

РЕШЕНИЕ

№ 63

гр. София, 07 февруари 2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният касационен съд на Република България, I НО, в публично заседание на седемнадесети март през две хиляди двадесет и първа година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МИНА ТОПУЗОВА
ЧЛЕНОВЕ: РУЖЕНА КЕРАНОВА
ДЕНИЦА ВЪЛКОВА

при секретаря.....Марияна Петрова.....и в присъствието на прокурора.....Кирил ИВАНОВ.....изслуша докладваното от Председателя касационно дело № 978 по описа за 2020 г.

Производството е образувано по касационен протест на прокурор при Софийска апелативна прокуратура срещу решение № 10295 от 11.09.2020г. по внохд № 185/20г. на Софийски апелативен съд, НО – 4 с-в.

В протеста се релевират касационни основания по чл.348, ал.1, т.1 и т.2 от НПК. Като съществено нарушение на процесуалните правила се изтъкват кредитирането от въззивния съд на експертната изготвена от вещото лице Т., с доводи за предубеденост на експерта предвид посочването му от защитата на подсъдимия и липса на компетентност в областта на счетоводството и финансите; игнориране от страна на инстанционните съдилища на фактите, свързани със заобикаляне на ЗОП чрез фрагментиране на цели и неделими изделия на съставните им части; игнориране на доказателства за фактуриране и двойно плащане на доставка на клапа, описана в п.59 от обвинението; игнориране на доказателства относно: прикриване на реални доставки от една и съща фирма чрез използване на подставени фирми, документално оформяне на направени и платени доставки чрез антидатираны заявки от топлофикационните райони, констатирани случаи на фактурирани доставки преди сключване на договора за това, случаи на заплащане на доставки от страна на Т. “С.“, надвишаващи договореното. В заключение се изтъква, че приетите за установени от съдилищата факти са изградени върху фрагментарни източници. Доказателствено необезпечен според прокурора е изводът на въззивния съд, че отношенията между подсъдимите Д. и А. били единствено професионални предвид наличните доказателства за прехвърляне на недвижими имоти и сейфове с крупни суми. С оправдаването на подсъдимите по повдигнатото обвинение прокурорът счита, че е нарушен материалният закон. Настоява се за отмяна на въззивното решение и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на апелативния съд.

Прокурорът от ВКП поддържа подадения протест по изложените в него съображения.

Срещу протеста в срока по чл.351, ал.4 от НПК е постъпило възражение от подсъдимия В. Д., с което се оспорват изложените от прокурора доводи. Като манипулативни се определят твърденията, че изводите на апелативния съд се основавали единствено на експертизата и на неговите обяснения, като се изтъква, че в същия смисъл са показанията на посочените от прокуратурата свидетели – зам. изпълнителните директори на „Т.“ Г.Р. и Ем.А., Д.Г. – директор на ТР „Земляне“ и останалите директори на топлорайони, гл. счетоводител Д.. Изразява се несъгласие с доводите за предубеденост на експерта Т., като се посочва, че разговорът на защитника Д. с вещото лице е един, проведен е публично и единственият му поставен въпрос е бил дали ще се съгласи да участва в изготвянето на експертиза. Възраженията срещу довода, че всички плащания по международния проект са извършвани само от специалната сметка в БНБ, както и че ЗОП е приложим към избора на доставчик на стоки по договори с банките – кредитори Световна банка и ЕБВР. Оспорва се на следващо място компетентността на вещите лица, изготвили комплексната счетоводно - финансова експертиза и в частност на експерта Г., който е специалист по ВиК, а не по топлотехника. Оспорва се и изводът, че умишлено доставките са разделяни и фактурирани на части и че има платени два пъти доставки.

В съдебното заседание на касационния съд защитникът на подсъдимия Д. – адв. П. изтъква, че извън проектите, финансирани от Световната банка, подсъдимият Д. е издавал заповеди за провеждане на търгове по ЗОП, в резултат на които за доставчик е избрана фирма „А. А.“, чиито изключителен представител за България е „Ш.“ ЕООД. По - високата цена, платена от топлофикационното дружество, се дължи на обстоятелството, че фирмата доставчик е осигурила много по- голям гаранционен срок. Не е установена стойността на предмета на престъпление, доколкото в обвинителния акт не е посочена средната пазарна цена. Оспорва се тезата за заобикаляне на разпоредбите на ЗОП. Моли за оставяне на решението в сила.

