

РЕШЕНИЕ

№ 213

гр. София , 08.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 3-ТИ ТЪРГОВСКИ в публично заседание
на тринадесети ноември, през две хиляди и двадесета година в следния
състав:

Председател:	Теодора Кръстева
Членове:	Ивайло Младенов Светлин Михайлов

при участието на секретаря Красимира Г. Георгиева
като разгледа докладваното от Ивайло Младенов Въззивно търговско дело №
20201001002209 по описа за 2020 година

Производството е по чл. 258 и следващите от ГПК.

Образувано е по въззивна жалба на Община Кочериново срещу решение № 80 от 25.11.2019 г. по т.д.№ 22/2019 г. на Кюстендилския окръжен съд, Г. К., с което по иск с правно основание чл. 79, ал. 1 от ЗЗД жалбоподателят е осъден да заплати на „ПСТ Груп“ЕАД- гр. София, в качеството му на съдружник в консорциум „В И К Кочериново 2012“, сумата от 43 474,85 лева, представляваща невъзстановена гаранция по чл. 23 от договор № ОП-05-1/8.02.2013 г. с предмет „Разширяване на съществуващата междуселищна водоснабдителна инфраструктура в община Кочериново“, ведно със законната лихва върху нея от подаване на исковата молба- 25.10.2019 г. до окончателното ѝ изплащане, а по иск с правно основание чл. 86, ал. 1 от ЗЗД- сумата от 7728,86 лева- обезщетение за забава в размер на законната лихва за периода от 25.04.2017 г. до 25.01. 2019 г. и е присъдил на въззиваемото дружество направените по воденето на делото разноски.

В жалбата се твърди, че решението е недопустимо, тъй като искът е предявен от дружество, което е съдружник в консорциум, организиран като гражданско дружество по ЗЗД, което не е юридическо лице, поради което претенцията за връщане на заплатена гаранция може да бъде предявена само от всички съдружници като ищци, в който случай исковата молба следва да бъде подписана от всеки ищец или негов пълномощник. Поддържа се, че искът е недопустим в частта, с която ищецът претендира заплащане на суми, дължими на другия съдружник по договора за гражданско дружество, тъй като с това по същество той

предявява чужди права при липса на предпоставките за това. С позоваване на практиката на Върховния касационен съд, формирана по реда на чл. 290 от ГПК, в жалбата е наведен довод, че с договора за обществена поръчка не е уговорена активна солидарност на съдружниците в консорциума по отношение на възложителя на поръчката, от която да произтича легитимацията на всеки от съдружниците да получи сумата, внесена като гаранция за изпълнение, а е посочено изрично, че тя се възстановява на изпълнителя, който в случая е самото гражданско дружество по ЗЗД, притежаващо собствена сметка, която е обща за всички съдружници в него. Изложено е, че право на водещия съдружник да получи самостоятелно плащане на каквито и да било суми по договора (вкл. възнаграждение за строително-монтажни работи и гаранции) не е предвидено и в договора за дружество по ЗЗД, а обратното: в клаузата на чл. 2.5 е посочено, че финансовите отношения между съдружниците се определят според дяловото им участие. Посочено е, че съдът не е съобразил, че страна по сделките с трети лица не е самото гражданско дружество, а отделният съдружник, респ. съдружници, поради което, ако съдружникът е действал от името на всички съдружници в гражданското дружество, в качеството му на управител или като пълномощник, всички съдружници са кредитори и могат да упражняват правата по сключените от тяхно име и за тяхна сметка сделки, но във вътрешните отношения дяловете им са равни или съразмерни на дяловете им в дружеството, съобразно чл. 359, ал. 1 и ал. 2 от ЗЗД.

Формулирано е искане за обезсилване на обжалваното решение като недопустимо, евентуално- за отмяната му като неправилно и за постановяване на друго, с което предявените искове да бъдат отхвърлени.

Въззиваемият „ПСТ Груп“ЕАД оспорва въззивната жалба.

