

РЕШЕНИЕ

№ 204

гр. Пловдив, 26.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – ПЛОВДИВ, 1-ВИ ТЪРГОВСКИ СЪСТАВ, в публично заседание на двадесет и седми октомври през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател: Надежда Ив. Желязкова
Каличкова

Членове: Славейка Ат. Костадинова
Красимира Д. Ванчева

при участието на секретаря Катя Н. Митева
като разглежда докладваното от Славейка Ат. Костадинова Въззивно търговско дело № 20215001000527 по описа за 2021 година

За да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е въззивно – по чл. 258 и следващите от ГПК.

С решение № 260140 от 05.04.2021 година, постановено по т. дело № 1060/ 2019 година по описа на Окръжен съд – Пловдив, са отхвърлени исковите по чл. 59 ЗЗД, предявени от „П.“ ЕООД, ЕИК ***, със седалище и адрес на управление гр. П. 4000, бул. „***“ № 8, представлявано от управителя Н.И.Б., против О. П., ЕИК ***, с адрес гр. П., пл. „***“ № 1, за осъждане на О. да заплати на ищцовото дружество сума в размер на 796 484,83 лева, представляваща стойността на извършената от ищеца, но незаплатена от ответника работа по сключения между страните по реда на ЗОП договор № 13 / 18.12.2006 год., с която сума О. П., като възложител, неоснователно се е обогатила за сметка на изпълнителя, ведно със законната лихва, считано от датата на подаването на исковата молба до окончателното плащане, като погасени по давност. На основание чл. 78, ал. 3 ГПК „П.“ ЕООД, ЕИК ***, е осъдено да заплати на О. П., ЕИК ***, сумата 18 000 лева разноси по делото.

Така постановеното решение е обжалвано с въззивна жалба от ищеца „П.“ ЕООД. Оплакванията са, че решението е постановено в противоречие с материалния закон и при съществени нарушения на процесуалните правила. Оспорен е изводът на първоинстанционния съд за погасяване с общата петгодишна давност на исковата претенция. Становището на жалбоподателя е, че тази петгодишна давност е започнала да тече едва от влизане в сила на решение № 31 от 127.04.2017 година на ВКС по гр. дело № 60023/2016 година на II г.о., с което е прогласена за нищожна клаузата на чл. 94.3. от специалните условия на сключения между страните договор № 13 от 18.12.2006 година, уреждаща възможност за актуализиране на цените по договора за обществена поръчка, като е осъден ищеца да върне на О. П. сумата от 128307,35 лева с ДДС, представляваща сбор от изплатени суми по издадени фактури на основание на тази нищожна клауза. Тази клауза била прогласена за нищожна по иск на О. – П.. Съдът не обсъдил направеното от жалбоподателя възражение, че става дума за клаузи от договор, сключен при условията на ЗОП, които били одобрени предварително по специален ред от административния орган и предложени от възложителя, без за изпълнителя да е съществувала възможност да влияе върху тяхното съдържанието по какъвто и да е начин, т.е. че изпълнителят бил в неравностойно положение спрямо възложителя. Предварително заложените от възложителя клаузи били във вреда на изпълнителя и създавали значително неравновесие между правата и задълженията на страните, като по този начин се нарушавали изискванията за добросъвестност при сключването на договорите, като се давала възможност на възложителя да се позове на нищожност на клауза, предложена от самия него. Договорът не бил сключен при условията на свободно договаряне, а съдържал в себе си властнически елемент за неизменение на предложените и одобрени по административен ред клаузи. Това са доводите, въз основа на които ищецът счита, че правото на бъде предявена претенцията по чл. 59 от ЗЗД е настъпило едва от момента на влизане в сила на решението, с което процесната клауза е обявена за нищожна, тъй като именно от този момент ищецът бил лишен от възможността да предяви претенцията си на договорно основание. Оспорени са и изложените от първоинстанционния съд доводи за спиране и прекъсване на погасителната давност. Жалбоподателят поддържа също, че с връщането на сумата от 128307,35 лева на О. – П., макар и в изпълнение на влязлото в

