 – 4, 5 млн. лева, съобразно която е бил определен депозит за участие в рамките на половин процент, респ. 20 000 лв., което е обективен ориентир, подлежащ на проверка) и още по-малко съпоставяно с твърденията на участниците в комисията по оценка на офертите (св. К., С., Ат., М.) в контекста на техните правомощия и момента на осъществяването им, касаещ етап следващ този, за който се отнася хипотезата по чл. 15, ал. 1 от ЗОП и възраженията за предубеденост по политически съображения. Напълно са били игнорирани и обясненията на подсъдимия Сл., в които са се съдържащи конкретни данни по въпроса както за прогнозната стойност, така и за редица други аспекти при съгласуване на обществената поръчка в подготвителния ѝ етап.

При тези съображения ВКС намира, че изясняването на въпроса, дали поръчката е имала определена прогнозна цена, е проведено при категорично

отклонение от процесуалните правила, изтъкнати по-горе. В мотивите не е съобразено и оправдаването на подсъдимия по обвинението за нарушение по чл. 15, ал. 2, т. 8, вр. ал. 3 и 4 от ЗОП, касаещи начините/методите за определяне на стойността при договор за строителство, както и това, че същият не е имал обвинение да е допуснал заобикаляне на процедурата по ЗОП чрез разделяне на обществената поръчка, за което се отнасят коментарите и копираните съображения от решение на ВКС (вж. л. 38).

В обвинителния акт нарушението по чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП е било мотивирано с това, че подсъдимият не е прекратил процедурата за възлагане на обществена поръчка, след като не е осигурен финансов ресурс за същата.

Текстът по чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП сочи, че *„възложителят прекратява процедурата за възлагане на обществена поръчка с мотивирано решение, когато: ...всички оферти, които отговарят на предварително обявените от възложителя условия, надвишават финансовия ресурс, който той може да осигури”*.

В мотивите си въззивният съд е приел на л. 37, че подсъдимият не е упражнил правомощието си по чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП, след като общината не е разполагала към този момент с финансов ресурс за обезпечаване на изпълнението, както и на л. 39, че *финансовият ресурс се изисква да бъде изначално наличен*, а не предполагаем.

Изложеното дотук и сравнението с действителното съдържание на горната разпоредба, недвусмислено очертава грешния ѝ прочит, а отгук и обстоятелствата, които подлежат на доказване и обсъждане. А те са, дали офертата на „Д. К.” ЕООД е надвишавала финансовия ресурс, който община Ямбол и конкретно подсъдимия като възложител *е могъл да осигури*, а не дали такъв е бил наличен/осигурен. В тази връзка напълно са пренебрегнати възраженията на защитата по повод практиката на ВАС и ВКС, за липсата на необходимост финансовият ресурс да е наличен в началото или по време на процедурата, а да е достатъчно ясно откъде и кога такъв ще бъде осигурен, за да се заплати поръчката⁶. Конкретни данни във връзка с търсене и осигуряване на финансов ресурс за заплащане на поръчката са се съдържали в доказателствените източници (показания на св. Д., обяснения на

⁶ Вж. решение № 18/07.02.2012 г. на ВКС по н. д. № 2967/2011 г., I н.о.

подсъдимия, информация за актуализациите на бюджета и съответстващите поетапни плащания, вкл. чрез банков кредит, гласуван от Общинския съвет), но те не са били обсъждани изобщо, поради което и този фактически въпрос не е разрешен по надлежен процесуален път. Отделно от това въззивният съд изобщо не се е постарал да изложи съображения текстът на чл. 39, ал. 1, т. 3 от ЗОП към коя изпълнителна форма по чл. 282, ал. 1 от НК се отнася – нарушение или неизпълнение на служебни задължения и как това се съотнася към повдигнато фактическо и правно обвинение по разглеждания въпрос.

Основателни са възраженията и по повод нарушението по чл. 22 от ЗОБ (отм.), което е било мотивирано в обвинителния акт с това, че разходите от общинския бюджет се извършват до размера на постъпленията за 2008 г., като в бюджета на Община Ямбол за 2008 г. не са били предвидени средства за изграждане на обекта и не е налице решение на Общинския съвет за осигуряване на средства със заем.

