

# РЕШЕНИЕ

№ 740

гр. София, 05.12.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 5-ТИ ТЪРГОВСКИ**, в публично заседание на четиринадесети ноември през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Величка Борилова

Членове: Капка Павлова  
Мария Райкинска

при участието на секретаря Павлина Ив. Христова  
като разгледа докладваното от Величка Борилова Въззивно търговско дело  
№ 20231001000792 по описа за 2023 година

взе предвид следното:

Въззивното производство е образувано по жалба на Столична Община, чрез юрисконсулт Д. Ж. насочена против частта от Решение № 731/05.06.2023 г., постановено по т.д. № 1483/2021 г. по описа на Софийски градски съд, ТО, с което въззивника е осъден да заплати на „Аванс 2002“ЕООД на осн.чл.266, ал.1 ЗЗД по предявен като частичен иск сумата от 50 000 лева – част от стойността на СМР по договор от 26.07.2017 г., номер на СО СОА17-ДГ55-314/26.07.2017 г., както следва - по протокол, образец 19- 1'- 115 355,07 лева, по протокол 19-2 – 94220,02 лева, по протокол 19-3- 320 578,29 лева и по протокол 1904-7 409,30 лева, заедно със законната лихва върху сумата от 50 000 лева от 23.07.2021 г. до окончателното ѝ заплащане, по иск с правно основание чл. 86, ал.1 от ЗЗД - предявен като частичен – сумата от 5000 лева – част от общия дължим размер от 60 104,86 лева (дължимата лихва върху вземанията по протокол 19-1, 19-02 и 19-3 за периода от 26.03.2020 г. до датата на предявяване на иска в размер на 59 437,95 лева и в размер на сумата от 666,91 лева – върху вземането по протокол 19-4 от 29.05.2020 г. до датата на предявяване на иска), както и по иск по чл. 79, ал.1 от ЗЗД сумата от 59 729,83 лева – подлежаща на връщане гаранция по чл. 31 от договор от 26.07.2017 г., номер на СО СОА17-ДГ55-314/26.07.2017 г., заедно със законната лихва върху тази сума за периода 23.07.2021 г. до окончателното ѝ заплащане, по иск по чл. чл. 86, ал.1 от ЗЗД сумата от 8329.00 лева - обезщетение за забава върху вземането за гаранция за периода 08.03.2020 – 22.07.2021 година, вкл. сторените по делото разноски.

Макар да не е посочено изрично, настоящата инстанция приема, че въззивната жалба касае единствено горепосочената осъдителна част от първоинстанционното решение, предвид че в отхвърлителната му част то е позитивно за въззивника Столична Община и същият няма правен интерес да го обжалва.

Във въззивната жалбата се поддържа на първо място недопустимост на атакувания съдебен акт, т.к. СГС излязъл от рамките на предмета на делото, определени с посочените страни, предмет и обхват на търсената защита и така подменил правното основание на

предявения иск – от претенция на договорно основание в претенция за неоснователно обогатяване. По този начин освен че се нарушило и правото на защита на ответника въззивник, първоинстанционното решение следвало да се квалифицира като недопустимо.

В условието на евентуалност се поддържа неправилност на същото, поради нарушение на съдопроизводствените правила, изразяващи се в едностранна и превратна преценка на приобщените по делото доказателства, вкл. поради неправилно приложение на относимия към казуса материален закон, довело и до необоснованост на акта на СГС.

По подробно изложени доводи в подкрепа на всяко едно от оплакванията се иска от настоящата инстанция да отмени първоинстанционното решение в обжалваната му осъдителна част и по съществото на спора се постанови пълно отхвърляне на предявените искове.

В отговора по въззивната жалба насрещната страна оспорва наведените в нея доводи и поддържа правилност на решението на СГС.

Пред настоящата инстанция не е допуснато събирането на нови доказателства.

Софийският апелативен съд, търговско отделение, пети състав, като съобрази данните по първоинстанционното дело, приема следното:

СГС е бил сезиран с предявени в условието на обективно кумулативно съединяване осъдителни искове с правно основание чл.266, ал.1 ЗЗД, чл.79, ал.1 ЗЗД и чл.86, ал.1 ЗЗД.

Твърдяло се е в обстоятелствената част на исковата молба, че страните по делото били обвързани от договорно правоотношение, основано на договор за изработка, сключен по реда на ЗОП за извършване на строителни дейности /СМР/ на обект „Преустройство на външна дворна част с включване на допълнителни площи от алейната мрежа и парковата част от Зоологическата градина – гр. София на сектор „Примати“.

Твърди се този договор да е бил неоснователно прекратен от възложителя-ответник, като ищецът-изпълнител бил отстранен от обекта след като изпълнил значителна част от предмета на договора - обстоятелство, установило от съставените протоколи за приемане на СМР.

Поддържано е строителна площадка на посочения обект да е била открита на 22.05.2018 г., с една година закъснение, по вина на възложителя, а в хода на строителството се установили несъответствия между проекта и обстановката на място, за което възложителя бил уведомен. Предвид на последните строежът бил спрял с акт образец 10 на 27.08.2018 година. Поддържано е, че в този акт не били описани всички реално изпълнени СМР към момента на изготвянето му, но ищецът се съгласил да го подпише с идеята да продължи да изпълнява проекта.

Т.к. възстановяването на работата по същия се забавила изключително дълго, ищецът предприел действия по съставяне на протоколи-образец 19, като през м.07.2019 г. инвеститорският контрол и строителния надзор подписали протокол 19-1, с които се приел обема на извършената работа, но с корекции, като се намалила сумата за плащане на 537 806,56 лв.

На последното ищецът възразил писмено и представил протокол 19-1 ' с коригирани количества по отказаните за признати като извършени и подлежащи на плащане позиции.