В лична защита подсъдимият Д. поддържа подаденото от него възражение срещу протеста със същите аргументи. В допълнение заявява, че не може да бъде споделено виждането на експертите от досъдебното производство, че разликата между митническата стойност на доставяните стоки и продажната цена представлява щета, тъй като няма фирма в света, която да доставя стоки на цената, на която ги и продава като при това дава петгодишна гаранция. Отбелязва също, че ЗОП във всичките му редакции предвижда изключение в случаите, когато се изпълняват международни проекти с над 50% външно финансиране.

Възражение срещу протеста в срока по чл.351, ал.4 от НПК е постъпило и от адв. Д. Д.– защитник на подсъдимата М.А.. Изтъква се, че подсъдимата А. като търговец би могла да носи наказателна отговорност за длъжностно присвояване само при сговаряне с длъжностно лице, каквито доказателства по делото няма, а и такива факти не се сочат в обвинителния акт – не е посочено кога, къде и между кои лица е осъществено сговарянето. Тезата на прокурора, че отношенията между подсъдимите от професионални прераснали в лични от една страна е недоказана, а от друга, дори това да е така, то личните отношения не са равносилни на предварително сговаряне. Посочените в протеста имуществени отношения между подсъдимите не фигурират в обвинителния акт, поради което не може да се упрекне апелативният съд, че не ги е обсъдил. Наред с това „сговарянето“ следва да предшества отношенията между подсъдимите и да съдържа съгласие за съвместна престъпна дейност, каквито факти не са посочени в обвинителния акт и такива доказателства по делото липсват. На

следващо място се изтъква, че в обвинителния акт не е посочена цена на изделията, която се претендира да е надхвърлена. Посочена е „средна пазарна цена“, без да се фиксира нейната стойност, което се обяснява с обстоятелството, че на свободния пазар няма нормативно определени цени, а търговските субекти нямат пределни цени и надценка, регламентирана нормативно. Обстоятелството, че на свободния пазар няма нормативно определени цени, според защитника обезсмисля обвинителната теза, че топлофикационното дружество е купувало на цени по - високи от средната пазарна цена. Изразява се несъгласие с тезата в протеста, че апелативният съд се доверил единствено на експертизата, изготвена от вещото лице Тасев, тъй като е кредитирано заключението на експертизата, изготвена от експертите К. и Г. и въззивният съд е изложил съответни мотиви, поради които е възприел това заключение. Тезата, че действията на подсъдимите били насочени към заобикаляне на ЗОП няма отношение към подсъдимата А., която няма каквото и да било задължение, произтичащо от този закон. Оспорва се и твърдението, че изделията са заплащани при привидно фрагментиране на частите, доколкото в обвинителния акт няма посочване кое изделие е фрагментирано и на какви части, при неяснота дали се касае до разделяне на части или авансово плащане. Доводите в протеста относно привидно участие на подставени фирми е обсъдено и съответно отхвърлено от въззивния съд, а твърдението, че направени доставки по инкриминираните сделки са оформени чрез антидатираны заявки от топлофикационните райони не е подкрепено с доказателства. Предлага се въззивното решение да се остави в сила.

Пред касационния съд защитникът на подсъдимата А. – адв. И.Л. (преупълномощена от адв. Д.) пледира за оставяне на протеста без уважение по съображенията, изложени в представеното възражение.

В последната си дума подсъдимият Д. моли да се оставят в сила присъдата на СГС и решението на САС.

В последната си дума подсъдимата А. моли протестът да се остави без уважение.

Върховният касационен съд, за да се произнесе, взе предвид следното:

Настоящото касационно производство е второ по ред.

С решение № 494 от 29.05.2013г. по к.д. № 1722/12г. на ВКС, III н.о., е отменена изцяло присъда № 18 от 15.06.2012г. по внохд № 230/10г. на Софийски апелативен съд и делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на въззивния съд.

С решение № 318 от 29.10.2013г. по внохд № 537/13г. на САС е отменена изцяло присъда № 243 от 25.06.2009г. по нохд № 1068/08г. на СГС и делото е върнато на прокурора за ново разглеждане.

По внесен нов обвинителен акт е образувано нохд № 693/14г. на СГС. С разпореждане от 07.04.2014г. на основание чл.249, ал.2 във вр. с чл.248, ал.2, т.3 от НПК съдията - докладчик е прекратил съдебното производство и върнал делото на прокурора поради несъответствие на обвинителния акт с изискванията на чл.246 от НПК. С определение № 198 от 19.06.2014г. по внчд № 510/14г. на САС разпореждането на съдията - докладчик е било потвърдено.

