

РЕШЕНИЕ

№ 523

гр. София, 18.07.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 9-ТИ ТЪРГОВСКИ, в публично заседание на тридесети март през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Светла Станимирова

Членове: Рени Ковачка
Васил Василев

при участието на секретаря Павлина Ив. Христова
като разгледа докладваното от Рени Ковачка Въззивно търговско дело № 20211001001100 по описа за 2021 година

за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е образувано по въззивна жалба ,подадена от „ Национална компания Индустриални зони „ ЕАД срещу Решение № 261132/15.07.2021год. , постановено по т. № 1317/2018год. по описа на СГС, **в частта му** ,в която „ Национална компания Индустриални зони „ ЕАД е осъдено да заплати на „ Монолитстрой- Ч., Б. „ ООД сумата в размер на 327 742.25 лева , представляваща дължимо възнаграждение по т.2.5.3 по договор № Д-07/10.02.2016год. , сключен между страните,ведно със законната лихва върху присъдената сума от датата на предявяване на исковата молба-25.06.2018год.до окончателното изплащане ,**в частта му**, с която е осъдено да заплати на „ Монолитстрой – Ч., Б.“ ООД на основание чл. 92 , ал.1 от ЗЗД сумата от 32 446.48 лева,представляваща дължима неустойка по т.8.2 от договора за периода от 16.03.2018год. до 22.06.2018год., **в частта му**,с която е признато за установено по иска предявен от „ Монолитстрой-Ч., Б. „ ООД срещу „ Национална компания Индустриални зони“ ЕАД , че не съществува основание по т.5.2 от Договора № Д-07/10.02.2016год. ,сключен между страните „Национална компания Индустриални зони“ ЕАД да усвои предоставената от „ Монолитстрой-Ч., Б. „ ООД банкова гаранция ,както и **в частта му**, с която е отхвърлено предявеното от „ Национална компания Индустриални зони“ ЕАД срещу „ Монолитстрой-Ч., Б.“ ООД възражение за прихващане с вземане за 50 000 лева за некачествено изпълнение СМР на обект, съгласно КСС към договора за обществена поръчка № Д-07/10.02.2016год., а именно /тънък изкоп за отнемане на почвен слой, насип вертикална планировка, доставка и полагане на тротоарни плочи, доставка и монтаж на бордюри , обратна засипка земни почви, уплътняване на земната основа за плътно легло до достигане на необходимата плътност , доставка , насип, разстилане и валиране на несортиран трошен камък, доставка и монтаж на набъбваща бент. лента и мазана хидроизолация на бетонни повърхности и за сумата от 289 000лева за изцяло неизпълнени СМР и недоставени технологично оборудване на обекта,както следва : 60 000лева за недоставена и монтирана ограда от стоманени колове и пана телена мрежа,неизпълнен единичен изкоп за фундаментни оградни колони, неизпълнен бетон за единични фундаменти В 20 за монтаж колове ограда, неизпълнено по проекта

озеленяване на обекта, неизпълнени технологична връзка към второ блоково съоръжение и път и 229 000 лева за недоставено технологично оборудване и неизвършени СМР по част Конструктивна на блоково съоръжение, необходими за достигане на пълния капацитет на ПСОВ за 23204 е.ж.и е осъдено да заплати на „Монолитстрой- Ч., Б.“ ООД разноски по делото в размер на 31 319.22 лева.

В жалбата се поддържа ,че в обжалваните части решението е неправилно поради допуснати от съда съществени нарушения на материалния и процесуален закон и поради необоснованост. Твърди се ,че първоинстанционният съд не е подложил поотделно и на съвкупна преценка доказателствения материал по делото,тълкувал е разпоредбите на договора тенденциозно в полза на защитната теза на ищеца,без да ги съпоставя една с друга и без да държи сметка за действителния им смисъл,че не е обсъдил обективно всички констатации на вещите лица в приетите заключения и дадените от тях уточнения в съдебните заседания по приемане на заключенията ,както и не е изложил собствени мотиви по направени от ответника доводи и възражения, което е довело до неверни фактически констатации и оттук- до погрешни и необосновани правни изводи по съществува на спора.

По така изложените общи оплаквания и конкретно изложени такива по отношение на всеки един от исквете , по които се е произнесъл първоинстанционният съд, е направено искане за отмяна на решението, в обжалваните му части и за постановяване на ново ,с което предявените против „Национална компания Индустриални зони „ЕАД искове да бъдат отхвърлени, ведно с произтичащите от това последици.

Писмен отговор по чл.263, ал.1 от ГПК е подаден от „Монолитстрой -Ч., Б.“ ООД, в който са изложени съображения за неоснователност на въззивната жалба и е направено искане за отхвърлянето ѝ. Поддържано е ,че решението на първоинстанционният съд е постановено след задълбочен анализ на събраните по делото доказателства и обективно обсъждане на изложените доводи и възражения.Твърди се ,че първоинстанционният съд не е допуснал сочените в жалбата процесуални нарушения и че решението е постановено при правилно тълкуване постигнатите между страните договорености и съобразно материалния закон. При отхвърляне на жалбата се претендират разноски за въззивното производство.

