

РЕШЕНИЕ

№ 21

гр. Бургас, 09.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – БУРГАС в публично заседание на двадесет и четвърти февруари през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Павел Ал. Ханджиев

Членове: Илияна Т. Балтова
Десислава Д. Щерева

при участието на секретаря Станка Ст. Ангелова
като разгледа докладваното от Десислава Д. Щерева Въззивно търговско
дело № 20212001000306 по описа за 2021 година

Производството по делото е образувано по въззивна жалба от „Т. х.“ ООД с ЕИК *****, представлявано от адв.К.К., срещу решение № 313/ 11.10.2021 г., постановено по т.д.№ 648/ 2019 г. по описа на Окръжен съд Бургас, с което дружеството е осъдено да заплати на „Т. БГ“ ЕАД с ЕИК ***** сумата от 29 727,22 лв. – неплатен остатък от цена по договор от 02.11.2015 год.; сумата от 2 576,34 лв. – обезщетение за забава за периода от 21.01.2019 год. до 01.12.2019 год., както и законната лихва от предявяване на исковата молба, без да се извърши съдебно прихващане с насрещно вземане на въззивника в размер на 112 219,32 лв., предявено с възражение за прихващане в хода на производството, и е отхвърлен насрещния иск на въззивника против „Т. БГ“ ЕАД за сумата от 112 219,32 лв. – неустойка по чл.58 ал.2 от договор за изпълнение на СМР от 02.11.2015 год., ведно със законната лихва от 22.01.2021 год. до окончателното ѝ изплащане.

Твърди се, че първоинстанционният съд е извършил неправилно тълкуване на разпоредбата на чл.58 ал.2 от договора за СМР и неоснователно е стеснил приложното ѝ поле. Заявява се, че неизпълнението на задължението за отстраняване на дефекти, поето с договора, попада в приложното поле на чл.58 ал.2 от същия като „всяко друго неизпълнение на задължение по

договора, дефинирано изрично или квалифицирано като такава“. Сочи се, че приложното поле на неустойката не се стеснява и от договореното в чл.69, а именно, че изпълнителят поема направените разноски за отстраняване на дефектите. Оспорва се извода на БОС, че не е установено надлежно уведомяване от възложителя на изпълнителя за ангажиране на гаранционната му отговорност по чл.68 от договора. Позовава се на електронните писма, които имат ефекта на уведомяване по чл.68, вр.чл.81 от договора. Заявява се, че освен електронните писма изпълнителят е получил и писмата от община Варна (възложител на обществената поръчка), обективиращи недостатъците в писмена форма. Въззивникът се позовава на показанията на св.Запрянов, от които става ясно, че като бивш директор на „Т. БГ“ ЕАД е получил писмата с предявените претенции за недостатъци, но е имал нареждане от ръководството да не предприема действия до уреждане на финансовите отношения между дружествата. Сочи се, че съвместен оглед не е бил извършен поради неотзоваването на „Т. БГ“ ЕАД и това е наложило отстраняване на недостатъците от „Т. х.“ ЕООД.

Моли се решението да бъде отменено в обжалваната част и да се постанови друго, с което да се присъди неустойка в размер на 112 219,32 лв., ведно със законната лихва върху нея от 22.01.2021 год., както и да се уважи възражението за прихващане на задълженията на „Т. х.“ ЕООД към „Т. БГ“ ЕАД в размер общо на 32 303,56 лв. с насрещно вземане на „Т. х.“ ЕООД към „Т. БГ“ ЕАД в размер на 112 219,32 лв.

В срока по чл.263 ГПК е получен отговор на въззивната жалба от „Т. БГ“ ЕАД, чрез юрк.А., в който се навеждат аргументи за нейната неоснователност. Сочи се, че разпоредбата на чл.58 ал.2 от договора за СМР не обхваща случаите на неизпълнение на задължението за явяване за съвместен оглед при констатиране дефекти и/или при отстраняването им. Въззиваемият поддържа, че при неизпълнение на задълженията, произтичащи от гаранционна отговорност, възложителят бива обезщетен чрез заплащане на разноските, сторени за поправка на дефектите. Този извод се налага не само поради систематическото място на процесната разпоредба, а и от обичая в строителните договори. Поддържа се, че в случаите, в които страните целят да установят неустойка при неизпълнение на задължението за отстраняване на дефекти, редакцията изрично включва позоваване на неизпълнение на договорните гаранционни задължения и стойността се обвързва със

стойността на дефекта и/или разходите за неговото отстраняване. Сочи се, че в процесния договор не е посочен срок, в който изпълнителят е длъжен да отстрани констатиран дефект и това отново произтича от обичая.

