

РЕШЕНИЕ

№ 17

гр. София, 11.01.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

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

Председател: Иво Димитров

Членове: Величка Борилова
Зорница Гладилова

при участието на секретаря Мария Ив. Крайнова
като разгледа докладваното от Величка Борилова Въззивно търговско дело
№ 20211001001005 по описа за 2021 година

взе предвид следното:

Въззивното производство по реда на чл.258 и сл. ГПК е образувано по съвместна въззивна жалба, подадена от «Ню Проджектс Консулт»ЕООД, ЕИК 202054931 и И. Г. Р., действаща като ЕТ»Ира – И. Г.», ЕИК 204014519, чрез адв.К.П. от САК насочена против отхвърлителните части на Решение № 261078/07.07.2021 г., постановено по т.д. № 1888/2020 г. по описа на СГС, ТО, с които : 1/ е отхвърлен предявеният от «Ню Проджектс Консулт»ЕООД против «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД иск с правно основание чл.79, ал.1 ЗЗД за осъждане на ответника да заплати на ищеца сумата от 352,54 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г. и 2/ е отхвърлен предявеният от И. Г. Р., действаща като ЕТ»Ира – И. Г.», ЕИК 204014519 против «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД иск с правно основание чл.79, ал.1 ЗЗД за осъждане на ответника да заплати на ищеца сумата от 34 901,14 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г.

В останалата му уважителна част първоинстанционното решение не е обжалвано, влязло е в сила и не е предмет на въззивна проверка.

Във въззивната жалба се правят оплаквания, които могат да се квалифицират като такива за постановяване на първоинстанционния съдебен акт в обжалваните му части при съществено нарушение на съдопроизводствените правила, изразяващи се в едностранчива и превратна преценка на приобщените по делото доказателства, довела до неточно установяване на релевантните факти, а от там и до неправилно приложение на материалния закон.

Поддържа се, че първоинстанционният съд неправилно е приел за надлежно

волеизявлението на ответника-въззиваем за прихващане, отправено спрямо ищеца-въззивник на дължимото от него възнаграждение срещу вземането му в размер на гаранцията по договора за добро изпълнение.

В случая дължимата се по договора за обществена поръчка гаранция в размер на 3% от стойността на договора с ДДС била предоставена под формата на застрахователна полица - № 15001910000681/21590012 за застраховка, сключена със ЗК“Лев инс“АД, в която УМБАЛСМ „Н.И.Пирогов“ЕАД е посочено като трето ползващо се по застраховката лице. Затова и по отношение на гаранцията въззиваемата страна имала вземане единствено от ЗК“Лев инс“АД, но не и изискуемо и ликвидно вземане спрямо въззивника, което да прихваща.

Отделно от изложеното се поддържа, че първоинстанционният съд не се е произнесъл по възражението на въззивниците, че договора с № 0/7-01-268/31.10.2019 г. бил прекратен, без наличието на предпоставките по чл.9, ал.10 от същия.

Твърди се в тази връзка, че не било съобразено отправеното от насрещната страна предизвестие, от което не ставало ясно в какво се изразяват неизпълненията на ищеца-въззивник по договора. Отделно от изложеното – за всички твърдени несъответствия – забавено или неточно изпълнение на подадените заявки, въззиваемият-ответник упражнил правото си по чл.7, ал.5 от договора и начислявал неустойка, която е заплащана или прихващана с дължимото възнаграждение на „Ню Кетъринг Пирогов“ДЗЗД за съответния месец.

Ето защо и с упражненото право на разваляне на договора и задържане на гаранцията, ответникът се опитвал да се облагодетелства два пъти за едно и също твърдяно за извършено от въззивниците нарушение, което му поведение не почивало на годно правно основание – същият вече бил обезщетен за неточно изпълнение на договора и нямал право да го развали и да задържи предоставената гаранция.

Поддържа се и че според клаузите на обвързващия страните договор едва при неизпълнение на задълженията на изпълнителя/продавач по него повече от три пъти възложителя/купувач имал право да го развали и да задържи предоставената гаранция, а не при всяко неточно изпълнение, настъпило повече от три пъти.

Като правен резултат от развитите подробни доводи в подкрепа на изложените оплаквания се иска отмяна на атакуваното решение в обжалваните му отхвърлителни части и по съществото на спора уважаване на предявените иски в пълен размер.

В отговора по въззивната жалба насрещната страна е оспорила развитите в нея доводи и е навела подробни такива в подкрепа твърдението ѝ за правилност на обжалвания съдебен акт.

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

СГС е бил сезиран с предявени при условието на обективно и субективно съединяване иски с правно основание съответно чл.79, ал.1 ЗЗД и чл.92, ал.1 ЗЗД от «Ню Проджектс Консулт»ЕООД и И. Г. Р., действаща като ЕТ»Ира – И. Г.» против „УМБАЛСМ Н. И. Пирогов“ЕАД.

Твърдяло се е в обстоятелствената част на исковата молба, че ищите – търговци са съдружници в «Ню Кетъринг Пирогов»ДЗЗД, ЕИК 177400969, което гражданско дружество било учредено по реда на чл.357 ЗЗД, при дялово участие на съдружниците - «Ню Проджектс Консулт»ЕООД – 1% и ЕТ»Ира – И. Г.» - 99%.

Твърдяло се е още, че страните по делото – ищите, като ДЗЗД и ответникът, били обвързани от договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г, сключен на осн.чл.112 ЗОП, в съответствие с Решение РД № 26-362/22.02.2019 г. на изп.директор за определяне на изпълнител на обществена поръчка с предмет - „Доставка на храна за нуждите на „УМБАЛСМ Н. И. Пирогов“.