сила съдебно решение, тя се е обогатила неоснователно от момента на това връщане през 2017 година, а производството по настоящото дело е образувано само две години след това – през 2019 година, преди да е изтекла погасителната давност. Не бил обсъден от първоинстанционния съд и доводът на ищеца, че възложителят не се е възползвал както от правото си по чл. 46.4. от договора, така и от това по чл. 43, ал. 4 от ЗОП за прекратяване на договора за обществена поръчка, когато в резултат на обстоятелства, възникнали след сключването му, не е в състояние да изпълни своите задължения. Посочено е, че от събраните по делото доказателства се установява фактическият състав по чл. 59 от ЗЗД, а именно обедняване на ищеца, обогатяване на ответника и причинна връзка между двете. Искането е да се отмени решението на ОС – П. и да се постанови ново по същество, с което да се уважи предявеният иск, като се присъдят на жалбоподателя разноски за двете инстанции.

Срещу въззивната жалба е подаден писмен отговор от О.- П. с изразено становище за правилност на първоинстанционното решение и подробно развити съображения за неоснователност на изложените във въззивната жалба оплаквания. Искането е за неговото потвърждаване и за присъждане на разноски за въззивната инстанция.

Страните не сочат нови доказателства пред въззивната инстанция.

Съдът, съобразявайки оплакванията във въззивната жалба, събраните по делото доказателства и доводите на страните, приема следното:

Въззивната жалба е процесуално допустима, подадена е от лице, имащо правен интерес да обжалва, а именно от ищеца срещу решението, с което е отхвърлен предявеният от него иск. При подаване на въззивната жалба е спазен срока по чл. 259 от ГПК.

Въззивната инстанция, с оглед на правомощията си по чл. 269 от ГПК намира, че първоинстанционното решение е валидно и допустимо.

Разгледана по същество, въззивната жалба е неоснователна.

Пред ОС – П. по т. дело № 1060/2019 година е предявен иск от „П.“ ЕООД против О. – П. с правно основание чл. 59 от ЗЗД за присъждане на сума, с която ответникът се е обогатил неоснователно за сметка на обедняването на ищеца.

От обстоятелствената част на исковата молба и от последващите молби

за отстраняване на нередовности в нея е видно, че предявеният иск е с цена 796 484,83 лева, в която е включена сумата от 663737,36 лева без ДДС и 20% ДДС в размер на 132747,47 лева. При формулирането на искането е посочено, че тази сума се претендира като неоснователно обогатяване на ответника О. П. за сметка на обедняването на ищеца със стойността на извършената от него, но незаплатена от възложителя работа по сключен между страните по реда на ЗОП договор № 13/18.12.2006 година.

Ищецът признава в обстоятелствената част на исковата молба, а и от представените към нея писмени доказателства се установява, че между страните е сключен договор за обществена поръчка по реда на ЗОП, с възложител О. П. и изпълнител „П.“ ООД за извършването на ремонт на улици в район „И.“ и район „Т“ съгласно програма за управление на техническата инфраструктура на О. П. – реконструкция, преасфалтиране, кръпки, както и разширение на булевард „И.“ и реконструкция на бул. „****“.

Безспорно е, а и с представените доказателства се установява, че уговорената с договора обща цена от 9 070 835,51 лева, включваща цялостно извършване на проектните и строително-монтажните работи, включително цената на вложените материали, извършените работи и разходи за труд, механизация, енергия и др., подробно посочени в чл. 94.2. , разпределена по години съгласно уговореното в чл. 94.1. от договора, е реално заплатена от възложителя в сроковете по договора, след като са представени протоколите и фактурите съгласно чл. 94.5.1.

За годността на извършените от ищеца работи е съставен констативен акт образец 15 на 29.10.2008 година, на 31.03.2009 година е съставен акт образец 16 на държавната приемателна комисия за установяване годността за ползване на строежа, предмет на договора за обществена поръчка, а на 30.04.2009 година е издадено разрешение за ползването му.

Претенцията на ищеца по настоящото дело е основана на това, че стойностите на извършените работи не са актуализирани и възложителят не е изплатил исковата сума, представляваща разликата между първоначално договорените и реално заплатени цени и цените от „Справочник за цените в строителството“, издание на строително-консултантска агенция „С“ на база последното тримесечие на 2006 година.

