

РЕШЕНИЕ

№ 391

гр. Варна, 22.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ВАРНА, II СЪСТАВ, в публично заседание на осми ноември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Ванухи Б. Аракелян

Членове: Анета Н. Братанова
Магдалена Кр. Недева

при участието на секретаря Десислава Ив. Шинева Чипева
като разгледа докладваното от Магдалена Кр. Недева Въззивно търговско
дело № 20223001000408 по описа за 2022 година

за да се произнесе, взе пред вид следното :

Производството по делото е по реда на чл.258 ГПК.

Образувано е по подадена въззивна жалба от Община Търговище, Булстат 000875920, със седалище: гр. Търговище, пл. Свобода, представлявана от кмета на общината Д.Д. против решение № 25/01.06.2022г. на Търговищкия окръжен съд, постановено по т.д. № 62/21г. в частта, в която общината е осъдена да заплати на "ТЕХНОСТРОЙ - Г" ЕООД, ЕИК 127622102, със седалище и адрес на управление: област Шумен, община Смядово, град Смядово, ул. Хан Омуртаг № 5, управлявано и представлявано от управителя Генчо Вичев Генчев сумата от **107 438.78 лева с ДДС**, представляваща стойността на допълнително извършени непредвидени СМР на обект „Основен ремонт и обновяване на спортна сграда с идентификатор 73626.506.574.1 в УПИ VII, кв. 123, ул. Христо Ботев“ № 123, гр. Търговище, дължими съгласно Договор № Д-01-203 от 02.10.2017 г., ведно със законната лихва върху сумата, считано от 22.06.2021 година до окончателно изплащане на задължението, на основание чл. 266 от ЗЗД, във връзка с чл.79, ал.1 от ЗЗД, както и сумата от **4 924.28 лева**, представляваща обезщетение за забавено плащане за периода от 08.01.2021 година до 21.06.2021 година, на основание

чл. 86 от ЗЗД, ведно с направените по делото разноси в размер на **8 955.10 лева** съобразно уважената част на исковете и след прилагане на служебна компенсация на същите. Според Общината решението в обжалваната част е неправилно и необосновано, постановено в нарушение на материалния закон и процесуалните правила, при непълнота и превратно тълкуване на събраните доказателства. Правните изводи на съда са неправилни и в противоречие с доказателствата по делото. Съдът неправилно е приел, че претендираните допълнително извършени СМР са били необходими за правилното изпълнение на проекта и приемането на обекта. Изложени са подробни съображения за това. Искането за решението в обжалваната част да бъде отменено и вместо него – постановено друго, по съществото на спора, с което исканата претенция да бъде отхвърлена изцяло като неоснователна.

Въззиваемата страна счита жалбата за неоснователна и моли съда да я остави без уважение, като потвърди решението в обжалваната му част като правилно и законосъобразно.

Съдът, за да се произнесе по съществото на въззива в предметни предели, очертани с жалбата, прие за установено следното :

Предявени са в условията на обективно кумулативно съединяване искове с правно основание чл.79 ал.1 ЗЗД вр.чл.266 ЗЗД и чл.86 ЗЗД.

Ищецът "ТЕХНОСТРОЙ - Г" ЕООД, ЕИК 127622102, със седалище и адрес на управление: област Шумен, община Смядово, град Смядово, ул. Хан Омуртаг № 5, управлявано и представлявано от управителя Генчо Вичев Генчев претендира от ответника Община Търговище заплащане на сумата от 107 438,78 лв. с включен ДДС, представляваща възнаграждение за извършени допълнителни и необходими дейности по сключен между страните Договор за извършване на строително монтажни работи No Д -01-203 от 02.10.2017 г. за СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на спортна сграда с идентификатор 73626.506.574.1 в УПИ VII, кв. 123, ул. Х.Б.“ No 12, гр. Търговище“, ведно със законната лихва от датата на предявяване на иска до изплащане на задължението, както и за заплащане на сумата от 27 068.61 лв., представляваща обезщетение по чл. 86 от ЗЗД за периода от датата на забавата от 28.12.2018 г. - до датата на предявяване на исканата молба - 21.06.2021 г.