Договорът бил сключен за срок от две години, считано от датата на подписването и/или до изчерпване на стойността по него.

Със същия възложителят възложил на изпълнителите да подготвят и доставят храна за пациентите на „УМБАЛСМ Н. И. Пирогов“, съобразена с болничния рецептурник за болнично диетично хранене, съгласно Приложение № 1 - подробна разбивка на 21 примерни диети, като според уговорката в чл.3, ал.1 от договора общата му стойност възлизала на 1 500 216,72 лв., без ДДС /1 800 260,06 лв. с ДДС/.

Плащането следвало да се осъществява ежемесечно в български лева чрез банков превод от страна на възложителя по сметка на изпълнителя, в срок до 60 дни след доставките за предходния месец, подписан приемо- предавателен протокол за предходния месец и представяне на фактура в оригинал.

С предизвестие от м.юни възложителят прекратил сключения с изпълнителя договор, като неплатена по него останала сумата за предоставена храна за месец юни 2020 г., за която била издадена Фактура 0000000012/13.07.2020 г. на стойност от 35 253,68 лв. с ДДС.

Плащането по нея следвало да се извърши в срок от 60 дни след доставките за предходния месец, подписан приемо-предавателен протокол за предходния месец и представяне на фактура в оригинал, като в случая падежът настъпил на 13.09.2020 г.

Затова считано от 14.09.2020 г. ответникът бил в забава в изпълнение на задължението си за извършване плащане на сумата, дължима по Фактура 0000000012/13.07.2020 г. Поради забавата в плащането се дължи и неустойка по договора в размер на 126,90 лева.

Поискано е от съда да постанови решение, с което да осъди ответника да заплати на ищците сумата в общ размер на 35 380,58 лева, от които на «Ню Проджектс Консулт»ЕООД, в качеството му на съдружник с 1 % дялово участие в „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД сума в размер на 353,81 лева, от които сумата от 352,54 лева представляваща 1 % от 35 253,68 лв. с ДДС - неизплатено възнаграждение за предоставена храна за месец юни 2020 г., ведно със законната лихва за забава върху главницата, считано от датата на завеждане на исковата молба до окончателно изплащане на вземането /главен иск по чл. 79 ЗЗД/ и сумата от 1,27 лева - 1 % от 126,90 лв., представляваща неустойка за забава в плащане на дължимото се възнаграждение за предоставена храна за месец юни 2020 г., съгласно чл. 7, ал. 6 от Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г., за която сума е издадена Фактура 0000000012/13.07.2020 г. на стойност от 35 253,68 лв. с ДДС, с период на забава от 12.01.2015 г. до подаване на исковата молба в съда и на И. Г. Р., действаща като ЕТ»Ира – И. Г.», в качеството му на съдружник с 99 % дялово участие в „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД, общо сумата в размер на 35 026,77 лв., от които 34 901,14 лева представляваща 99 % от 35 253,68 лв. с ДДС, представляваща неизплатено възнаграждение за предоставена храна за месец юни 2020 г., ведно със законната лихва за забава върху главницата считано от датата на завеждане на исковата молба до окончателно изплащане на вземането /главен иск по чл. 79 ЗЗД/ и сумата от 125,63 лева – 99 % от 126,90 лв., представляваща неустойка за забава в плащане на дължимото се възнаграждение за предоставена храна за месец юни 2020 г., съгласно чл. 7, ал. 6 от Договор № 0/7-01- 268/31.10.2019 г., за която сума е издадена Фактура 0000000012/13.07.2020 г. на стойност от 35 253,68 лв. с ДДС, с период на забава от 12.01.2015 г. до подаване на исковата молба в съда.

В отговора по исковата молба ответникът „УМБАЛСМ Н.И. Пирогов" ЕАД, чрез процесуалния си представител, е оспорил предявените искове по основание и размер.

Не е оспорил фактическите твърдения на ищеца, че страните са били обвързани от договора № 0/7-01- 268/31.10.2019 г. при уговорените в него права и задължения за тях, считано от датата на подписването му – 31.10.2019 г.

Въвел е възражение, че още в началото на изпълнението на договора от страна на ищците почти ежедневно се установявали несъответствия или неточно изпълнение, които били отразявани в подписваните приемо-предавателни протоколи, всеки един изготвен на конкретно посочена дата.

Това поведение продължило вкл. до м.12.2019 г.

Поради същото и възложителят започнал да се ползва и да упражнява по реда на чл.7, ал.5 от договора правото си на неустойка, за което изпълнителят бил надлежно уведомяван с изпращани до него писма.

Независимо от последното действия по отстраняване на недостатъците във връзка с изпълнението на договора не били предприети от изпълнителите и на 02.07.2020 г. договорът бил едностранно прекратен от възложителя без предизвестие, на основание чл. 9, ал. 10.

Поддържа се, че експлоатацията на обекта, в който се приготвяла храната, предмет на договора, била спряна, считан от 01.07.2020 г. със Заповед на Областната дирекция по безопасност на храните София-град, като констатациите в нея потвърждавали и факта на неточно изпълнение на договора в качествено отношение от страна на изпълнителя.

Т.к. гаранцията за добро изпълнение по договора била предоставена под формата на застрахователна полица, още в деня на прекратяване на договора ответникът предявил претенцията си пред застрахователя – ЗК „Лев инс“ АД с писмо изх. № РД-44-3346/02.07.2020 г. По претенцията била образувана щета № 0000-1500-00-19-7003/2020 г.

