

# РЕШЕНИЕ № 18

гр. София, 07 февруари 2012 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**ВЪРХОВНИЯТ КАСАЦИОНЕН СЪД** на РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ, ПЪРВО наказателно отделение, в съдебно заседание на 18 януари 2012 година в състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЕВЕЛИНА СТОЯНОВА**  
**ЧЛЕНОВЕ: 1. НИКОЛАЙ ДЪРМОНСКИ**  
**2. КАПКА КОСТОВА**

при секретар Румяна Виденова .

и в присъствието на прокурора Искра Чобанова

изслуша докладваното от съдията **НИКОЛАЙ ДЪРМОНСКИ**

касационно наказателно дело № 2967/2011 година

Производството е по касационен протест на апелативна прокуратура-Бургас срещу решение № 207 от 04.11.2011 г., постановено от Бургаския апелативен съд по ВНОХД № 132/2011 г., което се атакува с доводи за наличие на основанието по чл.348, ал.1, т.1 и 2 от НПК, като се претендира отмяната му и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на въззивния съд за постановяване на нова, осъдителна присъда по предявеното на подсъдимия обвинение.

Протестът се поддържа от представителя на Върховната касационна прокуратура.

Подсъдимият Г. С. от Ямбол, чрез защитника си адв.Ст.К. от АК-Ямбол моли обжалваното решение да бъде оставено в сила.

Върховният касационен съд – първо наказателно отделение провери обжалваното решение съобразно правомощията си по чл.347 от НПК и за да се произнесе, съобрази следното:

С присъда № 40 от 30.03.2011 г., постановена по НОХД № 79/2011 г. Ямболският окръжен съд е признал подсъдимия Г. И. С. от Ямбол за невинен в това за периода от 03.10.2008 г. до 29.12.2008 г. в Ямбол, в качеството си на длъжностно лице, заемащо отговорно служебно положение – кмет на [община], с цел да набави облага за „Силма 60“-О.-Ямбол в размер на 29 245,43 лв е нарушил и не е изпълнил служебните си задължения, предвидени в чл.6 и чл.22 от ЗОБ, чл.15 от ЗОП, чл.1, ал.3, чл.24, ал.1, т.1, 2 и 5 и чл.53, ал.1, т.1 от НВМОП, чл.35 от НУОБ на [община] пар.ІІІ, б."А", т.3 от договор № 109/10.12.2008 г. във връзка с обявяването, възлагането и изпълнението на малка обществена поръчка за „Основен ремонт на зала „Д.“ в Ямбол и от това са могли да настъпят немаловажни вредни последици за [община] и имуществени такива в размер на 38 603,97 лв и го е оправдал по предявеното му обвинение по чл.282, ал.2, пр.2-ро вр.ал.1 от НК.

Присъдата е била протестирана от окръжна прокуратура-Ямбол като необоснована и незаконосъобразна с искане за отмяната ѝ и постановяване на нова осъдителна присъда по предявеното на подс.С. обвинение, с налагане на наказание лишаване от свобода в размер, позволяващ приложението на чл.66, ал.1 от НК, но с въззивното решение обжалваната присъда е потвърдена, като са коригирани мотивите за оправдаването на подсъдимия за някои от вменените му с обвинението нарушения или неизпълнения на служебни задължения,

за които първоинстанционният съд е счел за тях той да може да понесе административно-наказателна отговорност, което пък е отречено изцяло от апелативния съд в решението му. С подадения касационен протест се изразява недоволство от правната оценка на релевантните на обвинението факти, по които не възниквал спор между страните, но като се претендира необективност, едностранчивост и игнориране на редица законови разпоредби и утвърдена съдебна практика и от въззивния съд, което накърнило правото на прокурора да докаже обвинението, като се претендира отмяна на атакуваното решение и връщане на делото за ново разглеждане от друг състав на въззивния съд за осъждането на подс.С. по предявеното му обвинение.