По внесен нов обвинителен акт е образувано нохд № 1272/15г. на СГС. С разпореждане на съдията - докладчик от 20.05.2015г. делото е върнато на прокурора с указания за отстраняване на неясноти и пропуски в обвинителния акт, ограничаващи правото на защита на обвиняемите. С определение № 264 от 18.09.2015г. по внчд №

742/15г. на Софийски апелативен съд разпореждането на съдията – докладчик е потвърдено.

По внесен нов обвинителен акт срещу В. Д. Д., Л. М. А. и М. Л. С. е образувано нощ № 3626/16г. на СГС, НО - 26 с-в. В хода на първоинстанционното дело, с определение от 22.10.2018г. съдът е прекратил наказателното производство по отношение на Л. А. (починала на 17.07.2018г.). С присъда № 169 от 28.06.2019г. съдът е признал за невинни подсъдимите В. Д. Д. и М. Л. А. (С.) по повдигнатите им обвинения както следва :

- В. Д. Д. за невинен в това, че в периода от 10.01.2003г. до 16.03.2006г. в гр. София, при условията на продължавано престъпление (със 152 отделни деяния, осъществяващи поотделно състава на едно и също престъпление) като длъжностно лице по смисъла на чл.93, ал.1, б.“б“ от НК – изпълнителен директор и член на Съвета на директорите на „Т. С.“ АД като извършител в съучастие с Л. М. А. – помагач (по отношение на която наказателното производство е прекратено на основание чл.289, ал.1 във вр. с чл.24, ал.1, т.4 от НПК) и М.Л. А. (С.) присвоил чужди пари на обща сума 4 424 800.82лв., собственост на „Т. С.“ АД, представляваща платено в повече над средната пазарна стойност от 7 349 218.36 лв. за оборудване доставено на „Т. С.“ АД, поверени му да ги пази и управлява, като разпоредил плащания от сметки на „Т. С.“ АД с № 1001000809 в „Общинска банка“ АД гр. София с титуляр „Т. С.“ АД и от сметка № 1003046218 в ДЗИ банк“ АД с титуляр „Т.С.“ АД в полза на „Ш. ЕООД“ /П.г.“ ЕООД включително и чрез „Б. к.“ ЕООД, „М. т.“ ЕООД, „Т. к.“ ЕООД, „О.“ ЕООД, „М. – Б.“ ЕООД, „С. М.“ ЕООД, „Х.“ ЕООД и „А. т.“ ЕООД, поради което и на основание чл.304 от НПК го е оправдал по повдигнатото обвинение за престъпление по чл.203, ал.1 във вр. с чл. 201 във вр. с чл.26, ал.1, във вр. с чл.20, ал.2 във вр. с ал.1 от НК.;

- подсъдимата М. Л. А. (С.) за невинна в това, че в периода от 10.01.2003г. до 16.03.2006г. в гр. София при условията на продължавано престъпление (със 152 отделни деяния, осъществяващи поотделно състава на едно и също престъпление), като представляващ и управляващ „Ш. ЕООД“ /П. г.“ ЕООД, „Х.“ ЕООД и „А. т.“ ЕООД като помагач, в съучастие с В.Д. Д. – извършител и Л.М. А. – помагач (по отношение на която наказателното производство е прекратено на основание чл.289, ал.1 във вр. с чл.24, ал.1, т.4 от НПК), умишлено улеснила В. Д. Д. да присвои чужди пари – общо сума в размер на 4 424 800.82лв., собственост на „Т. С.“ АД, представляваща платено в повече над средната пазарна стойност от 7 349 218.36 лв. на оборудване доставено на „Т. С.“ АД, поверени му да ги пази и управлява, като разпоредил плащания от сметки на „Т.С.“ АД с № 1001000809 в „Общинска банка“ АД гр. София с титуляр „Т. С.“ АД и от сметка № 1003046218 в ДЗИ банк“ АД с титуляр „Т. С.“ АД в полза на „Ш. ЕООД“ /П. г.“ ЕООД включително и чрез „Б. к.“ ЕООД, „М. т.“ ЕООД, „Т. к.“ ЕООД, „О.“ ЕООД, „М.– Б.“ ЕООД, „С. М.“ ЕООД, „Х.“ ЕООД и „А. т.“ ЕООД, поради което и на основание чл.304 от НПК я е оправдал по повдигнатото обвинение за престъпление по чл.203, ал.1 във вр. с чл. 201 във вр. с чл.26, ал.1, във вр. с чл.20, ал.4 във вр. с ал.1 от НК.