Текстът по чл. 22 от ЗОБ (отм.) гласи, че *„разходите от общинския бюджет се извършват до размера на постъпленията по чл. 6”*.

Въззивният съд е приел, че задължението за плащане по договора с „Д. К.” е възникнало със сключването му, но към този момент в бюджета за 2008 г. не е имало налични и предвидени средства за изграждането му, като впоследствие били използвани средства (от банков заем), които били извън постъпленията по чл. 6 от ЗОП. По-късното разплащане само показвало липсата на бюджетни средства за изпълнение на обекта, в какъвто смисъл била назначената от въззивната инстанция и изслушана в с. з. на 11.06.2012 г. тройна финансова експертиза.

Преди всичко, въпросната експертиза е била назначена и слушана при предходното въззивно производство, но не и при настоящото, поради което и позоваването върху експертно заключение, което не е било приобщено от решаващия съд, е недопустимо.

На второ място, отново предмета на доказване е изместен поради необсъждане на включени в неговия предмет факти, а именно кога е бил извършен разход, респ. плащане на обществената поръчка (респ. колко пъти и какви суми съобразно наличните по делото данни за извършени плащания с цитирани

преводни нареждания от 30.12.2009 г., 15.03.2010 г. и 22.03.2010 г., анекси към договора, касаещи промяна на датите за плащане, актуализациите на бюджета в периода 2008-2010 г., които не са били анализирани) и дали това е било до размера на постъпленията по чл. 6. Изобщо не е отговорено на възраженията на защитата, касаещи възможностите на възложителя да привлича средства за финансиране извън лимитите на бюджета, а също и как поэтапното разплащане на поръчката, вкл. след решение на Общинския съвет за теглене на банков заем, се съотнася към повдигнатото обвинение, че разходите не са извършени до размера на постъпленията в бюджета за 2008 г..

По повод нарушението по чл. 41, ал. 2 (редакция ДВ, бр. 37/2006 г.), който гласи, че *„договорът за обществена поръчка включва задължително всички предложения от офертата на участника, въз основа на които е определен за изпълнител”*. Според обвинението, нарушението е реализирано с включване в договора на краен срок за плащане на поръчката – 31.05.2009 г., който не фигурирал в офертата на „Д. К.” ЕООД. Въззивният съд е приел на л. 37, че подписването на договора с тази клауза е в нарушение на чл. 41, ал. 2 от ЗОП, а на л. 40, че по този начин „подсъдимият съзнателно превишил властта и правата си, изрично лимитирани в разпоредбата на чл. 41, ал. 2 от ЗОП с цел осигуряване на облага за дружеството изпълнител”. И нещо повече – дискриминирал и поставил в неравностойно положение другите кандидати, които се отказали от участие в поръчката, тъй като за тях новото условие не било налице.

Основателни са възраженията на защитата за липса на коректно обсъждане на доводите за изгодност на промяната в частта на срока за плащане и забраната за сключване на безсрочни договори. Необсъдени са останали и данните за времето и причините, поради които двете дружества, закупили тръжни книжа, са се отказали да участват в търга, които са предпоставяли отговор на въпроса, дали условията за финансиране на поръчката не са били еднакво известни на всички кандидати преди подаване на офертите. И по този пункт от обвинението озадачаваща е липсата на анализ и оценка на фактически данни за последвалите анекси към договора, сключен с „Д. К.”, променящи крайната дата за плащане. Налице е и противоречие относно това, коя изпълнителна форма на деяние е осъществена в обективен план –

нарушение на служебни задължения или превишаване на права и съотношението с фактическото и правно обвинение, по които въпроси защитата също е излагала възражения, оставени без отговор.