В молба вх. № 18945 от 08.07.2020 година, подадена от ищеца „П.“

ООД, свързана с уточнение на първоначалната искова молба, се съдържа справка с подробно посочване на актовете образец 19, съставени в хода на изпълнение на обществената поръчка, за дейностите по които се претендира исковата сума. Става дума за общо 19 на брой актове образец 19, съставени през периода от 11.04.2007 година до 25.11.2009 година. В таблица № 1 към тази молба са изброени всички 19 акта образец 19, като е посочена стойността на всеки един от актовете, която е заплатена от О. П. и разликата за изплащане след индексацията на цените съгласно коефициентите, публикувани в книжка „Строителен обзор“ на „С“. Тази разлика по всички процесни актове образец 19 е в общ размер на исковата сума от 796484,83 лева и включва сумата от 663737,36 лева без ДДС и 132747,47 лева ДДС.

От изложените в исковата молба обстоятелства и доказателствата се установява, че част от исковата сума от общо 128307,35 лева с ДДС, представляваща индексирани цени по актовете образец 19 от 11.04.2007 година, 11.07.2007 година, 20.09.2007 година и 12.12.2007 година, за които е съставен констативен протокол № 1/17.12.2008 година и е издадена фактура № 1542/19.12.2008 година и акт образец 19 от 06.03.2008 година по съставен констативен протокол № 2/22.12.2008 година и издадена фактура № 1543/22.12.2008 година, е приета и заплатена от О. П. през 2009 година.

Индексирането на дължимите суми по договора според обстоятелствената част на исковата молба е на основание клаузите на чл. 46.1. /общи условия/ във връзка с чл. 94.3. /специални условия/. Според чл. 46.1. договорът трябва да бъде при фиксирани цени, освен ако не е посочено друго в Специалните условия и с изключение на условията по чл.46.4.

В чл. 94.3. от специалните условия на договора е посочено, че действителните количества и стойности на изпълнените работи се доказват с акт, изготвен по единични цени от предложението на Изпълнителя, неразделна част от настоящия договор. В изречение второ е предвидено, че единичните цени се актуализират по тримесечия, като намаляват или нарастват с процента на промяната на идентични цени от „Справочник на цените в строителството“, издание на строително-консултантска агенция „С“, при база последното тримесечие на 2006 година.

О. – П. е предявила срещу „П.“ ЕООД иск по чл. 26 ал. 1 от ЗЗД за прогласяване нищожността на клаузата на чл. 94.3. от договора, уреждаща

актуализация на уговорените цени. Искът е предявен по т. дело № 968/2013 година на ОС – П., което е приключило на 27.04.2017 година с постановяване на решение № 31 от 27.04.2017 година по гр. дело № 60023/2016 година на ВКС, П.г.о. С него е прогласена за нищожна клаузата на чл. 94.3. изречение второ от Специалните условия на договор № 13 от 18.12.2006 година като противоречаща на чл. 43 ал. 1 от ЗОП / отм./. Със същото решение е осъдено „П.“ ЕООД да върне на О. П. сумата от 128 307,35 лева с ДДС, изплатена на основание на нищожната клауза въз основа на издадени фактури за актуализиране на цени, ведно със законната лихва от датата на исковата молба 18.12.2013 година до окончателното изплащане.

„П.“ ЕООД е заплатило на О. П. сумата от 128307,35 лева с ДДС, присъдена с решението на ВКС, на дата 15.05.2017 година, видно от банковото извлечение на стр. 258 от първоинстанционното дело.

Във връзка с актуализираните цени по останалите протоколи образец 19 / извън описаните по-горе на обща стойност 128307,35 лева с ДДС/, посочени от ищеца в таблица 1 към молбата му от 08.07.2020 година, през месец август 2011 година е съставен констативен протокол № 3 и сметка № 3, според които общата дължима сума след индексацията е 556814,57 лева без ДДС, или 668177,48 лева с ДДС. За част от тази сума – 144000 лева с ДДС е издадена фактура № 3324/05.11.2012 година. На 29.11.2012 година О. е отказала плащане по нея, позовавайки се на нищожност на клаузата на чл. 94.3. от договора.

За това вземане в общ размер на 668177,48 лева е предявен иск от „П.“ ЕООД срещу О. – П. по т. дело № 269/2013 година на ОС – Пловдив, като вземането е претендирано на договорно основание – чл. 46 и чл. 94.3. от договора. Производството по това дело е прекратено с влязло в сила на 04.05.2018 година определение поради оттегляне на предявения иск от ищеца след влизане в сила на решението по т. дело № 968/2013 година, с което е прогласена нищожността на клаузата на чл. 94 т. 3 изречение второ от договора и след като е оставено без уважение искането му от 15.03.2018 година за изменение на основанието на предявения иск, като се приеме, че претенцията е не на договорно, а на извъндоговорно основание.