По протест на прокурор при Софийска градска прокуратура за осъждане на подсъдимите по повдигнатите обвинения, а за подсъдимия Д. при условията на алтернативност и за осъждане по чл.219, ал.4 във вр. с ал.1 или ал.3, е образувано внохд № 185/20г. на Софийски апелативен съд, НО – 4 с-в. С решение № 10295 от 11.09.2020г. апелативният съд е потвърдил изцяло присъдата.

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

Протестът на прокурора е подаден в законния срок за обжалване и е допустим. Разгледан по същество е неоснователен.

Оплакването за допуснати съществени нарушения на процесуални правила следва да бъде разгледано на първо място, тъй като от правилното установяване на фактичката обстановка зависи и правилното приложение на материалния закон. Изложените в протеста съображения, че следвало инстанционните съдилища да кредитират заключението на петорната комплексна счетоводно - финансова експертиза, а да не дават вяра на заключението на експерта Т., представляват доводи за необоснованост, на които касационният съд не може да даде отговор. Преценката кои доказателствени източници да приеме за меродавни е изцяло на решаващия делото съд. Касационната инстанция единствено може да осъществи контрол дали са спазени изискванията на процесуалния кодекс при събирането и оценката на доказателствата.

Не могат да бъдат възприети доводите в протеста, че начинът по който проф. А. Т. е бил назначен за вещо лице е опорочен, а освен това решаващият съд не съобразил становището на първия касационен състав, че този експерт следва да се счита за необективен и предубеден. Обстоятелството, че вещото лице Тасев е било посочено от защитника на подсъдимия Д. само по себе си не води извод за предубеденост на експерта. Следвайки логиката на така изложените аргументи в протеста, би се поставил въпросът за обективността и безпристрастността на вещите лица от петорната експертиза, тъй като те са назначени от орган на досъдебното производство, а на досъдебната фаза на процеса прокурорът освен обвинителна функция упражнява и функцията по ръководство и решаване. В този смисъл от значение е не кой е посочил вещото лице, а дали при изготвянето на експертното заключение то се е ръководило единствено и само от своите знания и опит. Процесуална гаранция за депозирането на обективно и безпристрастно заключение е предвидената в чл.291 от НК наказателна отговорност за даването на невярно заключение. В случая твърдението на прокурора за проведени предварителни разговори между защитника адв. Д. с вещото лице по „проблематиката на наказателното производство“ е изцяло спекулативно, тъй като се основава на подадена от защитника молба до апелативния съд, приложена на л. 237, т.ІІ от внохд № 230/10г. на Софийски апелативен съд, в която единствено е упоменато, че в разговор със защитника проф. А. Т. е дал съгласие да бъде назначен в качеството на експерт. Към онзи момент апелативният съд е получил откази от ректора на Техническия университет – София, ректора на УНСС, ректора на ПУ „Паисий Хилендарски“, директорите на топлофикациите в гр. Русе, гр. Плевен и гр. Пловдив да излъчат специалист, който да изготви експертиза с поставените от съда задачи. Становището на мнозинството от касационния състав по к.д. № 1722/12г., че експертът Тасев следва да се счита за предубеден, тъй като бил посочен от защитника на подсъдимия Д., с оглед изложеното по – горе, не се споделя от настоящия състав на касационния съд. Неоснователни на последно място са и доводите за липса на компетентност на този експерт. В проведения разпит на вещото лице в съдебното заседание на 31.05.2019г. (л.1852, т. V) от нохд № 3626/16г. на СГС последният е заявил, че освен техническото си образование има опит в банковото и застрахователното дело, а от 1998г. и като финансов анализатор в областта на енергетиката, включително е работил като финансов анализатор и консултант на

Световната банка при създаването на ДКЕВР. Обстоятелството, че експертизата, изготвена от вещото лице Тасев е била назначена при първото въззивно разглеждане на делото, а впоследствие е бил внесен нов обвинителен акт, е изисквало повторното ѝ назначаване от страна на втория първоинстанционен състав, което не е сторено. В този смисъл е допуснато нарушение на процесуалните правила, което обаче не може да се приеме за съществено, тъй като се касае до същите поставени към експертизата въпроси и същото обвинение за престъпление по чл.203, ал.1 от НК, по което подсъдимите са привлечени да отговарят.