Третите лица помагачи не са подали писмен отговор.

В съдебно заседание страните поддържат становищата си и претендират разноски.

Изпълнителният директор на третото лице-помагач- „Икар Консулт“ АД заявява ,че поддържа становището, изразено по делото от предходния изпълнителен директор.

Нови доказателства във въззивното производство не са събирани.

Въззивната жалба е подадена в срока по чл. 259, ал. 1 от ГПК, изхожда от надлежна страна и е насочена срещу подлежащ на обжалване валиден и допустим съдебен акт, поради следва да бъде извършена преценка за правилността му въз основана наведените във въззивната жалба оплаквания. Във връзка с горното съдът съобрази следното :

Пред СГС са предявен иск от „Монолитстрой- Ч. , Б.“ ООД против Национална компания „Индустриални зони“ ЕАД по чл.266, ал.2 от ЗЗД за заплащане на сума в размер на 327 742.25 лева ,представляваща дължимо ,но незаплатено от ответника възнаграждение за извършени от ищеца СМР съгласно т.2.5.3 на сключен между страните Договор за обществена поръчка № Д-07/10.02.2016год.,по който договор ответникът има качеството „възложител“, а ищецът- „изпълнител“. Ищецът е твърдял, че по така сключения договор му е било възложено проектиране и строителство /инженеринг/ на пречиствателна станция за отпадъчни води / ПСОВ/ за Икономическа зона -Божурище с капацитет за 1 152 е.ж., че възложената работа и изпълнил качеството и в срок ,че същата е била приета без възражения от възложителя, въпреки което последният не му бил заплатил уговореното в т.2.5.3 възнаграждение , възлизащо на 237 742.25 лева, поради което е претендират нейното присъждане, ведно със законната лихва, считано от датата на предявяване на иска до окончателното ѝ изплащане.

Искът по чл.266, ал.2 от ЗЗД е съединен с иск по чл.92 от ЗЗД за присъждане на неустойка за забавено плащане на уговореното между страните възнаграждение в размер на 32 446.48 лева за периода от 16.03.2018год. до 22.06.2018год. Ищецът е твърдял, че съгласно клаузите на договора след приемане на работата, обективизирано в съставен и подписан от двете страни акт Образец 15 и изготвяне на фактура за сумата на възнаграждението възложителят е следвало да му заплати в 10 дневен срок от получаване на фактурата. Твърдял е ,че е изготвил и предоставил фактурата на

възложителя на 01.03.2018год. ,който не заплатил възнаграждението в уговорения десет дневен срок и считано от 16.03.2018год. бил изпаднал в просрочие .Така, съгласно т.8.2 от договора, дължал неустойка за 99 дни просрочие до 22.06.2018год. по 0.1% или такава в размер на 32 446.48лева.

При условията на евентуалност -в случай че искът по чл.266, ал.1 от ЗЗД бъде отхвърлен, ищецът е претендирал присъждане на сумата от 327 742.25лева като част от обща сума в размер на 436 991.50лева , дължима се като възнаграждение за престирания от него резултат, а именно изграждането на ПСОВ в изпълнение на договора за изработка. Твърдял е ,че е изпълнил в цялост задълженията по договора , че цялата стойност на възнаграждението за изработеното възлиза на сума в размерна 436 991.50 лева, част от която е предмет на евентуалната претенция. Претендирало е присъждане и на мораторна лихва от поканата за плащане - 01.03.2018год. до датата на предявяване на иска в размер на 10 378.51 лева ,както и законна лихва върху главницата , считано от датата на предявяване на иска до окончателното ѝ изплащане.

При условията на евентуалност и в случая , че бъде прието ,че договорът между страните е развален /прекратен ищецът е предявил претенция за присъждане на сумата от 327 742.25 лева ,като част от сума в размер на 436 991.50лева на основание чл.59 от ЗЗД, ведно със законната лихва върху главницата ,считано от датата на предявяване на иска до окончателното изплащане. Ищецът е твърдял , че при изграждане на ПСОВ е вложил труд и материални и оборудване ,които не са му заплатени от ответника и с което последният се е обогатил за негова сметка. Посочил , е че стойността на извършените СМР и монтирано оборудване общо възлиза на 1 092 477.58лева, от тази стойност му била заплатена сума в размер на 655 486.08лева ,като остатъкът от 436 991.50 лева останал неразплатен . С тази сума ответникът се бил обогатил без основание ,поради което ищецът е претендирал присъждане на част от нея- 327 742.25лева на основания чл.59 от ЗЗД.

Предвид предприети от възложителя действия по усвояване на гаранцията по договора и твърдейки ,че не са налице основания за това , ищецът е предявил и иск по чл.124 от ГПК за признаване за установено , че Национална компания „ Индустриални зони „ ЕАД няма право на обезщетение за вреди от неизпълнение на Договор, респ. за НКИЗ не е възникнало основание и право по т.5.2 от договора да усвои предоставената от ищеца банкова гаранция.