Въпреки предоставените множество документи пред застрахователя към 22.10.2020 г. последният все още не се бил произнесъл по щетата, поради което с писмо изх. № РД-44-3346/22.10.2020 г., връчено на ръка на 23.10.2020 г./, лечебното заведение изрично заявило пред изпълнителя по договора, че упражнява правото си на прихващане с дължимата сума по Фактура № 12/13.07.2020 г. на стойност 35 253.68 лв., като по този начин насрещните задължения се считат погасени до размера на по-малкото от тях.

Остатъкът от непогасеното вземане, дължимо в полза на ответника, в качеството му на възложител, възлизало в размер на 9 752.82 лв. е представлявало разликата между задължението и гаранцията за добро изпълнение по договора, по отношение на която възложителя упражнил правото си да задържи.

С писмо вх. № РД-44-3346/27.10.2020 г. застрахователят уведомил възложителя, че при него е постъпила информация от „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД, че УМБАЛСМ „Пирогов“ е прихванала вземането си към посоченото дружество, в размер на 35 253,68 лв., а по сключения договор, обективиран в Застрахователна полица №1500190000681/21590012 гаранционният ангажимент е в размер на 45 006,50 лв.

Поискана е информация дали остатъкът от 9 752,82 лв. е преведен от изпълнителя.

Във връзка с така коментираната кореспонденция е въведено твърдение, че ищите са били редовно уведомени и са признали ефекта на прихващането.

В допълнителната искова молба ищите са оспорили възраженията и доводите на ответника и са поддържали, че за всяко едно неточно изпълнение по договора, ответникът е бил обезщетен, като е начислил и получил претендираната от него неустойка.

Затова с упражненото право на разваляне на договора и задържане на гаранцията ответникът се опитвал да се облагодетелства два пъти за едно и също нарушение, което се твърди да е извършено от ищите.

Поддържа се, че след като ответникът вече е бил обезщетен за неточното изпълнение по договора, същият нямал право да развали процесния договор и да задържи предоставената гаранция, на осн. чл. 9, ал. 10 от договора.

Наведени са доводи, че според уговорката в чл.9, ал. 11 в случай, че договорът бъде развален и се дължат неустойки или при дължими неустойки при действащ договор, то те могат да се прихванат от гаранцията, но няма как веднъж да се удържа неустойка, а втори път за същото неизпълнение да се упражнява правото за разваляне на договора и да се удържа и предоставената гаранция.

Твърди се, че на основание предоставената банкова гаранция ответникът имал вземане единствено от ЗК „Лев инс“ АД, но нямал изискуемо и ликвидно вземане от ищеца. Затова и не можел да извърши прихващане - не били налице две насрещни задължения, тъй като задължението на ищеца било изпълнено с предоставената от него гаранция под формата на застрахователна полица.

Затова и ответникът неоснователно задържал гаранцията в размер на 45 006,50 лв.

Оспорил е твърденията на насрещната страна за невъзможност от страна на ищите да изпълняват задълженията си по договора, предвид че Заповед № 605/07.07.2020 г. прекратила действието на Заповед № 566/01.07.2020 г. на БАБХ и експлоатацията на обекта

била възстановена.

Издаването на последната заповед не довело до преустановяване възможността за изпълнение на договорните задължения от страна на ищците, нито от същата би могло да се установи твърдяното от ответника некачествено изпълнение по договора.

В допълнителния отговор ответникът е оспорил доводите на ищците в допълнителната искова молба и е изложил своето становище по поставените правни въпроси относно възможността за прихващане на насрещните задължения на страните по договора с предоставената гаранция.

Софийският апелативен съд, в изпълнение на правомощията си по чл.269 ГПК, след като извърши служебна проверка за валидност и допустимост на първоинстанционното решение в обжалваните му части и прецени доводите на страните във връзка със събраните по делото доказателства, съобразявайки основанията за неправилност, посочени във въззивната жалба, приема следното:

Действията по частично 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 – въззивниците, ищци в първоинстанционното производство, са останали недоволни от атакуваното решение в отхвърлителните му части.

В обжалваните му части първоинстанционното решение е валидно и допустимо, като постановено от надлежен съдебен състав, в рамките на правораздавателната му власт, по редовно предявени искове, в съответната писмена форма и е подписано.

При преценка на оплакванията за неговата неправилност решаващият състав съобрази следното от фактическа и правна страна:

Страните не са спорили и е установено от приобщените писмени доказателства, че са били надлежно обвързани от договор за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти № ОП-01-268/31.10.2019 г., по който УМБАЛСМ „Н.И. Пирогов“ ЕАД, в качеството му на възложител и „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД – в качеството му на изпълнител, са се съгласили, че първият възлага, а втория приема да приготвя и доставя храна за пациентите при възложителя, съобразена с болничния рецептурник за болнично диетично хранене, съгласно Приложение № 1 – неразделна част от договора и съдържащо 21 примерни диети, срещу заплащането на цена в размер и условия според уреденото в договора – чл. 1 от Договора.

Страна - изпълнител по обсъдения договор, е консорциум „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД, което гражданско дружество е създадено с договор от 17.09.2018 г., сключен между ЕТ„Ира – И. Г.“ и „Ню Проджектс Консулт“ ЕООД – съдружници по смисъла на чл. 276 ТЗ, във вр. чл. 357 ЗЗД, чийто предмет е конкретизиран като – обединяване усилията на съдружниците за съвместно извършване на следната дейност – изпълнение на договор с предмет : „Доставка на храна за нуждите на УМБАЛСМ „Н. И. Пирогов“ ЕАД.

