

РЕШЕНИЕ

№ 324

гр. София , 01.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 15-ТИ ТЪРГОВСКИ в публично заседание на тридесети ноември, през две хиляди и двадесета година в следния състав:

Председател: Даниела Дончева
Членове: Красимир Маринов
Капка Павлова

при участието на секретаря Ирена М. Дянкова
като разгледа докладваното от Капка Павлова Въззивно търговско дело № 20201001002333 по описа за 2020 година

С решение № 584 от 21.04.2020г., постановено по т.д.№ 2409/2018г. по описа на СГС са отхвърлени предявените от „Хрътките“ЕООД против „Девижън“ ООД обективно съединени иски с правно основание чл.82 вр. чл.79,ал.1 от ЗЗД за обезщетение за претърпени имуществени вреди в общ размер от 430 000лв., който иск е предявен като частичен за сумата от 20 000лв. и претенциите за присъждане на неустойки, всяка от които в размер на 10 000лв., дължима за всяка от посочените форми на неизпълнение, както следва: 1/ непредаване на изходния код на софтуера, бета версиите и прототипите на актива след спиране на сайта и прекратяване въвеждането в експлоатация, които не са предадени от ответника на ищеца; 2/ едностранно прекъсване въвеждане в експлоатация на актива, без предварително да е уведомил ищеца за това; 3/въвеждане в експлоатация на изработения от ответника софтуер и поставяне от ответника на ищеца на невъзможни условия;4/ неподписване на протокол за окончателно приемане на работата и поставяне от ответника на ищеца на невъзможни условия; 5/ неоснователен отказ да възстанови достъпа на ищеца и потребителите на сайта като неоснователни.

На основание чл.266 вр.чл.258 от ЗЗД Хрътките“ЕООД е осъдено да заплати на „Девижън“ ООД сумата от 31 134,40 лв., представляваща възнаграждение на ищеца за извършване на възложените му от ответника по насрещния иск работи, а именно: промени в дизайна и интерфейса на платформата по заявка на ищеца от 22.01.2018г.; поръчани функционални и дизайн промени по модула за добавяне на статия по заявка на ищеца от

02.02.2018г., промени по модул „Медия“ и други секции, поръчани на 22.02.2018г. от ищеца; промени по мобилната версия на платформата, поръчани от ищеца на 22.03.2018г., ведно със законната лихва върху тази сума, начиная от 27.12.2018г. до окончателното изплащане на сумата като този иск е отхвърлен до пълния му предявен размер от 50 000 лв.

„Хрътките“ ЕООД е подало въззивна жалба против това решение в частта му, с която са отхвърлени първоначалните иски и частично е уважен насрещният иск. Моли същото да бъде отменено и съдът да постанови ново, с което да уважи претенцията, предявена от тази страна и да отхвърли заведения против същата насрещен иск изцяло.

Счита решението за необосновано и постановено при съществено нарушение на процесуалните правила и материалния закон. Посочва, че доказателственият материал е обсъден избирателно и при противоречие дори със собствените на съда констатации. Подробно са коментирани текстовете в сключения между страните договор, установените според жалбоподателя факти и изводите на съда. Счита, че от доказателствения материал не може да се направи извод, че ищецът е бил длъжен да предостави на изпълнителя хостинг на продукта и сървър. Поддържа, че ответникът не е отправял покана да бъдат предоставени такъв хостинг и сървър. Напротив - когато възложителят поискал продукта да бъде преместен на негов хостинг и да бъде въведен в експлоатация изпълнителят отказал и не е предоставил достъп на сорс кода и до момента на подаване на жалбата. Подробно са коментирани и останалите действия на изпълнителя по осигуряване на достъп до изработения сайт.

Въззивникът счита, че неправилно с обжалваното решение е прието, че не е доказал претърпени от него вреди. Спирането на достъпа до изработения и заплатен продукт означавало, че за ищеца е настъпила вреда, която се изразява под формата на амортизационни отчисления за актив, който дружеството не владее. Счита, че първоинстанционният съд е игнорирал доказателствата за претърпените вреди, които се изразяват в обстоятелството, че договорената цена е платена изцяло, но поради недобросъвестното поведение на изпълнителя няма достъп до сайта, той не е въведен в експлоатация и остарява и се амортизира без реално да се използва.

Направени са оплаквания за незаконосъобразност на решението и в частта му, с която е уважен предявеният насрещен иск. Счита, че „Девижън“ ООД не е представил доказателства за твърдяната облигационна връзка. Няма представени договори, оферти, доказателства за приемането на такива, приемане на свършената работа и издадени фактури за извършените действия. Няма доказателства за точния предмет на твърдяното възлагане, за ценообразуване и ангажименти за срокове и за приемане на предложение.

Изложени са подробни доводи за незаконосъобразност на изводите на съда относно този иск като са коментирани наличните по делото доказателства.

По отношение на исковите за присъждане на неустойка в полза на „Хрътките“ ЕООД и

по гаранционната отговорност се посочва, че са налице предпоставките на закона за тяхното уважаване- валиден договор за изработка, уговорена неустойка, договорената цена е платена, но задълженията на изпълнителя не са изпълнени изцяло.

Въззиваемата страна е подала писмен отговор, с който оспорва жалбата и моли обжалваното решение да бъде потвърдено. Счита, че са налице многобройни писмени доказателства, както и гласни такива в подкрепа на извода, че „Девижън“ ООД е изправна страна по договора. Ангажиментите на дружеството били изпълнени и това била доказано по делото. Като аргумент за прието изпълнение се сочи обстоятелството, че възложителят е освободил банковата гаранция, а условието за това е било пълно, качествено и точно изпълнение на софтуера, предмет на договора. Коментирани са изложените в жалбата на „Хрътките“ ЕООД твърдения във връзка със събраните по делото доказателства.

И двете страни претендират разноски.

Софийският апелативен съд, като прецени събраните по делото доказателства и взе предвид наведените във въззивната жалба оплаквания, намира за установено следното:

Съгласно разпоредбата на [чл.269 от ГПК](#) въззивният съд се произнася служебно по валидността на решението, а по допустимостта – в обжалваната му част. При проверката на правилността на първоинстанционното решение същият е обвързан от посоченото от страната във въззивната жалба, като служебно има правомощие да провери само спазването на императивните материалноправни разпоредби, приложими към процесното правоотношение.

В случая обжалваното решение е валидно и допустимо. Същото е постановено от съдебния състав, който е разгледал делото в рамките на общата компетентност на съдилищата. Разгледани са претенциите, основани на изложените в исковата молба и насрещния иск обстоятелства.