В мотивите на присъдата са изложени аргументи, поради които първоинстанционният съд не е ценил с доверие заключението на комплексната съдебно - счетоводна, финансова и техническа експертиза на вещите лица Г., Г., П., Д. и Н. – че са приели като аналог за сравнение доставени четири изделия от проекта за рехабилитация от страна на Световната банка с вносителите „А. т.“, „М. т.“, „Б. к.“ и „Т. К.“, без да вземат предвид, че с тях „Ш.“ ЕООД е имало сключени агентски договори, а други вносителите не са установени; че не са взели предвид техническите характеристики на доставените изделия, но са ги приели като представителна извадка за всички 150 позиции, без да са изследвали параметрите на съвместимост; че при изготвяне на заключението са ползвали единствено митническите декларации за внос, фактурите за доставка и счетоводната документация и не са установили откъде е извършено заплащането по проекта за доставка на арматура във връзка със заповед № 107 от 23.04.2004г. - дали от ЕБВР или „Т.“. Във въззивното решение апелативният съд се е солидаризирал със становището на СГС, като по посочените съображения е приел това заключение за необосновано. С оглед изложеното касационният съд намира, че липсва допуснато процесуално нарушение, свързано с правилното формиране на вътрешното съдийско убеждение, а обосноваването му по същество е извън предмета на касационен контрол.

Доводите в протеста, че инстанционните съдилища не взели предвид доказателствата относно избягване на правилата за провеждане на обществените поръчки посредством привидното фрагментиране на доставките чрез разбиване на цели и неделими изделия на съставните им части, не отговарят на действителното положение. В тази насока е основателно възражението на защитата на подсъдимата А., че в обвинителния акт не е указано по коя от сделките кое изделие е било доставено фрагментирано и на какви части, по чие нареждане е сторено това и как това е повлияло върху увеличението на цената. Същата констатация е направил в мотивите си и въззивният съд (л.99 гръб от решението), като е приел, че така формулираните фактически обстоятелства по обвинението са неясни и недостатъчни, така че подсъдимият Д. да може да упражни пълноценно правото си на защита. В допълнение следва да се отбележи, че по всички 152 пункта на обвинителния акт са инкриминирани проформа фактури, с които се твърди да са извършени доставките. Проформа фактурата не е данъчен документ и основното ѝ предназначение е да предизвика авансово плащане. Тя няма счетоводно изражение, тъй като на осчетоводяване подлежи самото плащане. С издаването на проформа фактура може да се уведоми възложителят да плати авансово за да започне изпълнение на договора или да се стартира доставка на стоки, ако няма сключен договор. По една и съща сделка може да има уговорени няколко аванса. Възможно е също авансовото плащане да е за частична сума от общата сума на сделката, но е възможно и да е за цялата сума на сделката. При постъпило авансово плащане възниква данъчно събитие, което съгласно

нормата на чл. 93, ал.2 от ЗДДС (отм., в сила до 01.01.2007г.), задължава доставчика в срок до пет дни да издаде данъчна фактура. С оглед изложеното се налага извода, че по всички пунктове на обвинението са инкриминирани проформа фактури за авансови плащания, което не представлява доказателство в подкрепа на тезата за фрагментиране на принципно неделими изделия.

Твърдението, че апелативният съд оставил без коментар факта, че реалните доставки били осъществени от една фирма „чрез използване на подставени фирми“ не отговаря на действителното положение. На л.99 от мотивите на въззивното решение са изложени съображения, поради които апелативният съд е отхвърлил тезата за фиктивност на агентските договори на „Ш.“ ЕООД с останалите фирми - доставчици, като в тази насока е приел с доверие показанията на свидетелите Г., Т., Н., В., В., Х., К., Б., С., Т. и К..

Твърдението, че въззивният съд не взел предвид обстоятелството, че вече направени и платени доставки били оформяни документално чрез антидатиращи заявки от топлофикационните райони не може да бъде възприето. На л.13, част I от обвинителния акт е записано, че по разпореждане на обвиняемите Д. и А. свидетелите М. и И. изготвили със задна дата „заявки за доставка и договори за заявка“ от името на директорите на топлофикационни райони. Разпитани пред първоинстанционния съд двамата свидетели не са потвърдили истинността на описаните обстоятелства (Е.М. – л.1612 и И. И. – л.1613 от т. IV на нохд № 3626/16г.). След като тези посочени в обвинителния акт обстоятелства не са подкрепени с доказателства, е неоснователен упрекът в протеста, че съдът не ги е коментирал в мотивите на въззивното решение.