Според чл. 2 от този договор ЕТ„Ира – И. Г. притежава 70 дяла, а „Ню Проджектс Консулт“ ЕООД – 30 дяла. С допълнителен Анекс № 1 от 17.09.2018 г. съдружниците са променили процента на дяловото им участие в консорциума, съответно на 99 дяла за ЕТ„Ира – И. Г.“ и 1 дял за „Ню Проджектс Консулт“ ЕООД.

Страните нямат спор, че правата и задълженията им по обвързващия ги договор, имат според съдържанието на клаузите си смесен характер на договор за изработка и за търговска-покупко-продажба, както и останалите му условия /отговорност при неизпълнение, гаранция за добро изпълнение и т.н./, са подробно разписани в съдържащите се в него текстове.

Противно на доводите във въззивната жалба, ищците – въззивници са въвели твърдение още в исковата молба, че с предизвестие от м.юни възложителят е прекратил едностранно и предсрочно сключения договор /срокът е бил определен първоначално на две години, считано от сключването му/.

Позовавайки се именно на този факт са претендирали единствено реално изпълнение на задължението на възложителя по заплащане на последната издадена до прекратяването

фактура - 0000000012/13.07.2020 г. за сумата от 35 253. 68 лв. за предоставена храна.

Независимо от последното и предвид въведените и във въззивната жалба оплаквания за липса на предпоставките, установени от договора за едностранното му прекратяване от ответника-въззиваем, по съществото на спора следва да се обсъдят и ангажираните от същия писмени доказателства в подкрепа на твърденията му за неточно – в количествено и качествено отношение изпълнение на задълженията на изпълнителя по обвързващия страните договор.

Така с писмо изх. № РД-44-6400/10.12.2019 г., адресирано от УМБАЛСМ „Н.И. Пирогов“ ЕАД до „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД са посочени констатираните несъответствия във връзка с изпълнението по договора от страна на последното дружество, изразяващи се в доставка на по-малък брой от заявените порции, закъснение в доставките, всяко от които е индивидуализирано в отделна точка и по дата, за периода - м. 11.2019 г.

Отправено е предупреждение за стриктно спазване на задълженията по договора, в противен случай възложителят ще бъде принуден да наложи санкциите, предвидени в договора.

Несъответствия в доставките на храна за пациентите са посочени и в Докладна РД-41-1088/02.12.2019 г. от д-р И. Л. – лекар по хранене и диететика в ХЕО до изп.директор на болницата-възложител, към която са приложени и протоколи от проверка за спазване на количествените и качествените стандарти за доставяне на храната.

Доколкото както посочената така и последващо изготвените докладни, вкл. и рапортите с идентично съдържание, изхождат от служители на възложителя и може да се приеме за основателно възражението на въззивника-ищец в допълнителната искова молба, че същите са частни свидетелстващи документи и не следва да се кредитират, защото установяват единствено изгодни за съставилата ги страна факти, решаващият състав приема за безспорно доказани твърдения на възложителя по договора за неточно изпълнение – в количествено и качествено отношение на задълженията от страна на изпълнителя, предвид че същото се установява безсъмнено от приобщените двустранно подписани протоколи от представител на фирмата доставчик, както и от инструктор по хранене. Всеки един от протоколите съдържа дата на доставката, както и конкретно констатираните неточности в изпълнение задълженията на изпълнителя, ако такива са установени, удостоверени и от подписа на негов представител.

За констатираните несъответствия общо за всеки месец за периода декември 2019 г. – юни 2020 г. изп.директор на възложителя е бил редовно уведомяван с изготвени докладни и рапорти от д-р Л., към които са прилагани и протоколите за спазване стандартите за доставяне на храната.

Именно въз основа на данните от последните с писмо изх. № РД-44-273/04.02.2020 г. на изп. директор на възложителя до дружеството изпълнител първият се е позовал на правото си да начисли неустойка за неточно изпълнение по договора от насрещната страна /чл.7, ал.5/ и по реда на чл.104 ЗЗД е направил изявление за прихващане на дължимата се от изпълнителя сума по неустойката в размер на 3 689,94 лв. с ДДС с дължимото по договора възнаграждение по фактура № 3/13.01.2020 г. в размер на 6 416.23 лв. /с ДДС/ до размера на по-малкото от тях, като е изразена готовност за заплащане по банков път на останалия дължим остатък от 2 726.29 лв. /чл.9, ал.12 от договора/.

Поради продължаващото неточно изпълнение на задълженията на изпълнителя с последващо писмо изх. № РД-44-1294/05.03.2020 г. е било изразено друго изявление за прихващане на дължимата неустойка в размер на 2 324.67 лв. с дължимото по договора възнаграждение от възложителя от 46 493.45 лв. до размера на по-малкото от тях, при изразена готовност за заплащане на остатъка от разликата от 44 168.78 лв. в полза на задълженото лице по банков път.

Такова заявление за прихващане се съдържа и в писмо изх. № РД-44-2751/24.06.2020 г. – с вземане, представляващо дължимата неустойка поради констатираните несъответствия през м. 02 и м. 03.2020 г. в общ размер от 3 305.52 лв. с дължимото възнаграждение от 33 055.21 лв., и изразена готовност за плащане на разликата от 29 749.69 лв., ; както и в писмо изх. № РД-44-3239/02.07.2020 г. – с вземане за дължимата неустойка поради

констатираните несъответствия през м. 05.2020 г. в размер от 1 228.52 лв. с дължимото възнаграждение от 24 570.49 лв., и изразена готовност за плащане на разликата от 23 341.97 лв.