Във връзка с оплакванията за незаконосъобразност на атакувания съдебен акт настоящата инстанция излага следните съображения:

С подадената искова молба се твърди, че ищецът има качеството на бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG15RFOP002-1.001-0434-C01 от 13.02.2017г. Във връзка с него била отправена публична покана при условията на ЗУСЕСИФ и Постановление №160 на МС от 01.07.2016г. След подаване на оферта от ответното дружество между страните е подписан договор за изработка № BG15RFOP002-1.001 - 0434 - C01 / Su01 с предмет, определен в публичната покана от 12.04.2017г. – „Разработка, доставка инсталиране и въвеждане в експлоатация на софтуерна програма и нейните компоненти, а именно „Иновативна технологична платформа за стимулиране на алтернативен и екстремн туризъм и спорт“ и домейн /сайт/, базиран на платформата, наречен „ Advnture Animals“. Цената на договора е 430 000лв., а срокът за изпълнение е

определен на осем месеца, но не по-късно от 18.01.2018г.

Посочва се, че първият етап от изпълнението на договора е приключил на 15.01.2018г. когато софтуерната програма е доставена и е подписан двустранен протокол за доставки по образец на Министерство на икономиката от същата дата. С него ищецът е получил технически паспорт и ръководство за експлоатация. Получена е и Гаранционна карта. Не са предадени обаче сорс кода и базите данни с информация. Вторият етап от договора представлявал въвеждане в експлоатация на софтуера и окончателното приемане на изпълнението като същият е следвало да приключи с подписването на двустранен приемно -предавателен протокол за окончателно приемане на изпълнението по образец на Министерство на икономиката.

Изпълнението на договора е продължило до 13.07.2018г., когато ответникът едностранно преустановил достъпа на възложителя до софтуера и на потребителите до сайта, тъй като не бил съгласен да поддържа програмата на сървър за своя сметка. Била поискана допълнителна сума в размер на 2900 лв.

Ищецът няколко пъти, включително и писмено помолил ответника да посочи сметка, по която да заплати допълнителната сума, разтревожен от спирането на сайта. Вместо да посочи сметка на 28.08.2018г. ответникът поставил ново условие –да бъде заличена клаузата от договора, която касаела гаранционната отговорност на изпълнителя. Това искане било неприемливо за възложителя предвид задълженията му по договора за БФП и предвид обстоятелството, че договорът е пряко свързан с личността на ответника в качеството му на изпълнител, избран с публична покана по реда на ПМС 160/2016г.

С покана от 25.10.2018г. ответникът е поканен да въведе актива в експлоатация и да подпише приемно- предавателен протокол за окончателно приемане на изпълнението.

С отговор от 30.10.2018г. ответникът отново поставил невъзможни условия и заявил, че ще изпълни задълженията си ако договорът бъде изменен и бъде премахнат чл.5 от същия /уреждащ гаранционната отговорност/.

Ищецът твърди, че предприетото от ответника прекъсване на сайта без предупреждение съставлявало нарушение на договора, тъй като окончателното приемане на работата по същия все още не е направено и преминаването от сървър на ответника на сървър на ищеца представлява фаза от въвеждането в експлоатация на актива, в която и двете страни си дължат взаимни предупреждения и търговска грижа, което не било направено от ответника. Счита, че в изпълнение на задълженията си по чл.3, ал.5 от договора и чл.302 от ТЗ преди да прекъсне достъпа на ищцовото дружество до програмата ответника е следвало да предупреди за възникналите обстоятелства около сървъра и да предложи процедура за промяна на сървъра и окончателно въвеждане в експлоатация актива без това да налага процесното внезапно спиране на сайта и прекъсването на процеса на въвеждане в експлоатация. Поддържа, че ответникът е действал недобросъвестно като е

отправил искания за заплащане на сумата от 2900 лв. допълнително и за премахване на клаузата от договора, касаеща гаранционната отговорност.

По вина на ответника въвеждането в експлоатация на програмата и сайта не било направено и все още не било прието окончателно изпълнението по договора. Не били предадени изходният сорс код на софтуера, както и базите данни с информация, които били собственост на ищеца и същите се намирали във владение на ответника, който ги задържал неоснователно. Програмата и сайта били спрени за неопределен период от време, което значително щяло да забави внедряването на този нов и иновативен продукт и да доведе до снижаване на иновационният му капацитет и конкурентоспособност. Имало опасност прекъсването на проекта за неизвестен срок да причини прекратяване на договора за безвъзмездна финансова помощ. Така се забавила вътрешната норма на възвръщаемост на актива и цената му се оскъпила като се удължил дисконтирания срок за откупуване на инвестицията, който щял да бъде над планирания в проектното предложение срок от 4, 5 години. В следствие на забавеното въвеждане в експлоатация на програмата и сайта били закрити две работни места като била уволнена служителката Д. И. И..

Моли се ответникът да бъде осъден да заплати:

1. сумата от 20 000лв., предявена като частичен иск от 430 000лв. имуществени вреди за нанесени щети на посочената стойност, причинени от виновно неизпълнение на договора, изразено в: спряно въвеждане в експлоатация на актива; едностранно и без предизвестие спрян достъп на ищеца до програмата и на потребители до сайта; неоснователно задържане на сорс кода и базите с данни на програмата; отказът му да се разпише приемо- предавателен протокол за окончателно приемане на изпълнението, както и за поставяне на невъзможни условия за изпълнението му и заради риска Договорът за безвъзмездна финансова помощ да бъде прекратен.;

2. следните неустойки:

=неустойка в размер на 10 000 лв. на основание чл.9,ал.3 от процесния договор заради нарушение на чл. 3,ал.7 от същия договор, което нарушение се изразява в спирането на сайта и спиране на въвеждането му в експлоатация от страна на ответника, тъй като същият не е предал по надлежния ред изходния код на софтуера / сорс код/, бета версиите и прототипите на актива и съществува риск от злоупотреба с базата данни на програмата;

= неустойка в размер на 10 000лв. на основание чл.9,ал.3 от договора поради това, че е нарушен чл.3,ал.5 от същия, което нарушение се изразява в това, че на 13.07.2018г. е прекъснал неоснователно и едностранно въвеждането в експлоатация на актива и го е направил без предварително уведомление до ищеца;

= сума в размер на 10 000 лв., представляваща неустойка по чл.9,ал.3 от договора , дължима поради нарушаване на чл.2 вр.чл.5 от договора, което нарушение се изразява в

това, че по вина на ответника, изработения от него софтуер все още не е въведен в експлоатация ;

= неустойка в размер на 10 000лв., дължима на основание чл.9,ал.3 от договора за нарушаване на чл.2,вр. чл. 5 от договора, което нарушение се изразява в това, че по вина на ответника все още не е разписан протокол за окончателното приемане на изпълнението, с което същия не е изпълнил задължението си по посочените текстове за изработка и че за да изпълни тези свои задължения, ответника поставя на ищеца невъзможни условия.

= неустойка в размер на 10 000лв., дължима на основание чл.9,ал.3 от договора поради това, че ответникът неоснователно отказва да възстанови достъпа на ищеца и потребители до сайта.

Ответникът е депозирал отговор на исковата молба, с който я оспорва. Излага твърдения, че е изправна страна по договора като на 15.01.2018г. е доставил, инсталирал и тествал работещ продукт, отговарящ на техническата спецификация. Доставка и въвеждането в експлоатация били приети от ищеца с приемо- предавателен протокол за доставки от 15.01.2018г., който бил подписан от последния без възражения.