Извън проблематиката, свързана с изясняване на обективната страна на престъплението и в частност изпълнителното деяние, въззивният съд не е разгледал задълбочено и възраженията на защитата във връзка със субективната страна, въпреки че аргументите на ВКС в отменителното му решение са били фокусирани именно върху това. В мотивите на въззивната инстанция не се откриват смислени съображения, дори ако са били допуснати нарушения по горепосочените текстове на ЗОП и ЗОБ (отм), по какъв начин това инкриминирано поведение на кмета - възложител се обвързва с настъпилите вредни последици (и с целта за набавяне на облага за фирмата – изпълнител), които са резултат от действия, реализирани при изпълнението ѝ, за които той да е имал знание. Съгласно Постановление № 2/1980 на Пленума на ВС съставът на престъплението по чл. 282, ал. 1 от НК е осъществен, когато *от посоченото поведение на длъжностното лице* (нарушение или неизпълнение на служебни задължения, или превишаване на власт и права) настъпват немаловажните вредни последици, както и че то трябва да съзнава това, осъществявайки изпълнителното деяние с пряк умисъл и специална цел – да набави облага, както е обвинението в случая.

Изключвайки най-общите декларации, че това се е случило, максималното изводимо от мотивите е схващането, че съзнанието за *„неизбежността на имотната вреда*, (а също и за целта за набавяне на облага) се аргументира със самия характер и вид на нарушенията и превишените власт и права (л. 53). Коментарите по този повод обаче не дават отговор за причинната връзка между инкриминираните нарушения и настъпилите вреди, които е поддържано, че произхождат от неизпълнени или оценени на по-високи цени СМР в хода на изпълнението на поръчката (с което се обяснява и облагата за „Д. К.“). Въпросите, дали подсъдимия не само е съзнавал, че нарушава конкретните разпоредби на ЗОП и ЗОБ (отм.), но и че от това му поведение ще последват вредните последици, а също и че то е мотивирано от желанието да облагодетелства фирмата – изпълнител,

не са разрешени по недвусмислен и категоричен начин както във фактически, така и в правен аспект.

Всъщност, от мотивите се разбира, че основната причина за осъждането на подсъдимия е обвързано с друго поведение, а именно, че е възложил строителството на водопровода на „Д. К.” ООД преди формалния ѝ избор за изпълнител, като за това се съди по факта на стартиране на строежа в края на м. септември – началото на м. октомври 2008 г. Въпросът за това възлагане е коментиран твърде двусмислено от въззивния съд. От една страна, на л. 34 е сочено, че с това поведение подсъдимият не само е пренебрегнал разпоредбите на ЗОП, но и нарушил и превишил правата си (което е една от формите на изпълнително деяние по обвинението, неясно към коя от посочените разпоредби се отнася), а от друга – че същото поведение има отношение към целта за набавяне на облага. Следва да се припомни, че в рамките на настоящото производство, подсъдимият не е имал обвинение за изпълнително деяние, което да е съвместимо с посоченото по-горе поведение. Доколкото е имал обвинение във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП, мотивирано с това, че *е възложил* обществената поръчка в несъответствие с принципите на публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция и равнопоставеност, *като е договорил изграждането на обекта с „Д. К.” ООД преди приключване на процедурите, предвидени в ЗОП*, то за същото е бил оправдан с първата присъда по НОХД № 302/2010 г. (защото разпоредбите са общи и защитата на посочените принципи се осигурява от други конкретни норми, които са били нарушени). Следователно, цитираното поведение би могло, но с нужната предпазливост (с оглед фактите, по които подсъдимият е могъл да се защитава), да се обсъжда на плоскостта за целта за набавяне на облага, но и в този случай фактите, които служат за обосноваването ѝ следва да са коректно и убедително изведени от доказателствения материал при спазване на правилата за неговия обективен и цялостен анализ.

Такъв анализ, съвместим с изискванията по чл. 13, 14, 15, 107, 305 ал. 3 и чл. 339, ал. 2 от НПК липсва в мотивите на въззивната инстанция и в контекста на направените пред ВКС оплаквания това конкретно важи за отразените във фактическата част данни във връзка с възлагането на строителството, времето на

неговото започване и завършване, както и мотивите за отказ на други кандидати да участват в тръжната процедура. Основно поради тези факти и възприемайки безкритично твърденията на прокурора от пледоарията му при последното въззивно разглеждане, които са копирани (сравни мотивите на л. 36 и 37 и л. 12 и 13 от протокола на с. з. на 13.05.2014 г.), въззивният съд е направил заключенията си за неправомерното поведение на подсъдимия, имащо отношение към специалната цел за набавяне на облага, изразило се в предварително договаряне с изпълнителя на параметрите на договора за обществена поръчка, провеждане на формална/фиктивна процедура с предизвестен избор на изпълнителя (при елиминиране на други потенциални участници), предназначена да узакони разпоредено от подсъдимия и вече започнало, дори завършено строителство на водопровода.