Ответникът не е оспорил описаната от ищеца фактическа обстановка във връзка с проведената открита процедура по ЗОП за възлагане на обществена поръчка с посочения предмет ,участието на ищеца в нея ,избора му за изпълнител съгласно представената оферта ,както и сключването на Договор № Д-07/10.02.2016год. Оспорил е обаче обема и параметрите на възложената като е твърдял ,че поръчката е за изграждане и въвеждане в експлоатация на ПСОВ /пречиствателна станция за отпадни води/ с капацитет от 2300 еквивалент жители / е.ж./ като е изложил аргументите си за това. Поддържал е ,че между страните липсват подписани допълнителни споразумения, анекси и други документи, с които да е изменено съдържанието, обхвата и /или обема на възложената работа и че дори да се приеме , че работата е възложена да бъде извършена на два етапа, то и вторият етап е включен в предмета на договора. С оглед сочения от ответника обем на възложената работа се твърди , че тя не е извършена от изпълнителя , поради което е липсвало основание за приемане на работата и съответно за заплащане на уговореното в т.2.5.3 възнаграждение. Липсвала и другата предпоставка за заплащане на уговореното в договора възнаграждение, а именно изпълнение на поетите от изпълнителя в т. 7.3 и т.7.4 задължения. Работата не била приета от възложителя по вина на изпълнителя поради което и на основание т.2.2.4 и т.2.2.6 от договора не му се дължало плащане. Такова не се дължало и поради развалянето на договора по вина и при условията ,предвидени в него. Като акцесорен на неоснователния главния иск по чл.266, ал.1 от ЗЗД се явявал неоснователен и иска по чл.86, ал.1 от ЗЗД.

Ответникът е оспорил като неоснователни и двата частични иска, предявени при условията на евентуалност. По отношение иска по чл.59 от ЗЗД е поддържал, че ищцовото дружество не е престирало дължимото по договора за обществена поръчка проектиране , изграждане и въвеждане в експлоатация на ПСОВ с капацитет 2300 е.ж. и съответно ответникът не се е обогатил неоснователно с търсения от него резултат. Дори и да се приемело ,че ищецът е престирал частично изпълнение в рамките на действащия към онзи момент договор чрез извършване на СМР, влагане на материали и оборудване за ПСОВ, то същите му били изплатени изцяло от възложителя и за ищеца не било налице обедняване от това , което действително е изпълнил.

С твърдения са наличие на всички предпоставки по сключения между страните договор за

усвояване на банковата гаранция за изпълнение ответникът оспорва основателността на предявения от ищеца отрицателно установителен иск с правно основание чл.124 от ГПК.В случая на уважаване на някой от предявените от ищеца искове ответникът е направил възражение за прихващане със сума в размер на 327 742.45лева заявена като обезщетение за вреди, произтичащо от неизпълнението в пълен обем, с необходимото качество и в срок на разваления договор за обществена поръчка.

В депозирана допълнителна искова молба са изложени допълнителни аргументи в подкрепа твърдения обем на възложената с процесния договор работа. Оспорени са твърденията на ответника за евентуално настъпило изменение на договора във връзка с обема на възложената работа като е заявена позиция, че изначално предметът на обществената поръчка е ПСОВ с капацитет 1 125 е.ж. Изложени са твърдения за това ,че работата е приета без възражения ,поради което и съгласно чл. 264, ал.3 от ЗЗД , възраженията за некачествено изпълнение на възложената работа, направени едва с писмения отговор, са преклудирани. Отделно от това са изложени доводи за тяхната несъстоятелност.

В допълнителен писмен отговор отново са изложени доводи във връзка с предмета на обществената поръчка и изпълнението от страна на ищеца на възложената му работа ,поддържайки липса на основание за извършване на претендираното плащане.

По искане на ответната страна и на основание чл.219, ал.1 от ГПК като трети лица помагачи са конституирани „ Икар Консулт“ АД, „Л. П. Л. и С.Д. С..

С молба вх.№ 46964 са конкретизирани претенциите, предмет на направеното от ответника възражение за прихващане по размер . В нея ответникът е посочил ,че претендира от ищеца общо сума в размер на 50 000лева за некачествено изпълнени СМР на обекта и 289 000лева за изцяло неизпълнени СМР и недоставено технологично оборудване на обекта . Изрично в молбата ответникът е посочил, че претендираните суми за отстраняване на недостатъците на в извършеното до момента строителство и за постигането на необходимия капацитет на ПСОВ съгласно договора. С последваща молба вх.№ 68872 ответникът е конкретизирал претенциите си по пера.

Претенциите, предмет на възражението за прихващане, са приети за съвместно разглеждане с Определение №4181/02.08.2018год. и квалифицирани като такива с правно основание чл.79, ал.1 от ЗЗД и чл.86 от ЗЗД.

По предявените от ищеца искове по чл.266, ал.1 от ЗЗД, чл.92 от ЗЗД и чл.124 от ЗЗД сезирания съд се е произнесъл с обжалваното в настоящото производство решение и ги е уважил като основателни и доказани ,както и е отхвърлил като неоснователно и недоказано направеното от ответника възражение за прихващане.