Към момента на предаване на проекта ищецът не разполагал и не предоставил сървър, на който да бъде инсталиран разработения продукт. Поради тази причина по съгласие на двете страни въвеждането в експлоатация било извършено на сървър, предоставен безвъзмездно от „Девижън“ ООД за ограничен период от време. В допълнение кодът и базата данни били предадени на ищеца, което му позволявало да въведе продукта в експлоатация по всяко време на негов сървър. След уведомяване от ищеца, че поддръжката на сайта ще бъде извършвана от друг изпълнител безвъзмездно предоставения хостинг сървър бил прекратен. Заявява се, че „Девижън“ ООД е изпълнило абсолютно всички свои задължения по сключения договор.

След приемането на готовия софтуерен продукт на 15.01.2018г. до подаване на отговора дружеството ищец направило множество заявки за нови функции на продукта и за усъвършенстването му. Тези разработки били изпълнени от „Девижън“ ООД по заявка на ищеца, които не са били предмет на договора. Тези услуги включвали изменения в дизайна и интерфейса на голяма част от екраните на софтуерния продукт, промени и доработка на вече приети функции, нови функции и компоненти в системата, както и промени и подобрения в бизнес логиката на основни компоненти в базата данни. По същество тези заявки представлявали възлагане на поръчки за извършване на нови услуги, които следвало да бъдат заплатени, но такова плащане не било направено.

„Девижън“ ООД заявява, че цената на всички доработки е в размер на 90 000лв., като предявява частичен насрещен иск за сумата от 50 000лв. Всички заявки за промени и доработки били получени на email адресите използване за комуникация, както и в системите за управление на ИТ проекти на тази фирма. Посочено е кои са извършените и незаплатени

услуги, а именно: 1. Промени по дизайна и интерфейса на платформата- заявка от 22.01.2018г.; 2. Поръчани функционални и дизайн промени в модула за добавяне на статии възложено на 21.02.2018г. от И. П.; 3. Поръчани промени в модул „Медия“ и други секции на сайта от 22.02.2018г.; 4. Промени по модул „Общност“, заявени на 01.03.2018г. и 5. Поръчани промени в мобилната версия на платформата на 22.03.2018г.

Описаните промени и нови функционалности били доставени под формата на програмен продукт чрез предоставяне на достъп до хранилището на код на „Девижън“ ООД в Bitbucket (<https://bitbucket.org/devision/aa-web/src/master/>) до лица, посочени от И. П. (управител на „Хрътките“ЕООД) на 29.05.2018г. с имейл кореспонденция, както и допълнително чрез изпращане на линк (електронна връзка) с архив за сваляне на кода като прикачен файл по email. Получено било потвърждение, че управителят е получил достъп до кода, както и че една седмица по-късно консултант на „Хрътките“ЕООД е получил достъп до кода и е инсталирал платформата на локален сървър на възложителя.

Посочва се, че между страните да не е договаряно конкретно възнаграждение за всяка една от извършените дейности, като изпълнителят е поставил условие всяка една от тях да бъде заплащана по пазарни цени. Описано е как е формирана цената на изработените софтуерни продукти.

„Хрътките“ЕООД е подало отговор на насрещната искова молба, с който оспорва претенцията. Заявява, че всички искания за „доработка“ на програмата представляват рекламации за явни и скрити недостатъци и са направени при преглеждане и тестване на програмата, предмет на договора между страните и не представлявали възлагане на работа извън предмета на договора. Всички доработки били свързани с детайли на техническото задание и конкретни технически, естетически и функционални корекции, приети от двете страни като задължителни и необходими. Представените от ответника имейли всъщност представлявали кореспонденция за открити неточности и неизпълнени работи по възложената с процесния договор изработка на софтуера и сайта. Между страните няма отделен договор, твърдените доработки били част от предмета на процесния договор. За това свидетелствала и офертата, която „Девижън“ ООД изпратило на 29.07.2018г.- след процесния по насрещния иск период- в същата нямало твърдения и претенции за заплащане на тези работи, а само се заявявало, че вече е готов с инсталирането и внедряването на уебсайта. Единствената сума, която се претендира е 2900лв. в тази оферта изрично било посочено, че все още се изпълнява договорът от 29.05.2017г.

Посочва се също, че при поръчка за изработка на софтуер, в техническата спецификация не е възможно да бъдат конкретно описани всички елементи и детайли на заданието и обичайната търговска практика е в процесът на въвеждане в експлоатация на доставения софтуер да се измерва информация и да се провежда диалог с цел конкретизиране и постигане на резултатите от изпълнението на договора.

Счита, че тези твърдения се установяват от приложената кореспонденция. От същата

ставало ясно, че към 07.06.2018г. „Девижън“ ООД са били в невъзможност за въвеждане в експлоатация на проекта, тъй като са установени проблеми със софтуера.

За първи път възложителят разбрал, че насрещната страна иска заплащане на цена за въвеждане в експлоатация от изпратената на 25.07.2018 година оферта за инсталиране и внедряване на уеб сайт Adventurheanimals, въпреки, че на основание чл.6, ал.1, изречение второ от договора, цената за въвеждане на актива в експлоатация е част от общата цена на договора и тази цена е изцяло платена.

„Девижън“ ООД е депозирало допълнително становище по отговора на насрещната искова молба, с което заявява, че е налице точно изпълнение от негова страна на процесния договор за изработка и именно поради това „Хрътките“ЕООД е получило безвъзмездната финансова помощ по проекта. Ако продуктът не е бил изработен и приет, то дружеството нямало да има право да получи тази помощ. Готовият софтуерен продукт, предмет на договора, е „качен“ (инсталиран и пуснат в експлоатация) на хостинг сървър, който сървър е предоставен от „Девижън“ ООД. Това се доказвало от приемо-предавателния протокол от 15.01.2018г. В същия се съдържала и констатация, че софтуерът е въведен в експлоатация. В следствие на това от страна на Министерство на икономиката е бил съставен формуляр за посещение на място, който по същество е верификация на финален технически отчет и в който документ подробно са описани изпълнението и резултатът от проекта, включително инсталирането му и въвеждането му в експлоатация. След 15.01.2018 година софтуерът функционира съгласно заданието по проекта и е бил „онлайн“- достъпен за ползване от всички потребители на интернет. Офертата му от 29.07.2018 година била с предмет единствено трансфер на работещия „онлайн“ софтуерен продукт на друг хостинг сървър, посочен от „Хрътките“ЕООД, тъй като самият трансфер изисква ангажиране на съответни човешки и времеви ресурс от страна на „Девижън“ ООД. По своята същност всяка една допълнителна/нова функция към софтуерния продукт, поискана от „Хрътките“ЕООД след 15.01.2018г. представлявала нова услуга, която следвало да бъде заплатена.