В писмения отговор, депозиран по реда на чл.263, ал.1 от ГПК от пълномощника му Н. А. се твърди, че с процесния договор за строителство, общината е възложила изпълнението на работите и се е задължила да заплати уговореното възнаграждение по отношение на консорциума, а не по отношение на някоя от страните по договора за гражданско дружество, поради което всички задължения, поети от възложителя по него, включително задължението да възстанови получената гаранция за добро изпълнение при условията на договора, са спрямо консорциума, а не спрямо отделните участници в него. Изложено е, че в клаузите на чл. 4, чл. 5 и чл. 10, т. 1 от договора за обществена поръчка е предвидено, че изпълнителят има право на възнаграждение, чието заплащане възложителят дължи общо на консорциума, както и че в чл. 23 от договора същото е предвидено по отношение на внесената гаранция, която се освобождава по искане и в полза на изпълнителя, откъдето се черпи довод, че е налице уговорка, че възложителят дължи връщането ѝ общо, което според въззиваемия е достатъчно да обоснове извод за уговорена активна солидарност на кредиторите- съдружници в договора за гражданско дружество по ЗЗД. Наведен е довод, че разделност в отношенията между съдружниците, противоречи на договора за обществена поръчка, договора за учредяване на консорциума и закона - чл. 359,

ал. 1 и ал. 3 от ЗЗД, като при предвидените в закона предпоставки разпределянето на сумите се урежда във вътрешните отношения между съдружниците в консорциума, съобразно уговореното с договора за учредяването му, но по отношение на възложителя по договора задължението е общо, поради което всеки от двамата съдружници е активно легитимиран да предяви иск за връщане на сумата по гаранцията в пълен обем. Наведен е и довод, че исковата сума от 43 474.85 лв. е била внесена по сметката на общината от „ПСТ Груп“ ЕАД, който самостоятелно, в пълен обем, като лидер и от името на консорциума е изпълнил задължението за предоставяне на гаранция за изпълнение на договора. Направено е искане за потвърждаване на обжалваното решение.

Съдът, като прецени доводите и възраженията на страните, във връзка с доказателствата по делото, съобразно чл. 235 от ГПК, във връзка с чл. 273 от ГПК, приема следното :

Въззивната жалба е подадена в процесуално- преклузивния срок по чл. 259, ал. 1 от ГПК, срещу валиден и допустим съдебен акт и от надлежно легитимирана страна с правен интерес от обжалването, поради което е процесуално допустима.

Безспорно е между страните по делото, а това се установява и от събраните доказателства, че с договор за създаване на сдружение, сключен между 15.03.2012 г., „ПСТ Груп“ ЕАД (с тогавашно наименование и организационна форма „ПСТ Холдинг“ АД) и „Нова Техно Билдинг“ ООД, са постигнали съгласие за учредяване на сдружение с наименование „В и К Кочериново 2012“, с цел обединяване на усилията им за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Разширяване на съществуващата междуселищна водоснабдителна инфраструктура в община Кочериново“ и неговото изпълнение, в случай, че то бъде възложено на сдружението с договор. Уговорено е, че сдружението има статут на консорциум и за него се прилагат правилата за гражданското дружество в съответствие с чл. 276 от ТЗ във връзка с чл. 357 и следв. от ЗЗД. В клаузата на т. 2.2. „ПСТ Холдинг“ АД- сега „ПСТ Груп“ ЕАД е определено за лидер на сдружението, отговорен за неговото управление, който според т. 2.3 е упълномощен да поема задължения, да получава инструкции от името на сдружението и на другия съдружник, както и да преупълномощава представител на другия съдружник със своите права. В клаузата на т. 2.5 е уговорено дяловото участие на съдружниците в изпълнението на проекта, а именно 70 % за „ПСТ Груп“ ЕАД и 30 % за „Нова Техно Билдинг“ ООД, съобразно което се определят и финансовите задължения на всеки от съдружниците, съгласно процентното му участие по изпълнението на проекта, а печалбите и загубите се разпределят между тях с допълнително подписани споразумения. В т. 4.1 е упълномощен един от управителите на „ПСТ Груп“ ЕАД да представлява сдружението, включително пред КЗК и съда, да поема задължения от негово име, да получава инструкции от възложителя за и от името на сдружението, както и да подпише офертата за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка и договора за изпълнение на проекта при евентуалното възлагане на изпълнението му, а в т. 4.2- да открива и да се разпорежда с банковите му сметки. В клаузата на т. 8.2 е предвидено, че

сдружението ще прекрати действието си едва след изтичане на гаранционните срокове по евентуално възложения и изпълнен проект.