Обжалваното решение е правилно. Постановено е при обективна , пълна и комплексна преценка на всички събрани по делото доказателства, като направените въз основа на тях правни изводи съответства на материалния закон. За уважаване на исковите претенции на ищеца първоинстанционния съд е изложил мотиви , които настоящият състав на въззивната инстанция напълно споделя и към които препраща на основание чл.272 от ГПК.

По иск с правно основание чл.266, ал.1 от ЗЗД ищецът следва да установи наличието на валидно сключен между него и ответника договор, който е породил желаните от страните по него правни последици, както и че самият той е изправна по него страна- че е изпълнил, или е готов да изпълни задълженията си по него. Тежестта да докаже фактите, на които основава своите правоотблъскващи, правоотлагащи или правопрекратавящи възражения лежи върху ответника.

Страните не са спорили по релевантния за предмета на спора факт, установен и от анализа на приобщените писмени доказателства, че на 10.02.2016год. след проведена процедура за обществена поръчка между "Национална копания Индустриални зони „ ЕАД /НКЗИ/ като възложител и „ Монолитстрой- Ч., Б.“ ООД като изпълнител е сключен договор № Д-07 с предмет „Проектиране и строителство /инженеринг/ на пречиствателна станция за отпадъчни води / ПСОВ/ за икономическа зона София –Божурище .

Няма спор и по отношение на това, че ищецът е получил от ответника във връзка с възложения проект сума в размер на 655 486.08лева.

Спорен по делото се очертава въпроса с обема и параметрите на възложената по процесния договор работа , отговорът на който е от съществено значение за останалите спорни моменти между страните, свързани с изпълнението и приемането на работата, прекратяването на договора и

наличието на основания за усвояване на гаранцията от страна на възложителя. В този контекст ищецът поддържа ,че с процесния договор му е възложено проектиране и строителство на пречиствателна станция за отпадни води /ПОСВ/ с капацитет 1 152 е.ж. , а ответника - обществената поръчка е за ПОСВ с капацитет 2300 е.ж.

По спорния въпрос по делото първоинстанционния съд е приел за доказано твърдението на ищцовото дружество, което се споделя и от настоящия въззивен състав.

Съгласно договор № Д-07/10.02.2016. год. „Национална компания Индустириални зони“ ЕАД в качеството ел е възложило на „ Монолитстрой-Ч., Б.“ ООД дейности по изпълнение на обществена поръчка с предмет : „ Проектиране и строителство / инженеринг/ на пречиствателна станция за отпадъчни води / ПСОВ/ за икономическа зона София-Божурище в ПИ 000237 на възложителя в землището на с.Гурмазово, общ.Божурище в съответствие с обема, параметрите , качеството и последователността, предвидени в договора, Техническите спецификации, Офертата на изпълнителя, Техническото предложение, Ценовата оферта, документацията за участие в процедурата и одобрените работни проекти в следния обхват : 1. Изготвяне на инвестиционни проекти във фаза „работен проект/ съгласно изискванията на Наредба №4 от 21.05.2001год.,2.Съгласуване на проектите с всички контролни органи, експлоатационни дружества и институции съгласно изискванията на нормативната база ,получаване на всички необходими становища и разрешения съгласно българското законодателство,3. Получаване на разрешение за строеж ,4.изпълнение на СТР за изграждане на пречиствателната станция за отпадъчни води / ПСОВ/ и съпътстващата инфраструктура,доставки и монтаж на машини и съоръжения , автоматизация, единични и комплексни изпитания ,замервания и предаване на обекта с констативен акт „ Образец 15“ и Протокол за 72-часова проба „Образец 17:; 5.Изготвяне на документация по време на строителството и ексекутивна документация ,6.Осъществяване на авторски надзор по ЗУТ , 7.Геодезическо на целия обект и нанасяне на сграда и инженерни проводи в кадастъра по чл.54 за кадастъра и получаване на Удостоверение от службата по геодезия, картография и кадастър ,че данните ,подлежащи на отразяване са нанесени в кадастралната карта и регистри и 8-Обучение на персонала на ПСОВ.

От така описания предмет на договора за обществена поръчка е видно ,че в него не е посочен капацитета на предвидената за проектиране и изграждане пречиствателна станция като по отношение нейния обем и параметри страните са препратили / чл. 1-1 от договора / към Техническите спецификации, Офертата на изпълнителя, техническото предложение , Ценовата оферта , документацията за участие в процедурата и одобрените работни проекти. С оглед на факта,че процесният договор е сключен след проведена процедура по обществена поръчка , отговорът на спорния въпрос следва да се търси и в документите , въз основа на които обществената поръчка е обявена.

На заседание на 12.12.2013год. на работна група ,назначена от Изпълнителния директор на „НКИЗ“ ЕАД за избор на вариант на „ идеен проект „ на модулна ЛПСОВ за 2300 е.ж. в УПИ IV-000273 в кв.13, местност „ Спорното „,с. Гурмазово, общ.Божурище са разгледани три варианта на инвестиционен проект, изработен от „ Уотър Енвайро Проджект“ ЕООД като е избран Вариант III.Така взетото решение е обективизирано в представен по делото протокол, към който са приложени и трите варианта на идеен проект, съдържащи и графична част. В цитирания протокол е обективизирано и решение за съгласуване и одобряване на идейния проект и възлагане на работно проектиране и строителство. Така с решение № ИК 0390/14.08.2015год. е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с възложител „ Национална компания индустриални зони“ ЕАД, в което решение описанието на обект на обществената поръчка е напълно идентично на посоченото в договора за обществена поръчка. В раздел II , 2-1, „ Количество или обем на поръчката „ на обявлението за обществената поръчка е посочено , че инвестиционните проекти във фаза „ работен проект“ следва да бъдат изготвени на база разработения Идеен проект –Вариант III, приложен към документацията за участие.

От тези данни следва категоричния за настоящия състав на въззивния съд извод, че предмет на процесната обществена поръчка е проектиране на ПВОС въз основа на одобрения с Протокол от 12.12.2013год. „Идеен проект“-вариант III, но с оглед липсата на посочен в него капацитет на пречиствателната станция съда извод, за това следва да се търси в заложените в проекта предвиждания. Данни за тях се съдържат в изготвената по делото повторна комплексна експертиза ,на която настоящият състав се позовава като обективна, пълна и компетентно дадена. Следва да се посочи , че експертизата кореспондира и с констатациите на първоначалната такава, също

изготвена и изслушана в първоинстанционното производство , в частта и за предвижданията в Идеен проект-Вариант III, както и с писмените доказателства по делото.

От констатациите на повторната комплексна съдебно-техническа експертиза се установява , че „ идеен проект“- вариант III е изработен в съответствие с нормативните изисквания и съдържа ситуационни чертежи към Част „ Технична „ , в които изрично е показано предвиждането за етапно застрояване. Разяснено е , че отразените с плътна линия части от проекта са предвидени за проектиране и изграждане в рамките на проекта, а отразените с пунктирна линия части- са ситуирани и предвидени за бъдещо проектиране и изграждане за следващ етап. Констатирано е от вещите лица , че етапното застрояване е отразено не само в част „ Технологична „ , към Идеен проект-Вариант III, но и в част „Вертикална планировка“, част „ Ел. инсталация площадка“, част“ Блокови съоръжения част основи“ и „Въздуховодки“. Разяснено е също така , че съгласно проектните изисквания и практики при проектиране на ПСОВ с възможности за етапност на изграждане предвидените за изграждане сгради, елементи и съоръжения се отразяват с плътни линии , а тези отбелязани с пунктир предвиждат бъдещо разширение и е предмет на бъдещи взаимоотношения на следващ етап. Посочено е , че в конкретния случай , че и в конкретния случай с идейния проект –вариант III, предвидените за проектиране и изграждане сгради и съоръжения са отразени с плътни линии, а тези за бъдещо застрояване-с пунктирни линии. С пунктирни линии са отразени съоръженията към втори блок на блоковото съоръжение и трета въздуховодка като изрично е отбелязано , че те са предвидени за „ изграждане на II-етап“. Посочено е също така , че заложеното в количествено-стойността сметка към идейния проект отговаря на изграждане само на едно блоково съоръжение / усреднител-изравнител, първичен утайтел/силос за утайки , двукамерен биофилтър-потопени аерирни биофилтри, вторичен утайтел с тритхерно дъно/с/с съответното оборудване , оразмерено на 50 % от проектното хидравлично натоварване или за 1152 е.ж

При така очертаното експертно мнение и наличните компетентности на вещите лица, участващи в състава на комплексната експертиза, се налага направения вече по-горе извод, а че предмет на обявената обществена поръчка , спечелена от ищцовото дружество , респ. на сключения между страните договор е именно проектиране и изграждане на ПВОС с капацитет за 1152 е.ж., включващ проектиране и изграждане на обекти и съоръжения и извършване на дейности, описани по-горе като съответстващи на капацитет на съоръженията / 50%/ - първи етап по идейния проект-вариант III. Косвено , този извод се потвърждава и от представеното по делото решение № НКИЗ-0401 от 01.11.2019 год., с което е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с възложител Национална компания Индустриални зони ЕАД с предмет : „ Инженеринг-проектиране , строителство и авторски надзор на ЛПСОВ за Икономическа зона „Божурище“ в кв.13А, обл. София, община Божурище, с.Гурмазово с посочен в нея капацитет на 2 304 е.ж. и прогнозна стойност на поръчката , с незначителна разлика в стойността спрямо прогнозната стойност на процесната обществена поръчка. Това е индичия за знание у възложителя за предвижданата в идейния проект -вариант III етапност в изграждането на ПСОВ и обективната необходимост към датата 01.11.2019 год. / с оглед реализирания първи етап от проектирането и изграждането на ПСОВ с капацитет 2 300 е.ж./ за осъществяване проектиране и изграждането на обектите и съоръженията до техния пълен капацитет / 100% натовареност/ или 2300 е.ж.

За да възникне задължението на поръчващия за заплащане на уговореното възнаграждение по чл.266 , ал.1 от ТЗ възложената работа следва да е изпълнена точно – в количествен и качествен аспект, да е предадена от изпълнителя и приета от възложителя без възражения за неправилно изпълнение.

Въз основа на правилна преценка на депозираните по делото доказателства, преценени в тяхната съвкупност и взаимовръзка първоинстанционният съд е приел, че изпълнителят е изпълнил възложената му с процесния договор работа и че същата е приета без възражения от възложителя. Настоящата инстанция споделя този извод, изхождайки от вече приетото по –горе във връзка с обема и параметрите на възложената работа. Този извод се потвърждава от констатациите цитираната вече комплексна съдебно техническа експертиза , преценени в съвкупност с представените по делото писмени и гласни доказателства .

По делото са представени приемо -предавателен протокол от 11.05.2016 год., установяващ както изготвянето , така и приемането от страна на възложителя на възложените по т.1.1 от процесния договор инвестиционни проекти във фаза „работен проект „В протокола липсват възражения за несъответствието им с изискванията на Наредба № 4/ 21.05.2001 год. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти , поради което така възложената работа следва да се

счита приета без възражения от възложителя.

По делото е представено Разрешение за строеж № 116/12.09.2016год. , издадено на основание чл.148 от ЗУТ, с което се счита за изпълнена и възложената в т.1.1.1. от договора работа. Доколкото разрешението на строеж се издава въз основа на одобрен и съгласуван работен проект по части : технологична, Архитектура, Конструктивна, ОВК, и Енергийна ефективност, ВиК-извънплощадков водопровод, Вик площадки , Вик мрежи, ВиК сградно, Електро, КИПиА и външно ел.захранване , временна организация на движението , площадкови пътища, Геодезия , паркоустройство, ПБЗ, Пожарна безопасност ,ПУСО и Програма за управление на утайките, което изрично е посочено в разрешението за строеж, то следва че е налице изпълнение и на възложената в т.1.1.2 работа- съгласуване на работните проекти с всички контролни органи, експлоатационни дружества и институции.

Спорен по делото се явява въпроса относно изпълнението и приемането на строително-монтажните работи за изграждане на пречиствателната станция за отпадъчни води /ПСОВ/,възложена съгласно т.1.1.4 от договора. Тази преценка следва да бъде извършвана във връзка с изложеното по-горе относно обема и параметрите на възложената работа , в частност с посоченото по-горе във връзка с предвидените за изграждане като първи етап сгради , елементи и съоръжения на пречиствателната станция. При отчитане на последното съдът възприема и се позовава на констатациите на повторната комплексна съдебно-техническа експертиза, които са в смисъл ,че строежът на ПСОВ е напълно завършен съгласно инвестиционния проект и с необходимото качество на вложените материали и оборудване. Тази констатация е направена въз основа на съставения и наличен по делото Акт обр.15 .

Целта на Акт 15 е да установи състоянието и готовността на строежа за въвеждането му в експлоатация.След завършване на строежа възложителят, проектантите по всички части, строителят и лицата, упражняващи строителен надзор, съставят акт, с който удостоверяват, че строежът е изпълнен съобразно одобрените инвестиционни проекти, заверената ексекутивна документация , нормативните изисквания към строежите и условията на сключения договор.С този акт се извършва предаването на строежа и строителната документация от строителя на възложителя, както и е основание за съставяне на окончателен доклад от лицето, упражняващо строителен надзор. В акта се съдържа описание на договорите за изпълнение на строителството, строителните книжа, ексекутивната документация и съставените актове и протоколи по време на строителството, документацията от строителното досие на обекта (актове, протоколи, дневници, декларации за експлоатационни показатели/декларации за характеристиките на строителния продукт на вложените строителни продукти и други документи, изискващи се по съответен нормативен акт), както и на тези за проведени изпитвания, измервания, доказващи правилността на изпълнението;данните от огледа на място и околното пространство (възстановено ли е във вида при откриване на строителната площадка), включително описание на строежа и на неизвършени, незавършени или недобре извършени работи, които до подаване на искането за издаване на разрешение за ползване/удостоверение за въвеждане в експлоатация следва да бъдат отстранени, за което се съставя констативен протокол;доказателства, че строежът е изпълнен съобразно одобрените инвестиционни проекти, заверената ексекутивна документация, изискванията по ЗУТ и условията на сключения между възложителя и строителя договор, въз основа на които съставителите установяват годността за приемане на строежа, частта или етапа от него.

В конкретния случай Акт обр.15 е съставен с дата 20.11.2017год.,подписан от всички участници в строителния процес , включително и от изпълнителния директор на дружеството-възложител. Подписът на последния е положен на 13.02.2018год.,към който момент следва да се счита ,че изграждането на ПСОВ с капацитет 1 125 е.ж. е завършено и строежът е предаден на възложителя. Този извод не се променя от обстоятелството ,че констативния протокол е подписан с особено мнение от възложителя. Видно от мотивите към особеното мнение то е свързано с липса, по преценка на възложителя , на изброени документи и актове, съпътстващи процеса на строителство и оборудването на пречиствателната станция ,но основано с поддържаната и в настоящото производство позиция на възложителя по отношение възложената като обем и параметри работа и свързаното с това неизпълнение. Съответствието на извършеното с възложеното по договора се установява както от актовете и протоколите ,съставени в процеса на строителството и изискуеми се съгласно наредба № 4/21.21.05.2001год. актове и протоколи ,приложени по делото ,както и от представените такива касателно монтажа и предаването на възложителя на монтираните в ПСОВ машини ,съоръжения и оборудване. Последното е

осъществено през периода от 12.06.2017год. -25.06.2017год. ,като всички протоколи са подписани от представител на възложителя и в тях не са отразени възражения във връзка с качеството на доставеното оборудване, процеса на монтирането му или неговото сертифициране. Напротив, качеството на доставките и монтажа на оборудването и съответствието на сертификатите и съпътстващите документи е констатирано и удостоверено и от представител на надзорната фирма – „ Икар Консулт“ АД. Със сключен между последното и ищеца Договор №Д-16/26.04.2016год. е възложено на „ Икар Консулт“ АД оценяване съответствието на инвестиционните проекти и осъществяване на строителен надзор при изграждане на ПСОВ.С подписване на всички строителни документи по делото от представител на дружеството-осъществяващо строителен надзор, следва да се приеме твърдяното от ищеца съответствие между възложената работа и извършената такава.

По делото са представени доказателства , от които може да се заключи ,че възложените СМР са завършени в значително по-ранен период от време, от тяхното приемане с цитирания акт образец 15 . Тяхното съществуване не може да бъде пренебрегнато, доколкото в тях се съдържат изявления от представители на възложителя, че СМР са извършени и че съответстват на възложеното ,тоест по отношение на тях липсват възражения за некачествено изпълнение. Такъв документ съставлява Акт образец 10 ,с който се установява състоянието на строежа при спиране на строителството. От същия е видно ,че на 28.06.2017год. строителството на процесната ПСОВ е спряно във връзка с липса на точка за заустване на ПСОВ и практическа невъзможност за провеждане на единични и 72 часови проби на съоръжението, които са неотменимо условие за въвеждане на строежа в експлоатация. В цитирания протокол са отразени изявления на представител на възложителя ,че към посочената дата няма извършени строителни и монтажни работи в отклонение от одобрения проект и че строежа е напълно завършен . Предстоящото провеждане на изпитания , с която цел е спряно строителството по проекта и посочената причина за това ,предполага напълно завършено строителство на ПСОВ и съответно доставено и монтирано оборудване, тъй като без изградена пречиствателна станция като сграда и монтирано в него оборудване ,такива проби не могат да бъдат извършени .

По договор, извършването на пробите е следвало да бъде удостоверено чрез съставяне на протокол-образец 17 и същите са предвидени като част от документите , установяващи предаването на обекта- т.1.-1-4 от договора. Такива протоколи са налични по делото и същите са подписани от представител на възложителя. От тях е видно ,че изпитанията на машините и съоръженията са проведени през м.октомври 2017год. и че при тяхното извършване не са констатирани признаци на повреда, нито недостатъци на машините и съоръженията.

При този анализ на представените по делото протоколи и актове във връзка със строителството, на база съответстващите на тях констатациите в повторната комплексна експертиза и данните в Удостоверение изх.№ СТ-1704-00-840/11.03.2021год. на ДНСК се следва обосновавания извод , направени от първоинстанционния съд ,че възложената по процесния договор работа и извършена от изпълнителя и приета от възложителя без възражения, поради което и съгласно чл. 266, ал.1 от ЗЗД на изпълнителя се дължи цялото уговорено възнаграждение. Няма спор по делото ,че остатъчното незаплатено възнаграждение по процесния договор възлиза на претендираната от ищеца сума, поради което иска се явява основателен и доказан и следва да бъде уважен в пълния му предявен размер.

С оглед наведените от ответното дружество доводи във връзка с приемането на извършената от изпълнителя работа и доколкото оплаквания в тази връзка се съдържат и във въззивната жалба , настоящият въззивен състав сита за нужно отново да отбележи, че доказателствата по делото обосновават извод ,че извършената по процесния договор работа следва да се счита за приета без възражения ,както и че последващите такива относно нейното качество и обем се явяват ирелевантни за спора .

В разпоредбата на чл.264, ал.2 от ЗЗД е предвидено ,че при приемане на работата възложителя трябва да прегледа работата и да направи всички възражения за неправилно изпълнение, освен ако се касае за такива недостатъци, които не могат да се открият при обикновения начин на приемане или се появят по-късно. За такива недостатъци поръчващият трябва да извести изпълнителя веднага след откриването им. Това не е необходимо, ако изпълнителят е знаел недостатъците.

В случая с оглед мотивите на особеното мнение на възложителя , изготвени към акт обр.15 и предвид установения предмет на обществената поръчка, респ. на сключения между страните

договор като обем и параметри ,съдът приема че възложителят не е направил възражения за неправилно изпълнение на възложената по договора,поради което работа съгласно ал.3 на чл.264 ЗЗД, се счита приета. Пропускът на възложителя да направи своевременно възражения за недостатъци преклудира и възможността му да реализира отговорността на изпълнителя за недостатъци по реда на чл.265 от ЗЗД.С оглед на това правилно първоинстанционния съд е отхвърлил и направеното от ответника възражение за прихващане. Макар и да е квалифицирал насрещните претенции на ответника по чл.79, ал.1 от ЗЗД ,същите намират своето правно основание в нормата на чл. 265, ал.1 от ЗЗД. Изрично в уточнителната си молба вх.№46964 от 05.04.2019год. ответникът е пояснил че претендираните от ищеца суми съставляват суми ,необходими за отстраняване на недостатъците в извършеното до момента строителство ,в който смисъл е и поставената задача на техническата експертиза. Именно с оглед определяне необходимите суми за отстраняване на недостатъците в строителството са посочени и конкретизирани в молба вх.№ 68872 и некачествено изпълнените и изцяло неизпълнени по твърдения на ответника СМР. Неправилната правна квалификация на претенциите, предмет на възражението за прихващане в случая не е довело до недопустимост на постановения съдебен акт доколкото първоинстанционния съд се е произнесъл по релевантни на иска по чл. 265, ал.1 от ЗЗД факти. Искът е неоснователен с оглед липсата на своевременно направени възражения за неточно изпълнение на извършената работа , поради което отхвърляйки направеното възражение за прихващане, макар и по други съображения, първоинстанционния съд е постановил правилно като краен резултат решение ,което следва да бъде потвърдено .

Като изправна страна по договора , при констатираната забава в заплащане на остатъчната част от уговореното възнаграждение и на основание т.8.2 от процесния договор възложителя дължи на изпълнителя неустойка в размер на 0.1% за всеки ден просрочие ,но не повече от 10% от общата стойност на забавените плащания , установена в т.2.1 от договора. С оглед на това претенцията на ищеца по чл.92, ал.2 от ЗЗД се явява основателна и доказана в претендирания размер. За основателността на претенцията първоинстанционния съд е изложил мотиви, които настоящата инстанция напълно споделя и към които препраща на основание чл.272 от ЗЗД.

Неоснователни са оплакванията във въззивната жалба във връзка уважения от първоинстанционния съд иск по чл. 124 от ГПК. Ищецът е претендирал да бъде установено,че по отношение на ответника не съществува право да иска плащане в размер на 49 756.89 лева по банкова гаранция № MS 16-00018/08.04.2016год.

Спорният въпрос по делото е породено ли е изискуемо вземане за ответника по издадената банкова гаранция, като отрицателния отговор е предпоставен от липсата на правопораждащите факти за вземането. С процесната банкова гаранция е обезпечено изпълнението по сключения между страните по делото договор за обществена поръчка .Не е спорно, че гаранцията е валидно издадена, както и че в срока ѝ на действие бенефициерът –ответник в настоящото производство е предявил искане за плащане по нея, но не се установява наличието на условията за плащане по гаранцията- изпълнителят по договора за обществена поръчка да е не е изпълнил частично, изцяло или в срок, задълженията си по договора към момента на предявеното искане за плащане . Доводи за това са изложени по-горе при разглеждане на иска по чл.266, ал.1 от ЗЗД. Към тях следва да бъдат приобщени и доводите на първоинстанционния съд за основателност на отрицателно установителен иск ,които настоящата съдебна инстанция напълно споделя и не счита за нужно да преповтаря.

Предвид гореизложеното обжалваното решение следва да бъде потвърдено като правилно и законосъобразно .

С оглед изхода от спора и на основание чл.78, ал.1 от ГПК, въззивникът следва да бъде осъден да заплати на въззиваемата страна направените разноски във въззивното производство, които се доказват в размер на 11880 лева. Възражение по чл. 78,ал.5 от ГПК не е направено от противната страна .

Мотивиран от горното , Апелативен съд-София, ТО, 9-ти съста

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА Решение № 261132/15.07.2021год., постановено по т.д.№ 1317/2018год.

по описа на СГС, ТО, VI-81 състав.

ОСЪЖДА Национална Компания Индустриални зони „ЕАС с ЕИК 121706255 с адрес : гр.София, ул.“ Ангел Кънчев „№ 1 да заплати на „ Монолитстрой- Ч., Б.“ ООД с ЕИК 101055748 с адрес: гр.Благоевград, ул.“ Покровнишко шосе“ № 15 сумата от 11 890 лева , представляваща направени разноски за въззивната инстанция.

РЕШЕНИЕТО е постановено при участие на „ Икар Консулт“ АД, Л. П. Л. и С.Д. С. като трети лица –помагачи .

Решението подлежи на обжалване пред Върховния касационен съд при условията на чл. 280 ГПК в 1-месечен срок от връчването му на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____