В най-общ план и без да е нужно дословно да се повтарят мотивите въззивният съд е приел, че след публикуване на обявлението за обществената поръчка (което е на 08.09.2008 г.) подсъдимият „взел решение („писмено взето”) и възложил строителството на обекта на фирмата „Д. К.” ООД” (вж. л. 10 и л. 12), без за това да е бил осигурен финансов ресурс. На л. 34 е споменал, че разпореждането и възлагането е извършено преди закупуване на тръжната документация (което е на 17.09.2008 г.). В резултат на това тази фирма „предприела последващи действия по изпълнението” - поръчка на чугунени тръби от Франция (направена на 25.09.2008 г.) и теренно-проучвателни мероприятия (неконкретизирани), а в края на м. септември – началото на м. октомври 2008 г. започнала изграждането на водопровода и канализацията по ул. „Ген. З. и ул. Гр. И.”. Започналото строителство, предвид стоварените тръби по трасето на обекта в периода 06.10 - 14.11.2008 г., предопределило отказа на другите две фирми, закупили тръжни книжа, да участват в процедурата.

Фактическият извод за това, че подсъдимият е взел решение (а още по-малко „писмено взето”) и е възложил строителството на „Д. К.” ООД, както и времето за това, евентуално през м. септември (било то след обявяване на поръчката или преди закупуване на тръжните книжа) не е мотивиран с никакви преки доказателства, каквото е било положението, констатирано от ВКС и при

предходното разглеждане на случая. Като се изключат произволните коментари на л. 34, че такъв значим за мащабите на гр. Ямбол инфраструктурен обект „не е възможно да бъде изграждан без изричното разпореждане на подсъдимия”, както и на л. 50, че „параметрите на обществената поръчка са били известни на управителя на дружеството – св. К., но и сочат на формирана увереност за спечелването на търга т. е. за предварително постигната договореност, което неминуемо не може да стане без негово знание и съгласие”, изводите за цитираните по-горе фактически положения (за възлагането и началото на строежа, което да е станало преди избора на „Д. К.” за изпълнител на 17.09.2008 г.) са били основани главно върху следните обстоятелства: 1) направена на 25.09.2008 г. поръчка за закупуването на чугунени тръби от Франция, които били специфични и предназначени за изграждането на обекта, предмет на обществената поръчка и доставката на същите тръби по трасето на обекта в периода 06.10 . – 14.11.2008 г. (вж. л. 10 и погрешното отразяване на л. 11 за последната дата – 14.10.2008 г.), 2) съгласуване на строителната дейност по водопровода с тази по рехабилитацията на пътните артерии, изводимо от писма на „Т.” АД от 26.09.2008 г., 17.10.2008 г. и 31.10.2008 г., проведена среща по този повод на 04.11.2008 г. в Община Ямбол с участие на подсъдимия, договор между двете фирми за подизпълнителска дейност от 05.11.2008 г., 3) съобщена от свидетели информация за началото на строежа и срещите за съгласуването му.

По повод същите тези обстоятелства обаче, тяхната доказаност и/или връзката им с главния факт, респ. тяхната убедителност, защитата е излагала множество възражения, претендирайки анализ на конкретни доказателствени средства, които въззивният съд, дори и след решението на ВКС (в което са засегнати някои от тях) напълно е игнорирал.

Така във връзка с поръчката на тръбите от Франция, ВКС намира за основателни направените с касационната жалба и допълненията възражения за необсъждане на показанията на св. Колев - за причините да направи поръчката на 25.09.2008 г. (поради период за доставка от един месец), датите и фактическото място на доставката (в складова база на фирмата, а не на обекта), а също и

уговорката за продажба на тръбите на друга фирма, в каквата връзка са били ангажирани и писмени доказателства от защитата.