С договор № ОП-05-1/8.02.2013 г., сключен по реда на ЗОБП възложителят Община Кочериново е възложила на Сдружение „ВиК Кочериново 2012”- договор за гражданско дело по ЗЗД, да изгради „Разширяване на съществуващата междуселищна водоснабдителна инфраструктура в Община Кочериново”, община Кочериново, в съответствие с документацията за участие в процедурата, одобрените и съгласувани инвестиционни проекти, офертата за изпълнение на поръчката, условията на проекта и програмата, по които е осигурено финансирането. В клаузата на чл. 22, ал. 1 от договора за обезпечаване изпълнението на задълженията по него, изпълнителят се е задължил при подписването му да представи документ за внесена гаранция в лева, в размер на 3 % от общата стойност на договора по посочена в същата клауза банкова сметка на общината- възложител. Според чл. 23, гаранцията за изпълнение на договора се освобождава по писмено искане на изпълнителя след изтичане на **един месец от датата на получаване на разрешение за ползване на строежа**, освен ако възложителят е усвоил гаранцията преди приключване на договора, по причина на неизпълнение от страна на изпълнителя на някое от задълженията му. Безспорно е между страните по делото, че към датата на сключване на договора- 8.02.2013 г., сумата по гаранцията в размер на 43 474.85 лв. е била внесена по банкова сметка на Община Кочериново.

Като писмени доказателства по делото в първоинстанционното производство са приети три разрешения за ползване, издадени от ДНСК на една и съща дата- 17.12.2015 г. съответно № СТ-05-2430, за разрешаване ползването на строеж „Разширяване на съществуващата междуселищна водоснабдителна инфраструктура в Община Кочериново“, подобект „Боровец-Крумово“, № СТ-05-2428 за подобект „Мурсалево-Боровец“ и СТ-05-2424 за обект „Водоснабдяване на с. Бараково- Община Кочериново“, подобект „Подмяна на съществуващ външен водопровод“, находящ се в с. Бараково, Община Кочериново обл. Кюстендил. С писмо връчено на 24.04.2017 г. представителят на консорциума е поканил Община Кочериново да му възстанови заплатената като гаранция сума.

При горните данни въззивният съд намира следното :

Безспорно е между страните по делото, а това се установява и от събраните доказателства, че между Община Кочериново като възложител и сдружение „ВиК Кочериново 2012”- консорциум, организиран във формата на гражданско дружество по ЗЗД от съдружниците в него „ПСТ Груп“ЕАД и „Нова Техно Билдинг“ООД, като изпълнител са съществували отношения по сключен по реда на ЗОБП договор № ОП-05-1/8.02.2013 г. – по същество такъв за изработка, по смисъла на чл. 258 и следв. от ЗЗД, както и че в изпълнение на задължението по чл. 22 от него, на 5.02.2013 г. изпълнителят е внесъл по банкова сметка на общината сумата от 43 474.85 лв., представляваща гаранция за изпълнение на задълженията по договора. Безспорно е също така, че според клаузата на чл. 23 от договора, гаранцията за

изпълнение на договора се освобождава по писмено искане на изпълнителя след изтичане на един месец от датата на получаване на разрешение за ползване на строежа. От събраните по делото писмени доказателства се установява настъпването на потестативното условие, от което започва течението на относително определения едномесечен срок за връщане на внесената като гаранция сума- издаването на разрешение за ползване на обекта на 17.12.2015 г., както и че с нарочна покана, връчена 24.04.2017 г., представителят на консорциума е направил писмено искане за нейното възстановяване по сметката на един от съдружниците в него- „ПСТ Груп“ЕАД. Не се спори също, че възложителят е приел изпълнените по договора работи без възражения за недостатъци, респ., че гаранцията не е усвоена от възложителя за обезщетяване на вреди от неизпълнение, респ. от неточно в количествено, качествено или темпорално отношение изпълнение на задълженията по него. Спорен между страните е въпросът, дали единият от съдружниците в организирания под формата на гражданско дружество по ЗЗД консорциум, е легитимиран да претендира връщането на цялата сума на внесената гаранция, или само на такава част от нея, която съответства на неговия дял в дружеството, т.е. за основателността на възражението за разделност на възложителя- длъжник по вземането за връщане на гаранцията, основано на вътрешните отношения между съдружниците, произтичащи от сключения между тях договор за гражданско дружество.