Върховният касационен съд – Първо наказателно отделение намира протеста за допустим, подаден в законния срок и от лице, имащо право на жалба, срещу подлежащо на касационна проверка въззивно решение, но по съществото си за НЕОСНОВАТЕЛЕН по следните съображения:

Обвинителната теза е отхвърлена по съображения за обективна и субективна несъставомерност на инкриминираното поведение. Правната оценка на надлежно получени резултати от всички, проверени в хода на съдебното следствие, доказателствени източници, е правилна и се споделя от ВКС. Въпросът за отговорността на подсъдимия в процесния казус не е фактически, както се заявява и в протеста, защото инкриминираното поведение на подсъдимия е изяснено обективно и цялостно. Проблемът е правен, доколкото обвинението счита, че фактическите констатации изпълват престъпния състав на чл. 282, ал.2, пр.2-ро вр.ал.1 от НК. Наведените в касационния протест доводи за неправилно приложение на материалния закон частично преповтарят тези от въззивния (доколкото компютърно са привнесени части от него, изложени на стр.3 и 4, включително с допуснатите фактически грешки), по които съдът е изложил правилни и законосъобразни съображения за отхвърлянето им. Настоявайки за отмяна на въззивното решение и връщане на делото за осъждането на подсъдимия, прокурорът вече поддържа оплаквания само относно неправилен правен анализ за съставомерност на поведението му с допуснатите от него нарушения на служебните му задължения, произтичащи от нормите на чл.24, ал.1, т.5 и чл.53, ал.1 т.1 от НВМОП, осъществени умишлено и при изискуемата се специална цел за набавяне на облага за фирмата-изпълнител на обществената поръчка, с реална последица настъпването на имуществени и неимуществени вредни последици за [община], изоставяйки ангажираните с обвинителния акт други нарушения и неизпълнения на служебни задължения, дължими по чл.1, ал.3 от НВМОП, чл.22 от ЗОБ и чл.35 от НУОБ, както и такива по сключения с фирмата договор в раздел III, б."А", т.3 от същия.

С оглед касираното основание следва да се припомни утвърденото в правната теория и съдебната практика за правната същност на общото длъжностно престъпление по чл.282, ал.1 от НК като такова, насочено срещу правилното функциониране на държавното управление или на обществените организации, извършващо се от длъжностно лице по смисъла на чл.93, т.1 от НК чрез неизпълнение, нарушаване на преките му служебни задължения или превишаване на властта или правата му, с пряк умисъл, при специална цел за негова или за друго облага или за причиняване другиму вреда, от което обективно и реално могат да настъпят за държавната или обществена структура немаловажни вредни последици, имащи както имуществен, така и неимуществен характер, а когато те са значителни, субектът на престъпното поведение заема отговорно служебно положение или го осъществява в съучастие с лице от кръга на посочените в чл.142, ал.2, т.6 и 8 от НК или правомощията му касаят контрола върху наркотичните вещества или прекурсорите са предвидени съответните по-тежко наказуеми състави на това престъпление. Именно за наличието или отсъствието на тези му обективни и субективни елементи на престъпния състав съдът дължи отговор със съответния обективен, всеотраден и пълен анализ на доказателствените материали при формиране на вътрешното си убеждение за правно релевантните факти по чл.102 от НПК и за приложимото право, което в обжалваното решение той е изпълнил прецизно и убедително, включително и като е изкоментирал правилно и законосъобразно всички доводи на страните в подкрепа и против възведеното на подс.С. обвинение.

Воззивният съд не просто се е съгласил с изводите на Ямболския окръжен съд, но е направил посочения собствен анализ на събрания обем доказателства и доказателствени средства, като ги е проверил и с назначената и изслушана във въззивното следствие тройна комплексна строително-техническа и икономическа експертиза (КСТИЕ). Изяснен е поводът да се вземе решение от подс.С. като кмет на [община] (безспорно с „отговорно служебно положение“) за откриване през есента на 2008 г. на процедура за възлагане на малка обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на спортна зала „Д.“ в града с оглед поетия от св.Н.Г. ангажимент за провеждане в първата десетдневка на декември същата година на Европейско първенство по бокс за жени и девойки в този град. Не се поддържа вече от прокурора порок при обявяването на тази поръчка, изразяващ се в не посочване на цената на предмета ѝ, тъй като такъв липсва, с оглед и на утвърдената практика на Върховния административен съд, според която при поръчки, свързани с услуги в строителството, тази цена, като ориентировъчна или прогнозна, следва да може да се изведе от вида и обема на СМР,