От събраните по делото доказателства безспорно се установява от

фактическа страна, че между страните по спора е възникнало валидно облигационно отношение въз основа на сключения между тях в резултат на проведена процедура по открита обществена поръчка Договор за извършване на строително-монтажни работи No Д -01-203 от 02.10.2017 г. на обект: „Основен ремонт и обновяване на спортна сграда с идентификатор 73626.506.574.1 в УПИ VII, кв. 123, ул. Х.Б.“ No 12, гр. Търговище“, съгласно който ищецът се е задължил да изпълни срещу определено в договора възнаграждение обществената поръчка съгласно одобрен инвестиционен проект и в съответствие с техническите спецификации на възложителя и офертата на изпълнителя – неразделна част от договора. Общата цена на изпълнение на поръчката е 677 468,34 лв. без ДДС. /812 962лв с ДДС/. Договорена е и стойност на непредвидени разходи в размер на 1,5 %, възлизаща на 10 011,85лв. Строително-ремонтните дейности, предмет на договора, са изпълнени, обектът е приет за годен и въведен в експлоатация от Държавна приемателна комисия.

Безспорно е още, че на 10.10.2017г. ответникът е извършил авансово плащане на стойност 240 284.34 лв., на 19.12.2017г. –междинно плащане на стойност 175 148.30 лв., на 26.09.2018 г. плащане в размер на 229 322.40 лв. и окончателно плащане на 18.12.2018 г. на стойност 168 206.93 лв. общо 812 962лв. с ДДС. Договорът е прекратен поради изпълнение на задълженията на двете договарящи страни, което обстоятелство се удостоверява и от подадената информация за изпълнен договор за обществена поръчка на 16.01.2019г. до Агенцията по обществени поръчки, където като дата на приключване е посочена 18.12.2018г.

Процесните допълнителни СМР не са разплатени, като спорът между страните се свежда именно до това дали те са извършени в изпълнение на договора от 02.10.2017г., което би предпоставило възможността тяхната стойност да бъде претендирана по реда и при условията, предвидени в същия договор.

Ищецът твърди, че всички допълнително извършени дейности са продиктувани от възникнали след сключването на договора обективни обстоятелства, независещи от волята на страните по него, които не са могли да бъдат предвидени при сключването му и без които проектът не е можел да бъде изпълнен съобразно действащите строителни правила и норми. За

възникналата необходимост от тяхното извършване са били уведомени всички участници в строителния процес – възложител, строителен надзор и проектанти, като същите са разпоредили тяхното изпълнение. На ищеца е било обещано да се сключи допълнително споразумение за тяхното заплащане, но за да не се спира изпълнението на строителните дейности му е било разпоредено тяхното изпълнение и същите са приети с протокол от 17.12.2018г. – КС – л.53 -75. Вярно е, че Количествената сметка от 17.12.2018г. е подписана от Иван Грозев, като представител на възложителя, но в нея изрично е отразено, че тя трябва да послужи пред Строителния надзор за проверка на количествата преди изготвянето на окончателен Акт обр.19. В последствие възложителят отказал подписването на споразумение и заплащането им, като се е позовал на законовата забрана за изменение на договора за обществена поръчка, несподеляйки тезата на изпълнителя, че е налице хипотезата на чл.116 ал.1 т.1 от ЗОП вр.чл.26 от договора. Възложителят и строителният надзор отказали да подпишат и изготвения от страна на изпълнителя Акт обр.19, сочещ освен изпълнените количества, тяхната единична цена и обща стойност.