В постановеното по реда на чл. 290 от ГПК **решение № 241 от 09.03.2017 г. по т. д. № 2799/2015 г., Т. К., I т. о. на ВКС** е прието, че ако в договора между консорциума и възложителя е уговорена активна солидарност, всеки от съдружниците може да претендира от възложителя да му бъде заплатено цялото възнаграждение, като в тази хипотеза проверката на съда дали действително е уговорена активна солидарност, е свързана с **основателността на предявения иск, а не с неговата допустимост**. В случай, че съдът намери, че не е налице активна солидарност, то тогава ще следва разделност на правата, при която всеки кредитор може да иска изпълнение на съ-ответна част от задължението. Ето защо настоящият състав намира за неоснователен довода на жалбоподателя за недопустимост на предявения иск, поради това, че с него ищецът претендира отчасти чужди права (чл. 26, ал. 2 от ГПК)- тези на другия съдружник в консорциума, съчетано с оспорване наличието на активна солидарност между съдружниците. Въпросът дали между съдружниците в консорциума съществува активна солидарност по отношение на вземането за връщане на внесената по договора гаранция за добро изпълнение по отношение на длъжника по него- Община Кочериново, която легитимира всеки от тях да търси изпълнение на цялото задължение от длъжника или между тях е налице разделност, която ограничава претенцията на всеки от тях до размера на неговия дял, е такъв по съществото на спора, поради което е свързан с евентуална частична неоснователност на предявения иск, а не с неговата недопустимост.

Съгласно чл. 276 от ТЗ, за консорциума се прилагат съответно правилата за гражданското дружество или за дружеството, във формата на което е организиран консорциумът.

Съобразно нормите на чл. 357 - 364 от ЗЗД с договора за гражданското дружество не се учредява нов правен субект, то е неперсонифицирано и не е обособено като корпоративна структура с отделен имуществен субстрат и органи на управление, а носители на правата и задълженията са самите съдружници. Съгласно чл. 359, ал. 1 от ЗЗД, всичко, което е придобито за дружеството, е обща собственост на съдружниците, всеки от които може да иска своя дял от общата собственост само при излизане от дружеството или при прекратяването му (ал. 2). Според чл. 360, ал. 2 от ЗЗД, ако не е уговорено друго, всеки съдружник има право да управлява, като всеки от останалите съдружници може да се противопостави на действието му, преди то да бъде извършено. От цитираните норми следва, че правата и задълженията по сделки, сключвани от името и за сметка на всички съдружници се поделят между тях съобразно договорените дялове, ***а във външните им отношения с трети лица - насрещни страни по сделките, сключвани от гражданското дружество по ЗЗД, всички съдружници могат да упражняват придобитите права, респ. всички съдружници отговарят за поетите задължения.***

De lege lata активната солидарност е доктринерно понятие, доколкото не е позитивно регламентирана в сега действащия ЗЗД, в който не се съдържат норми, аналогични на чл. 89 и чл. 90 от отменения ЗЗД от 1892 г. и доколкото не произтича от закона, тя следва да бъде уговорена с договора, от който произтича задължението. Тя е налице, когато всеки от кредиторите може да иска изпълнение на цялото задължение, респ. предприетото от длъжника изпълнение по отношение на един от тях има погасително действие и по отношение на останалите кредитори, което право на избор длъжникът може да упражни до предявяването на иск за събиране на цялото вземане от един от солидарните кредитори (така чл. 90, ал. 1 от ЗЗД-отм.). В доктрината се поддържа, че между солидарните кредитори възникват мандатни отношения, когато един от тях предявява иск за събиране на цялото вземане, в която хипотеза той действа като довереник- мандатар на останалите кредитори.

В постановеното по реда на чл. 290 от ГПК **решение № 131/21.03.2014 по т.д.№ 1121/2011 г. на ВКС, Т. К., I т. о.**, на което се позовават и двете страни, е прието, че активна (кредиторова) солидарност в отношенията между съдружниците в консорциум, учреден под формата на гражданското дружество по чл. 357 и следв. от ЗЗД, и длъжника по сключен между тях договор, може да възникне само ако бъде уговорена с договора, както и че наличието на такава отговорност се установява от фактите по всяко конкретно дело. Със същото решение е прието, че по сключен договор за възлагане на обществена поръчка, активна солидарност на кредиторите- съдружници в консорциум, организиран с договор за гражданско дружество, по отношение на вземането за заплащане на възнаграждение е налице, когато ответникът се е задължил по отношение на консорциума, като изпълнител, ***а не по отношение на някоя от страните по договора за гражданско дружество***, защото в този случай, е налице уговорка, че възложителят ***дължи общо***, а не на отделните съдружници в консорциума, съобразно техните дялове, които са релевантни само във вътрешните им отношения. В решение **№ 118 от 21.10.2020 г. по т. д. № 2027/2019 г., Т. К.**,