Доводите, че от страна на въззивния съд не били взети предвид случаи на фактурирани доставки преди сключване на договора за доставка и че били констатирани случаи на доставка, надвишаваща договореното, са лишени от конкретика – не се посочват дати, доставки и договори, поради което касационният съд не може да им даде отговор. Що се касае до посочената в п.59 от обвинителния акт доставка на клапа Ду 700/25 с ел. задвижване, в обвинителния акт по този пункт са описани четири платежни нареждания по издадени четири фактури с различни номера и за различни обекти, т.е. липсва обвинение за фактурирани и платени два пъти изделия.

Тезата в протеста, че както първоинстанционният, така и въззивният съд са пропуснали да коментират факти по делото, чиито обективен анализ би довел до извода, че действията на подсъдимите били насочени към избягване на правилата за провеждане на обществени поръчки, не може да бъде споделена. Подсъдимата М. А. не е имала качеството на длъжностно лице от системата на топлофикационното дружество и съответно не е имала отношение към провеждането на обществени поръчки от името на това дружество. Подсъдимият В. Д. като изпълнителен директор на „Т. – С.“ АД безспорно е бил длъжностно лице по смисъла на чл.93, т.1, б.“б“ от НК. В това му качество същият е бил задължен да спазва както нормативните актове, така и произтичащите от Устава на дружеството, Правилника за устройството и дейността му и длъжностната характеристика за заеманата длъжност задължения да организира дейността на дружеството и осигурява стопанисването и опазването на неговото имущество. Според приетото от инстанционните съдилища заключение на експерта проф. Т., инкриминираните доставки са били част от проекта за рехабилитация и модернизация на топлопреносната мрежа, като банките - кредитори са задължили „Т. – С.“ АД да спазва техните процедури при осигуряване на

доставките и дейностите, предвидени при реализацията на проекта. На обратното становище са били вещите лица от комплексната съдебно - счетоводна, финансова и техническа експертиза, според които инкриминираните доставки не са част от този проект и са платени със средства на топлофикационното дружество, което според прокурора сочи на нарушение на правилата на ЗОП при избора на доставчик. През инкриминирания период са били в сила Закон за обществените поръчки (обн. ДВ бр.56 от 22.06.1999г., отм. ДВ, бр.28 от 06.04.2004г. в сила от 01.10.2004г.) и Закон за обществените поръчки (обн. ДВ бр.28 от 06.04.2004г., в сила от 01.10.2004г., отм. ДВ бр.13 от 16.02.2016г. в сила от 15.04.2016г.). В чл. 6, т.3 на ЗОП (отм.2004г.) и чл.12, т.15 от ЗОП (отм.2016г.) е предвидено, че ЗОП не се прилага за обществени поръчки, възлагани по специални процедурни правила на международна организация. По делото е прието за установено, че подсъдимият Д. е издал заповеди № 121/22.05.2002г.; № 435/03.09.2004г. и № 45/2005г. за възлагане на обществени поръчки при спазване на ЗОП и Правилника за приложението му, като в първите две от тях било указано прилагането на изключението по чл.6 от ЗОП при обществени поръчки, възлагани по специална процедура на дадена международна организация. В изпълнение на тези заповеди са били проведени търгове с участие на юристи и технически специалисти, които са класирали кандидатите съобразно изискванията на закона (л.1922 от мотивите по нохд № 3626/16г. на СГС и л.99 от внохд № 185/20г. на САС). Предмет на доставките са били изделия, предназначени за оборудване и рехабилитация на топлопреносната мрежа, за които освен това е имало поставено и условие за качество и съвместимост с вече вложените от изборния по правилата на международните финансови институции доставчик.

Независимо и наред с изложеното следва да се отбележи, че от принципна гледна точка, обстоятелството дали подсъдимият Д. е допуснал нарушения на ЗОП при избора на фирми – доставчици на оборудване за топлопреносната мрежа е неотнормимо към повдигнатото му обвинение по чл.203 във вр. с чл.201 от НК. Това е така, тъй като нарушаването на служебни задължения, произтичащи от закон, подзаконов нормативен акт или длъжностна характеристика не е елемент от обективната страна на това престъпление. При наличието и на други изисквани от закона предпоставки, то би могло да представлява престъпление, улесняващо присвояването, каквато хипотеза в случая не е налице.