На второ място се заявява, че не е налице неизпълнение на гаранционно задължение на строителя. Поддържа се, че от събраните доказателства не се установява по безспорен начин на изпълнителя да е било изпратено известие за установени дефекти, то да е достигнало до него и изобщо да са налице скрити дефекти по смисъла на ЗУТ. Сочи се, че от въззивника не са били представени оригинали на имейлите, които третира като известия за дефекти. Твърди се, че не е била спазена установената в договора процедура за уведомяване. Дори и да се приеме, че имейлите представляват надлежно уведомление и отговорят на договорното изискване за писмена форма, те не отговарят на изискванията на ЗЕДЕУУ. В жалбата се сочи, че невъзможността да се установи дали се касае за скрит дефект се потвърждава и от заключението на СТЕ. Въззиваемият не е представил доказателства за наличието на дефекти, както и че ги е отстранил.

Заявява се, че дори и разпоредбата на чл.58 ал.2 от договора да е приложима в конкретния случай, неустойката не се дължи от длъжника, ако кредиторът, който претендира изплащането ѝ, е неизправна страна. Сочи се, че въпреки изпълнението на възложените в договора СМР качествено и в срок, въпреки въвеждането на обектите в експлоатация и признанието на тези факти от възложителя, последният не е изпълнил задължението си за плащане на фактура №2000003249/10.12.2015 год. в договорения по чл.8 срок и е налице тригодишна забава.

Поддържа се, че дори и разпоредбата за неустойка да е приложима, неясно е за какъв период на забава се претендира и защо. Датата на забавата – 25.04.2017 год. – е определена от насрещната страна в нарушение на договорните разпоредби. Според въззивника, след като твърдяното договорно неизпълнение е забава в срока за отстраняване на дефект, то забавата би била факт с изтичането на определения по реда на чл.68 от договора срок. Според него не е възможно този срок за съвпада със срока на твърдяното узнаване за съществуването на недостатъци. Поддържа се, че първоинстанционният съд е изградил правилни фактически констатации и е достигнал до законосъобразни правни изводи.

Бургаският апелативен съд, като взе предвид изложените в жалбата съображения, доводите на страните, събраните по делото доказателства и прилагайки закона, приема следното:

В исковата си молба, предявена пред Окръжен съд Бургас, ищецът „Т. – п. с.“ АД, като правоприемник на „Т. – Бургас“ ЕАД, е поддържал, че с ответника „Т. х.“ ЕООД са встъпили в договор от 02.11.2015 год. за изпълнение на допълнителни СМР на обект с обхват: Градска градина – площад „Н.“ – бул. „К. Б. І“ – ул. „Р.“ в гр. Варна, че ищецът е изпълнил в срок и с дължимото качество всички възложени му СМР, които са били надлежно приети и въведени в експлоатация, както и че е останал незаплатен остатък от дължимото му възнаграждение по фактура №2000003249/10.12.2015 год. в размер на 29 727,22 лв., който остатък възложителят му дължи, ведно с лихва за забава в размер на 2 576,34 лв., считано от 21.01.2019 год. до предявяването на иска.

В отговора си „Т. х.“ ЕООД не е оспорил възлагането на работите, тяхното изпълнение в количествено и качествено отношение, приемането им и въвеждането им в експлоатация, но е въвел възражение за неизпълнение на поетото задължение за тяхната гаранционна поддръжка, установено в чл.52 и 53 от договора, вр. с Наредба №2/31.07.2003 год. за въвеждане в експлоатация на строежите в РБ и минималните гаранционни срокове за изпълнение на СМР, съоръжения и строителни обекти. Заявил е, че след завършване на обекта и въвеждането му в експлоатация, при извършена проверка на 04.04.2017 год. община Варна е съставила протокол с констатирани забележки и е дала срок за отстраняването им, като изпълнителят е бил уведомен за това с писма изх. №129/20.04.2017 год. и 138/04.05.2017 год., изпратени на електронната поща на „Т. – Бургас“ ЕАД. Посочил е, че със следващи писма „Т. х.“ ЕООД отново бил уведомен от община Варна за проблеми в корпуса на фонтана, разместени кавър капаци, проблеми с гранитните плочи и др. Поддържал е, че въпреки поканите, изпълнителят не е отстранил дефектите в срок, поради което възложителят извършил поправка и ремонт за своя сметка, като главен изпълнител по проекта, от което претърпял вреди. Въз основа на тези фактически твърдения ответникът по иска е заявил, че в негова полза е възникнало вземане за неустойка по чл.58 ал.2 от договора, в размер на 0.5%

от цената на договора за всеки ден забава, начиная от изтичането на тридневния срок за поправяне на дефектите, спрямо датата на уведомлението (21.04.2017 год.) в максималния размер от 30% от цената на договора, или 112 219,32 лв. С отговора е въведено възражение за прихващане на вземането за неустойка с вземането на ищеца за остатъка от възнаграждението по договора за СМР, което се претендира с иска.

В срока за отговор е предявен насрещен иск за сумата от 112 219,32 лв., основаващ се на същите фактически и правни твърдения, въведени с отговора и възражението за прихващане.

С обжалваното решение първоначалния иск на „Т. БГ“ ЕАД (правоприемник на ищеца в хода на производството) е уважен изцяло, без да се зачете възражението за прихващане с насрещно вземане на ответника за неустойка по чл.58 ал.2 от договора в размер на 112,219,32 лв. и е отхвърлен насрещния иск за същото вземане. Първоинстанционният съд е приел, че гаранционната отговорност на изпълнителя по чл.68 от договора не попада в предметното поле на договорното неизпълнение, което се обезпечава, респ.обезщетява, с неустойката по чл.58 ал.2 от договора. За да достигне до този извод БОС е извършил граматическо и систематическо тълкуване на разпоредбата на чл.58 ал.2 и е счел, че обезщетяването на възложителя на неизпълнение на задълженията на изпълнителя по гаранционната отговорност на последния е уредено в чл.69 от договора, а именно, изпълнителят поема разноските, направени от възложителя за отстраняване на дефектите. Отделно е посочил, че по делото не е доказано надлежно уведомяване на изпълнителя за ангажиране на гаранционната му отговорност по реда на чл.68 от договора.

Пред настоящата инстанция не се спори по основателността на първоначалния иск. Решението се обжалва в осъдителната му част единствено поради обстоятелството, че възражението за прихващане е счетено за неоснователно – за това, че не е установено насрещно парично вземане за неустойка. Не се спори също, че с договора е установено задължение за отстраняване на дефекти от изпълнителя в гаранционните срокове, за началния момент на гаранционния срок, който тече от въвеждане на обекта в експлоатация (29.12.2015 год.), както и за продължителността му – 5 години за дефектните СМР, конкретизирани в допълнителната насрещна искова молба на стр.138 от делото – облицовка на фонтан и изработка, доставка и

монтаж на кавър капац (отг.на въпрос Б.3 към съдебно-техническата експертиза).

Гаранционната отговорност включва задължението за определен период от време да бъде гарантирано наличието на установени качества и свойства на вещта, през който период изпълнителят/строителят носи материална отговорност за недостатъци и повреди, при условие, че са били спазени изискванията за правилното ѝ съхраняване и надлежната ѝ употреба. За разлика от отговорността по чл.265 от ЗЗД, при която изпълнителят отговаря за явни и скрити недостатъци, които са съществували към момента на приемане на работата, при гаранционната отговорност изпълнителят/строителят отговаря и за тези недостатъци, които са се проявили в течение на използването на изработеното в гаранционния срок, с оглед поетото с гаранцията задължение изработеното да съхрани посочените в гаранционното споразумение качества и свойства в гаранционния срок. При гаранционната отговорност строителят поема задължение за осигуряване на нормалното функциониране и използване на завършените строителни обекти от една страна, и задължение за отстраняване на скритите дефекти (недостатъци) за негова сметка, от друга страна. При осъществяване на елементите на фактическия състав на гаранционната отговорност строителят/изпълнителят е длъжен да възстанови нормалното функциониране и ползване на обекта, респ.да поправи недостатъка, освен ако докаже, че са налице основания за освобождаване от гаранционна отговорност. При неизпълнение на задължението за отстраняване на дефекти до изтичането на гаранционния срок за възложителя възниква правото да претендира обезщетение – така решение №60113/11.11.2021 год. по т.д.№1321/20 год. II т.о. ВКС, решение №114/16.09.2013 год. по т.д.№1075/2011 год. II т.о. ВКС, ТР №88/28.02.1084 год. на ОСГК ВС.

От правна страна между страните се спори дали при неизпълнение на поето задължение за отстраняване на дефекти в гаранционните срокове за изпълнителя/строителя възниква задължение за заплащане на неустойка по чл.58 ал.2 от договора – за забавено изпълнение на „всяко друго задължение по договора“. След като страните влагат различно правно значение на договорните клаузи, последните трябва да бъдат тълкувани от съда по критериите, заложи в чл.20 от ЗЗД.

Систематическото място на чл.58 ал.2 от договора е в глава VIII „Отговорност при неизпълнение“, докато задължението за гаранция и процедурата за отстраняване на дефекти, проявили се в гаранционните срокове, са уредени в отделни глави – VII „Гаранция за изпълнение на договора“ и X „Отстраняване на дефекти в гаранционните срокове“. В чл.68 страните са уговорили процедурата, в която се установяват дефектите, а в чл.69 – възможността възложителят да отстрани дефекта сам или чрез друг, за сметка на изпълнителя. Разходите за отстраняване на недостатъците в гаранционния срок, сторени от възложителя по реда на чл.69 от договора, представляват за него вреди от неизпълнението на поетото с договора гаранционно задължение от изпълнителя/строителя, които следва да бъдат поети от последния на осн.чл.79 ал.1 от ЗЗД (в същия смисъл е и цитираното по-горе решение №60113/11.11.2021 год. по т.д.№1321/20 год. II т.о. ВКС). Няма основание да се приеме, че поради уговорката в чл.69 от договора възложителят не може да претендира и неустойката по чл.58 ал.2. Разпоредбата на чл.92 от ЗЗД е диспозитивна, ето защо страните в едно облигационно отношение са свободни да регламентират отговорността за неизпълнение по най-различен начин, като правната доктрина различава няколко вида неустойки според възможността освен неустойката да се претендира и обезщетение за вреди: алтернативна, кумулативна, изключителна и евентуална – така решение №68/09.07.2012 год. по т.д. №450/2011 год. I т.о. ВКС. Кумулативната неустойка се дължи заедно с обезщетението за вреди и в този случай неустойката изпълнява и наказателна функция (освен присъщите ѝ обезщетителна и обезпечителна). Както се установява от съдържанието на чл.58 ал.1 и ал.2 от договора, от изпълнителя е поето задължение за заплащане на неустойка за забава при неизпълнение на основния предмет на договора – договорените СМР (ал.1), но и на всяко друго срочно задължение (ал.2). След като гаранционната отговорност е поета с договора и за изпълнителя възниква задължение при изпълнен фактически състав по чл.68 да отстрани дефектите в определен срок, няма пречка при негово бездействие възложителят да претендира и неустойка по чл.58 ал.2, заедно с обезщетението за вреди по чл.69, при което неустойката придобива характера на кумулативна. В случая, макар и да твърди, че е отстранил сам дефектите поради бездействието на изпълнителя, възложителят претендира само неустойката за забава по чл.58 ал.2, без обезщетение по чл.69 от

договора, но това е негова възможност съгласно диспозитивното начало в гражданския процес.

От изпълнителя се възразява, че не е уведомен за установени дефекти по надлежния ред, както и че въобще са налице скрити дефекти по смисъла на ЗУТ. Оспорва се, че към двата имейла, на които се позовава „Т. х.“ ЕООД (от 21.04.2017 год. и 04.05.2017 год.) са прикачени писма с изх.№ . №129/20.04.2017 год. и 138/04.05.2017 год., оспорва се получаването на констативен протокол №5/04.04.2017 год. и писма от община Варна, с твърдение, че касаят друго облигационно отношение, както и се оспорва участието на представител на изпълнителя при съставянето на горния протокол.

Осъществяването на елементите от фактическия състав на гаранционната отговорност следва да се докажат от възложителя. При липса на спор за поето задължение по договора и при въведени от насрещната страна твърдения за отрицателни факти, възложителят следва да докаже, че в срока по чл.52 от договора са установени дефекти на изпълнените СМР, възложени в договора (отлепване на облицовката на фонтана, разместване на кавър-капаци и счупване на павета около тях), че недостатъците са в резултат на некачествено изпълнение, проектиране или некачествени материали, че изпълнителят е уведомен за скритите недостатъци и е поискано тяхното отстраняване в рамките на гаранционния срок.

От представените доказателства е видно и не се спори, че с процесния договор са възложени допълнителни СМР към друг договор – от 26.11.2013 год., сключен между община Варна и обединение „З.-т.“ – дружество по ЗЗД със съдружници четири юридически лица, едно от които „Т. х.“ ЕООД. Видно е също, че процесните допълнителни СМР първоначално са били възложени от община Варна на ЗДДЗ „З. т.“ с договор от 05.10.2015 год. и впоследствие са превъзложени на „Т. Бургас“ ЕАД, с предметен обхват съгласно приложение №1 към процесния договор – в общо 5 позиции. Няма спор между страните, че между тях са се развивали и други облигационни отношения, освен процесното. От община Варна са били съставени два констативни протокола №5/04.04.2017 год. и №6/27.04.2017 год., на които се позовава възложителя за доказване на дефектите и които са изследвани от СТЕ. От заключението се установява, че от забележките в първия

констативен протокол само тези по позиция №3 са предмет на настоящия договор – кавър капациите са разместени и има счупени павеа около тях, а втория протокол е напълно неотнотим. Изследвани са също уведомителни писма от община Варна до изпълнителите на проекта, като само това от 03.07.2017 год. касае процесния договор – със същото ДЗЗД „З. т.“ е уведомено, че корпуса на фонтана на пл.“Н.“ се разпада и се отделят вертикални плочки от вътрешния ринг. Според заключението, СМР по облицовка на фонтана са били възложени на „Т. Бургас“ ЕАД по позиция 1.2 от приложение №1 към процесния договор. Или, от заключението се налага извод, че действително в гаранционния срок са се проявили дефекти в изработеното, като възможните причини са: неправилно заснети отвори на шахтите, несъответствие между проектни размери и изпълнение, неправилен монтаж на кавър капациите, а за фонтана – неспазване на технологията по подготвителните дейности, които са били възложени също на „Т. Б.“ ЕАД по позиция 1.1. в приложение №1, неправилно полагане на долните пластове и въобще некачествено изпълнение – отговор на въпрос Б.5. В съдебно заседание вещото лице е направила уточнение, че е възможно разместване на капациите от преминаващи превозни средства, но като цяло от отговорите е видно, че причините за проявяване на дефекти стоят изцяло в поведението на изпълнителя. За да възникне обаче за него задължение да отстрани недостатъците, чл.68 от договора изисква да бъде уведомен за дефектите писмено, да бъде поканен за оглед, при който недостатъците да се установят и да му бъде определен срок за това действие. Преди всичко следва да се посочи, че дори и изпълнителят „Т. Бургас“ ЕАД да е бил адресат на кореспонденция от община Варна, дори и последната да му е изпратила констативен протокол №5/04.04.2017 год., това не замества дължимото поведение на възложителя по процесния договор по чл.68 от същия. Той може да постави „Т. х.“ ЕООД в забава само в случай, че сам го уведоми за дефектите, покани го за оглед на конкретна дата и му определи срок за отстраняването им. В нито едно от двете писма, за които се твърди, че са били изпратени на ел.поща на „Т. Бургас“ ЕАД, възложителят на работата не е посочил конкретно проявилите се дефекти, не е определил дата за оглед и не е дал срок за отстраняване. Отделно от това, по делото не е доказано, че действително писмата са прикачено съдържание към двата имейла с дати 21.04.2017 год. и 04.05.2017 год., разпечатани на хартиен носител и

представени с отговора на исковата молба. Макар и да е била назначена съдебно-техническа експертиза със задача да установи кои са прикачените файлове към двата имейла, отговор на този въпрос не може да бъде даден, тъй като информация не може да бъде извлечена, нито от сървъра, нито от компютъра на служителя, който е почистен и предаден на друг потребител. При липса на електронен документ по чл.184 ал.1 от ГПК неговия оспорен препис не може да се възприеме за достоверен и не може да се приеме за доказано твърдението, че от възложителя успешно е реализирана процедурата по чл.68 от договора. Свидетелските показания не дават никаква конкретика за сложилите се отношения по повод дефектите, а и чрез тях не може да се преодолее липсата на изрично писмено уведомление, каквото се изисква с договора. Изпълнителят не е поставен в забава и не дължи неустойка по чл.58 ал.2 от договора. Изводите на първоинстанционния съд в горния смисъл са в съответствие със закона и доказателствата по делото и изцяло се споделят от въззивната инстанция. При липса на насрещно парично вземане, възражението за прихващане е неоснователно. Лишен от основание е и насрещния иск за вземането за неустойка в размер на 112 219,32 лв.

Като краен резултат обжалваното решение следва да бъде потвърдено, макар и при по-различни мотиви.

Водим от изложеното Бургаският апелативен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 313/11.10.2021г., постановено по т.д. № 648/ 2019 г. по описа на Окръжен съд – Бургас.

Решението подлежи на касационно обжалване в едномесечен срок от връчване на препис от него на страните, пред Върховен касационен съд.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____