

РЕШЕНИЕ

№ 668

гр. София, 26.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 3-ТИ ТЪРГОВСКИ, в публично заседание на двадесет и четвърти юни през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Теодора Кръстева

Членове: Ивайло Младенов
Светлин Михайлов

при участието на секретаря Теодора Т. Ставрева
като разгледа докладваното от Ивайло Младенов Въззивно търговско дело № 20221001000343 по описа за 2022 година

Производството е по чл. 258 и следващите от ГПК.

Образувано е по въззивна жалба на „БМ-Груп- Инженеринг“ЕООД срещу решение № 260097 от 8.02.2022 г., постановено по т.д.№ 704/2021 г. на Софийския градски съд, VI т.о., 2 състав, в частта, с която по иск с правно основание чл. 92, ал. 1 от ЗЗД жалбоподателят е осъден да заплати на О. сумата от 134 152,67 лева, представляваща неустойка по чл. 35, ал. 2 от договор № Д-15/07.01.2020 г. с предмет „Изпълнение на СМР на обект: „Благоустройство на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“ в размер на 10% от стойността на подлежащите на изпълнение дейности по договора, ведно със законната лихва върху нея от подаване на исковата молба - 20.04.2021 г. - до окончателното ѝ изплащане.

В жалбата се твърди, че първоинстанционният съд необосновано е приел, че в тежест на жалбоподателя е започнал да тече срокът за изпълнение, като се възразява, че не е съставен надлежният протокол обр. 2а за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво за строежи от техническата инфраструктура, какъвто е процесният, а протокол обр. 2, отнасящ се до останалите видове строителни обекти, като е оспорено становището на съда, че независимо от това, съставеният протокол съдържа всички необходими реквизити съобразно договорните условия, предвидени от страните за започване на работата. Поддържа се, че приетото по делото възлагателно писмо с изх. № 6837/2.11.2020 г. не представлява такова по смисъла на чл. 4 от процесния договор, тъй като

не съдържа никакви данни за възлагане изпълнението на работите, в частност относно поредността на изпълнението, касаещо ремонт на няколко улици, и към датата на депозирането му не е съставен протокол за откриване на строителна площадка. Изложено е, че възложителят не е упражнил надлежно правото си да развали договора, тъй като не е определил подходящ срок за изпълнение, нито са установени обстоятелства относими развалянето на договора по чл. 262, ал. 2 от ЗЗД, от които да се направи изводът че изпълнителят няма да може да изпълни работата в срок. Развити са съображения, че не е налице пълно неизпълнение, по смисъла на чл. 35, ал. 2 от договора, с което възложителят е обосновал развалянето на договора, тъй като изявлението му за това е направено в момент, към който все още не е изтекъл срокът за изпълнение по чл. 4, ал. 3 от него. Същевременно е наведен довод, че с уведомлението от 12.03.2021 г. на кмета, О. е прекратила процесния договор поради достигане максималния размер на неустойката по чл. 34, във връзка с чл. 56, ал. 2, т. 1 и чл. 38 от договора, а не поради пълно неизпълнение. Посочено е, че като основание за разваляне на договора без определяне на срок за изпълнение в клаузата на чл. 56, ал. 3, т. 2 е посочено достигане максималния размер на неустойката по чл. 38 от договора, която не предвижда такъв размер. Наведен е довод, че минимален размер на неустойката от 10 % е предвиден в клаузата на чл. 34 от него, но тя е дължима за неспазване на крайния срок за изпълнение по чл. 4, ал. 3 – 360 дни от датата на подписване на протокола за откриване на строителната площадка, който към датата на развалянето не е изтекъл. Направен е извод, че в изявлението за разваляне на договора е посочено основание, каквото в действителност не е налице, и каквото страните не са предвидили в договора, което е определено и от състава на първоинстанционния съд като „неприложимо“. Поддържа се, че след като договорът не е развален поради неговото пълно неизпълнение, в полза на ищеца не е възникнало право да получи неустойка по чл. 35, ал. 2 от ЗЗД, каквато се дължи само при такова неизпълнение на договора.