За всеки вид строителна дейност, предмет на настоящата искова претенция, строителят е изготвил „Подробна ведомост“, съгласувана с инвеститорския контрол на обекта, в която е уточнено количеството свършена работа. За уточняване на стойността на всеки вид работа е изготвен „Строителен анализ“, в който се вижда, че стойността е определена със същите параметри, с които е определена и стойността на разплатените СМР. Количествата на претендираните и неразплатени допълнителни работи в.лице по приетата повторна СТЕ е проверило чрез контролни измервания, проведени при огледа на обекта на място. От заключението още е видно, че макар и процесните допълнителни СМР да не са били заложили в Количествената сметка, оферирана преди започване на обекта и в заменителната таблица при окончателното разплащане и повечето от тях да не са разпоредени в Заповедната книга на обекта, без тяхното изпълнение обектът не е можел да бъде въведен в експлоатация. Според заключението пък на СТЕ с в.лице инж.Д.Г. всички видове СМР и дейности, предизвикани от технологични изисквания, с изключение на демонтажните работи, са изпълнени и съобразени със съответните заповеди в Заповедната книга на обекта.

Основното възражение на ответника се свежда до това, че още при участието си в процедурата по обществената поръчка изпълнителят се е съгласил предложената цена да бъде валидна за целия срок на договора и да не подлежи на изменения, освен в случаите, предвидени в ЗОП. Към документацията за участие в обществената поръчка е приложил ценово предложение, в т.3 на което е записано, че цената за изпълнение е окончателна и не подлежи на увеличение, освен в предвидените случаи. Изготвил е и Количествено-стойностна сметка към ценовото предложение, в която са заложени всички видове строително-ремонтни дейности, които е следвало да бъдат извършени за сумата, посочена в договора плюс 1,5 % непредвидени разходи. Ищецът е бил запознат с одобрения инвестиционен проект, поради което е бил в състояние да калкулира в цената всички необходими разходи във връзка с изпълнението на предмета на поръчката. Освен тези възражения, във въззивната жалба се поддържа и оплакването, че част от дейностите, описани в исковата молба, са неизвършени и недоказани, липсват съставени документи, които да удостоверят тяхното извършване както в количествено, така и в качествено отношение. Не са съставяни Актове за допълнително извършвани работи съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, които съответно да бъдат описани в Констативния акт № 15 за установяване годността за приемане на строежа и окончателния доклад на строителния надзор съгласно чл.168 ал.6 т.2 от ЗУТ, не са подписвани протоколи за извършването им – бивш Акт обр.19, които са основание за плащане. Дадените предписания от проектантите поради констатирани несъответствия или други отклонения от необходимите СМР, макар и отразени в Заповедната книга за обекта, не са били подписани от възложителя, не са одобрявани от него и следователно са извън предмета на обществената поръчка и предмета на договора. Съставеният Акт № 19 за допълнителни СМР, както и фактурата, издадена въз основа на него, не са подписани от възложителя. Представената Количествена сметка за натурални видове и количества СМР е подписана от представител на общината с уточнение да послужи пред строителния надзор за проверка на количествата преди изготвянето на окончателен акт. Приетите по делото СТЕ не доказаха извършването на претендираните допълнителни дейности нито. Неправилно съдът е приел за приложими към процесните отношения разпоредбите на ЗЗД. В случая ЗОП е приложимият закон като

специален по отношение на общия закон ЗЗД. Липсва хипотеза на ЗОП за изменение на обществената поръчка. Ответникът е заплатил на ищеца договорената в чл.3 ал.1 от договора цена, ведно с непредвидените разходи. В крайна сметка липсва договорно основание за заплащане на претендираните допълнителни СМР.

Съдът, след съвкупна преценка на събраните по делото доказателства и становищата на страните прие за установено следното от правна страна :

Обществената поръчка, предмет на процесния Договор за извършване на строително монтажни работи No Д -01-203 от 02.10.2017 г. за СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на спортна сграда с идентификатор 73626.506.574.1 в УПИ VII, кв. 123, ул. Х.Б.“ No 12, гр. Търговище“, е изпълнена и изцяло заплатена от възложителя. Претендираните допълнителни СМР не са включени в предмета на договора нито при подписването му, нито в последствие са възложени писмено от Община Търговище. Според ищеца налице е обещание от страна на възложителя да се сключи допълнително споразумение към договора, с което да се уредят финансовите отношения между страните по повод извършването на тези допълнителни дейности.

Съгласно трайно установената съдебна практика изменението на договор, сключен по реда на ЗОП, не може да нарушава параметрите на обществената поръчка - условията при които е открита, проведена и обявена за приключила с одобряването на кандидата за изпълнението ѝ. Изменението в съществени параметри на поръчката в хода на процедурата по ЗОП е недопустимо, а промяната им след сключването на договора, може да бъде разглеждано като заобикаляне на този закон. В хода на изпълнението на договора обаче може да се установи необходимостта от извършване на допълнителни видове работи с оглед качество, срокове и пр., без които обществената поръчка не би могла да бъде изпълнена във вида, в който е договорена и обектът не би могъл да бъде въведен в експлоатация без тях, но в този случай не би се касаело за изменение на постигнатото съгласие, а за дейности с обслужващо предмета на обществената поръчка предназначение. Настоящият състав изцяло споделя тази практика. Вярна е тезата на въззивника, че сключването на договора за обществена поръчка, като гражданскоправен етап на процедурата по възлагане на обществената поръчка, не може да бъде разглеждан отделно от предхождащите го

административни актове, представляващи предпоставка за сключването му, а именно решението за откриване на процедурата за възлагане на обществената поръчка и решението за определяне на изпълнителя. Съдържанието на договора се определя преди всичко от вече извършените волеизявления на страните по време на процедурата по възлагане, а документацията за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка / включваща при строителство инвестиционния проект и техническите спецификации/ е задължително приложение към решението за откриване на процедурата. Поради това изменението не само на сключения договор, но и изменението на инвестиционния проект, за чието изпълнение е сключен договорът, също съставлява изменение на параметрите на поръчката и когато е извършено по инициатива на страните, без да е наложено от обективни пречки за изпълнението на проекта, следва да се разглежда като недопустимо заобикаляне на Закона за обществените поръчки.

В процесния случай липсва постигнато между страните по договора съгласие за допълнително извършване на претендираните СМР. В свое писмо изх.№ 2/06.01.2021г. до Кмета на Община Търговище – л.20, ищецът твърди, че изпълнените от него допълнителни СМР се дължат на непредвидени обстоятелства, които, при полагане на дължимата грижа от страните, е нямало как да бъдат предвидени, както и на неточности на проекто-сметната документация и вследствие на промени в хода на строителството, сторени по инициатива на възложителя. Характерното за всички тези допълнителни дейности е, че същите са били съществено необходими за изпълнение, тъй като без тях обектът не е можел да бъде въведен в експлоатация. Всички тези дейности са извършени със знанието и без противопоставянето от страна на общината. Те са изпълнени и с необходимото качество, видно от приемането на обекта и въвеждането му в експлоатация при липсата на гаранционни претенции спрямо изпълненото.

Самото извършване на процесните СМР, в претендираните видове и количества, съдът приема за установено по делото с приетите две заключения на СТЕ и целия писмен доказателствен материал. Експертните заключения следва да бъдат кредитирани, доколкото съответстват на останалите доказателства по делото и не съдържат противоречия и неясноти. СТЕ с в.лице Сотир Сотиров е изготвена след извършен оглед и контролни измервания на строителния обект в присъствието на ищеца. Първата СТЕ е

изготвена след посещения за обекта за установяване изпълнението на претендираните СМР и анализ на цялата налична строителна документация. Допълнителните СМР са отразени и в Количествената сметка – л.75, подписана от представител на възложителя, макар и със забележката, че количествата подлежат на уточняване. Включени са и в Констативния акт за установяване годността на строежа от 14.12.2018г., подписан от общината. Всички те, без демонтажните работи, са били предписани от проектантите и фигурират в Заповедната книга за обекта, съгласно заключението на повторната СТЕ. Всички те са били необходими за изпълнение на предмета на обществената поръчка, съгласно заключенията на двете в.лица по приетите СТЕ, и без тях обектът не е можел да бъде въведен в експлоатация. Остойностени са по цени, еднакви с тези на разплатените СМР. И най-вече не касаят изменение на инвестиционния проект, поради което не въвеждат изменение на предмета на обществената поръчка, осъществено не по предвидения за това в закона ред, а имат обслужващ поръчката характер и могат да бъдат заплатени на претендираното договорно основание. По изложените съображения според настоящия състав, процесните СМР попадат в хипотезата, в която, съгласно практиката на ВКС, на изпълнителя не може да бъде отречена възможността да получи заплащане на допълнително извършените от него дейности, тъй като същите не съставляват изменение на одобрения проект и възложената му с обществената поръчка работа не би могла да бъде изпълнена без тях в съответствие с действащите строителни правила и норми. В тази връзка, според касационната инстанция, следва да бъде взета предвид разпоредбата на чл.260 ал.1 от ЗЗД, съгласно която изпълнителят е длъжен да предупреди веднага другата страна, ако даденият му проект е неподходящ за правилното изпълнение на работата и да иска извършване на нужните промени в проекта, а ако другата страна не стори това, изпълнителят може да се откаже от договора. Макар тази разпоредба да урежда специфична хипотеза, при която още преди сключването на договора за изработка предварително изготвеният технически проект съдържа такива недостатъци, при които правилно изпълнение на възложените СМР би било невъзможно, в случая тя би могла да намери субсидиарно приложение, доколкото е съвместима с целите и принципите на специалния закон. Предвид ограничената свобода на договаряне на страните в сферата на обществените поръчки, по реда на чл.260 от ЗЗД са допустими само корекции на проекта,

необходими за правилното му изпълнение, но не и такива корекции, които биха съставлявали промени на съществените параметри на обществената поръчка. Претендираните СМР, видно от заключенията на двете СТЕ, не съставляват такива съществени промени на обществената поръчка, нито изменение на инвестиционния проект.

Освен това съдът съобразява и факта, че за обекта е издадено разрешение за ползване, от което следва извода, че извършената от строителя работа е приета от възложителя без забележки.

По изложените съображения исковата претенция се явява основателна и следва да бъде уважена, ведно със законната лихва върху главницата, считано от 08.01.2021г. – датата, на която ответната община е получила поканата на ищеца за заплащане на процесните СМР.

Като е достигнал до идентични фактически констатации и правни изводи, първоинстанционният съд е постановил законосъобразен съдебен акт, който следва да бъде потвърден.

С оглед изхода на спора пред настоящата инстанция на въззиваемото дружество се присъждат направените от него разноски в размер на 9 050лв – адв.възнаграждение, съобразно релевираното искане и представения към него договор за правна помощ. Възражението за прекомерност на адв.възнаграждение е неоснователно, тъй като се претендира минималния размер по чл.7 ал.2 от Наредба № 1/2004г. за МПРАВ.

Водим от горното, съдът

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 25/01.06.2022г. на Търговищкия окръжен съд, постановено по т.д. № 62/21г. в обжалваната му част.

В необжалваната част решението е влязло в сила.

ОСЪЖДА Община Търговище да заплати на "ТЕХНОСТРОЙ - Г" ЕООД, ЕИК 127622102, със седалище и адрес на управление: област Шумен, община Смядово, град Смядово, ул. Хан Омуртаг № 5, управлявано и представлявано от управителя Генчо Вичев Генчев сумата от 9 050лв – разноски за водене на делото в настоящата инстанция.

Решението може да се обжалва пред ВКС на РБ в едномесечен срок от

съобщаването му по реда на чл.280 ал.1 ГПК.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____