Крайно селективна е и оценката на писмата на „Т.“ АД (фирмата, ангажирана с рехабилитацията на пътя), адресирани до Община Ямбол и до „Д. К.“ ЕООД в периода 26.09.2008 г. – 31.10.2008 г. Съдът е приел, че те информират за началото на строителство на водопровода в края на м. септември – началото на м. октомври 2008 г. (доколкото първото писмо е от 26.09.2008 г., а във второто от 17.10.2009 г. се споменава фирмата „Д. К.“). Сторил е това обаче без да обсъди съдържанието на същите писма, които надлежно да съпостави с останалите писмени доказателства (основно асфалтови дневници и схема на трасето за времето и мястото на застъпване на дейностите по строежа и рехабилитацията). По делото са събрани и множеството гласни доказателства, които са били противоречиви, но обект на съдебно внимание са били само посочените на л. 26 - 28 от мотивите, при това без да се анализира точното им съдържание, а още по-малко да се извършва преценка за достоверност. Напълно игнорирани са останали както обясненията на подсъдимия, така и показанията на множество други свидетели като напр. св. К., П., Др., Ц., Т., на базата на които защитата е градила аргументи, че всъщност строежа е започнал след избора на изпълнител и при обстановка на липса на други кандидати, съгласили се да изпълнят поръчката без осигурен към този момент финансов ресурс.

Въззивният съд изобщо не е отговорил и на възраженията на защитата, според които кореспонденцията е касала съгласуване на предстоящи дейности на двете фирми, а не започнало преди избора на изпълнителя строителство на водопровода. Информацията от въпросните писма не е била обсъдена в съвкупност и с данните от проведената на 04.11.2008 г. среща и постигнатата договореност между двете фирми на 05.11.2008 г. за подизпълнителна дейност, както и какво е отношението и знанието на подсъдимия към това развитие. Тук е мястото да се отбележи, че както в мотивите на въззивния съд (вж. л. 50-51), така и понастоящем в касационната жалба се изтъкват в една или друга посока показанията на св. Дойчев при предходното въззивно разглеждане. В производството по ВНОХД № 187/2013 г. не е допускан и провеждан допълнителен разпит на този свидетел.

Съответно, позоваването на доказателствени средства, които не са непосредствено събрани от решаващия съд е в ярко противоречие с принципа по чл. 18 от НПК, поради което и не могат да бъдат обсъждани.

Основателни са възраженията и относно констатациите за отказа на двете фирми да участват в процедурата, които според съда имали информация за започналото от „Д. К.” ООД строителство. В тази връзка не са обсъдени действителните причини да отказ от участие, нито това е анализирано с останалите данни, предпоставящи обективна и пълна оценка за времето на започване и завършване на строителството. И в последния аспект въззивният съд отново не е обсъдил доказателствените материали, не е открил противоречията в тях, нито ги е разрешил, за да мотивира извода си, че строежът на водопровода е приключил около 29.11.2008 г.

По отношение на размера на вредните последици и облагата за фирмата-изпълнител мотивите на въззивния съд също страдат от съществени недостатъци, като и в тази връзка отново се наблюдава ситуацията на липса на отговори по поставени конкретни възражения на защитата и предпочитание към обвинителната теза, изразено под формата на копиране на пасажите от пледоарията на прокурора. Конкретно това е относимо към преценката на заключението на назначената от въззивната инстанция повторна комплексна техническа и оценъчна експертиза (изложените мотиви на л. 44 и 45 с незначителни корекции са идентични със становището на прокурора на л. 13 и 14 от протокола на с. з. на 13.05.2014 г.) и необходимостта от сравняване с оспорваните от защитата констатации на предходните две комплексни експертизи (първоначална и допълнителна). Макар по същество да е вярно, че експертизата не представлява самостоятелно доказателствено средство, а е способ за изясняване и проверка на някои обстоятелства по делото, за които са нужни специални знания (което може да включва оглед, като не се изисква неговото оформяне по чл. 156, вр. чл. 127 и сл. от НПК като процесуално-следствено действие), то експертните констатации следва да почиват на обективни и проверими изходни данни. В случая защитата е правила възражения не само относно компетентността на вещите лица по основната и допълнителна експертизи, която не е била свързана с урбанистично ВиК

строителство, но и за достоверността на изходните данни, въз основа на които те са изграждали експертните си изводи, които не са получили адекватен отговор (вж. напр. допълнение към въззивната жалба на л. 564 от НОХД № 44/2012 г.).