С писмо изх. № РД-44-3346/02.07.2020 г. изп.директор на болницата възложител е отправил писмено изявление до управителя на изпълнителя – „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД, че прекратява сключения помежду им договор на 31.10.2019 г. без предизвестие, считано от 02.07.2020 г., на основание чл. 9, ал. 10 от Договора, като задържа предоставената по договора гаранция за изпълнение.

Писмото е било получено от адресата му на 03.07.2020 г. /положен е подпис за това от управителя на дружеството съдружник/.

С друго писмо - изх. № РД-44-3346/22.10.2020 г. изп.директор на болницата възложител е отправил писмено изявление до „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД за извършване на прихващане на насрещните задължения по договора помежду им, произтичащи от гаранцията за изпълнение под формата на застраховка и в размер на сумата от 45 006,50 лв. и насрещно дължимото от дружеството възложител неизплатено възнаграждение от 35 253.68 лв., при претендиран остатък за доплащане от страна на изпълнителя в размер на сумата от разликата – 9 752.82 лв.

В подкрепа на твърденията на ответника-въззиваем за наличие и на други предпоставки за неточно изпълнение на задълженията на изпълнителя по обвързващия страните по делото договор е била представена и Заповед № 556/01.07.2020 г. на Директора на ОДБХ София-град при Министерството на земеделието, храните и горите, с която е разпоредено спиране експлоатацията на обект за кетъринг, стопанисван от ЕТ“Ира – И. Г.“, поради констатирано множество нарушения и несъответствия на нормативните изисквания, конкретно изброени.

Страните не са спорили и по установения от Застрахователна полица № 15001910000681 с дата на издаване 23.10.2019 г. факт, че същата обективира договор за застраховка „Гаранции по договор“ и е била сключена между „Лев инс“ АД, в качеството му на застраховател и „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД – застрахован, за обезпечение изпълнението на застрахования по договор, с предмет „Доставка на храна за нуждите на УМБАЛ Н.И.Пирогов, с бенефициент по застраховката - УМБАЛСМ „Н.И.Пирогов“ ЕАД, при договорена застрахователна сума от 45 006.50 лв. и период на действие – от 31.10.2019г. до 30.11.2021 г.

С писмо изх.№ РД-44-3346/02.07.2020 г. изп.директор на болничното заведение е предявил претенцията си за настъпило застрахователно събитие /прекратяването на договора по вина на изпълнителя/ до застрахователя, като е поискал да се заведе щета по нея и да се изплати обезщетение в размер на гаранцията по договора з размер на 45 006,50 лв. Писмото е получено от адресата на 06.07.2020 г. /вх.№ 8267/ и пред ЗК“Лев инс“ АД е била образувана щета под № 0000-150-00-20-7003. По нея застрахователят с нарочно писмо от 13.07.2020 г. е поискал от въззиваемия допълнителни документи, подробно посочени, които са му били представени с писмо изх.№ РД-44-3346/23.07.2020 г. и приложенията към него в размер на общо 153 страници.

С последващо такова от 06.10.2020 г. възложителят е поискал от застрахователя да изпълни задължението си по договора за застраховка, което не било сторено до момента на отправяне на поканата, въпреки изпълнение на задължението за представяне на допълнително изискваните документи.

Гореустановените факти предпоставят следните правни изводи:

Изцяло споделим е изводът на първоинстанционния съд, че с предявените при условието на субективно и обективно съединяване искове ищците, претендират реално изпълнение – чрез парично плащане, по обвързващия страните по делото до 02.07.2020 г. и едностранно прекратен от възложителя договор за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти, ведно с обезщетение за забава на търсеното парично вземане.

Правилен и споделим е и изводът, че съобразно установеното от договора за създаване на Консорциум „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД и анекс № 1 към същия, активната материална легитимация да претендират реално изпълнение по договора имат и двамата

търговци ищци, предвид че гражданското дружество по ЗЗД не е юридическо лице, а е форма на обединяването на две или повече лица за постигане на обща стопанска цел, при него правата и задълженията се придобиват от съдружниците, които действат в рамките на гражданското съучастие. Така страна по сделките с трети лица не е гражданското дружество, а отделният съдружник, респ. съдружници, които запазват юридическата си самостоятелност. При постигната договореност за представителство, действията следва да бъдат извършени от представителя-съдружник, който изразява съгласие от името на всички съдружници за сключване на договора, пораждащ права и задължения за тях /Решение № 131/21.03.2014 г. по т. д. № 1121/2011 г. на ВКС, ТК, I т.о., Решение № 469/06.07.2010 г. на ВКС по гр.д. № 410/2009 г., III г.о./.

Релевантните за фактическия състав на искът по чл.79, ал.1, пр.14 ЗЗД факти относно надлежната обвързаност на страните по делото по обсъдения договор за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти, както и за неизпълнение на задължението на възложителя да заплати на изпълнителя за изработеното и доставеното от него в изпълнение на договора парично задължение в размер на 35 253.68 лв., с ДДС по издадената Фактура № 0000000012/13.07.2020 г., не са били спорни между страните и се установяват безсъмнено в хода на производството от анализа на доказателствата.

Поради последното и разрешаването на повдигнатия по делото правен спор относно дължимостта на претендираните парични суми се свежда до даване отговор на спорния въпрос настъпил ли е погасителния ефект на изявлението за прихващане от страна на ответника-въззиваем до въззивниците между дължимото от него парично задължение в посочения размер и вземането му по гаранцията за добро изпълнение по реда на чл.9, ал.10 от договора, до размера на по-малкото задължение.