При така установената по делото фактическа обстановка следва да се приеме, че предявеният иск е неоснователен.

Ответникът О. - П. е направил още с отговора на исковата молба възражение за изтекла погасителна давност за иска по чл. 59 от ЗЗД. Това възражение е прието за основателно от първоинстанционния съд.

Настоящият съдебен състав намира, че изводът на първоинстанционния съд за изтекла погасителна давност на иска по чл. 59 от ЗЗД е правилен, като споделя изцяло и на основание чл. 272 от ГПК препраща към изложените от него мотиви досежно приложимостта на общата петгодишна давност по чл. 112 ал. 1 от ЗЗД и началния момент, от който започва да тече тази давност, а именно твърдяното неоснователно размястване на блага, което в случая следва да се свърже с приемането на работата от възложителя. Най-късният момент за това е съставянето на последния протокол образец 19, по който се претендират индексирани цени и който е от дата 25.11.2009 година, при което петгодишната давност е изтекла много преди завеждането на настоящото дело на 05.12.2019 година.

В допълнение, с оглед конкретните оплаквания, които са изложени във въззивната жалба, съдът намира следното:

Отношенията между страните по спора са уредени със сключен помежду им договор. Вярно е, че до сключването на договора се е стигнало след изпълнение на административна процедура, уредена в ЗОП. Това обаче не е основание да се приеме, че изпълнителят по договора е бил поставен в по-неблагоприятно положение, каквито доводи има във въззивната жалба. Ищецът е участвал и е спечелил обявената обществена поръчка, сключил е договор с конкретни условия и е обвързан от тях. При нищожна клауза в договора, каквато е тази на изречение второ на чл. 94.3. , прогласена за нищожна по съдебен ред, страните са обвързани от силата на пресъдено нещо и не могат да претендират права въз основа на нея. Нищожността поради противоречието с императивни законови разпоредби е изначална, от момента на сключване на договора.

Съдът не споделя доводите на жалбоподателя, че погасителната давност за иска по чл. 59 от ЗЗД за сумата от 128 307,35 лева е започнала да тече едва от момента, в който тя е заплатена от „П.“ ЕООД на О. П. през 2017 година въз основа на влязлото в сила съдебно решение. Става дума за връщане на сума, получена от ищеца при начална липса на основание поради нищожност на обсъдената по-горе договорна клауза. Връщането на сумата е

въз основа на влязлото в сила съдебно решение и не води до възникване на ново основание за претендирането ѝ на плоскостта на неоснователното обогатяване, за да се приеме, че от този момент тече нова петгодишна давност.

По отношение на остатъка от сумата до пълния претендиран с исковата молба размер също няма основание да се приеме различен от обсъдения по-горе начален момент, свързан с приключване и предаване на дейностите по договора, от който е започнала да тече погасителната давност. Основанието, на което се претендира сумата по настоящото дело е различно от това на иска по т. дело № 269/2013 година на ОС - Пловдив. Освен това производството по т. дело № 263/2013 година е прекратено поради оттеглянето на иска и не може да се приеме, че с предявяването му давността на иска по чл. 59 от ЗЗД е прекъсната или не е текла, докато е било висящо.

В допълнение следва да се посочи, че дори искът по чл. 59 от ЗЗД да не беше погасен по давност, той би бил неоснователен при обстоятелствата, които ищецът е изложил в исковата молба и при събраните доказателства. Липсват конкретни обстоятелства, свързани с реално неоснователно разместване на блага – обогатяване на ответника за сметка на ищеца. Единствените такива са свързани с обсъдената по-горе нищожна клауза на договора, даваща възможност за индексация на цените и с несъответствието на първоначално договорените и заплатени цени с тези по цитирания Справочник на цените в строителството. Само по себе си несъответствието на договорените между страните цени с тези по справочника не е достатъчно, за да се приеме неоснователно обогатяване, а е необходимо да е установено, че такова е настъпило реално.