С последващо писмо от 17.07.2019 г. ищецът представил на строителния надзор междинен протокол 19-2, ведно с документите, установяващи актуваните позиции, като повече от два месеца след това не постъпил отговор от ответника и строителния надзор, нито плащане, независимо от установеното в чл.8, т.3 от обвързващия страните договор срокът за заплащане на строителните работи да е 30 календарни дни от представяне на акт образец 19 и сметка 22.

Едва с писмо от 30.09.2019 г. строителният надзор възразил единствено по протокол 19-2 с твърдение, че към него липсвал необходимия доказателствен материал - липсвали протоколи от контролни електрически замервания от сертифицирана лаборатория за алейното осветление, номерация на позициите в подробната количествена сметка не кореспондирала с тези от КСС на основния проект и не били приложени схеми за участъците, в които ас извършени описаните СМР.

Описаните документи били представени от ищеца с писмо от 03.10.2019 г., с изкл. на замерванията от сертифицирана лаборатория, защото не били предвидени в договора за обществена поръчка, нито в действащото законодателство. Независимо от това изразил готовност за възложи изготвянето им.

След продължителна кореспонденция едва с писмо от 12.03.2020 г. строителният надзор приел, че актуваните в протоколи обр.19-1 и обр.19-2 подлежат на разплащане, но наред с това били поставени условия за прилагане на още документи.

Докато траели преговорите между страните влязла в сила заповедта на Главния архитект на Столична община за допълване на строителното разрешение и ответникът поканил ищеца да представи анализни цени за новите строителни работи, съобразно преработката на инвестиционния проект. Представените от ищеца му били върнати коригирани, ведно със заменителна таблица, срещу което същият възразил.

Ответникът отказал каквото и да е съдействие по разрешаване на възникналите спорни въпроси вследствие на грешния и непълен проект, чието изменение продължило повече от година, нито приело предложените от ищеца цени, но поканило последния за подписване на 03.10.2019 г. на акт обр.11 за установяване състоянието на строежа при продължаване на строителството. До подписването на такъв не се стигнало, т.к. ответникът приел решение строителството да продължи след уговаряне на анализните цени по преработката на проекта.

До постигане на съглашение между страните относно гореизложеното не се стигнало, поради което ищецът поискал да му бъдат върнати подписаните протоколи обр.19-1 и всички протоколи обр.12.

С писмо изх.№ СОА20- ТД26-2109/17.02.2020 г. Столична община отправила предизвестие до ищеца за прекратяване на договора, поради неизпълнение на задължението на последния по него, изразяващо се в неявяването за подписване на акт обл.11, съгласно поканата от 25.09.2019 г.

Ищецът твърди това изявление да не е породило действие, защото не е налице соченото неизпълнение на договорни задължения от негова страна, поради което и възразил с нарочно писмо от 25.02.2020 г., като от своя страна поканило ответника да му заплати дължимото се за извършеното от него СМР в изпълнение на договора в 10 дневен срок от получаване на поканата, в противен случай ще счита договора прекратен по вина на възложителя.

Плащане от страна на последния не последвало, ищецът освободил обекта от строителната си техника и предявило на ответника протокол обр.19-4 за извършени СМР по част „Поливна система“, останали неактувани след акт обр.19-3.

От медиите ищецът узнал, че Столична община е възложила завършването на строителните дейности на друго дружество - „Чистота Искър“.

По изложените съображения е поискано от съда да постанови решение, с което да осъди ответника да плати на ищеца възнаграждението за извършените СМР по коментирания договор в размер на 537 926,88 лева, като предявява частичен иск за сумата от 50 000 лв.

Отделно от нея се претендира и сумата от 59 729,83 лв., представляваща гаранция за изпълнение на договора, за която ищецът намира да подлежи на връщане, т.к. е изправна страна по договора, прекратен неоснователно от ответника.

Претендира се и законна лихва за забава върху търсеното парично вземане, съобразно уговореното в договора, като същата се претендира частично до размер на 10 000 лв. от общия сбор от 60 104,86 лв., както и пълния размер на лихвата за забава върху гаранцията в размер на 8 528,09 лв.

В отговора по исковата молба ответникът е оспорил всеки един от предявените искове по основание и размер.

Не е оспорил фактическите твърдения на ищеца страните по делото да са били обвързани от договор за СМР въз основа на проведена процедура по ЗОП за обект „Преустройство на външна дворна част с включване на допълнителни площи от алейната мрежа и парковата част от Зоологическата градина – гр. София на сектор „Примати“, че

строителната площадка на обекта е открита със закъснение на 22.05.2018 г., както и че по време на строителството са установени подземни съоръжения, неотразени в подземния кадастър - обстоятелство, наложило преработване на проекта по реда на ЗУТ, поради което и се съставил акт обр.10 за установяване състоянието на строежа при спирането на строителството на 27.08.2018 г.

Оспорил е обаче твърдението този акт да е съставен без подробно описание на изпълнените към датата на съставянето му работи и поддържа ищецът да не е представил необходимата документация, удостоверяваща претендираните да са извършени от него допълнителни СМР, неотразени в акта.

Твърди дружеството „Софинвест“ЕООД, изпълняващо функциите по строителен надзор на процесния обект, да е изпратило на ищеца проверена и подписана сметка образец 22 към протокола за приемане обр.19, въз основа на които и е издадена фактура № 388/19.12.2019 г. включваща сумата на изпълнените по договора СМР в размер на 537 806,56 лв., от която е приспаднал авансът от 238 919,30 лв. От нея според изявление на ищеца била приспаднала стойността на гаранцията за изпълнение в размер на 5% от стойността на договора в размер на 59 729,73 лв.

Поради несъгласието на ищеца с корекциите по протокола за приемане от негова страна бил съставен друг - обр.19-1' и допълнително протокол обр.19-2.

В резултат на разногласието между страните по повод вида и обема на изпълнението до спиране строителните дейности на обекта СМР била разменена и значителна кореспонденция, в обобщение на която в крайна сметка ищецът-изпълнител не представил изискваните от строителния надзор и възложителя документи, съдържащи необходимите реквизити и притежаващи необходимата доказателствена сила, удостоверяващи претендираните от него допълнително извършени и неотразени в акта обр.10 СМР.

Поради това и изрично са оспорени изготвените от ищеца актове обр.19-1' и 19-2, както и съпътстващите ги документи, като едностранно съставени от изпълнителя, без подписите на строителния надзор и възложителя и се поддържа за отразените в тях като извършени СМР да не се дължи възнаграждение.

Не е оспорен твърдението от ищеца факт след преработка на проекта последният да е поканен от възложителя за съставяне акт обр.11 за установяване състоянието на строежа и строителните и монтажни работи при продължаване на строителството, като се поддържа същият да не се е явил на посочената в нарочно изпратената му покана дата и час.

Това поведение на изпълнителя ответникът счита за отказ от негова страна за продължаване изпълнението на договорените дейности и представляващо виновно неизпълнение на задълженията по договора, по която причина и поддържа да е настъпило едностранно прекратяване на договора по вина на изпълнителя, обосноваващо и задържането на внесената гаранция за изпълнение.

Затова и претенцията за връщането ѝ била неоснователна.

В допълнителната искова молба ищецът е оспорил възраженията на ответника, като неоснователни и поддържа първоначално заявените се твърдения в исквата молба касателно вида и обема на действително извършените от него в изпълнение на договора СМР преди спиране на строителните дейности на обекта. Поддържа се е представил на строителния надзор и възложителя всички необходими документи, удостоверяващи извършването на тези дейности. Поддържа извършването на СМР в изготвените от него актове обр.19-1' и обл.19-2 никога да не са оспорвани от насрещната страна, която единствено е изисквала допълнителни документи. Липсата на двустранно подписани протоколи за извършените СМР се дължала на виновни действия на възложителя.

Оспорено е твърдението на ответника за виновно неизпълнение на задължението на изпълнителя да се яви за подписване на акт обл.10, т.к. последното било следствие от неизпълнение задължението на възложителя по разплащане на извършените до момента на спиране на строителството СМР, които не останали уточнени по вид и обем, поради бездействието на възложителя.

В отговора по тази искова молба ответникът е поддържал първоначално заявените си твърдения и възражения. Твърди извършените извън договорените СМР и въз основа на

неодобри строителни книжа след съставянето на акт обр.10 да не могат да бъдат приети от строителния надзор и възложителя и да не подлежат на разплащане. Всички СМР се извършвали въз основа на одобрен проект и предварително договорени цени на отделните видове работи, подробно описани в количествено стойностна сметка /КСС/ - неразделна част от договора.

По отношение на претендираните като извършени и като неразплатени от ищеца СМР не било налице приемане както от страна на строителния надзор, така и от страна на възложителя и те не подлежали на приемане и разплащане допълнително.

Решаващият въззивен състав, в изпълнение на правомощията си по чл.269 ГПК, след като извърши служебна проверка за валидност изцяло, а за допустимост на първоинстанционното решение, само в обжалваната уважителна част, прецени доводите на страните във връзка със събраните по делото доказателства и като съобрази основанията за неправилност, посочени във въззивната жалба, приема следното:

Действията по обжалване на първоинстанционния акт са процесуално допустими – предприети са в срок, срещу съдебен акт, който подлежи на въззивно обжалване от активно процесуално легитимирана страна, имаща правен интерес от това – въззивникът, ответник в първоинстанционното производство, е останал недоволен от атакуваното решение в обжалваната от него уважителна част.

Обжалваното решение е валидно и допустимо в обжалваната му част, като постановено от надлежен съдебен състав, в рамките на правораздавателната му власт, по редовно предявени иски, в съответната писмена форма и е подписано.

Решаващият състав счита несъстоятелни оплакванията за недопустимост на решението в обжалваната му част, заявени с въззивната жалба, поради твърдяната от въззивника недопустима промяна на правната квалификация на разглежданите иски - от претенция на договорно основание в претенция за неоснователно обогатяване.

Видно от съдържанието на първоинстанционния съдебен акт - мотиви и диспозитив, СГС се е произнесъл по заявените от ищеца като главни иски претенции относно осъждане на ответника да заплати дължимата парична сума поради неизпълнение на договорното му задължение да стори това в полза на ищеца по договор за изработка /СМР/ и за връщане на внесена банкова гаранция за изпълнение на същия договор.

Иск за неоснователно обогатяване първоинстанционния съд не е разглеждал, нито се е произнасял по такъв.

В тази връзка и оплакванията в обратната насока са несъстоятелни, каквито се явяват и оплакванията за непълнота и неточност на доклада на СГС по реда на чл.146 ГПК във връзка с твърдяната подмяна на правната квалификация на предявените и разглеждани иски.

След самостоятелен анализ на приобщените по делото доказателства при съобразяване оплакванията за неправилност, формулирани във въззивната жалба, решаващият състав приема, че обжалваното решение е и правилно.

Изложените от първоинстанционния съд мотиви в подкрепа на крайния му извод за основателност на предявения иск като основани на точното приложение на относимия материален закон изцяло се споделят от настоящият решаващ състав, като за избягване на излишното им приповтаряне се препраща към тях по реда на чл.272 ГПК.

В отговор на оплакванията във въззивната жалба се излага и следното:

Страните не спорят по осъществяването на установените от анализа на приобщените доказателства по делото релевантни факти да се обвързали от договор от 26.07.2017 г., номер на СО СОА17-ДГ55-314/26.07.2017 г., , сключен по реда на ЗОП за извършване на строителни дейности /СМР/ на обект „Преустройство на външна дворна част с включване на допълнителни площи от алейната мрежа и парковата част от Зоологическата градина – гр. София на сектор „Примати“; изпълнението на последния /откриването на строителната площадка/ да е престоирано с първоначално закъснение от ищеца-въззиваем, по вина на възложителя-въззивник близо година след сключване на договора - на 22.05.2018 г., както и че по време на строителството са установени подземни

съоръжения, неотразени в подземния кадастър - обстоятелство, наложило преработване на проекта по реда на ЗУТ и съответно спиране на строителните дейности, за което и се съставил акт обр.10 за установяване състоянието на строежа при спирането на строителството на 27.08.2018 г. Не спорят и по факта, че договорът фактически е бил прекратен и след възстановяване на строителните дейности на обекта същите са били извършени от трето за спора лице. Няма спор и че изпълнителят е предоставил в изпълнение на сключения договор гаранция за изпълнение в размер на 59 729,83 лв.

Спорни по делото са въпросите относно това дали извършените до момента на съставянето на горепосочения акт обр.10 СМР от страна на изпълнителя отговарят на посочените в акта, като ищецът твърди да е изпълнил в повече от актуваното, както и чие виновно поведение е довело до прекратяване на договорната връзка - на ищеца-изпълнител или на ответника-възложител.

При даване отговор на тези спорни въпроси въззивната инстанция взе предвид следното от фактическа и правна страна:

В хода на производството пред първоинстанционния съд за изясняване на спорните обстоятелства по отношение на първия въпрос са събрани гласни доказателства, чрез показанията на трима свидетели, приобщени са писмени доказателства и са допуснати и изслушани единична и тройна съдебно технически експертизи, като заключението на втората не се е оспорило от страните по делото.

По отношение гласните доказателства и на тримата разпитани по делото свидетели решаващият състав счита, че същите следва да се преценяват в светлината на чл.172 ГПК, предвид че свидетелят З. е служител на ищеца-въззиваем, свидетелят Д. да е работил през процесния период от време за надзорното дружество „Софинвест“ЕООД, а свидетелят Ч. - „Чистота Искър“ЕООД. В този смисъл всеки един от свидетелите се намира в особени отношения със страните по делото.

Ето защо и приема, че показанията им следва да се кредитират единствено в частта им, в която се подкрепят и от останалите приобщени по делото писмени доказателства.

Преценени по този начин показанията на свидетеля З. са последователни и подробни, вкл. се подкрепят изцяло и съответстват на установеното от анализа на писмените доказателства, установяващи хронологията на извършваните от ищеца-въззиваем СМР, докато тези на Д. и Ч. касаят периодът от време по изпълнение на процесните СМР от 2020 г., вкл. са неконкретни и в противоречат на установеното от останалите анализирани доказателства по делото.

По отношение на изслушаните експертизи пред СГС настоящият въззивен състав приема, че следва да кредитира и двете - първоначална/единична и повторна/тройна, доколкото същите са дали идентични отговори на поставените им задачи, като заключението на втората е по-детайлно и изчерпателно.

Експертизите следва да се кредитират като компетентни и безпристрастни, основани на задълбочен и професионален анализ на приобщената по делото техническа документация относно изпълнението на СМР на процесния строеж и вложените строителни продукти, при преценка и на приобщените веществени доказателства, вкл. при съобразяване на обстоятелството, че тройната такава не е била оспорена от нито една от страните по делото.

Така и двете експертизи са категорични, че анализът на всички приложени по делото проекти обосновава извод описаните в процесните протоколи обр.19 строително-монтажни работи да са изпълнени от ищеца-въззиваем.

Горният извод се отнася в пълна степен и за представените към исковата молба протоколи акт 19-1', 19-2, 19-3 и 19-4, като изводът на вещите лица в насока претендираните като изпълнени от ищеца СМР да са изпълнени и на място е изведен безусловно. Както от самите заключения, така и от допълнителните пояснения на експертите, дадени в о.с.з., се установява този извод да се основава на цялостен анализ на наличната документация, съпътстваща строителството, според която тези СМР не са възлагани и не са изпълнявани от строителя, продължим изпълнението договора след спирането му - „Чистота Искър“ ЕАД /приложения 1-4 към експертизата, където са представени изпълнените СМР с посочени източници на информация за тяхното изпълнение/.

И двете експертизи заключават стойността на работите, посочена в процесните протоколи да съответства на уговорената между страните, както и на допълнително приетите анализи, съобразно решенията в протоколите от работните срещи, където изрично е посочено ако извършването на даден вид СМР го няма в КСС, да бъде заплатено по цена от съответната позиция от КСС.

Експертите не са установили актувани работи, за които не е уговорена и утвърдена цена, като сочат за изпълнените СМР извън договорените, съгласно първоначалната КСС към договора, да са налице утвърдени анализни цени, които са изготвени на база залежалите условия в чл. 5 от договора.

Според тях м изготвения акт обр.10 за установяване състоянието на строежа към датата на спиране 27.08.2018 г. не съдържа детайлно описание на всички изпълнени видове и количества СМР към тази дата - извод, обоснован на анализа на изготвените протоколи по време на проведените оперативки от №1 до №10 са изпълнявани СМР по решение на самите срещи, които по-късно са заложили и в изготвените проекти, като преработка по чл.154.

Подробна количествена сметка за изпълнени демонтажни СМР, демонтаж бетонови основи, Конструкции, Метална конструкция, ВиК била изпратена от изпълнителя и приета от инвеститорския контрол на обекта, като част от описаните СМР в нея са описани като изпълнени в изготвените процесни протоколи Акт 19-1', Акт 19- 2, Акт 19-3 и Акт 19-4.

След като на 12.08.2019 г. била предадена проектната документация във връзка с преработения проект по реда на чл.154 ЗУТ на въззиваемото дружество с писмо от въззивника и били изискани анализни цени на новите строителни дейности, такива били са изготвени и изпратени на 16.08.2019 г. с приложени фактури за закупени материали. Същите след корекция са приети от СО на 12.09.2019 г.

Въз основа на горното експертите заключават, че СМР по процесните Акт 19 са изпълнени към датата на прекратяване на договора 17.02.2020 г. и то към съставянето на акт 10. За тези СМР изпълнителят предал на възложителя допълнително и документи, изискани допълнително от възложителя и строителния надзор.

Поддържат още, че СМР по процесните протоколи Акт 19 са изпълнени съгласно взети решения от проведени оперативки и описани в изготвените протоколи от тях, вписани заповеди в заповедната книга на обекта и видове СМР, които са залежали и в преработката на проекта по чл.154 ЗУТ.

Поддържат и че изпълнените СМР извън възложените първоначално по договора са били необходими, както с оглед изпълнението предмет на договора, така и за качественото цялостно изпълнение на обекта. За изпълнение на същите са записани заповеди в заповедната книга на обекта и са взети решения, описани в протоколите от проведените срещи от №1 до №10, като във всеки протокол се записва и изпълнението на задачите и решенията от предходния, дадено е и конструктивно становище на проектант – конструктора от 21.06.2018 година.

Съгласно взетите решения в протоколите от оперативните срещи на въззиваемото дружество изрично е било възложено изпълнението на допълнителни работи, поради пропуски в проектите. Възникналите в хода на изпълнението на договора СМР били включени и в преработката по чл.154 от ЗУТ на проектната документация.

Експертите сочат, че с акт обр.15, според Наредба № 3 за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, се удостоверява изпълнението на строежа и се предава строителната документация на възложителя.

В казуса в изготвения акт 15 за обекта не се съдържат доказателства за изпълнените СМР на обекта, които следва да бъдат описани. В акт обр.16 са описани актове и протоколи по време на строителството само с изпълнител фирма „Чистота Искър“ЕАД, както и документи за съответствие на вложените продукти отговарящи на изпълнените СМР също само от последното дружество, като липсва документация за изпълнени СМР и вложени продукти от „Аванс 202“ЕООД, предхождащи изпълнените от „Чистота Искър“ ЕООД и обектът не следва да се приема.

Експертите докладват СМР, изпълнени от въззиваемия и от „Чистота Искър“ ЕАД да отговарят на заложените в проекта и преработката по чл.154 ЗУТ, като тези, изпълнени от

„Аадванс 2002“ЕООД предхождат изпълнените от „Чистота Искър“ ЕА и са свързани помежду си технологично на изпълнение за цялостното завършване на обекта.

Докладват и че сравнението между видовете СМР и количествата, актувани по процесните протоколи за изпълнени СМР по акт обр.19-1, акт обр. 19-1', акт 19-2, акт 19-3 и акт 19-4 и обобщения протокол обосновава вторият изпълнител да е довършил изпълнението на обекта, предвид че в протокола с „Чистота Искър“ ЕАД са описани СМР, които не са актувани от „Аадванс 2002“ ЕООД.

В обобщение - от извършения оглед на място, анализ на приложените по делото документи и допълнително предоставените такива, както и приложените снимки, вещите лица заключават описаните СМР в процесните актове обр.19, съставени от въззиваемото дружество да са изпълнени.

Конкретизират в строителните книжа да няма описани съставени Актове обр.12 за скрити работи, които са задължителни по Наредба №3 за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, вкл. да не са описани представените от ищеца актове обр.12 и декларации за характеристики на вложените продукти за периода на изпълнение на СМР на обекта от фирмата.

Категорични са, че извън описаните СМР в процесните Актове обр.19 ищецът-въззиваемото е изпълнил и СМР по Акт обр.19-1, които са признати и приети, съгласно приложените документи по делото. За тях именно следва да са приложени всички актове за скрити работи и декларации за вложените продукти, което обаче липсва в приложения окончателен доклад. Тези актове за скрити работи са изпратени, но неподписани от ответната страна. Скрытите работи са свързани с всички заповеди и решения взимани на общите събрания цитирани по-горе и вписани в заповедната книга. По-конкретно - в представения по делото дневник на бетоновите работи са записани 4 дати на полагане на бетон през месец юни 2020 г., като към него са приложени Протоколи от изпитване на бетон В30 с дата 23.11.2018 г., Бетон В15 с дата 16.12.2018 г., положен от „Аадванс 2002“ ЕООД.

Допълнително в о.с.з експертите са докладвали, че са направили контролни замервания и констатации по метални конструкции.

Сочат, че няма метод за установяване на скритите работи, но се касае за дейности, които няма как да бъдат извършени, тъй като от това зависят последващите дейности и е налице т.н. технологична необходимост – напр. разрушителни дейности.

По отношение СМР по протокол 19-4 заявяват описаните видове СМР да отговарят като количества по проекта и по договора, като след тях има 18 изпълнявани последващи дейности от същата форма. Последното налага извод, че тези дейности са изпълнени независимо, че няма отделни видове актове относно описаните в акт, протокол 19-4 СМР.

Заявяват преработения проект да съдържа СМР, които вече са били изпълнени от „Аадванс 2002“ЕООД в резултат от взетите решения в рамките на провежданите оперативки.

Темпорално поддържат проектът да е започнал, да са се наложили изменения в него в резултат на открити на терен нови обстоятелства, изпълнителят да е започнал да работи по тези задачи и след това строителството се е спряло и проекта е бил преработен по реда на чл. 154 от ЗУТ.

Новият изпълнител на обекта е започнал работа по преработения проект, по който вече е имало изпълнени определени дейности. В този смисъл и преработеният проект съдържа работи, вече изпълнени от ищеца-въззиваемото преди спиране на строителството.

Експертите са обосновавали този си извод в допълнително дадените пояснения в о.с.з. с това, че са съпоставяли всички видове заповед в заповедната книга, протоколите за и срещу, и са установили, че това което е посочено в протоколите от проектанта по новия проект вече е било изпълнено от „Аадванс 2002“ЕООД. Така реално изпълнението е изпреварило в някои части проекта.

Сочат да не е възможно в рамките на един и същ проект да се дублират количества СМР, но е възможно едни и същи дейности да са осъществявани и от двете фирми, доколкото такава е технологията на строителството – например изпитвания, дезинфекции. Относно някои дейности, вписани в протоколите и на двете фирми заявяват, че няма как да



се разбере защо и двете дружества са го писали. Поясняват, че при започване на работа от втория изпълнител на проекта не са описани точно заварените и изпълнени към момента на възобновяване на строителството СМР, вкл. в КСС на договора с това дружество не е посочено на каква база е изготвена.

Поясняват че липсата на акт образец 10 с подробно описване на изпълнените към момента на спирането СМР, както и липсата на акт 11, в който подробно да са е описано състоянието на строежа при възобновяване на строителството, не позволяват да се даде ясен и еднозначен отговор как са определени количествата СМР, които новият изпълнител е следвало да изпълни.

Подчертават изрично, че предвидените в КСС на „Чистота Иискър“ЕАД СМР не съответства на целия обем на СМР по преработения проект, като от тях можело да се заключи, че все едно строителство не е започвало.

Констатирали са относно някои видове СМР и дейности – напр. разрушаване, че не са предвидени съпътстващи дейности – извозване на материали, транспортни разходи, което сочи на извод, че такава дейност по разрушаване не е извършвана.

Затова правят извод в насока при установените дублиращи количества СМР, тези дейности са изпълнени от „Адванс 2002“ ЕООД.

Гореустановеното от фактическа страна предпоставя извод изпълнителят-въззиваем да е изпълнил точно и в срок задълженията си по договора от 26.07.2017 г. до спирането на строителните дейности на обекта на 27.08.2018 г., което е настъпило по обективни причини - отстраняване на пречки пред изпълнение на одобрения проект, поради негодност на първоначално изготвения проект по смисъла на чл.267, ал.2 ЗЗД.

Точното изпълнение се изразява в извършване на всички СМР до спирането на строителните дейност така, както са конкретизирани по вид и обем в обсъдените по-горе актове обр.19-1, обр.19-1', 19-2, 19-3 и 19-4. За тези СМР се установи безспорно и категорично да са извършени в изпълнение на първоначално одобрения проект и по допълнително възлагане от възложителя във връзка с него, с оглед установените в процеса на строителството разминавания между проекта и установеното на терен.

Точното изпълнение се изразява и в представяне от страна на изпълнителя на предложение за анализни цени на дължимите СМР по изменения инвестиционен проект, съобразени с тези, предложени в първоначалния такъв цени, съответно - предложени нови цени касателно дейностите, непредвидени в първоначалния договор.

По отношение на спорния правен въпрос относно това дали и коя от страните по договора е допуснала виновно неизпълнение на задълженията си по него, станало основание за прекратяването му, решаващият въззивен състав споделя изцяло и се присъединява към крайния извод на първоинстанционния съд прекратяването на договора да е настъпило обективно по реда на чл.118, ал.1, т.1 ЗОП.

Горният извод се налага с оглед безсъмнено установения по делото факт след сключване на обвързващия страните договор на осн.чл.112, ал.6 ЗОП да е настъпила необходимост не просто от извършване на допълнителни видове работи - в см. такива с обслужващо значение, а за промяна на съществени параметри на договора, касаещи неговото съдържание, включваща инвестиционния проект и техническите спецификации. Такова изменение се приема от константната съдебна практика, на която се е позовавал и първоинстанционния съд, като изменение на параметрите на поръчката и по арг. от чл.116, ал.5, т.3 ЗОП /в относимата му към сключването на процесния договор редакция ДВ бр.86/01.03.2019 г./ се смята съществено в случаите, в които засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка.

Анализът на доказателствата налага извод за осъществяване на посочената хипотеза, предвид че изменението на инвестиционния проект по реда на чл.154 ЗУТ, наложено поради обективни причини - налични на терена на извършваните СМР несъответствия между първоначалния проект и действителната обстановка, е довело до изменение на параметрите на поръчката касателно вида и обема на дължимите СМР, както и тяхната стойност. В случая според приложените от изпълнителя по договора анализни цени на дължимите по изменения проект СМР се установява прогнозната цена да надхвърля ограничението на

чл.116, ал.2 ЗОП - увеличение до 50% от стойността на основния договор, поради което еднозначно налагащия се извод е, че биха се изменили съществени параметри на поръчката в хода на процедурата по ЗОП, което е недопустимо.

Затова и правилно волеизявлението на възложителя от 17.02.2020 г. е възприето от първоинстанционния съд като такова за прекратяване /в смисъл - отказване/ от договора по реда на чл.118, ал.1, т.1 ЗОП, в каквато насока следва да се тълкува и изявлението на изпълнителя от 25.02.2020 г.

Поради обективна невъзможност за изменение на договора за СМР и с оглед желанието на страните да прекратят обвързаността си по него се налага извод, че договорът е бил прекратен при хипотезата на чл.22, ал.2, т.1 от същия - по взаимно съгласие на страните.

С оглед изложеното и т.к. действието на прекратяването е за напред, на изпълнителя се дължи възнаграждение за извършеното от него в изпълнение на договора до прекратяването му.

В последователната си практика по приложението на чл.266 ЗЗД и чл.268 ЗЗД /напр. Определение № 642/11.07.2016 г. по т.д. № 3592/2015 г. на I т.о., ВКС/ касационната инстанция приема, че и двете норми уреждат правото на изпълнителя по договора за изработка да получи възнаграждение за извършената работа. Чл.266 ЗЗД урежда хипотезата на завършено изпълнение на възложената работа, а чл. 268 ЗЗД хипотезата, при която работата не е завършена изцяло, тъй като възложителят се е отказал от договора в хода на неговото изпълнение поради основателна причина.

Разликата в двете хипотези е в правните последици за страните, като в първата за изпълнителя възниква право на уговореното възнаграждение за възложената работа, а във втората - при отказ от договора, каквато е настоящата, той има право на направените от него разходи, на възнаграждение за извършената работа и на печалбата, която би получил от изпълнението на работата.

Възприема се независимо от тези разлики в правата на изпълнителя, общото и в двата случая е, че за него се поражда вземане за възнаграждение за изработеното, независимо дали е завършил изпълнението изцяло или само частично, като не се касае за различни материални права, а за разлика в размера на дължимото възнаграждение.

Отнесено към настоящия казус даденото разрешение, което изцяло се споделя от решаващия състав, предполага на ищеца-въззиваем да се дължи възнаграждение, изразяващо се в съотношението между договорената стойност, отнасяща се за уговорената от страните степен на завършеност, и стойността на частично изградения обект.

Последната се установи безсъмнено от заключенията на обсъдените съдебно-технически експертизи и както вече се посочи, включва сбора от дължимото се по протоколите 19-1' /115 355,07 лв./, протокол 19-2 /94 220,02 лв./, протокол 19-3 /320 578,29 лв./ и протокол 19-4 /7 409,30 лв.

Ето защо и предявеният частичен иск до размер на 50 000 лв. се явява основателен и доказан по размер, вкл. при съобразяване нормата на чл.3.2 от обвързващи страните договор /авансовата вноска е била удържана при първата издадена фактура от 19.12.2019 г. при първото междинно плащане/.

Несъстоятелно е оплакването във въззивната жалба неподписаните от въззвника протоколи обр.19 да не са достатъчен аргумент за извод за приемане на работата от страна на възложителя.

Съобразно трайно установената практика по приложението на чл.264 ЗЗД, релевантно за приемането на работата по см. на ал.1 на с.чл. е или онова изрично изявление на възложителя, придружаващо реалното предаване на готовия трудов резултат, че счита същия за напълно съобразен с договора, или онези конклюдентните действия, придружаващи фактическото получаване на изработеното, от които недвусмислено следва, че е налице мълчаливо изразено съгласие от последния за такова пълно одобрение /Решение № 157/08.11.2010 г., по т. д. № 1135/2010 г., II т.о., ВКС, Решение № 186/30.10.2013 г. по т. д. № 820/2012 г., II т.о., ВКС, Решение № 231/13.07.2011 г., по т. д. № 1056/2009 г., II т. о., ВКС, Решение № 23/04.08.2014 г. по т. д. № 1938/2013 г., I т. о. на ВКС и др./.

Обсъдените по делото доказателства в тяхната съвкупност, а не само четирите протокола обр.19, установяват в случая приемането на извършените от изпълнителя по договора СМР да е било проявено конклюдентно от възложителя - след приключване на работите, което е дало възможност на изпълнителя на изменения проект да продължи работата по приключването му. Използването на изработеното по предназначение от възложителя, съгласно константната съдебна практика /Решение № 250/11.01.2011 г. по т. д. № 535/10 г. на ВКС, II т. о., Решение № 48/31.03.2011 г. т. д. № 822/10 г. на ВКС, ТК, II т. о. и др./ представлява приемане с конклюдентни действия на резултата от изработката.

Отделно от горното след получаване на изготвените от изпълнителя актове обр.19 възложителят въззивник не е възразил изрично, че описаните в тях строителни работи не са извършени, като единствено е изискал допълнителна документация относно същите.

Както правилно е посочил първоинстанционния съд, тези актове не подлежат на регламентация от Наредба № 3/2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, свързани са с обичайните правила, наложени в строителството въз основа на предходно действащи нормативни актове /Наредба № 1/15.06.1983 г. за прилагане на образците за актове, предвидени в правилника за капиталово строителство, приета от Държавния комитет за планиране, БНБ и министерството на строителството и архитектурата, отм. с ДВ бр.3/12.01.1988 г./, по правната си природа са частни свидетелстващи такива, поради което и обективизираните в тях факти относно състоянието на строежа към момента на спиране на строителството следва да се установят в гражданския процес с всички допустими доказателствени средства.

В случая ищецът-въззиваем, чиято е доказателствената тежест да стори това, е установил в хода на производството при условието на пълно и главно доказване горепосочените релевантни за предмета на производството факти чрез ангажираните от него писмени и гласни доказателства, вкл. чрез заключенията на двете изслушани технически експертизи, поради което и твърденията, че СГС е основал крайните си изводи на документи, нямащи обвързваща съда доказателствена сила, са несъстоятелни.

Несъстоятелно е и оплакването за необоснованост на извода за отсъствие на предпоставки договорът да е бил развален едностранно от възложителя, поради неизпълнение на задълженията на изпълнителя да се яви и да подпише акт обр.11, доколкото, както вече се посочи, далеч преди отправяне на поканата за подписване на такъв протокол са настъпили основанията за прекратяване на облигационната връзка между страните по реда на чл.118, ал.1, т.1 ЗОП.

За пълнота само следва да се посочи, че към същия момент самия въззивник не оспорва да е бил в неизпълнение на собствените си задължения по договора по чл.3, т.2 да заплати в срок извършените от изпълнителя и приети за такива строителни дейности към момента на подписване на акт обр.10. Твърдения за изпълнение на това му задължение, вкл. към момента на приключване на устните състезания по делото пред настоящата инстанция, не са заявени, нито са ангажирани доказателства за това.

По изложените съображения предявеният осъдителен иск от изпълнителя по процесния договор за изработка за заплащане на точно изпълнените от негова страна задължения по договора за извършени строителни дейности към момента на спиране на строителството се явява основателен и доказан по размер.

Такъв се явява и предявеният иск за връщане на дадената от ищеца-въззивник гаранция за добро изпълнение по чл.31 от договора в размер на 59 729,83 лв.

Доколкото по делото не спорен фактът, че такава гаранция е получена от въззивника и същият я е усвоил, поради твърдяното от него виновно неизпълнение на задълженията по договора от страна на изпълнителя, в казуса се установи безсъмнено прекратяването на договора да е иницирано от възложителя, вкл. и не поради виновно неизпълнение от страна на изпълнителя, а поради наличието на хипотезата на чл.118, ал.1, т.1 ЗОП - т.е. поради обективни причини, касаещи необходимостта от съществено изменение на договора.

Недоказани в хода на производството и пред двете инстанции останаха твърденията на въззивника относно наличието на предпоставките за задържане на гаранцията, уговорени в чл.31, ал.6 от договора, а именно - виновно неизпълнение от страна на изпълнителя на

задълженията му по съглашението, изразяващи се в неиздаване на необходимите строителни документи и/или отказ да подпише своевременно издадени от други участници в строителството такива.

Въззивната инстанция приема ищецът-въззиваем да е провел успешно насрещно доказване на релевантите факти да е издавал по време на строителството всички необходими книжа /така заключението и на двете експертизи, втората от които не е оспорена от въззивника/, вкл. да е оказвал необходимото съдействие за съставянето на такива от други участници в строителството /строителния надзор/. Що се касае до твърдението, че същият е отказал да подпише своевременно актът за възобновяване на строителните дейности, по изложените по-горе съображения досежно прекратяване на договорната връзка между страните това възражение се явява неоснователно.

На отделно и самостоятелно основание липсват предпоставки за задържане на гаранцията и поради това, че след прекратяване на договора обектът е изпълнен, макар от друг строител, за него е издаден акт обр.16 за даване разрешение за ползването му, поради което и липсват каквито и да основание за задържане на гаранцията аз изпълнение на договора.

По отношение на акцесорните искове въззивната жалба не съдържа оплаквания за неправилност на първоинстанционното решение, поради което и само за пълнота следва да се посочи, че същите са уважени правилно по основание и определени по размер от първоинстанционния съд, към чийто мотиви в тази насока, поради пълното им споделяне от настоящата инстанция, решаващият състав препраща по реда на чл.272 ГПК.

По изложените съображения първоинстанционното решение следва да се потвърди изцяло в обжалваната му част.

Съобразно изхода от спора и по правилото на чл.78, ал.3 ГПК в тежест на въззивника следва да се поставят сторените от въззиваемата страна по делото разноски за платено адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител в размер на 6 000 лв., съобразно заявеното в о.с.з. искане в тази насока и ангажираните доказателствата към него за извършването /заплащането им.

Мотивиран от изложеното, Софийският апелативен съд, търговско отделение, пети състав,

## **РЕШИ:**

ПОТВЪРЖДАВА Решение № 731/05.06.2023 г., постановено по т.д. № 1483/2021 г. по описа на Софийски градски съд, ТО в частта му, с която Столична община, БУЛСТАТ 000696327 е осъдена да заплати на „Аванс 2002“ЕООД, ЕИК 126615172 на осн.чл.266, ал.1 ЗЗД по предявен като частичен иск сумата от 50 000 лева – част от стойността на СМР по договор от 26.07.2017 г., номер на СО СОА17-ДГ55-314/26.07.2017 г., както следва - по протокол, образец 19- 1'- 115 355,07 лева, по протокол 19-2 – 94220,02 лева, по протокол 19-3- 320 578,29 лева и по протокол 1904-7 409,30 лева, заедно със законната лихва върху сумата от 50 000 лева от 23.07.2021 г. до окончателното ѝ заплащане, по иск с правно основание чл. 86, ал.1 от ЗЗД - предявен като частичен – сумата от 5000 лева – част от общия дължим размер от 60 104,86 лева (дължима лихва върху вземанията по протокол 19-1, 19-02 и 19-3 за периода от 26.03.2020 г. до датата на предявяване на иска в размер на 59 437,95 лева и в размер на сумата от 666,91 лева – върху вземането по протокол 19-4 от 29.05.2020 г. до датата на предявяване на иска), както и по иск по чл. 79, ал.1 от ЗЗД сумата от 59 729,83 лева – подлежаща на връщане гаранция по чл. 31 от договор от 26.07.2017 г., номер на СО СОА17-ДГ55-314/26.07.2017 г., заедно със законната лихва върху тази сума за периода 23.07.2021 г. до окончателното ѝ заплащане, по иск по чл. чл. 86, ал.1 от ЗЗД сумата от 8329.00 лева - обезщетение за забава върху вземането за гаранция за периода 08.03.2020 – 22.07.2021 година, вкл. сторените по делото разноски.

ОСЪЖДА Столична община - БУЛСТАТ 000696327 да заплати на „Аванс 2002“ЕООД, ЕИК 126615172 сумата от 6 000 лв. разноски по делото пред въззивната инстанция за платено адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба в едномесечен срок от връчването му на страните при наличие на предпоставките по чл.280, ал.1 и ал.2 ГПК.

**Председател:** \_\_\_\_\_

**Членове:**

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_