За разлика от първоинстанционния съд въззивната инстанция счита, че отговорът на този въпрос е отрицателен, по следните съображения:

Съвкупният анализ на всички приобщени по делото доказателства установиха безсъмнено, че от момента на възникване на облигационната връзка между страните по делото до прекратяването ѝ чрез едностранното волеизявление от страна на възложителя, изпълнителят по договора е бил в системно неизпълнение на задълженията си по него, установени от клаузите му по чл.4, т.2, т.5, т.10 и т.12.

Обсъдените множество двустранно подписани протоколи от проверка за спазване на количествените и качествени стандарти за доставяне на храна категорично установяват, че много често количествено и качествено доставяната храна не е отговаряла на уговорените в чл.4, т.2 условия – да е в нужното количество и качество – липсвали са порции от различните диети, храната е била доставяна разлята, поради отваряне на някои индивидуални кутии при транспортирането, била е с влошено качество /развалена/, вкл. липсват каквито и да е данни след констатираните несъответствия в протоколите /рекламации/ изпълнителят да е предоставил годна стока в срок от 30 мин. от получаване на рекламацията, като изключително често 48 ч. хранителни проби за съхранение от храната не са доставяни.

Следва да се подчертае, че в резултат именно на това системно неточно в количествено и качествено отношение неизпълнение на задълженията от страна на изпълнителя по договора възложителя е упражнил правата си по чл.7, ал.5 от договора, като е претендирал за плащане уговорената неустойка в размер на 5% от стойността на заявеното за доставка количество за всеки един от посочените в нарочните писма-уведомления до периоди, а в последствие е прихващал дължимите на това основание суми със собствените си задължения за заплащане на стойността на доставеното /обсъдените по-горе писма/.

Не се твърди от въззивниците-ищци, нито се ангажират доказателства, възраженията за неточно изпълнение на възложителя в тези случаи да са били неоснователни, нито че не е настъпил погасителния ефект на изявлението за прихващане на дължимите като неустойка по реда на чл.7, ал.5 от договора суми със задължението за плащане от страна на въззивника по чл.5, ал.2 от договора.

И т.к. са налице безспорни доказателства, че изпълнителят по същия договор е допуснал много повече от три пъти неизпълнение на задълженията си по него, вкл. забавено и/или неточно изпълнение в количествено и качествено отношение на подадените заявки,

възраженията във въззивната жалба, че възложителят-купувач не е могъл да упражни надлежно правото си по чл.9, ал.10 от договора и да развали едностранно същия без предизвестие, вкл. за задържи предоставената по договора гаранция за добро изпълнение, се явяват неоснователни.

Аргумент в подкрепа на този извод е и фактът, че още с исковата си молба самите ищци са се позовали на факта на едностранното прекратяване на договорната връзка от страна на ответника-възложител, без да наведат каквито и да е възражения и доводи за ненадлежно упражняване на потестативното право на последния да развали тази връзка.

В обобщение на изложеното решаващият състав приема, че възложителя-купувач по процесния договор е упражнил валидно потестативното си право да развали едностранно съществуващата между страните договорна връзка и да задържи предоставената от изпълнителя-продавач гаранция, което негово право е установено от чл.9, ал.10 от договора.

Решаващият състав счита за несъстоятелни и възражения във въззивната жалба, че като е упражнил правата си по договора да получи уговорената неустойка за неточно изпълнение в чл.7, ал.5 и отделно от това да развали договора по реда на чл.9, ал.10, като задържи гаранцията за добро изпълнение, възложителят-въззиваем се опитвал да се облагодетелства два пъти за едно и също нарушение /разб. – неизпълнение/ на договора от страна на изпълнителя.

Според чл. 92, ал. 1 ЗЗД неустойката обезпечава изпълнението на задължението и служи като обезщетение за вредите от неизпълнението, без да е нужно те да се доказват.

Затова и като форма за обезщетяване на вреди от договорно неизпълнение неустойката се дължи само, ако страните са уговорили предварително в договора, че в случай на виновно неизпълнение на точно определено конкретно задължение длъжникът дължи на кредитора неустойка за вредите от неизпълнението. Поради последното и размерът на неустойката и видът на договорното неизпълнение, за което тя се дължи, също винаги са предмет на уговаряне в договора.

Наличието на такова съглашение в договора обаче не изключва правната възможност при виновно неизпълнение на договорно задължение изправната страна да упражни правата си по чл.79 ЗЗД, като поиска изпълнение на задължението, заедно с обезщетение за забава, или да иска обезщетение за неизпълнение.

Наличието на такава уговорка не дерогира и възможността, призната от чл.87 ЗЗД на изправния кредитор по двустранен договор, да упражни потестативното си право да развали договора по реда и при предпоставките на цитираната норма и на уговореното в клаузите по конкретното облигационно правоотношение. Противното би означавало изправната страна да остане обвързана от облигационна връзка, от която няма интерес и по която не би могла да защити адекватно субективните си права на изправен кредитор.

Ето защо след като е упражнил правата си по реда на чл.92 ЗЗД и е претендирал, а и получил уговорената неустойка, обезпечаваща изпълнението на конкретно посочени задължения от страна на ищите-въззивници, ответникът-въззиваем, като кредитор - изправна страна по договора, надлежно е упражнил и потестативното си право да развали едностранно договора, доколкото се установиха предпоставките за това: валидно договорно правоотношение; виновно /при отсъствие на грижата на добър стопанин, вкл. във връзка със специалния предмет на договора – доставка на храна за болнично заведение/, неточно, като количество и лошо /некачествено/ неизпълнение от насрещната страна по договора на уговореното; изправност на кредиторът, упражняващ правото на разваляне – липсват каквито и да твърдения и доказателства за противното.