Отделен е въпросът, че в случая става дума за отношения по договор за обществена поръчка, чието изменение е допустимо само в конкретно уредените с императивни правни норми случаи - чл. 43 от ЗОП /отм./.

Хипотезите на изменение на цените по договор за обществена поръчка са посочени в чл. 43 ал. 2 т. 3 и 4 от ЗОП /отм./ и се свеждат до изменение на държавно регулирани цени или до увеличение в цената поради приемане на нормативен акт – до размера, произтичащ като пряка и непосредствена последица от него. Всяка друга промяна след сключването на договора не се отразява на договорените цени. В този смисъл да се допусне присъждане на

разликата в цените по договора с тези на пазара на плоскостта на неоснователното обогатяване би означавало да се допусне заобикаляне на императивните законови разпоредби, уреждащи договорите за обществени поръчки.

Неоснователни са и доводите, че О. като възложител по договора е злоупотребила с правата си, като се е позовала на нищожност на клауза от договора, която самата тя е предложила. Съдържанието на договора с всички негови клаузи изразява постигнато от страните съгласие. Включването в договора на клауза, противоречаща на императивни правни норми, каквато е тази на чл. 94.3. изречение второ, не може да бъде прието като злоупотреба с права от едната от страните по договора. Позоваването на тази нищожност и предявяването на иск за прогласяването ѝ за такава по съдебен ред също не може да бъде прието като злоупотреба с право.

Неоснователно е и позоваването от жалбоподателя на предвидените в чл. 46.4. от договора и чл. 43 ал. 4 от ЗОП задължения на възложителя да прекрати договора. Според чл. 43 ал. 4 от ЗОП/отм./ възложителят може да прекрати договора за обществена поръчка, ако в резултат на непредвидени обстоятелства не е в състояние да изпълни своите задължения. Според чл. 46.4. от договора в случай на промяна или въвеждане на някакъв национален или държавен законодателен акт, постановление, декрет или друг закон, или някакъв нормативен акт или подзаконов акт на някоя местна или публична власт, след посочената в чл. 46.3 дата, което води до промяна в договорните отношения между страните, възложителят и изпълнителят трябва да се консултират как най-добре да процедират по-нататък по договора, като в резултат на такава консултация могат да решат да прекратят договора по взаимно съгласие. В случая не сме изправени пред никоя от изброените хипотези. О. е изправна страна по договора, изпълнила е поетите задължения по него, с изключение на тези по нищожната клауза. Не се твърдят и не се установяват непредвидени обстоятелства, които да са ѝ попречили да го изпълни. Липсват и твърдения и доказателства за нормативно въведени промени, които да налагат прекратяването на договора. Става дума за договор, по който двете страни са изпълнили задълженията си в уговорените срокове още през 2009 година – изпълнителят е изпълнил и предал на възложителя възложените с договора работи, а възложителят от своя страна да ги е приел и заплатил.

При невъзможност да се направи извод за неоснователно обогатяване на ищеца за сметка на обедняването на ответника, предявеният иск по чл. 59 от ЗЗД би бил неоснователен, дори да не беше погасен по давност.

По тези съображения съдът намира, че следва да потвърди първоинстанционното решение.

С оглед изхода на спора право на разноски за въззивната инстанция има ответникът по жалбата О. – П.. Претендирани са такива в размер на адвокатското възнаграждение на процесуалния представител на О. адвокат Д.Т.. Съдът намира, че не са налице основания за присъждане на разноски в размер на адвокатското възнаграждение, доколкото липсват доказателства, че същото е реално заплатено. Видно от договора за правна защита и съдействие, приложен на стр. 31 от въззивното дело, в него е посочено само, че е договорено адвокатско възнаграждение в размер на 20 000 лева. Няма отбелязване, че същото е заплатено върху самия договор. Няма и други доказателства за заплащането му. С оглед на това и съобразявайки т. 1 от ТР № 6/2012 година от 06.11.2013 година на ОСГТК на ВКС съдът приема, че не са налице основания за присъждане на разноски поради липса на доказателства за реалното заплащане на адвокатското възнаграждение.

По изложените съображения Пловдивският апелативен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 260140 от 05.04.2021 година, постановено по т. дело № 1060/ 2019 година по описа на Окръжен съд – Пловдив.

Решението подлежи на обжалване пред ВКС с касационна жалба в едномесечен срок от връчването му на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____