С оглед изложеното касационният съд намира доводите в протеста за допуснати съществени нарушения на процесуални правила, свързани със събирането, анализа и оценката на доказателствата за неоснователни. Изводите на инстанционните съдилища по фактите се основават на събраните по делото доказателства, които са тълкувани според действителното им съдържание. Изложени са и мотиви поради които са кредитирани едни и отхвърлени други доказателства, което налага извод за липса на порок при формирането на вътрешното съдийско убеждение.

При установената от инстанционните съдилища фактическа обстановка, изводът за липса на осъществено от подсъдимия Д. престъпление по чл.203 във вр. с чл.201 от НК е законосъобразен. Както е известно от теорията, изпълнителното деяние на престъплението по чл.201 от НК - „присвояване“ се изразява в разпореждане от страна на длъжностното лице с вещи, пари или други ценности, връчени в това му качество или поверени му да ги пази и управлява, като със свои. Противозаконното разпореждане с чуждото имущество може да бъде осъществено с фактически или правни действия. Юридическото разпореждане от страна на длъжностното лице с

предмета на престъпление е винаги в полза на трето физическо или юридическо лице. При това разпореждане собствеността върху имуществото преминава в полза на третото лице, което преминаване следва да е окончателно и безвъзмездно. Ако сделката, с която се осъществява акт на разпореждане, е възмездна, не се осъществява присвояване по смисъла на чл.201 от НК. В случая са инкриминирани 152 доставки на изделия за топлопреносната мрежа, доставени от „Ш.“ ЕООД/ П. г.“ ЕООД и фирми, с които последното е имало сключени агентски договори на „Т. – С.“ АД, които доставки са реални. Срещу заплатените от топлофикационното дружество средства са доставени стоки, постъпили в складовете на топлофикационните райони, като са издадени и съответните данъчни фактури.

Доводите в протеста, че подсъдимите са използвали сключването на 152 икономически неизгодни за „Т. – С.“ АД сделки с цел присвояване на парични суми, собственост на дружеството – получател, не могат да бъдат споделени. Като аргумент за неизгодност на сделката се сочи заплащането на доставените стоки на по - висока от средната пазарна цена. Както правилно е отбелязал в мотивите си първоинстанционният съд, тази обвинителна теза е лишена от съдържание, тъй като изначално не се сочи каква е била средната пазарна цена за всяко изделие. В условията на пазарна икономика цената на която се предлагат и реализират стоките в голяма степен зависи от търсенето и предлагането. В конкретния случай от фактическа страна е прието за установено, че в инкриминирания период в страната не е имало производители или доставчици на изделия за топлопреносната мрежа с качеството и характеристиките, необходими на топлофикационното дружество. Този извод следва и от заключението на комплексната съдебно - счетоводна, финансова и техническа експертиза, която е приела като аналог за сравнение доставени четири изделия от проекта за рехабилитация от страна на Световната банка с вносителите „А. т.“, „М. т.“, „Б. к.“ и „Т. К.“, без да отчете обстоятелството, че с тези фирми „Ш.“ ЕООД е имало сключени агентски договори. След като към инкриминирания период в страната не е имало други производители или вносителите на изделия, предназначени за ремонт на топлопреносната мрежа, не може да бъде направен извод, че е било възможно „Т. – С.“ АД да сключи сделките за доставка при по - изгодни условия. От фактическа страна по делото е установено също, че топлофикационното дружество е изпитвало постоянен дефицит на части за ремонтни дейности, поради което доставките са били необходими за нормалната му дейност, като не се съдържат данни за презапаяване, т.е. доставка на арматура, която не е била необходима (л.1929 гръб от мотивите по нохд № 3626/16г. на СГС и л.98 гръб от мотивите по внохд № 185/20г. на САС). От така приетите за установени факти се налага извод, че доставките на оборудване за топлопреносната мрежа са били необходими и не е било възможно сключването на сделките за доставка при по - изгодни условия, което опровергава твърдението за неизгодност на сделката. Независимо и наред с изложеното следва да се отбележи, че обвинение срещу подсъдимите за престъпление по чл.220, ал.1 от НК самостоятелно или като престъпление, улесняващо присвояването, не е повдигнато.