Ответникът по насрещния иск е подал отговор на допълнителната насрещна искова молба. Излагат се доводи, че за периода от 15.01.2018г. до 13.07.2018г. дружеството е извършвало преглед и неставане на изработената от „Девижън“ ООД работа по предмета на договора и всички искания доработки представляват рекламации за явни и скрити недостатъци, направени при и по повод на извършената от „Девижън“ ООД работа по договора и са пряко относими към предмета му. Поддържат изложените в отговора на насрещната искова молба твърдения и възражения.

С обжалваното решение градският съд е приел, че предявените от първоначалния ищец искове са неоснователни и недоказани. Изложени са съображения, че по делото не са ангажирани доказателства ищецът да е претърпял вреда на обща стойност 430 000лв., тъй като няма данни да има погиване на вещи, намаляване на стойността им, понасяне на разноски и др. на тази стойност. По отношение на твърдението, че съществува риск ищецът

да не получи безвъзмездна финансова помощ от 430 000лв., съдът е посочил, че на обезвреда подлежат само настоящи, но не и бъдещи вреди.

Претенциите за заплащане на неустойки също са счетени за неоснователни поради обстоятелството, че не е констатирано неизпълнение на задълженията на изпълнителя по договора.

По отношение на насрещния иск е прието, че между страните е сключен нов договор за изработка като на изпълнителя са възложени дейности по промени в изработения вече сайт и възложената работа е извършена и приета. Взето е предвид заключението на вещото лице според което извършената работа около 80-90% представлява дейност, която не съвпада с предмета на договора. При определяне на възнаграждението за извършената работа съдът се е съобразил с констатацията на експерта, изготвил заключението относно необходимия брой часове за извършване на приетата работа, както и за средната цена на труда за такава дейност. Въз основа на тези съждения е възприето разрешението, че насрещният иск е основателен за сумата от 31 134,40лв., а за разликата до пълния му предявен размер е неоснователен.

От фактическа страна:

По делото не се спори, а и се установява от събраните писмени доказателства, че „Хрътките“ ЕООД е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020“, сключен с Министерство на икономиката като общо допустимите разходи по проекта са в размер на 430 000 лв.

В част 11. Допълнителна информация необходима за оценка на проектното предложение /л.370 гръб от първоинстанционното дело/ на същия е записано, че „Хрътките“ ООД ще използва сървърна инфраструктура по наем (за своя сметка) като алтернативен и икономически най- изгоден бизнес подход, което ще намали разходите за експлоатация и поддръжка, както и разходите за електроенергия, като използва споделени хостинг услуги, скалирани до нивото и нуждите на дружеството.

В изпълнение на посочения договор е отправена публична покана за определяне на изпълнител, който да разработи и въведе в експлоатация следния специализиран софтуер, представляващ дълготраен нематериален актив: „Иновативна технологична платформа за стимулиране на алтернативен и екстремн туризъм и спорт.“ на стойност 430 000лв. без ДДС.

В публичната покана са посочени основните условия, при които ще бъде сключен договорът за възлагане на изработването на софтуер с посочен по-горе предмет. Срокът за изпълнение е определен на 8 месеца от сключване на договора, но не по-късно от 18.01.2018г./срокът на договора за безвъзмездна финансова помощ./

Ответникът по първоначалния иск „Девижън“ ООД е подал оферта за участие в посочената процедура, в която се съдържа техническо предложение, относно изискванията и условията, свързани с изпълнението на предмета на процедурата.

На 29.05.2017г. е подписан договор за изработка № BG16RFOP002-1.001-0434-C01/Su-01, с който ищцовото дружество е възложило на ответника по първоначалния иск да изработи, достави, инсталира и въведе в експлоатация следния материален дълготраен актив: „Иновативна технологична платформа за стимулиране на алтернативен и екстремен туризъм и спорт“ съгласно подадената оферта като изпълнителят се е задължил да изпълни договора в параметрите, посочени в подадената оферта, която се счита за неразделна част от договора. Сроктът за изпълнение е определен на осем месеца, но не по-късно от срока на договора за безвъзмездна финансова помощ (изтичащ на 18.01.2018г.). Уговорено е, че доставката се извършва с подписването на двустранен приемо-предавателен протокол за доставки по образец на Министерство на икономиката без забележки, а окончателното приемане-след извършване на въвеждането в експлоатация-отново с подписването на приемо-предавателен протокол също по образец на Министерство на икономиката, което е Управляващ орган по договора за безвъзмездна финансова помощ.

Задълженията на изпълнителя са посочени в чл.3 от договора, като в тях се включва качествено и точно извършване на изработката и доставката в уговорения вид и срок, изработването на пълна техническа документация, уведомяване на изпълнителя за възникнали в процеса на изпълнение обстоятелства, които се отразяват на изпълнението на договора. В ал.7 на този текст е уговорено, че авторските права върху актива, предмет на договора възникват за възложителя от момента на създаване на продукта.

Чл.5 от договора урежда задълженията на изпълнителя във връзка с гаранционното обслужване и извън гаранционния сервиз.

Отговорността за неизпълнение е регламентирана в чл.9. Уговорено е, че при забава в извършването на доставките изпълнителят дължи на възложителя връщане на получените плащания съобразно чл.8 и неустойка в размер на 100% от стойността на възнаграждението. Съгласно ал.3 в случай на неизпълнение в уговорения срок на което и да е от задълженията на изпълнителя по чл.5, последният дължи на възложителя неустойка в размер на 10 000 лв. за всеки случай на неизпълнение. В ал.4 е записано, че независимо от уговорените неустойки и от използване на правата на възложителя по чл.4, в случай че действително претърпените вреди, включително, но не само изгубено финансиране в резултат на действията на изпълнителя, надвишават размера на всички суми, възложителят има право да търси обезщетение по общия ред.

Страните са представили разпечатани на хартиен носител текстове от разменена между тях електронна кореспонденция в периода 15.01.2018г.- 13.07.2018г. От същата се установява, че при ползване на сайта за възложителя са възникнали някои проблеми във

функциите и изпълнителят е осъществил действия по тяхното отстраняване. В същото време са възложени и нови задачи- промяна в дизайна, в някои от функциите на програмата с цел нейното подобряване и др. От текста на някои от писмата е видно, че е имало разговори за подписване на анекс към договора и че са изпращани оферти по повод допълнителната работа, макар че самите допълнителни оферти не са налични.

По делото са събрани гласни доказателства- показанията на свидетелите Н. В. З., Й. В. Г. и Х. П. П. .