Направено е искане за отмяна на решението в обжалваната му част и за отхвърляне на предявения по делото иск, както и за присъждане на разноските, направени по водене на делото пред всички инстанции.

Въззиваемата О. оспорва въззивната жалба.

В писмения отговор, депозиран по реда на чл. 263, ал. 1 от ГПК, се твърди, че първоинстанционният съд правилно е приел, че съставеният протокол образец № 2 притежава всички реквизити необходими за откриване на строителната площадка по отношение на процесния строеж, като допълнително предвидените се в използвания образец части, които са неотносими към процесния строеж, не са били попълнени, но действието по изготвяне на този протокол е покрило договорните условия, предвидени от страните за започване на работата по обекта. Поддържа се като правилно и становището на съда, че посочването на различен от процесния строеж на последната страница от протокола не го опорочава като условие за започване на изпълнението, доколкото от съдържанието му ясно личи, че е съставен именно за него, а вписването на последната му страница на строеж с различно наименование явно се дължи на допусната при изготвянето му техническа грешка.

Твърди се, че възлагателното писмо, изпратено на ответника по електронната поща също несъмнено се отнася до работите по процесния договор, доколкото представлява електронен документ, чиято доказателствена стойност е равностойна на останалите доказателства. Изложено е, че доколкото по делото не са установени факти и обстоятелства за наличието на пречки от обективен характер за стартиране на изпълнението, наведените от жалбоподателя доводи в тази насока са неоснователни. Счита, че съдът правилно е установил фактическите обстоятелства по делото и е направил законосъобразен извод за основателност на исковата претенция. Направено е искане за потвърждаване на решението в обжалваната му част и за присъждане на сторените разноски за заплатено адвокатско възнаграждение.

Съдът, като прецени доводите и възразженията 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 на 7.01.2020 г. между тях е бил сключен договор № Д-15/7.01.2020 г., с който О. е възложила на „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД на изпълнението на строително-монтажни работи на обект „Благоустрояване на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“, състоящ се от осем улици – част от уличната мрежа на града, срещу възнаграждение в размер на 1 104 938.91 лева без ДДС и 1 325 926.69 лева с ДДС, като възнаграждението, дължимо за работите поотделно за всяка от тях е посочено в таблица към чл. 6, т. 1, заедно с допълнителните работи по полагане на ПВЦ тръби за подземни комуникации и стойността на непредвидените разходи. Съгласно чл. 4, ал. 3 от договора, срокът за изпълнение на работите е уговорен на 360 календарни дни, считано от датата на подписване на протокол за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия (Приложение № 2а към чл. 7, ал. 3, т. 2 от Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, а като момент на неговото приключване- подписването на констативен акт за установяване годността за приемане на строежа, съгласно чл. 176, ал. 1 от ЗУТ (Приложение № 15 към чл. 7, ал. 3, т. 15 от същата нар.), съгласно техническото предложение за изпълнение на поръчката. Според чл. 4, ал. 1 , срокът на действие на договора е до изпълнение на всички поети от страните задължения по него до окончателното отчитане и приключване на проекта „Благоустрояване на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“, ***но не по- късно от 15.01.2022 г.*** В клаузата на чл. 56, ал. 1 е предвидено право на всяка от страните да развали договора при виновно неизпълнение на съществено задължение на другата страна по него, с писмено предупреждение и при определяне на подходящ срок за изпълнение, а в ал. 2, т. 1 на същата клауза, като неизпълнение на съществено задължение на изпълнителя е определено незапочването на изпълнението на строително-монтажните работи в срок от 10 календарни дни от датата на подписване на Протокол обр. № 2а за

откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво на строежа за строежи от техническата инфраструктура, съгласно Наредба № 3 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството. В ал. 3 на същия член, като хипотеза, при която възложителят може да развали договора без да дава на изпълнителя допълнителен срок за изпълнение, е посочено **достигането на максималния размер на неустойката по чл. 38** от договора. В клаузата на чл. 34 в тежест на изпълнителя е уговорена мораторна неустойка за неспазване на срока по чл. 4, ал. 3, в размер на 0.1 % от стойността без ДДС за всеки просрочен ден, но не повече от 10%. В чл. 35, ал. 2 страните са уговорили неустойка за пълно неизпълнение на задълженията по договора, в размер на 10 % от неговата стойност, а в тази на ал. 1- неустойка в същия размер върху уговореното възнаграждение, когато извършените работи са обременени с недостатъци, които изпълнителят не може да отстрани.