техническата спецификация, от исканата от участниците в открития конкурс гаранция, от проекто-договора, предлаган от възложителя. Именно съобразно тях всеки участник в офертата си предлага на каква цена и при какви други условия е съгласен да изпълни поръчката, които се оценяват от съответната назначена за целта комисия съобразно обявените от възложителя критерии. В случая е установено, че на обявената поръчка с горепосочения предмет чрез открит конкурс не е била получена нито една оферта, което е дало основание на подс.С. да вземе решение за прекратяването ѝ, а след изтичане на срока за обжалване на това му решение – да премине към възлагането ѝ чрез договаряне с покана, отправена към строителната фирма, представлявана от св.П.. Законът (ЗОП) нито изисква как да избере, нито ограничава възложителя кого да покани, щом като спази (в ограничителния срок) първоначалните условия за възлагане на поръчката, при които обаче не се е явил нито един участник в процедурата на открит конкурс. При инициативата на св.Г. напълно логично е подс.С. от него или чрез него или св.Кърцков да е узнал, че св.П. е приел да изпълни поръчката и затова е насочил към фирмата му поканата за договаряне на условията за осъществяването ѝ. Упрекът на прокурора за избора му и за промяната на срока за изпълнение на възлаганите СМР (която намира за съществена) очевидно не е съобразен с късия срок до датата за провеждане на спортното мероприятие, като в протеста си дори приема като основна цел на дейността на кмета „бърз ремонт“, но която свързва с умисъл да не прекрати предишната процедура по НВМОП и на основание чл.24, ал.1, т.5 от нея, както и със специалната (макар и „второстепенна“) у него цел да облагодетелствува фирмата на св.П., като без конкуренция му възложи извършването на СМР, от което да си набави „печалба“. Установено е, че СМР са били осъществени при изключителна натовареност на трудовия ресурс на фирмата, до откриване на първенството са били осъществени само онези СМР, които са направили залата годна и безопасна за провеждането му и до 23.12.2008 г. е бил завършен първият етап от поръчката. Не се твърди от обвинителя, че СМР са негодни, с дефекти, че са завишено калкулирани, че е начислена наднормена за 2008 г. печалба за фирмата, което не е установено и със заключението на цитираната по-горе КСТИЕ, чиито изводи са точно обратните. На тази дата е постигнато и споразумението с фирмата на св.П. за прекратяване на договорните отношения, с поемане на ангажимента от общината за заплащане на стойността на осъществените до тогава СМР по договорените цени, при разсрочено плащане до края на 2009 г., което и се е случило, след като на сесията на ОбС на 12.12.2008 г. е бил одобрен финансов ресурс до 100 000 лв за 2008 г. и за остатъка до пълната стойност на СМР са гласувани, отпуснати и разплатени с пари от бюджета на общината за 2009 г., без каквито и да е лихви и неустойки за забава. На този фон напълно неоснователни са доводите на протестиращия прокурор за тежестта на съзряните от него нарушения на чл.24, ал.1, т.5 и чл.53, ал.1, т.1 от НВМОП, като съставомерни за ангажиране отговорността на подс.С. за престъпление по чл.282, ал.2 вр.ал.1 от НК, а и за каквото и да е друго.

Осигуряването на финансов ресурс за разплащане на предмета на възлаганата поръчка зависи както от вида на възложителя, така и от източника на финансиране – било от собствени налични или не (бъдещи постъпления) средства, по национални или европейски програми или комбинирани и други, като е достатъчно той (ресурсът) да е известен, реален и с голяма вероятност сигурен. Липсата на гласувани от ОбС-Ямбол средства за разплащане на обявената през м.Х.2008 г. обществена поръчка мотивира прокурорът да настоява, че процедурата за възлагането ѝ чрез открит конкурс е следвало да бъде прекратена и на основание чл.24, ал.1, т.5 от НВМОП. Това е неправилно и незаконосъобразно. Структурата на чл.24, ал.1 от НВМОП сочи на градиране при подреждане на основанията за прекратяване на обявена процедура по НВМОП, съобразени и с особеностите на вида на поръчките. Така : по т.1 – защото няма подадени оферти; по т.2 – всички подадени оферти не отговарят на обявените изисквания; по т.3 – при надлежни оферти, всички оферирани цени надвишават финансовия ресурс, „който може да осигури“ възложителя; по т.4 – при отказ на първия и втория участник да сключат договор с възложителя; по т.5 – при отпадане необходимостта от провеждане на процедурата в резултат на съществена промяна в обстоятелствата, както и „при невъзможност да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди и т.н. до т.8, т.е. градацията е от „абсолютните“ към такива, при които са необходими допълнителни усилия от възложителя за преодоляване на пречки за или при осъществяване на процедурата или при договаряне на условията за изпълнение на поръчката. В случая подс.С. е прекратил процедурата за възлагане на МОР по чл.24, ал.1, т.1 от НВМОП поради не представяне на каквато и да е оферта от участник в нея, което е по-силното основание от това по т.5 на посочената законова разпоредба. От друга страна, той не е имал и основание да я прекрати и на основание чл.24, ал.1, т.5 от НВМОП, тъй като общината е разполагала с необходимия за разплащане на СМР ресурс, макар и решение за отпускането му да е взето на 12.12.2008 г. на сесия на ОбС. Аргумент в подкрепа на този извод може да се изведе и от тълкуването на цитираното основание по чл.24, ал.1, т.3 от НВМОП, от което става ясно, че процедурата следва да бъде прекратена и тогава, когато оферираниите цени от участниците в нея надвишават финансовия ресурс, който възложителят „може да осигури“, т.е. няма изискване той да бъде наличен нито в началото, нито по време на процедурата, а да е достатъчно ясно от къде и кога такъв ще бъде осигурен, за да се разплати поръчката. Едно такова нарушение