Свидетелят З. е бил консултант на възложителя по договора. Същият разказва, че е посетил „Девижън“ ООД във връзка с изпълнението на договора, сключен между това дружеството и „Хрътките“ ЕООД. Провел е среща с представителите на фирмата – изпълнител, но тя била повече формална. Средата, в която се намирал продуктът не била под контрол на възложителя и било необходимо програмата да се сложи на сървър, който принадлежи или е под контрол на „Хрътките“ ЕООД. Имало проблем при пренасяне на програмата на сървър на „Хрътките“ ЕООД, както и в нейната функционалност. В момента на посещението представителите на възложителя наблюдавали една среда, която изглеждала функционална, но трябвало да бъде прехвърлена на друг сървър. Част от функционалностите в един момент не работели, а в друг работели и това се констатирало в процеса на работа. Свидетелят помолил да му е даде достъп до системата, в която се пускали задачите, както и сорс кода. Това станало след известен период от време. В следствие този достъп бил прекратен. Свидетелят, който е специалист в областта на софтуера се опитал да инсталира продукта на своя компютър, но така и не успял да го направи и да провери дали продуктът е работещ. Според него самата инсталация не е била работеща. Достъпът до сорс кода бил предоставен в началото на 2018г. и в следствие – прекратен, а опита за инсталиране бил направен през юни. Според свидетеля невъзможността програмата да бъде инсталирана идвала от проблем в базата данни. Имало достъп като потребител във временна база данни, която се подготвяла от „Девижън“ ООД. На възложителя били необходими и сорс кода и базата данни. Но достъп до последната не бил даден. Принципно било възможно функциониране на сайта и ако базата данни не е предоставена на възложителя, но в случай имало множество специфични елементи, които били налични в програмата и често сорс кода ги търсел и без налична база данни не можел да ги открие и това създавало проблеми с приложенияте / приложението/. Имало проблем със сорс кода- не се изпълнявали миграционните скриптове, които предоставят информация за структурата на базата данни. Самите стъпки за инсталирани били предоставени от разработчика на програмата. При констатирана невъзможност за миграция на криптовете от страна на изпълнителя било отговорено, че в момента няма стабилна версия и трябва да се изчака стабилна версия 901.

Свидетелят заявява, че е виждал програмата работеща при изпълнителя, но не с всички функционалности. Той лично тествал програмата като потребител, но никога не могъл да достигне до административната част, а още по-малко – да прехвърли същата на друг сървър. Сайтът бил достъпен, но не с оригиналното му име, а със среда за ползване

„Дивижън.бг“ или друг неофициален домейн. Този достъп бил необходим за одит във връзка с европейски фондове. Твърди, че в краен вариант - достъпен за реални потребители сайтът не е бил пуснат или поне такъв вариант не е достигнал до неговото знание.

Свидетелят Й. Г. е експерт в Министерство на икономиката и е осъществил проверката по изпълнение на проекта, който е финансирал договора между страните. Той посочва, че при тези проверки на първо място се преглежда документацията и след това и самия продукт. Правели се снимки на самия софтуер и клиентите трябвало да покажат как функционира. Същият заявява, че щом като е отбелязано в протокола за проверката, че оборудването се ползва по предназначение, то това е било така. При тези проверки се сверявал номерът на приемо- предавателния протокол, правела се демонстрация на софтуера. Свидетелят няма ясен спомен за конкретния случай, но поддържа, че след като е отбелязано в протокола, то значи е видял това, което е отбелязано и е бил наличен целият пакет от документи.

Свидетелят П. е съдружник в „Девижън“ ООД. Предвид на това обстоятелство съдът преценява показанията му по реда на чл.172 от ГПК. Той посочва, че след приключване на проекта са получени заявки от ищеца за промени по съществуващия проект, дизайн, интерфейс и са направили тези промени на добра воля, с идеята да се постигне диалог между страните за остойностяване и заплащане на извършените от ответника промени. Твърди, че след финализиране на възложената работа ответникът е „качил“ сайта, т.е. кодът се е инсталирал на един от тестовите машини на дружеството, създал се е публичен достъп, адрес, споделен с клиентите и са предоставили парола за достъп. В продължение на 4 месеца са хоствали продукта на същия адрес, но след като ищецът уведомил ответника, че друга компания поема поддръжката на сайта, предоставили на ищеца последната версия, документация и инсталационни файлове. Ищецът направил запитване за инсталиране, пожелал оферта за инсталиране на сайта на негов хостинг. Направената от ответника оферта за извършване тази дейност не е била приета от ищеца. На 29.05.2018г., когато е година са получено информацията от ищеца, че друга компания поема работата по този проект е предоставен сорс кода и всичко, което ищецът е поискал и от този момент не е извършвано нищо по програмата.

Дадените от управителя на „Девижън“ ООД обяснения по реда на чл.176 ГПК, са в същия смисъл. Последният заявява, че от 13.07.2018 година ответникът е прекратил безплатния хостинг на продукта на ищеца. Пояснява, че в практиката има вероятност да се получи „разминаване“ между очакванията на възложителя и изработеното от програмиста, като има инструменти, с които това „разминаване“ се минимизира. Потвърждава, че на 29.05.2018 година свидетелят З. е получил сорс кода. След извършване на възложените доработки, свързани с цел оптимизация, на интерфейсни неща, които направили, програмата била „качена“ на тяхната тестова сървърна машина. Осигуряването на такава машина по принцип било ангажимент на ищеца, той да осигури сървърно място и пространство. Счита, че ищецът е очаквал ответникът да продължи да работи безвъзмездно и след като била

получена нотариална покана, подразнен от ситуацията, изпълнителят спрял достъпа и прекратил услугата.

По делото е допусната и приета съдебно- счетоводна експертиза, изготвена от вещото лице П. Д.. От заключението по същата се установява, че в счетоводството на „Девижън“ ООД не са осчетоводявани допълнителни дейности, извършени по договор с „Хрътките“ ЕООД. Освен това вещото лице е изчислило часовата ставка съобразно уговорените възнаграждения на служителите, които по твърденията на ищца по насрещния иск са извършили допълнителната работа по процесния софтуер, а именно: П. Н. Н. – 36,69 лв. / 18,76 евро/; Г. М. М. – 31,30 лв. / 16 евро/ и А. Ж. Б. -21,37лв. /10.93 евро/. Във фишовете за заплати на тези лица за периода, през който се твърди, че са извършени работите, предмет на насрещния иск няма налични други възнаграждения. М. К. не е бил служител на „Девижън“ ООД, а е работил като външен изпълнител чрез неговото дружество „Дескод“ ЕООД и за периода 01.01.2018г. до 31.05.2018г. са били издадени три боря фактури на обща стойност 7500лв.

По делото е назначена и съдебно- техническа експертиза, изготвена от вещото лице инж. К. Я. К.. От представеното заключение се установява, че към датата на проверката 13.02.2020г. сайтът <http://adventureanimals.com> не е достъпен. При извършеното от експерта проучване, от страна на „Девижън“ ООД е било отговорено, че до 13.07.2018г. сайтът е бил достъпен на сървър, собствен на това дружество и след тази датата поради възникнал финансов спор между двете дружества достъпът до сайта е прекратен.

Въз основа на кореспонденцията между страните и техните твърдения вещото лице е направило извод, че в периода от 15.01.2018г.- 13.07.2018г. са извършвани дейности по редактиране и промяна на сорс кода на компютърната система и тези дейности са били извършени от „Девижън“ ООД. От данните в системата за управление на проекти Bitbusuet, която дружеството е използвало, било видно, че последната дата,на която са правени корекции на сорс кода е 22.06.2018г. . Вещото лице пояснява, че сорс кодът е изходен код на компютърната програма и представлява набор от инструкции, написани на един или повече компютърни езици и представлява самата компютърна програма. Достъпът до сорс кода на дадена компютърна програма прави възможно нейното редактиране или модифициране. Самият предмет на договора представлява уеб приложение със сравнително сложна структура. Експертът подчертава, че липсва нормативна уредба относно въвеждането в експлоатация подобен продукт, който представлява софтуерно приложение. Поради това начинът на въвеждане в експлоатация е предмет на регулация от страните от договорен характер. При всички случаи обаче е необходимо осигуряване на сървър и хостинг, на които софтуерът да бъде разработван, преглеждан, експериментиран и тестван и след въвеждането в експлоатация на същия именно на него да продължи да функционира.

Не е даден отговор на въпроса какво следва да се извърши, за да се възстанови работата на сайта и каква е приблизително стойността на тази услуга, включително пренос

на сорс кода и на базата данни на друг сървър и хостинг. Като причина за това е посочено, че за тази цел е необходимо да се познава детайлно компютърната програма, както по принцип, така конкретното ѝ текущо състояние.

Според експерта въз основа на приложената към делото оферта от ответника, представена по повод публичната покана на ответника, договорът за изработка, подписан от страните на 29.05.2017 година, техническия паспорт на програмния продукт, електронната кореспонденция между съконтрагентите за периода от 22.01.2018 година до 11.04.2018 година и оферта за инсталиране и внедряване на уеб сайта от ответника от 25.07.2018 година, придържайки се строго към параметрите на офертата и другите посочени документи, следва да се направи извод, че извършените от ответника промени и доработки се разделят в четири групи: промени на дизайна; добавяне на нови функционалности; модифициране на съществуващи функционалности и корекции и отстраняване на грешки, от които групи, първите три дейности, които дават 80-90% от извършените от ответника дейности не са част от възложената от ищеца на ответника работа по договора от 29.05.2017 година, а четвъртата група е дейност, по корекции и отстраняване на грешки, която е 10-20% от извършената от ответника работа и може да се приеме, че попада в предметния обхват на договора.

По отношение на начина на остойностяване на извършеното от ответника, въз основа на възлагане от страна на ищеца, чрез човеческите ресурси, вещото лице е изложило своите резерви за този начин на остойностяване и е посочило, че начинът на остойностяване зависи от фактори като познание и опит; степен на натовареност; правилно определяне на състава на екипа; гъвкаво разпределение на задачите; мотивация; крайни срокове и други. Пояснило е, че в извършените доработки и промени, посочени като дейности в насрещната претенция трима програмисти са изработили близо 700 часа. Базирайки се на договора, който обвързва страните, справки за възнаграждения на софтуерните специалисти в България и годишен доклад за състоянието на софтуерния сектор в България- БАСКОМ Барометър 2019г. Въз основа на това е посочил, че за периода от 29.01.2018 година до 22.06.2018 година програмистът А. Б. е изработил 558 часа, Г. М. – 113 часа, при часова ставка от 58 лева.

Относно това дали ищецът е получил стабилна версия, вещото лице е посочило, че този израз е жаргон на програмистите и се разбира в няколко смисъла: финална версия, работна версия, базова версия и работеща версия. Вещото лице е достигнало до извод, че каквото и да са разбирали страните под това понятие, явно и двете страни са влагали в това понятие едно и също съдържание, с оглед разменената кореспонденция. На база на илюстрираната на фиг. №№4 и 5 от заключението електронна кореспонденция вещото лице е направило извод, че такава стабилна версия е изпратена.

Относно предаване на сорс кода от ответника на ищеца, вещото лице е достигнало до заключение, че първият опит за предаване на сорс кода, като архивирани файлове, е бил неуспешен, тъй като е налице свръх обем, а вторият път е успешен- на 29.05.2018г.

В дадените в съдебното заседание, проведено на 25.02.2020г. обяснения вещото лице изрично заявява, че договорът е изпълнен, от гледна точка на техническото задание и функционалности. Според експерта проблемът между двете страни е свързан с това по какъв начин зададените функционалности се пренасят и реализират, който въпрос касае дизайна на програмата. Счита, че най-ефективният начин да не се стигне до различия във виждането на възложителя и изпълнителя на заданието е непрекъсната комуникация по време на изработката на всеки модул и детайлизация на всеки компонент. По отношение на това какво представлява въвеждане в експлоатация вещото лице дава отговор, че по негово разбиране въвеждането в експлоатация е налице тогава, когато продуктът е изработен и инсталиран. След като софтуерът е работел в хостван сървър, това означавало уеб базирано приложение, инсталиране на сървър и след това хостинг, без които софтуерът няма да работи. Сорт кодът създавал структурата на базата данни и ако това е предадено коректно и работи, и тази база данни се разгръща съобразно кода, няма да има проблем да работи, като по-нататъшната работа със сорт кода е изключително въвеждане на данни в базата данни, но това не е работа на изработилия програмата, а на този, който ще работи с програмата.

С оглед на така събраните доказателства съдът намира за установено от фактическа страна, че между страните е налице облигационна връзка, породена от сключения договор за изработка като предмет на същия е създаването на програмен продукт „Иновативна технологична платформа за стимулиране на алтернативен и екстремн туризъм и спорт“ при цена от 430 000лв. като същата е заплатена изцяло.

Макар протоколът, с който платформата е предадена на възложителя на 15.01.2018г. да е подписан без забележки, от съвпадащите изявления на страните, събраните гласни доказателства и приетата по делото съдебно-техническа експертиза се установява, че въвеждането на същия в експлоатация е продължило и след посочената дата. Имало е известни проблеми, възникнали в процеса на пускане на програмата, които е следвало да бъдат отстранени. В същото време обаче от показанията на свидетеля З. и заключението на техническата експертиза, която не е оспорена от страните и съдът възприема като компетентно дадена става ясно, че програмата е била работеща към месец юли 2018г. като е била инсталирана на сървър на изпълнителя. Възложителят по договора не основава претенцията си на твърдението, че окончателното въвеждане в експлоатация е станало тогава, а не към 15.01.2018г. Напротив - изложеното в исковата молба и допълнителната искова молба може да се направи извод, че същият счита това развитие на проекта за нормално. Освен това възложителят изрично посочва, че програмата е била качена на временен сървър на изпълнителя. Той обаче твърди, че добросъвестно е искал да заплати услугата за инсталиране на друг сървър, но изпълнителят не посочил сметка, по която да бъде заплатено.

Ответникът от своя страна поддържа, че е изпълнил задължението си за предаване на сорт кода и въвеждане на програмата в експлоатация, а прекратяването на достъпа до същата е станало поради обстоятелството, че продуктът е инсталиран на негов сървър и

предоставен хостинг без това да е елемент от договора и след като възложителят не е предоставил собствени такива и не е заплатил за инсталирането на програмата на тях, то това представлява неизпълнение на задълженията му по договора и е довело до прекратяване на достъпа.