Като писмено доказателство по делото в първоинстанционно производство е приет протокол за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво за строежа – приложение № 2 към чл. 7, ал. 3, т. 2 от Наредба № 3 от 31 юли 2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството, подписан от кмета на О., като възложител, от управителя на „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД – изпълнител, от представител на дружеството, осъществяващо строителен надзор, от техническия ръководител и от служител на общината по чл. 223, ал. 2 от ЗУТ. В протокола е посочено, че работите се осъществяват въз основа на разрешение за строеж № 22/26.07.2016 г., издадено от главния архитект на О., чието влизане в сила е заверено от органа, който го е издал на 16.08.2016 г., презаверено на 13.08.2019 год., както и на Заповед № 16/26.11.2019 г. на гл. архитект на общината за поправка на така издаденото разрешение.

С писмо изх. № С-6837/02.11.2020 г., съставено в изпълнение на чл. 4, ал. 2 от договора, О. е възложила на „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД дейностите по изпълнение на строително-монтажните работи, на обект „Благоустрояване на уличната мрежа в гр. Стрелча, О.“, което следва да започне на 12.11.2020 г. с подписване на протокол обр. № 2 за откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия. Към писмото е представена разпечатка от електронната пощенска кутия на общината, от която възлагателното писмо е изпратено на адресата като прикачен файл на 2.11.2020 г., но в него липсва указание, че този файл представлява именно споменатото писмо. С писмо с изх.№ С-2569/12.03.2021 г. О. е заявила, че от датата на получаването му разваля сключения с „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД договор № Д-15/ 7.01.2020 г., на основание чл. 56, ал. 3, т. 2 от раздел XV, **поради достигане на максималния размер на неустойката по чл. 34 във връзка с чл. 56, ал. 2, т. 1 и чл. 38 от същия договор**. Видно от представената разписка, писмото е връчено на „БМ-Груп- Инженеринг“ЕООД на 15.03.2021 г.

При горните данни съдът намира следното :

Съгласно ТРОСГТК № 7/13.11.2014 г., пост. по тълк.д.№ 7/2013 г., в хипотезата, при която двустранен договор, който не е за продължително или периодично изпълнение, е бил надлежно развален, с обратна сила се заличава онова, което е било негово съдържание и

остава единствено правото на кредитора на обезщетение за вредите от цялостното неизпълнение, вкл. и под формата на уговорена неустойка, но не и неустойката за всеки вид неизпълнение. Затова в този случай е дължима единствено неустойка за обезщетяване на вредите от неизпълнението поради разваляне - **неустойка за разваляне**, ако такава е била уговорена. Съгласно решение № 17/9.03.2010 г. по т.д.№ 414/2009 г., на ВКС, Т.К., I т.о., развалящият може да иска след приспадане на дължимата от него престация само по-голямата стойност, която насрещната престация има за него в сравнение със собствената му такава, т.е. обезщетение за накърнения **негативен интерес**, по смисъла на чл. 88, ал. 1, изр. второ от ЗЗД, включително под формата на уговорена неустойка – предварително определен размер на обезщетението за тези вреди, ако подобен вид неустойка е бил изрично предвиден в клаузите на сключения договор.

Предмет на предявения иск е вземането за неустойка за пълно неизпълнение на задълженията по него, уговорена в клаузата на чл. 35, ал. 2 от договора в размер на 10 % от неговата стойност, като ищецът обосновава претенцията си с твърдение за разваляне на договора, осъществено преди предявяване на иска със споменатото писмо от 12.03.2021 г.

Ето защо, обуславящ изхода на спора е въпросът дали предприетото от О. разваляне на процесния договор е породило прекратителното си действие върху създаденото с него облигационно отношение **на посоченото в писменото изявление на общината основание** - в случая, поради достигане на максималния размер на неустойката по чл. 34 от договора.

В клаузата на чл. 4, ал. 3 срокът за изпълнение е уговорен като относително определен – 360 дни от датата на подписване на протокол за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво, в случая на 12.11.2020 г., който изтича на 8.11.2021 г. Същевременно, в клаузата на ал. 1 на чл. 4 е предвидено, че срокът на действие на договора е до изпълнението на всички поети от страните задължения по него и окончателно отчитане и приключване на проекта „Благоустрояване на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“, **но не по-късно от 15.01.2022 г.** За неизпълнение на задълженията по договора след изтичането на срока по чл. 4, ал. 3 от договора, в клаузата на чл. 34, е уговорена **мораторна неустойка**, в размер на 0.1 % за всеки просрочен ден, но не повече от 10 % от стойността на договора. С оглед предназначението на мораторната неустойка да обезщети закъснителните вреди от забавеното изпълнение, следва да се приеме, че неустойката по чл. 34 се начислява върху стойността на неизпълнената част. От систематическото и телеологично тълкуване на цитираните клаузи по реда на чл. 20 от ЗЗД следва, че изпълнителят изпада в забава при неизпълнение на задълженията си до изтичане на уговорения 360-дневен срок по чл. 4, ал. 3, след което дължи мораторната неустойка по чл. 34 от него върху стойността на неизпълнените работи, а когато размерът на тази неустойка достигне своя максимум от 10 % от стойността на договора, на основание чл. 56, ал. 3, той може да развали договора, преди изтичане на крайния срок на действието му по ал. 1 – до 15.01.2022 г., без да даде на изпълнителя подходящ срок за изпълнение. Приложното поле на така уговорената неустойка по чл. 34 е **ограничено до неспазване на срока по чл. 4, ал. 3 от договора**, а това е крайният 360-дневен срок за изпълнение на уговорените работи- **тя не**

обезщетява забавата от неспазването на уговорените междинни срокове за изпълнение на отделни задължения, в частност на това за започване на изпълнението в 10-дневен срок от съставянето на протокол за откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво. В случая, видно от писменото изявление на възложителя, **договорът е развален на основание чл. 56, ал. 3, т. 2 от него, поради достигане максималния размер на неустойката по чл. 34 от същия, изрично посочено като основание за това**. В чл. 56, ал. 3, т. 2 е предвидено право на възложителя да развали договора без да даде на изпълнителя подходящ срок за изпълнение, когато е **достигнат** максималният размер на неустойката по чл. 38“, т.е. тя визира онази неустойка, **която има минимален и максимален размер, а това е само мораторната неустойка по чл. 34**, чийто размер е вариативен, тъй като тя се начислява в размер на 0.1% дневно и общият ѝ размер е обусловен от времето на забавата, но не повече от максималния такъв в размер на 10 % от стойността на договора. В този смисъл е и писменото изявление за разваляне от 12.03.2021 г., в което **възложителят изрично се е позовал на максималния размер на неустойката по чл. 34 от договора**. Тази неустойка обаче се дължи за неспазване на **срока по чл. 4, ал. 3 от него, т.е. за забава, която е продължила след 8.11.2021 г., докато писменото изявление за разваляне е връчено на 15.03.2021 г.**- повече от 7 месеца **преди** да е изтекъл срокът за изпълнение. Ето защо към тази дата в полза на О. не е възникнало преобразуващото право едностранно да прекрати договора **на посоченото в писменото му изявление основание**- достигане пълния размер на неустойката по чл. 34 от договора, защото към този момент той не е изпаднал в забавата, вредите от която тя е предназначена да обезщети- изтичане срока за изпълнението по чл. 4, ал. 3 от договора на 8.11.2021 г. Затова в негова полза не е възникнало и правото на заплащане на уговорената неустойка за пълно неизпълнение. Настоящият състав не споделя становището на първоинстанционния съд, че правото на възложителя да развали договора без да даде на изпълнителя подходящ срок за изпълнение е обосновано с нормата на чл. 262 от ЗЗД. Алинея втора на чл. 262 от ЗЗД урежда две хипотези, при които възниква правото на възложителя да развали договора без определяне на такъв срок : ако стане явно, че изпълнителят няма да може да изпълни в срок работата или че няма да я изпълни по уговорения или надлежен начин. В случая, по делото липсват доказателства, че до изтичане на уговорения срок- 8.11.2021 г. изпълнителят обективно не е могъл да изпълни уговорените работи, при съобразяване на обстоятелството, че процесният договор не е от категорията на т. нар. „фикс сделки“, при които с изтичане на уговорения срок, респ. на междинните срокове, отпада интереса на възложителя от реалното изпълнение. Ако действителната воля на възложителя е била да развали договора, поради неизпълнение на задължението на изпълнителя да започне изпълнението на строително-монтажните работи в 10-дневен срок от подписването на протокол обр. 2а, той е следвало да определи на длъжника подходящ срок **за започване** изпълнението на тези работи, едва след изтичането на който изявлението му да прояви прекратителното си действие.

По горните съображения съдът намира, че в полза на О. не е възникнало преобразуващото право да развали договора **на посоченото в едностранното му изявление основание** – поради достигане на максималния размер на неустойката по чл. 34

от него, доколкото такава въобще не се дължи, а оттам и правото да получи обезщетение за негативните вреди от неизпълнението. Ето защо, решението на Софийския градски съд следва да бъде отменено в обжалваната му част, с която искът с правно основание чл. 92, ал. 1 от ЗЗД е уважен, а предявеният иск - отхвърлен като неоснователен.

Предвид изхода на спора пред настоящата инстанция на жалбоподателя „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД следва да бъдат присъдени разноските за адвокатско възнаграждение, заплатено по водене на делото пред първата инстанция в размер на 4250 лв., както и разноските, направени пред въззивната инстанция съответно от 2710 лв. за заплатена държавна такса и от 3000 лв. за адвокатско възнаграждение.

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯВА решение № 260097 от 8.02.2022 г., постановено по т.д.№ 704/2021 г. по описа на Софийския градски съд, VI т.о., 2 състав, в частта, с която по иск с правно основание чл. 92, ал. 1 от ЗЗД „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД е осъдено да заплати на О. сумата от 134 152,67 лева, представляваща неустойка по чл. 35, ал. 2 от договор № Д-15/07.01.2020 г. с предмет „Изпълнение на СМР на обект: „Благоустрояван е на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“ в размер на 10% от стойността на подлежащите на изпълнение дейности по договора, ведно със законната лихва върху нея от 20.04.2021 г. до окончателното ѝ изплащане, както и в частта относно разноските **И ВМЕСТО НЕГО ПОСТАНОВЯВА :**

ОТХВЪРЛЯ иска с правно основание чл. 92, ал. 1 от ЗЗД предявен от О. срещу „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД за сумата от 134 152,67 лева, претендирана като неустойка по чл. 35, ал. 2 от договор № Д-15/07.01.2020 г. с предмет „Изпълнение на СМР на обект: „Благоустрояван е на улична мрежа в гр. Стрелча, О.“, ведно със законната лихва върху нея от 20.04.2021 г.

ОСЪЖДА, на основание чл.78 от ГПК, О. да заплати на „БМ-Груп-Инженеринг“ЕООД разноските за адвокатско възнаграждение, заплатено по водене на делото пред първата инстанция в размер на 4250 лв., както и разноските, направени пред въззивната инстанция, съответно от 2710 лв. за заплатена държавна такса по въззивната жалба и от 3000 лв. за адвокатско възнаграждение.

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. _____