на възложителя няма как да се приеме за съставомерно по чл.282, ал.1 от НК, освен ако с него възложителят-длъжностно лице от посочения кръг не цели да причини на държавната или обществена структура или другиму немаловажни вредни последици, настъпването на които е достатъчно реално според изискванията на НК и съдебната практика. В случая обаче това нито се твърди от обвинителя, нито има такива данни по делото, обратно, сочи като специална цел облагодетелстването на фирмата на св.П., което е и икономически оброрено.

Според прокурора, другото съставомерно нарушение на подс.С. е съществената промяна на срока на изпълнение на СМР, от 07.12 на 23.12.2008 г. В тази насока са изложени обширни съображения от въззивния съд за необходимостта от ремонта на залата, срокът за изпълнение на най-належащите СМР и оттам – необходимостта от провеждане на процедурата по НВМОП, активността на св.Г. тя да се случи, за посочване на фирмата на св.П. за евентуален нейн изпълнител при договаряне на взаимно изгодни условия, реалното осъществяване на най-належащите СМР и привеждането на залата в състояние, при което тя е била одобрена и европейското първенство успешно се е провело, както и защо и как договорените за втори етап СМР не са били осъществени, а заплащането на тези по етап I са разплатени година по-късно без каквато и да е санкция за общината, а и не е имало реална опасност такава да последва заради някакво неизпълнение на задълженията ѝ по договора с фирмата-изпълнител, при предполагагане на добросъвестност на двете страни по договора. В тази насока с основание са възприети от съда обясненията на подс.С., подкрепени както от свидетелските показания, особено на Кърцъков, Г., П., А., така и от другите анализирани доказателствени източници. Дори и изводите на назначената от апелативния съд КСТИЕ оборват обвинителната теза на прокурора, поради което няма как заради коментираните в протеста му две нарушения на НВМОП (останали и те доказателствено необезпечени) да се обоснове пряк умисъл за допускането им и за възможните немаловажни вредни последици за общината и за постигане на специалната цел – облагодетелстването на фирмата на св.П. с реализиране на „каквато и да е, недължима ѝ се печалба“ от осъществените СМР до 23.12.2008 г., която според експертите дори е под реално начисляваната от търговците в процесния период. Именно обективният факт за необходимостта от спешен ремонт, в крайно скъсени срокове, на спортната зала, при намесата на св.Г. това да стане и посредничеството му с това да се ангажира св.П., при спазване на законовите изисквания за провеждане на процедурите по НВМОП изключват такъв умисъл в действията на подсъдимия, както и да е преследвал посочената от прокурора цел. Още по-малко съставомерност на поведението му може да се търси на основата на нарушения на клаузи от сключения с изпълнителя на поръчката договор, който не създава нормативни, законови или подзаконови права или задължения за С. като кмет на общината, но те вече са изоставени и от прокурора и не фигурират в касационния му протест. Нито финансово общината е „пострадала“, обратно, и прокурорът признава, че е бил защитен „имиджа на града“, общината се представила „подобаващо“, което пък трудно се свързва с упреците му към съда за неправилно приложение на материалния закон.

Поради това, изводите на съда, че с инкриминираното си поведение подсъдимият не е осъществил както от обективна, така и от субективна страна престъпния състав на чл. 282, ал.2, алт.2-ра, вр.ал.1 от НК и наказателната му отговорност не може да бъде ангажирана, са правилни и законосъобразни. По тези причини не може да бъде удовлетворено касационното искане за отмяна на въззивното решение и ново разглеждане на делото за осъждането му.

С оглед на гореизложените съображения, Върховният касационен съд – Първо наказателно отделение на основание чл.354, ал.1, т.1 от НПК

## **РЕШИ:**

**ОСТАВЯ В СИЛА** решение № 207 от 04.11.2011 г., постановено по ВНОХД № 132/2011 г.от Бургаския апелативен съд.

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:** [подпис]

**ЧЛЕНОВЕ: 1.** [подпис]

**2.** [подпис]