Съдът счита, че твърденията на ищеца, че не е заплатил цената за прехвърляне на софтуера на негов сървър, но това не е станало по вина на изпълнителя не кореспондират с фактите по делото. Очевидно е, че на възложителя е била известна сметката на изпълнителя след като по същата е била платена цената на програмата. Освен това „Хрътките“ ЕООД е можело да заплати тази сума чрез пощенски запис или да я депозира в банка или при нотариус и да уведоми за това изпълнителя. В същото време не се твърди, че са осигурени сървър и хостинг за да може прехвърлянето да бъде извършено.

Предвид на изложеното въззивният съд намира, че от фактическа страна се установява, че изработеният софтуер е бил инсталиран на сървър на изпълнителя и е бил работещ, а на възложителя е бил предаден сорс кода на програмата, който е позволявал достъп до същата. Непосочването на сметка, по която да бъде заплатена цената за инсталиране на програмата на сървър на възложителя не е достатъчно, за да се приеме, че изпълнителят е недобросъвестен в изпълнението на задължението за инсталиране на програмата. Ищецът е имал възможност да заяви готовност да плати сумата включително в хода на процеса, за да може ответната страна да изпълни, но такова изявление не е направено.

По делото е установено, че достъпът на ищеца до програмата е прекратен на 13.07.2018г. Ищецът на практика твърди, че в резултат на това действие не е получил продукта за който е заплатил и именно поради това претърпените вреди се изразяват в стойността на същия.

Спорен въпрос по делото е дали възложителят е бил длъжен да предостави сървър, на който да бъде инсталирана програмата и хостинг за нейното използване. Настоящата инстанция намира, че такова задължение е съществувало. Този извод следва на първо място от характеристиките на договора за изработка – че ако не е изрично уговорено, изработването следва да бъде извършено с материали на възложителя и при отчитане на спецификата на изработения продукт. На следващо място в договора не е предвидено и задължение на изпълнителя да осигури сървър и хостинг и като се има предвид, че това са ресурси – компютър или компютри и услуги, които се предоставят срещу заплащане за определени периоди от време, не може да се приеме, че същите се включват по подразбиране на предмета на договора, който е изработване на конкретен софтуерен продукт. Съгласно клаузите на договора изпълнителят е длъжен само да изработи, инсталира и въведе в експлоатация този продукт, както и да осигури гаранционната му поддръжка без това да включва администрирането на сайта и неговото текущо обслужване във връзка със самото му функциониране. Аргумент в подкрепа на извода, че осигуряването на сървър и

хостинг е задължение на възложителя е и цитираното по-горе съдържание на договора за безвъзмездна финансова помощ – р.11 от същия, в който е посочено, че бенефициентът ще използва сървърна инфраструктура по наем (за своя сметка) като алтернативен и икономически най- изгоден бизнес подход. Това означава, че още при одобряване на проекта тази страна е знаела за това свое задължение и доводите, че в договора не е предвидено такова задължение на възложителя са несъстоятелни.

С оглед на изложеното настоящият състав приема, че действително към датата на завеждане на иска и към приключване на устните състезания възложителят няма достъп до поръчания и заплатен от него продукт, но това е в резултат на неоказването на съдействие на изпълнителя.

Въз основа на тези факти въззивният съд излага следните съображения:

Предявените иски са с правно основание чл.82 от ЗЗД и чл.92,ал.1 от ЗЗД. Претендира се пълна обезвреда на претъпените вреди наред с договорна неустойка за неизпълнение.

В практиката на ВКС по реда на чл.290 от ГПК (Решение. № 68/ 09.07.2012 г. по т.д. № 450/ 2011г., I т.о; Решение №67/25.02.2013г. по гр.д.№170/2012г., 4-то г.о.) се приема,че кредиторът може, наред с реализацията на договорната неустойка, да поиска и вреди, доколкото те я надхвърлят. Освен това той не е длъжен да се ползва от възможността да претендира неустойка, а когато уговорената неустойка не е изключителна, минималният обем на отговорността на длъжника е обезщетяване на всички вреди. Съобразявайки същата и като взема предвид, че в конкретния случай се предявени претенции и за неустойка и за обезщетяване на вредите по реда на чл.82 от ЗЗД и предвид нормата на чл.92, ал.1, изр.второ ЗЗД, настоящият състав намира, че следва да разгледа първо искомите за присъждане на неустойка, защото ако те са основателни, това може да се отрази на претенцията за пълно обезвреждане на вредите- такова обезщетение може да се търси само до толкова, доколкото надхвърлят неустойката.

Апелативният съд счита, че искомите за присъждане на неустойки са неоснователни поради следните съображения:

Неустойката представлява отнапред уговорена отговорност за вредите, които изправната страна търпи от неизпълнението на съконтрахента си без да се налага размерът на тези вреди да се доказва. Тя обаче се носи само за тези вреди, които са предвидени в конкретната клауза.

Претенциите за неустойки са основани на текста на чл.9, ал.3 от договора. В същия е предвидено, че в случай на неизпълнение в уговорения срок на което и да е от задълженията на изпълнителя по чл.5 от договора, последният дължи на възложителя неустойка в размер на 10 000лв.

В чл.5 е уредена гаранционната отговорност на изпълнителя. Съгласно тази клауза, последният е длъжен да гарантира, че изработеният актив е нов, неизползван и отговаря на изискванията на в офертата, както и че всички доставени активи нямат дефекти в следствие на дизайна, вложените материали и изработката, уговорен е гаранционният срок, времетраенето, в което изпълнителят е длъжен да отстрани повреда, като и адресите, телефоните и електронните пощи, на които изпълнителят е длъжен да осигури лица за приемане на сигналите от страна на възложителя.

С исковата молба обаче ищецът моли да бъде присъдена неустойка по чл.9,ал.3 за нарушаване на задълженията на изпълнителя по чл.3,ал.5 и ал.7, както чл.2,вр.чл.5 от договора.

Клаузата на чл.2 касае срока на договора и мястото на изпълнение. Фактическото твърдение, на което се основава искът за неустойка поради нарушаване на задължението по този текст е нарушаване на задължението да бъде подписан протокол за окончателно приемане на изпълнението.

Чл.3 урежда основните задължения на изпълнителя, а конкретно посочените алинеи – уведомяването на възложителя за възникването на обстоятелства, които са от съществено значение за интересите му и възникването на авторските права върху програмния продукт и преминаването им върху възложителя.

Предвид на съдържанието на цитираните клаузи от договора, дори и да е налице нарушение на задълженията по чл.2 и чл.3, не може да бъде прието, че тези нарушения биха били основание за ангажиране на отговорността на ответника на основание чл.9,ал.3 от същия. Уговорката е, че изпълнителят ще дължи предвидената в този текст неустойка ако има нарушение на чл.5 от договора. В случая фактическите твърдения са за нарушаване на други задължения по договора и клаузата на чл.9,ал.3 не намира приложение.