П т. о. на ВКС е разрешен по аналогичен начин въпросът за наличието на активна солидарност на изпълнителите- съдружници в консорциум под формата на договор за гражданско дружество, когато единият от тях е наредил на длъжника- възложител по договор за обществена поръчка, да преведе задържани като гаранция суми по договора, в полза на трети лица, като по същество е признато погасителното действие на изпълнението- делегация за плащане, извършено на посочено от единия съдружник в консорциума трето лице, респ. е отречено правото на банка, на която то е възложено за събиране по реда на чл. 510 от ГПК за задължения на другия съдружник, да се удовлетвори от него, предвид погасителното действие на изпълнението, извършено по нареждане на единия кредитор, при условията на активна солидарност между кредиторите.

В случая, всички плащания по договора за обществена поръчка, вкл. за заплащане на дължимото за изпълнените работи възнаграждение, са уговорени в полза на консорциума, който като неперсонифицирана общност е изпълнител по него, а не на отделните съдружници. В клаузата на чл. 22, ал. 1 задължението за внасяне на уговорената като гаранция сума е поето от консорциума, в качеството на изпълнител по него, чрез лицето, което е упълномощено да го представлява. В клаузата на чл. 23 от договора задължението за връщане на гаранцията също е поето по отношение на изпълнителя, разбран като организиран с договора за гражданско дружество по ЗЗД консорциум, а не по отношение на отделните съдружници в него, съобразно дяловете им в дружеството. Съдът намира, че от тълкуване на действителната обща воля на страните по реда на чл. 20 от ЗЗД следва, че е уговорена активна солидарност на съдружниците в консорциума, по отношение на вземането им към възложителя за връщане на заплатената като гаранция парична сума, при която изпълнението в лицето на единия съдружник в него има погасително действие и по отношение на другия. Съдът съобрази също, че за наличието на активна солидарност не е необходимо в договора, от който произтича задължението да са употребени специални думи и изрази, а е достатъчно от него по ясен и недвусмислен начин да е видно, че волята на страните е всеки от кредиторите да бъде овластен да иска цялата престация, респ. възможността на длъжника да изпълни с погасително действие цялото задължение, по отношение на един от тях. Това съответства на цитираната съдебната практика, според която, доколкото гражданското дружество е неперсонифицирана правна общност, то плащането, респ. изпълнението на поети към него задължения се дължи на съдружниците в него **общо**, като последващото разпределение на сумите между тях е въпрос на вътрешните им отношения. Ето защо съдът намира, че всеки от съдружниците е самостоятелно легитимиран да предяви иск за цялото вземане, като длъжникът не може да му противопостави правоотблъскващо възражение за разделяне на дълга. От горното следва, че предявеният от „ПСТ Груп“ ЕАД иск е допустим, а по същество- основателен. Относително определеният 1-месечен срок от издаване на разрешението за ползване на обекта е изтекъл на 17.01.2016 г. и лицето, упълномощено да представлява консорциума, е направило изрично искане за връщане на внесената като гаранция сума, връчено на Община Кочериново на 24.04.2017 г. Ето защо искът с правно основание чл. 79, ал. 1, предл. първо

от ЗЗД за сумата от 43 474,85 лева е основателен.

Доколкото във въззивната жалба не са изложени други оплаквания за неправилност на решението в частта по акцесорния иск с правно основание чл. 86, ал. 1 от ЗЗД, извън оспорването на обуславящото главно вземане, и с оглед правомощията на въззивния съд, очертани от чл. 269 от ГПК, който ограничава инстанционния контрол върху правилността на решението до посоченото в жалбата, следва да се приеме, че с изтичане на срока за изпълнение ответникът е изпаднал в забава и дължи обезщетение за мораторните вреди от неизпълнението на паричното си задължение, съизмеримо със законната лихва за времето на забавата до предявяването на иска по делото.

По горните съображения, обжалваното решение следва да бъде потвърдено.

Воден от изложените мотиви, Софийският апелативен съд, търговско отделение, 3 състав

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 80 от 25.11.2019 г. по т.д.№ 22/2019 г. на Кюстендилския окръжен съд.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния касационен съд в едномесечен срок от съобщаването му на страните чрез връчване на препис от него, при наличие на предпоставките по чл. 280, ал. 1 и 2 от ГПК.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____