Решаващият състав намира за основателно оплакването за неправилност на първоинстанционното решение, поради неправилно приложение на материалния закон в нормите му на чл.103 ЗЗД и чл.104 ЗЗД, с оглед възприетото от СГС, че в резултат на изявлението за прихващане на ответника-въззиваем, обективизирано в писмо с изх.№ РД-44-3346/22.10.2020 г., е настъпил погасителния ефект на прихващането между паричното вземане на изпълнителя по договора за доставка на храна за пациенти и паричното вземане на възложителя по същия договор, но от застрахователя по учредената гаранция за добро изпълнение.

Теорията и съдебната практика са единодушни в разбирането си, че едно от задължителните установени от материалния закон в нормата на чл.103, ал.1 ЗЗД условия за допустимост на прихващането е идентичността на субектите, между които то се извършва – изискването е „две лица“ да „си дължат взаимно“.

В случая няма спор, че като страни по договора от 31.10.2019 г. реципрочно на задължението за плащане на уговорената цена от страна на възложителя е правото на изпълнителя да получи цената за доставеното/изработеното – т.е. страните/субектите по материалното правоотношение са и страните по заявеното прихващане, доколкото изявлението изхожда от възложителя и е насочено спрямо изпълнителя.

Така при спазване изискването на чл.103, ал.1 ЗЗД обаче прихващане помежду им би могло да се извърши, ако те си дължат взаимно /т.е. един на друг/ пари или еднородни и заместими вещи.

По делото обаче не се установява изпълнителят по договора и кредитор на вземането на цената за доставеното/изработеното, да е длъжник по парично вземане на възложителя по този договор – УМБАЛСМ „Н.И.Пирогов“, вкл. и по това, представляващо гаранцията за добро изпълнение по смисъла на чл.8, ал.1 от договора от 31.10.2019 г.

Според цитираната клаузата от обвързващия страните договор, сключен по реда на ЗОП, гаранцията за добро изпълнение е определена в размер на 3% от стойността му без ДДС – 45 006,50 лв., като в случая тя е била предоставена под предвидената в чл.111, ал.5, т.3 ЗОП форма - на застраховка, обезпечаваща изпълнението чрез покритие отговорността на изпълнителя.

Видно от приложената застрахователна полица застрахователят „Лев инс“ АД се е задължил, в случай на неизпълнение или неточно изпълнение на задълженията на застрахования – „Ню Кетъринг Пирогов“ ДЗЗД спрямо бенефициента – УМБАЛСМ „Н.И.Пирогов“, съгласно изискванията на чл.13 от сключения между посочените лица договор, да плати на бенефициента вместо застрахования всяка сума, която не надвишава общо застрахователната сума от 45 006,50 лв.

Ето защо и се налага от съдържанието му, че обсъжданият застрахователен договор е такъв по чл. 429, ал. 1, т. 2 КЗ – за покриване отговорността на застрахования за неизпълнение на негово договорно задължение.

По същия отговорността на застрахователя спрямо увреденото лице е функционално обусловена от отговорността на застрахования, но следва да се подчертае, че длъжник за плащане на паричната сума, представляваща застрахователното обезщетение по това застрахователно правоотношение спрямо бенефициента, е застрахователя – в такъв смисъл е и клаузата „застрахователно покритие“ в обсъждания застрахователен договор.

Затова и претенцията за задържане на предоставената по договора гаранция за изпълнение – т.е. усвояването ѝ чрез плащане на определената парична сума от 45 006,50 лв., е била насочена от възложителя именно към застрахователя чрез предявяване на претенция за настъпило застрахователно събитие – обсъденото писмо РД-44-33-46.

Въз основа на последното застрахователят е завел щета и е изискал допълнително представяне на документи, касаещи произнасянето му по основателността на предявената претенция за плащане на застрахователно обезщетение.

Доколкото и пред настоящата инстанция не се твърди, нито се ангажират доказателства така претендираното обезщетение да е платено от застрахователя, неговото поведение би могло да обоснове предприемане на други по-нататъшни извънсъдебни и/или съдебни действия от бенефициента по застраховката срещу застрахователя.

При установените факти обаче безсъмнено е, че според изискването на чл.103, ал.1 ЗЗД бенефициентът по застрахователния договор би могъл да прихваща с паричното си вземане от застрахователя, представляващо застрахователната сума, единствено свои парични задължения към последния – т.е. към „Лев инс“ АД.

В никакъв случай обаче той не би могъл да прихваща с това парично вземане свои парични задължения към трети лица, вкл. и към застрахованото лице, доколкото тази конструкция е в противоречие с въведеното от чл.103, ал.1 ЗЗД условие компенсацията да се

осъществи между страни, които си дължат взаимно – т.е. една на друга, а не на трети за правоотношението лица.

По изложените съображения не могат да се споделят доводите на първоинстанционния съд, че претенцията на възложителя да получи компенсаторно плащане е винаги към изпълнителя, като в случай че същия не разполага с имущество, което да осигури плащането, настъпването на този застрахователен риск и евентуалните вреди от него са предмет на застрахователния договор, сключен в негова полза.

Според решаващия състав гаранцията за добро изпълнение няма компенсаторен, а обезпечителен характер, защото служи за обезпечаване точното изпълнение на договора за обществена поръчка и предоставянето ѝ като условие за сключване на такъв договор няма никакво отношение към имущественото състояние на изпълнителя.

В случая предоставената гаранция е под формата на застраховка, обезпечаваша изпълнението чрез покритие отговорността на изпълнителя, и в застрахователния договор ясно и точно са посочени застрахованото лице, застрахователя и бенефициентът по договореното застрахователно обезщетение, поради което доводът на първоинстанционния съд, че като изправна страна по договора за обществена поръчка възложителят имал право да избере срещу кой между двамата – застрахован или застраховател да насочи претенцията си за плащане, се явява явно необоснован.

По сключения договор за застраховка „Гражданска отговорност“ на застрахования за неизпълнение на негово договорно задължение се прилагат правилата на специалния закон – Кодексът за застраховането, както и клаузите на конкретния застрахователен договор, които еднозначно определят задълженото да плати застрахователното обезщетение лице – застрахователят, както и лицето, на което трябва да се плати – бенефициентът по полицата.

Ето защо и възложителят-бенефициент не може да избира срещу кой от двамата - застрахования или застраховател да насочи претенцията си за плащане на задържаната от него гаранция за добро изпълнение.

В обобщение на изложеното се налага единствено обоснован извод, че в случая всяка от насрещните страни по договора за обществена поръчка от 31.10.2019 г. няма качеството на кредитор и длъжник по парично вземане, защото не си дължат взаимно /един на друг/ такива, поради което и възложителят по този договор не е материално легитимиран да отправи изявление за прихващане по смисъла на чл.104, ал.1 ЗЗД до съконтрахента си, а отправеното от него до въззиваемите-ищци такова не е произвело погасителния си ефект до размера на по-малкото от задълженията.

Последното, защото по договора за обществена поръчка изпълнителят се явява кредитор на парично вземане от възложителя, представляващо дължимата се за изработеното и продаденото от него цена. Длъжникът по това правоотношение – УМБАЛСМ „Н.И.Пирогов“ ЕАД се явява кредитор на паричното вземане, представляващо гаранцията за добро изпълнение под формата на застрахователна сума, но длъжник по последното е застрахователя по застрахователния договор – т.е. външно за първото договорно правоотношение лице.

Като не е съобразил изложеното, първоинстанционният съд неправилно е приел, че изявлението за прихващане на болничното заведение, отправено към неговия кредитор, е произвело погасително действие на задължението му за заплащане на посочената във фактура № 12/13.07.2020 г. сума и е отхвърлил предявените от въззивниците искове за реално изпълнение на това задължение.

Затова и решението му в обжалваните отхвърлителни части следва да се отмени, а по съществото на спора се постанови уважаване на предявените главни искове до пълния им предявен размер, както и съответната част от сторените по делото разно.

Съобразно изходът от спора пред настоящата инстанция и по правилото на чл.78, ал.1 в тежест на въззиваемата страна следва да се поставят сторените от въззивниците по делото разноси и пред двете инстанции.

Независимо че във въззивната жалба и двамата въззивници са заявили че претендират разноси, същите не са представили списък за последните, нито доказателства за извършване на такива извън платената държавна такса по производството.

Затова за тази инстанция на същите следва да се присъди само сумата от 728,11 лв. сторени разноски за заплащане на дължимата се държавна такса по въззивното производство.

Пред първоинстанционния съд ищите са претендирали разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 3 000 лв., за реалното заплащане на което са ангажирали писмени доказателства – договор за правна защита и съдействие, както и 1 546,05 лв. държавна такса, за заплащането на която също са ангажирани писмени доказателства.

Разликата над уважения от първоинстанционния съд размер от 0,16 лв. в полза на „Ню Проджектс Консулт“ЕООД и 16,15 лв. в полза на ЕТ„Ира- И. Г.“ до посочените по-горе суми е дължима от насрещната страна, по арг. от чл.78, ал.1 ГПК, във вр. с чл.80 ГПК.

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 261078/07.07.2021 г., постановено по т.д. № 1888/2020 г. по описа на СГС, ТО в частта му, с която е отхвърлен предявения от «Ню Проджектс Консулт»ЕООД, ЕИК 202054931 против «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД, ЕИК 130345786 иск с правно основание чл.79, ал.1 ЗЗД за осъждане на ответника да заплати на ищеца сумата от 352,54 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г., както и в частта, с която е отхвърлен предявеният от И. Г. Р., действаща като ЕТ„Ира – И. Г.», ЕИК 204014519 против «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД, ЕИК 130345786 иск с правно основание чл.79, ал.1 ЗЗД за осъждане на ответника да заплати на ищеца сумата от 34 901,14 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г. и вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ОСЪЖДА «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД, ЕИК 130345786 да заплати на «Ню Проджектс Консулт»ЕООД, ЕИК 202054931 на основание чл.79, ал.1 ЗЗД сумата от 352,54 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г., както и сумата от 45, 30 лв. сторени по делото и пред двете съдебни инстанции разноски.

ОСЪЖДА «УМБАЛСМ Н.И.Пирогов»ЕАД, ЕИК 130345786 да заплати на основание чл.79, ал.1 ЗЗД на И. Г. Р., действаща като ЕТ„Ира – И. Г.», ЕИК 204014519 сумата от 34 901,14 лв., представляваща неизплатено възнаграждение по Договор № 0/7-01-268/31.10.2019 г. за възлагане на обществена поръчка за доставка на храна за пациенти по издадена фактура № 0000000012/13.07.2020 г., както и сумата от 4 500,75 лв. сторени по делото разноски и пред двете съдебни инстанции.

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

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____