Не могат да не бъдат споделени и доводите, касаещи стойностите на вредните последици и облагата. По този въпрос мотивите са крайно неясни. В първоначалното обвинение размерите им са били идентични. Впоследствие, вкл. в проверяваното въззивно решение вредните последици са на сума 2 024 203 лв., а облагата – 1 619 363 лв. Посочено е, че разликата се дължи на това, че облагата е с приспаднат ДДС.

Следвайки обаче логиката на обвинението, прието от съдилищата, че вредите и облагата се формират от разликата между изплатената обща стойност на поръчката (4 256 457, 21 лв.) и реалната ѝ стойност в два варианта по експертизите (2 166 071, 80 лв. без ДДС и 2 252 526, 68 лв. с ДДС), то приетата стойност на вредни последици (вкл. след приспадане на сумата по 4 позиции от експертизата – общо 57 037, 90 лв. – вж. л. 20 от мотивите) не се равнява на 2 024 203, 51 лв. с ДДС. Не се получава математически и стойността на облагата, приета в размер на 1 619 362 лв. без ДДС (т. е. с приспадане на вече начисленото ДДС от 20 %), ако се счете, че вредните последици са 2 024 203, 51 лв. с ДДС. Обратното също не е вярно – начисляването на 20 % ДДС върху приетата стойност на облагата от 1 619 362 лв. без ДДС (323 872, 40 лв.) не се равнява на 2 024 203, 51 лв., а на 1 943 234, 40 лв. Липсата на ясни мотиви по какъв начин са изведени посочените размери на вредните последици и облагата, както и основанието за различието им при сравняване с първоначалното обвинение и последващите промени в съдебните актове, допълва картината на реализирани съществени процесуални нарушения, неотстраними от касационната инстанция.

Затова се налага съобразно чл. 354 ал. 3, т. 2 от НПК въззивното решение да бъде отменено и делото да се върне за ново разглеждане на Бургаския апелативен съд от друг състав от стадия на съдебното заседание. С цел отстраняване на допуснатите нарушения въззивният съд следва преди всичко да проучи внимателно материалите по делото, да проведе въззивно следствие, в хода на което да инкорпорира всички необходими за правилното му решаване писмени и гласни

доказателства, както и експертни заключения, като с оглед правомощията си да прояви активност при разрешаване на противоречията между тях по предвидения в НПК процесуален ред. Фактическите положения следва да бъдат отразени в мотивите подробно, ясно и систематично, така че да дават представа за това, какво точно е приел въззивния съд във връзка с правно релевантните факти, включени в обхвата на обвинението и въз основа на какви доказателства. При наличието на противоречиви източници на доказателствена информация апелативният съд следва да ги открие и съответно разреши чрез анализ и съпоставка помежду им и с други такива, като предложи логични правни съображения в съгласие с изискването по чл. 305, ал. 3 от НПК. Изводите по фактите следва да почиват на вярна интерпретация на доказателствените средства, от които са били изведени и на съвкупната им оценка. Противоречията и непълнотите в експертните заключения следва да бъдат анализирани и преодоляни по начина, указан в чл. 153 от НПК. При новото разглеждане въззивният съд следва да съобрази направените от ВКС констатации за допуснати процесуални нарушения и да не ги повтаря. В тази връзка е необходимо коректно и последователно да открие направените от защитата конкретни възражения (писмени в първоначалните жалби и допълнения, съдържащи се във ВНОХД № 44/20102 г. – вж. л. 539 – 570) и устни такива при самото съдебно производство, като съответно предложи мотивирани отговори.

С оглед разрешението по жалбата на подсъдимия липсва процесуална възможност за разглеждане на касационните доводи в протеста.

Предвид изложените съображения и на основание чл. 354 ал. 3, т. 2 от НПК, Върховният касационен съд, второ наказателно отделение

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯВА изцяло въззивно решение № 55/09.07.2014 г. на Бургаския апелативен съд, НО, постановено по ВНОХД № 187/2013 г. **И ВРЪЩА** делото за ново разглеждане на същия съд от друг състав от стадия на съдебното заседание.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.