За пълнота следва да се отбележи, че по делото не се установява да са налице предпоставките за уважаване на исковете за неустойка и на основание чл.9, ал.1 и ал.2 от договора. В тези текстове е предвидена отговорност на изпълнителя при забава на доставката. От събраните доказателства беше доказано, че преди крайния срок, предвиден в договора е подписан приемо – предавателен протокол, в който възложителят е заявил, че приема доставката без възражения. Както вече беше посочено, от наличния доказателствен материал е видно, че и след тази дата е имало действия, свързани с въвеждането в експлоатация на продукта, но това е станало по съгласие между страните, а що се касае до инсталирането на продукта на сървър на възложителя, това не се е осъществило по негова вина, поради което и изпълнителят не носи отговорност за забава във връзка с изпълнението на това задължение.

Ето защо не са налице предпоставките за уважаване на исковете с правно основание чл.92, ал.1 от ЗЗД.

По отношение на иска за присъждане на сумата 20 000лв., предявен като частична претенция от общо 430 000лв., представляваща обезщетение за вреди, претърпени в резултат на изпълнение на задълженията на ответника по процесния договор, апелативният съд намира следното:

Този иск е с правно основание чл.82 от ЗЗД. За да бъде уважена такава претенция е необходимо да бъде установено, че ищецът е претърпял загуба или е пропуснал ползи в резултат от неизпълнението на договорните задължения на ответника. Тъй като в случая се иска обезщетение за претърпени вреди, то е необходимо да бъде доказано че е налице неизпълнение и че именно то е причина за вредата, т.е че същата закономерно произтича от него. Според ищеца неизпълнението се изразява в това, че ответникът неправомерно и без да го предупреди е спрял достъпа му до програмата, а на потребителите - до сайта, както и че неоснователно е задържал сорс кода и не е предоставил базите данни. Освен това отказът да бъде подписан окончателен приемо - предавателен протокол водел до риск Договорът за безвъзмездна финансова помощ да бъде прекратен.

С оглед установените факти по делото апелативният съд намира, че не са налице елементите на фактическия състав на чл.82 от ЗЗД. От събраните доказателства беше установено, че сорс кодът на програмата е предаден и възложителят е имал достъп до базите данни на сайта като последните са се намирали на временния сървър, собственост на ответника, т.е няма неизпълнение на тези задължения на Девижън“ ООД. Последващото предаване на базите данни е следвало да стане чрез прехвърлянето им на сървър на ищеца. Това не се е осъществило. В същото време е безспорно и че ищецът няма достъп до изработения в изпълнение на договора сайт. Последните две обстоятелства обаче са настъпили в резултат на поведението на самия кредитор, който не е оказал необходимото съдействие на изпълнителя по договора като не му е предоставил сървър и хостинг за инсталиране на софтуерния продукт, а след „качване“ на програмата на временен сървър не е заплатил възнаграждение за преместването ѝ на постоянен такъв. Последното не е поискано неоснователно, тъй като в случай, че при приключване на работата по програмния продукт е имало предоставени сървър и хостинг, то базите данни са щели да бъдат инсталирани направо там и е нямало да има нужда от допълнителното им прехвърляне. Въз основа на наличната по делото електронна кореспонденция и събраните по делото гласни доказателства, настоящият състав приема, че между страните е обменяна информация за хода на работата и дори самото прекъсване на достъпа до сайта и програмата да е станало без конкретно предупреждение, възложителят е имал достатъчно време, за да организира прехвърлянето на софтуерния продукт. С оглед на тези факти въззивният съд намира, че в случая сме изправени пред хипотезата на чл.95 от ЗЗД - забава на кредитора, която освобождава длъжника от отговорността му за неизпълнение. Ето защо последният не носи отговорност за настъпили в резултат на това неизпълнение вреди.

Към датата на приключване на устните състезания по делото няма данни за прекратяване на Договора за безвъзмездна финансова помощ и съответно за ищеца не са

настъпили вреди от такова обстоятелство.

Твърдението, че вредите, които възложителят търпи се изразяват в начислените от дружеството амортизационни отчисления за актив, който не е във владение на дружеството не следва да се обсъждат, тъй като те са въведени за пръв път с въззивната жалба и това фактическо основание не се включва в предмета на делото.

Предвид на всичко изложено предявеният частичен иск за сумата от 20 000лв., които са част от пълния размер на вредите от 430 000лв. се явява неоснователен и като такъв следва да бъде отхвърлен.

Първоинстанционният съд е достигнал до същия извод, поради което решението в тази му част се явява правилно и законосъобразно и като такова следва да бъде потвърдено.

По предявения насрещен иск:

Претенцията е с правно основание чл.79,ал.1 от ЗЗД. За да бъде уважен такъв иск е необходимо да бъде установено, че между страните съществува валидна облигационна връзка, основана на договор, че ищецът е изправна страна по този договор, а ответникът не е изпълнил своите задължения по същия.

По настоящото дело е спорно дали извършените от „Девижън“ ООД дейности са в резултат на ново съглашение между страните или представляват отстраняване на недостатъци на вече изработения продукт. Въз основа на събраните доказателства – разменената между страните кореспонденция, от която е видно, че са отстранявани проблеми при ползването на сайта, но са поръчвани и много допълнения и изменения в дизайна и възможните опции, както и от заключението по приетата и неоспорена от страните съдебно - техническа експертиза се установява, че около 80-90 % от извършените дейности не са част от възложената работа. Предвид на това въззивният съд приема, че е налице възлагане на извършването на задачи, които са извън предмета на първоначалния договор. От събраните доказателства се установява, че те са изпълнени и работата е приета, т.е ищецът по този иск е изправна страна по договора. При липса на други уговорки за цената на изработеното и след като няма данни за дарствено намерение от страна на изпълнителя, то възложителят следва да заплати стойността на извършеното по средни пазарни цени.

От заключението на вещото лице- инженер компютърен специалист се установява, че са изработени общо 671 часа при средна пазарна цена от 58 лв. час. Тъй като само 80% от извършеното са функции, които са извън предмета на първоначални договор, то от общата стойност на положения труд - 38918 лв. следва да се присъдят 80% или 31134,40лв.

Първоинстанционният съд е достигнал до същия извод, поради което решението и в тази му част следва да бъде потвърдено.

С оглед изхода на делото пред настоящата инстанция, на въззиваемото дружество ще следва да се присъдят направените разноски в това производство, които са в размер на 6000лв.

Водим от гореизложеното,Софийският апелативен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 584 от 21.04.2020г., постановено по т.д.№ 2409/2018г. по описа на СГС в обжалваните му части.

ОСЪЖДА „Хрътките“ ЕООД , ЕИК 200889587 със съдебен адрес: София, бул. „Евлоги и Христо Георгиеви“ №61, ет.2, ап.15, чрез адв.Х.С. С. да заплати на „Девижън“ ООД, ЕИК 175295373 със седалище и адрес на управление гр.София, ул. „Алеко Константинов“ №44, ет.1,ап.3 направените разноски във въззивното производство в размер на 6000лв.

Решението подлежи на касационно обжалване при наличие основанията по чл. 280, ал. 1 и ал. 2 ГПК пред Върховния касационен съд в едномесечен срок от връчването му на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____