Престъплението по чл.201 от НК е резултатно, тъй като от действията на длъжностното лице, с които то противозаконно се разпорежда с повереното му чуждо имущество, произтича щета. Във всички случаи размерът ѝ следва да бъде безспорно установен, тъй като тя се явява елемент от обективната страна на престъплението. Според прокурора вредоносният резултат е формиран от разликата между реално платената от получателя цена и средната пазарна стойност на всяка от доставките.

Тази стойност е изчислена според заключението на комплексната съдебно - счетоводна, финансова и техническа експертиза като сума на доставката по митническа декларация (в която са обхванати и транспортните разходи до митницата, включени в тази декларация) и процент за посредника в размер на 25 %, макар в устните си разяснения пред първоинстанционния съд експертите да са заявили, че в случая процентът на комисионната е зависел изцяло от доставчика, тъй като последният не е имало с кого да се конкурира. В мотивите на инстанционните съдилища са изложени съображения поради които това експертно заключение, приложено в т. 113 от ДП, не е ценено с доверие. Съдилищата са възприели като обосновано заключението на комплексната експертиза, изготвена от вещите лица Л. К. и Е. Г., които при прегледа на материалите по делото не са установили данни за извършено сравнение с доставни и продажни цени на идентични продукти, внасяни от други фирми. Според същото заключение, разликата между доставната стойност на изделията и продажната им цена по фактури на дружеството – доставчик, представлява търговска надценка, а не печалба. Търговската надценка се определя от продавача, като чрез нея дружеството покрива направените текущи разходи и включва калкулираната печалба. Предвид липсата на данни за състава и структурата на цените на инкриминираните изделия в наличните по делото проформа - фактури, фактури, договори и декларации за внос, то според експертите калкулирането на цената е следвало да се извърши от доставчика. В агентския договор на „Ш.“ ЕООД с „А. А.“ ООД са посочени показатели по които се формира цената – мита, доставно - складови и транспортни разходи, гаранционно обслужване, опаковка и доставка, монтаж и технически консултации, ДДС, печалба на вносителя и комисионна за агента, които показатели не са обвързани с механизъм на определянето им или със стойности. Вземайки предвид посоченото експертно заключение и обстоятелството, че търговските субекти нямат регламентирани по нормативен път нива на търговска надценка и печалба, апелативният съд е приел за неоснователна тезата на обвинението, че размерът на присвояването представлява проста математическа разлика между доставната цена по митнически декларации и цената, платена от „Т. С.“ АД, с която констатация и касационният съд се съгласява.

Неустановеният по несъмнен начин размер на предмета на престъпление не позволява да бъде направен извод, че е осъществено и изпълнителното деяние на престъплението по чл.203 във вр. с чл.201 от НК, доколкото се твърди, че е присвоена именно сума, с която е надвишена средната пазарна стойност на доставените стоки.

Липсата на елемент от обективната страна на престъплението по чл.203 във вр. с чл.201 от НК сочи на несъставомерност, която обезсмисля излагането на аргументи относно субективната страна. Доколкото обаче такива доводи има посочени в протеста, касационният съд намери, че следва да им даде отговор. Претенцията към въззивния съд, че не взел предвид доказателства, установяващи, че отношенията между подсъдимите надхвърляли обикновеното професионално познание, а сочели на отношения от съвсем различно естество, е неоснователна. Освен, че посоченото твърдение не е подкрепено с доказателства, е и неясно, тъй като не се сочи значението на отношенията между подсъдимите за участието им в съвместна престъпна дейност. Имуществени отношения между подсъдимите по „прехвърляне на недвижими имоти и сейфове с крупни суми“, както самият прокурор е посочил в протеста, не са предмет на обвинение по настоящото дело и не фигурират в обвинителния акт. При решаване на делото и постановяване на съдебния си акт съдът не може да надхвърля и

коментира обстоятелства, стоящи извън фактите по обвинението. Както са констатирани и инстанционните съдилища, по делото липсват доказателства за престъпно сговаряне на подсъдимите помежду им и с починалата впоследствие Л. А., имащо за цел присвояването на имущество, собственост на „Т. С.“ АД.

С оглед всичко изложено касационният съд намира, че с оправдаването на подсъдимите В. Д. и М. А. по повдигнатите им обвинения по чл.203 във вр. с чл.201 от НК законът е приложен правилно.

Поради изложеното и на основание чл. 354, ал. 1, т. 1 от НПК, ВКС, I НО,

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА решение № 10295 от 11.09.2020г., постановено по внохд № 185/20г. на Софийски апелативен съд, НО – 4 с-в.

Решението не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: