

Решение

№ 247

гр. София, 01/30/2017 г.

В И М Е Т О Н А Н А Р О Д А

СОФИЙСКИ АПЕЛАТИВЕН СЪД, Търговско отделение, трети състав, в открито съдебно заседание на двадесет и пети ноември две хиляди и шестнадесета година в състав :

ПРЕДСЕДАТЕЛ : СВЕТЛА БОЖКОВА

ЧЛЕНОВЕ : И. М.

Б. Н.

При участието на секретаря Павлина Христова, като разгледа докладваното от съдията Б. т.д. № 133 по описа за 2016 г., за да се произнесе, взе предвид следното :
Производството е по реда на чл.258 и сл. ГПК .

С решение № 45 от 7.07.2015 г., допълнено по реда на чл.248 от ГПК, с определение № 444 от 27.11.2015 г., постановено по т.д. № 58/2012 г. на Кюстендилския окръжен съд , е осъдена [община] да заплати на [фирма] –гр.С. и [фирма]- [населено място], като съдружници в „К. и. п. с.“, сумата от 348 376.98 лева, с ДДС, представляваща обезщетение, равняващо се на стойността на допълнително извършени от ищците СМР, приети с протокол от 6.10.2010 г. за установяване степен на завършеност на подобект –строеж „Възстановяване на общински път за [населено място]“, като до пълния му предявен размер от 447 246.62 лева, искът е отхвърлен като неоснователен, като е осъдена [община] да заплати на [фирма] и [фирма] сумата от 23 355.06 лева, деловодни разноски, съразмерно на уважената част от иска, а тези дружества са осъдени да заплатят на общината деловодни разноски в размер на 3 150.27 лева, съразмерно на отхвърлената част от иска. В останалата, необжалвана част, с която е отхвърлен искът, предявен на основание чл.79 ал.1 от ЗЗД, решението е влязло в сила.

Решението, в осъдителната му част, е обжалвано от [община] с оплаквания за незаконосъобразност и необоснованост и с искане да бъде отменено и вместо него да бъде постановено друго, с което предявеният иск бъде отхвърлен. Подадена е и частна жалба срещу постановеното по реда на чл.248 от ГПК решение, с което е изменено основното решение в частта за разноските, с искане да бъде отменено, като бъде оставена без разглеждане подадената от ищците молба по чл.248 от ГПК, като процесуално недопустима.

Срещу решението, в частта му, с която е отхвърлен предявеният от [фирма] и [фирма] иск за разликата над уважения размер от 348 376.98 лева, до пълния му предявен размер от 447 246.62 лева, е подадена въззивна жалба от двете дружества с оплаквания за неправилност и с искане да бъде отменено в тази част и вместо него да бъде постановено друго, с което предявеният иск бъде уважен изцяло.

Ответниците по жалбите взаимно ги оспорват и молят съответно да бъдат оставени без уважение , а атакуваното решение в съответните части, като правилно, да бъде

потвърдено.

В останалата, необжалвана част, с която е отхвърлен искът, предявен на основание чл.79 ал.1 от ЗЗД, решението е влязло в сила.

Жалбите са допустими- подадени са в законоустановения срок от страни в процеса, имащи право и интерес от обжалване и срещу подлежащи на обжалване съдебни актове.

Софийски апелативен съд, като взе предвид оплакванията в жалбите, становищата на страните и събраните пред двете инстанции доказателства, приема за установено следното от фактическа страна :

Окръжен съд-Благоевград е сезиран с предявен от [фирма] и [фирма], като съдружници в „К. и. п. с. „, иск за присъждане на сумата от 447 246.62 лева , претендирано обезщетение, равняващо се на стойността на допълнително извършени, извън предмета на договора, сключен между страните на 29.12.2009 г., неотложни строително-монтажни работи на подобект „Възстановяване на общински път [населено място]“, приети с протокол от 6.10.2010 г.

Ищците [фирма] и [фирма] са съдружници в учредено на 11.10.2006 г. гражданско дружество с наименование „К. и. п. с.“ за съвместно участие в осъществяването на строителни, инженерингови, пътни и други проекти в страната и чужбина.

Безспорно е по делото, че след проведена процедура по ЗОП, между [община], като възложител и „К. и. п. с.“, като изпълнител, е сключен договор № Д-00-842/29.12.2009 г. с предмет - изпълнение на пълен инженеринг за извършване на неотложни аварийно-възстановителни строителни и монтажни работи за ликвидиране последиците от интензивните валежи на 10.11.2009 г. на територията на [община], както следва : 1. Възстановяване на пътното платно от ВЕЦ «О.» до водохващането на В и К, "К. в.», 2. възстановяване на общинския мост в [населено място], 3. Възстановяване на пътното платно и за укрепване на пътя при ВЕЦ «О.», 4. Възстановяване на общински път за [населено място]. В обема на възложените дейности, съгласно чл.1.т.1 от договора е предвидено извършването на предпроектно проучване, съдържащо хидрогеоложки доклад, геодезическо заснемане и изработване на технически проекти за извършване на съответните строително-монтажни работи с обхват и съдържание, съобразени с изискванията на Наредба № 4/21.05. 2001 г. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти и чл. 144. ал.1. т. 3 от ЗУТ, както и изпълнение на строително-монтажни работи за извършване на неотложни аварийно-възстановителни работи, изпълнени в съответствие с изготвено техническо задание, одобрено от възложителя и одобрени от възложителя технически проекти и приложени към тях количествени сметки.

По делото са приети като доказателства, изготвени от назначена със заповед № РД-00-4/04.01.2010 г. на Кмета на [община] комисия, протоколи № 1 , 2 , 3 и 4 от 6.01.2010 г. , за установяване завършването на възложените строително-монтажни работи на четирите подобекта, предмет на договора, в които са отразени количествата и стойностите им, подлежащи на заплащане от възложителя. Между страните в процеса не се спори, че възложените по договора от 29.12.2009 г. и приети с посочените протоколи работи, са изцяло извършени от изпълнителя и са заплатени от възложителя.

Предмет на предявената от съдружниците в консорциума –изпълнител претенция е

заплащането на допълнително извършени неотложни аварийно-възстановителни работи на обект „Възстановяване на общински път за [населено място]“, които, според ищците, не са били включени в обхвата на договора, поради невъзможността да бъдат предвидени към момента на възлагането им, предвид липсата на достъп до участъка, в който същите са изпълнени – част от пътя, с дължина от около 1,3 км, след моста за [населено място].

От приетия по делото протокол от 06.01.2010 г./ л.23 от делото/, изготвен от назначената от кмета на общината комисия, е видно, че след направен оглед на място на подобект „Възстановяване на общински път за [населено място]“ и преглед на предоставената документация от изпълнителя е установено, че към 06.01.2010 г. са извършени натурални видове СМР, подробно описани в Протокол № 4 от същата дата по видове, количество единична цена, на обща стойност 649 716.94 лева, а с ДДС - е 779 660,32 лева.

По делото е прието като доказателство по делото писмо, изх. № 06-00-91/15.07.2010 г. на кмета на ответната община до Междуведомствената комисия за възстановяване и подпомагане към МС и до областния управител, в което е посочено, въз основа на наличен снимков материал, направен преди и след изпълнението на СМР във връзка с ликвидиране на последиците от интензивните валежи, е видно, че изпълнителят е извършил и дейности извън обхвата на договора.

Представено е и писмо вх. № 08-01-68/06.08.2010 г., с което съдружникът в консорциума- [фирма], уведомява областния управител, че дейностите по договора от 29.12.2009 г. са изпълнени на 28.05.2010 г. с подписването на протокол, обр. 15, като общата стойност на извършените и отчетени СМР, включваща и стойността за изготвяне на техническите проекти е 1 673 330,40 лева, с ДДС. В писмото е посочено, че на подобект „Възстановяване на общински път за [населено място]“ са извършени допълнително възложени, непредвидени в договора аварийно-възстановителни СМР, на стойност 447 246,62 лева, с ДДС. С писмо изх. № 06-00-15/31.08.2010 г. областният управител е изпратил на кмета на ответната община писмото на изпълнителя, заедно с други документи, касаещи заплащането на посочените допълнителни работи, по компетентност, но въпреки това не е последвало плащане.

Приет е като доказателство протокол от 21.09.2010 г., подписан от назначена със заповед № 188/09.09.2010 г. на областния управител десетчленна комисия, в чийто състав са включени служители от областната администрация, от [община], както и специалисти в ТД „Гражданска защита“, Областно пътно управление и представител на строителния надзор, за установяване на място на изпълнение на аварийно-възстановителни СМР, невъзложени с процесния договор на строеж „Възстановяване на общински път за [населено място]“. В протокола е отразено, че в участъка от Ч. м. до моста за [населено място] и в разстояние на около 1,3 км. западно от последния са извършени всички видове и количества СМР: изкоп на багер на скална маса при I ут. условие на отвала за направа и укрепване - 8 106 куб. м. и изкоп с багер на скална маса при I ут. условие 11 542 куб. м., вложени в пътното тяло.

С последваща заповед № 210 / 04.10.2010 г. на областния управител, издадена на основание чл.58 от Закона за защита при бедствия, е назначена комисия, включваща представители на О. –гр.К., на [община] и на строителния надзор, на която е

възложено да извърши оглед на място на проверения участък и установи извършените видове и количества възстановителни строително-монтажни работи, невъзложени с Договор № ДОО-842/29.12.2009 г. и неактувани по него, с посочване на технологията на изпълнението им, като направи съпоставка между установените количества СМР с позициите, актувани при изпълнение на договора.

С протокол от 06.10.2010 г. комисията е приела, че при актувани от строителя по договора за позиция № 8 - 8 106 куб. м., действително са изпълнени 8 106 куб. м., а при актувани от строителя по позиция № 18 - 4 957 куб. м., в действителност са изпълнени 11 542 куб. м. или разлика от 6 585 куб. м, като е констатирано, че скалната маса е взета от речното корито. Според заключението на комисията изпълнените допълнителни видове и количества работи са били необходими и по този начин са постигнати целите за възстановяване на пътя, който да изпълнява предназначението, като е предложено на областния управител да бъдат приети и изплатени на строителя.

В хода на първоинстанционното производство са разпитани като свидетели членовете на назначените от областния управител комисии, някои от които са участвали и при приемането на изпълнените по договора СМР. От показанията им се установява, че при извършената проверка на допълнително изпълнените СМР на подобект „Възстановяване на общински път за [населено място] „, в продължение на няколко дни са извършвани замервания на установените количества и е направена съпоставка с отразените количества в протокол № 4 от 6.01.2010 г. за приемане на възложените по договора от 29.12.2009 г. и изпълнени от консорциума работи.

Прието е и заключение на назначена единична съдебно-техническа експертиза, изпълнена от вещото лице Т., от което се установява, че стойността на разноските на ищците за допълнително извършените СМР, съобразно протокола от 6.10.2010 г., без печалба, възлиза в размер на сумата от 359 420.11 лева, а съобразно установените от експертизата единични цени по видове СМР, стойността възлиза на 388 122, 39 лева, без ДДС.

От приетите основно и допълнително заключение на назначената повторна съдебно – техническа експертиза, изпълнена от вещото лице Д., се установява, че разноските на консорциума за допълнително извършените СМР, без печалба, възлиза на сумата от 359 420, 11 лева без ДДС, а с ДДС - в размер на сумата от 431 304. 13 лева, както и че стойността им, определена съобразно цените, предвидени с договора от 29.12.2009 г., с включена печалба 8 %, е в размер на сумата от 465 746, 87 лева, с ДДС. Според вещото лице, съобразно действащите нормативни актове, пътят за [населено място] е от категорията вътрешно-селищна общинска пътна мрежа, обслужваща трите махали на [населено място] и е категоризиран като общински път, според действащата нормативна уредба в ЗП.

В хода на въззивното производство е назначена комплексна съдебно-счетоводна и техническа експертиза, при изпълнението на която вещото лице-икономист е извършило проверка в счетоводството на консорциума и на счетоводните записвания в [фирма] досежно изпълнените СМР, описани в протокол от 6.10.2010 г. В счетоводството на консорциума по сметка 611 “Разходи за основна дейност,, на аналитично ниво „Обект пълен инженеринг за извършване на неотложни аварийно-възстановителни строителни и монтажни работи за ликвидиране на последиците от

интензивните валежи на 10.11.2009 г. на територията на [община], Подобект: Възстановяване на общински път да [населено място], Протокол № 4, допълнителни количества и СМР извън договора, извършени през периода 6.01.2010 г.- 29.01.2010 г., е осчетоводено вземане в размер на 361 535.41 лева. В счетоводството на съдружника [фирма] разходите за този обект, са осчетоводени, както следва –по сметка 601 „Разходи за материали „- в размер на 309 799.83 лева, по сметка 604 „Разходи за заплати“ в размер на 45 540.90 лева и по сметка 605 „разходи за осигуровки „ – в размер на 8 194.41 лева. Въз основа на счетоводните записвания вещото лице е дало заключение, че общият размер на действителните разходи за материали и труд за изпълнението на описаните в протокол от 6.10.2010 г. работи възлиза в размер на сумата от 361 535.41 лева. Съгласно заключението на техническата експертиза общата стойност на видовете СМР , описани в т.8 на протокол от 6.10.2010 г. по средно пазарни единични цени към периода на тяхното извършване –януари 2010 г. , възлиза в размер на сумата от 404 026.18 лева , без ДДС , а с ДДС 484 831.42 лева.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните изводи от правна страна :

По правната квалификация на предявения иск:

С оглед изложените в обстоятелствената част на исковата молба фактически твърдения, формиращи основанието на исковата претенция и предвид заявеното в петитума й искане, настоящият състав намира, че тъй като ищците претендират процесната сума като действителна стойност на изпълнените от консорциума, извън възложените с договора от 29.12.2009 г., допълнителни СМР, предявената претенция следва да се квалифицира като такава по чл.59 ал.1 от ЗЗД . С мотивите на решението съдът е посочил различно правно основание на иска - чл.55 ал.1 пр.1 от ЗЗД, но е обсъдил всички правно релевантни факти, относими към предмета на спора, поради което не е постановил недопустим съдебен акт. Правната квалификация на всеки иск е свързана с допустимостта на постановеното по него решение, само когато с последното решаващият съд е нарушил принципа на диспозитивното начало в гражданския процес, произнасяйки се извън определения от страните по спора предмет на делото и обхвата на търсената от ищеца защита. Когато липсва такова нарушение, дадената от съда правна квалификация на исковата претенция, обуславя правилността на решението му. В случая съдът не се е произнесъл извън определения от страните предмет на спора, а е дал погрешна квалификация на предявения иск, което не води до недопустимост на постановеното от него решение, а има за правна последица постановяване на незаконосъобразен съдебен акт. С оглед на изложените съображения, въззивният съд, приемайки квалификация на иска , различна от приетата от първоинстанционния съд, следва да реши спора по същество.

Съдът неправилно е субсумирал изложените в исковата молба фактически обстоятелства, от които ищците черпят основание за претенцията си, под първия от специалните фактически

състави на чл.55 ал.1 от ЗЗД. Всички специални хипотези на неоснователно обогатяване, посочени в тази разпоредба, изискват даване, съответно получаване на нещо без основание, с оглед неосъществено или отпаднало основание. Даването и получаването са фактически действия, докато обогатяването, по смисъла на чл.59 ал.1 от ЗЗД е свързано с придобиване на права върху полученото от едно лице за сметка на друго, съответно обедняването - с лишаване от такива права. Доколкото в случая ищците не твърдят, че е налице такова пряко имуществено разместване , а е налице обедняването им със стойността на разходите, които са направили за допълнително извършените неотложни строително-монтажни работи, довело съответно до обогатяване на ответника, чрез спестяване на тези разходи, следва да се приеме, че предявеният иск следва да се квалифицира по чл.59 от ЗЗД.

С посочената разпоредба е предвидена възможност за ангажиране отговорността на всеки правен субект, който се е обогатил за сметка на другото, като определените от законодателя граници на отговорността са съизмерими с обогатяването, но до размера на обедняването. В разглеждания случай при констатация, че част от строително-монтажните работи са били действително извършени и доколкото не е възможно връщането на престацията в натура, се дължи нейната легова равностойност, определена към момента на получаването от ответника.

От събраните в хода на производството доказателства може да се направи извод, че без изпълнение на допълнителните СМР е било невъзможно приемане и въвеждане в експлоатация на съответния подобект, но поради невъзможността за тяхната предвидимост при сключването на договора, същите не са били включени в предмета му.

Установено е също, че стойността на цитираните работи надвишава твърдо договорената между страните цена на

договора, сключен по реда на ЗОП, а това представлява нарушение на законовите разпоредби. Липсват доказателства за писмено възлагане на тези допълнителни СМР от възложителя, за изменение на сключения между страните договор, както и доказателства за наличие предпоставките на чл. 43 ал.ал.2 от ЗОП , водещи до изменение на договора, сключен по реда на ЗОП. В същото време изпълнението на тези допълнителни работи е установено от назначената от областния управител, с включени представители на ответната община, комисия и констатациите ѝ са обективирани в изготвените на 21.09.2010 г. и на 6.10.2010 г. протоколи .

Доколкото

обхватът на задължението за имуществено изравняване в общия и субсидиарен фактически състав на чл.59 от ЗЗД, е ограничен до размера на по-малката сума между обедняването на ищеца и обогатяването на ответника, следва да се приеме, че в разглеждания случай това е по-малката сума между стойността на процесните строително - монтажни работи на общинския път, определена по средни пазарни цени към датата (съответно периода) на извършването им и действителните разходи, които ищецът е направил за тяхното изпълнение. Поради това при определяне на размера на претенцията за заплащане на разходите за изпълнените от ищците допълнително СМР на извъндоговорно основание, довел до неоснователното обогатяване на ответната община, следва да се отчетат само реално направените разходи за материали и труд, като в тях не следва да се включва начислен данък добавена стойност, както и начислена печалба. Общината не може да се обогати с цитирания данък, защото по своята правна характеристика данък добавена стойност - като косвен данък, се дължи при доставка на стоки или услуги, т.е. обектът на облагане предполага наличие на договор/данъчното събитие е доставка на стоки или услуги/.

Следва да бъдат споделени изводите на първоинстанционния съд, че от страна на ищците, чиято е доказателствената тежест, не е доказано изпълнението на описаните в протокола от 6.10.2010 г. СМР по позиции № 19-превоз на 6005 куб.м скална маса на 2 км и по позиция № 21 превоз на 1568 куб.м. скална маса на 5 км, поради следното : В т.7 на посочения протокол е отразено, че действително при актувани по договора по позиция № 18 - 4957 куб.м, е установено изпълнение на 11 542 куб.м. или разлика от 6585 куб.м. допълнително, като е констатирано, че скалната маса е взета от речното корито. В представената едностранно изготвена от изпълнителя справка на л.424 от делото са отразени различни от приетите от комисията стойности за осъществен превоз на скална маса, като в позиция № 8 е посочено превоз на 1277 куб.м скална маса до 2 км , а в позиция №10- превоз на скална маса до 5 км, са посочени само 290 куб.м., като е посочен и превоз на 80 куб.м. скална маса на 8 км, количества, които са в пъти по - малки от отразените в протокола на комисията. С оглед на тези разлики и при липса на доказателства за реално осъществен превоз на скална маса в описаните в протокола от 6.10.2010 г. количества на посочените разстояния, въззивният съд напълно споделя изводите на първоинстанционния съд, че от страна на ищците не е доказано изпълнението на отразените в позиция № 19 и № 21 работи, чието заплащане се претендира от ответната община. Тази констатация, наред с липсата на доказателства за реално направени разходи за посочените дейности, изключва възможността да се приеме, че с претендираната за тях стойност е налице обедняване на ищцовите дружества, поради което и претенцията за заплащането им се явява неоснователна. При определяне на размера на дължимото обезщетение първоинстанционният съд неправилно е отразил приетите в заключението на вещото лице стойности, тъй като в същото е установено, че разноските на дружествата/без печалба/ за

допълнително извършените работи, както са отразени в протокола от 6.10.2010 г. по позиция № 19 възлизат на сумата от 45 397.80 лева, а по позиция № 21 възлизат на сумата от 23 708.16 лева, а съдът е посочил стойностите с включена печалба по тези две позиции. При анализ на приетите за доказани стойности според заключението на вещото лице на допълнително изпълнените работи, установени с протокола от 6.10.2010 г. по позиции № 18- в размер на 224 746.05 лева, позиция № 12 в размер на 63 611.10 лева и позиция № 20 в размер на 1 957 лева, следва да се приеме, че действително направените от изпълнителя разходи за тези работи възлизат общо в размер на сумата от 290 314.15 лева, установяваща размера на обедняването му. Този извод не противоречи на установеното в заключението на назначената съдебно-счетоводна експертиза обстоятелство, че в счетоводството на консорциума и на съдружника [фирма] са отразени други стойности, доколкото тези счетоводни записвания, неподкрепени с първични документи, не обвързват съда, предвид съвкупната преценка с останалите събрани по делото доказателства.

При така установените данни, според въззивния съд, е налице хипотезата

на чл.59 ал.1 от ЗЗД и оттук извод за осъществен фактически състав на текста: обедняване на ищците чрез направени разходи за материали и труд по допълнително изпълнени неотложни аварийно-възстановителни работи, извън предмета на договора, обогатяване на ответната община без правно основание, субсидиарност на иска. Предвид събраните по делото доказателства претенцията се явява основателна до размера на сумата от 290 314.15 лева, представляваща обезщетение, равняващо се на стойността на разходите за допълнително извършени от ищците СМР, приети с протокол от 06.10.2010 г. за установяване степен на завършеност на подобект-строеж

„Възстановяване на общински път за [населено място]" и представляващи по видове и количества СМР, както следва: изкоп с багер на скална маса при 1 утежнено условие на транспорт - 6 585 куб. м. на стойност 224 746, 05 лева, разриване с булдозер скални маси или засипване с пробег до 40 км. при утежнени условия - 6 585 куб. м. на стойност 63 611, 10 лева и валиране скална маса със самоходен вибровалък - 2 575 куб. м. на стойност 1 957 лева, с които ответникът се е обогатил за сметка на ищеца, като за разликата до пълния размер от 447 246, 62 лева, включваща и превоз на скална маса до 2 км - 6 005 куб. м. на обща стойност 45 397.80 лева и превоз на скална маса до 5 км - 1 568 куб. м. на стойност 23 708.16 лева следва да бъде отхвърлена като недоказана.

С оглед разпоредбата на чл.269 предл.2 от ГПК, като ограничен в преценката на правилността на постановеното решение до посочените във въззивните жалби доводи, настоящият състав намира, че същите са несъстоятелни, за което излага следните съображения :

По въззивната жалба на [община]

В жалбата се развива довод за неправилност и необоснованост на постановеното решение, поради необсъждането на всички приети по делото доказателства. Поддържа се, че оспореният от общината протокол от 6.10.2010 г., е съставен от комисия, която не е компетентен орган за установяването на факта на извършените допълнителни СМР, тъй като е назначена от областния управител. Този извод не следва да бъде споделен, доколкото комисията е назначена от областния управител на основание чл.58 от Закона за защита при бедствия във връзка с предоставените му правомощия по контрол на изпълнението на възстановителните мероприятия , след като е бил сезиран както от изпълнителя, така и от обективизираното в писмо от 15.07.2010 г. на кмета на общината твърдение, че на посочения подобект са изпълнени допълнително СМР, извън договорените. Такива

обстоятелства са посочени и в протокола от 4.01.2010 г. за окончателно приемане на изпълнените по договора работи, подписан от назначената от кмета на общината комисия, като е отразено, че възстановителните работи на обекта продължават. В назначената от областния управител десетчленна комисия са включени трима представители на ответната община, както и широк кръг специалисти от областна администрация, Гражданска защита и Областно пътно управление, с необходимото образование и квалификация, относими към изпълнението на възложената им задача, а именно установяването на действителното количество извършени допълнителни работи на посочения обект. Доколкото в случая се касае за изпълнени СМР , извън предмета на договора, релевантен за спора е фактът на установяването на действително извършените допълнителни работи, а не тяхното приемане, което е относимо при наличието на договорна връзка между страните, какъвто не е разглежданият случай.

Неоснователен е и доводът, че в хода на производството е оборена доказателствената сила на протоколите от 21.09.2010 г. и от 6.10.2010 г. От показанията на всички разпитани като свидетели участници в комисията се установява, че при съставянето на първия протокол в продължение на няколко дни са осъществени измервания от страна на специалистите в процесния участък, като са съпоставени констатираните към проверката количества изпълнени работи на процесния участък с данните, отразени в протокола на комисията от 4.01.2010 г. за приемане на изпълнените работи по договора за същия участък. Не следва да бъде споделен доводът, че тъй като процесните СМР са извършени в периода на действието на договора от 29.12.2009 г., спрямо същите е приложима клаузата на чл. 3.2 от същия, предвиждаща че ако в хода на изпълнението изпълнителят надхвърли посочената пределна стойност на договора, то разходите по надвишението са за негова сметка.

Тълкуването на посочената клауза обуславя извода, че същата е приложима единствено в случаите, при които при изпълнение на вече договорени работи, изпълнителят надвиши договорените за тях цени в хода на осъществяването им, но е неотнормирана в случаите, при които са изпълнени допълнителни работи, извън обхвата на договора.

Неоснователно е и възражението за допуснатото процесуално нарушение от първоинстанционния съд предвид разглеждането на спора като търговски. Доколкото главният иск е предявен на договорно основание във връзка с изпълнението на търговска сделка, разглеждането му предполага и приложението на процедурата по реда на чл.365-378 от ГПК, относима и към разглеждането на предявения при условията на евентуалност иск по чл.59 от ЗЗД, което е обусловено от изхода на спора по главния иск.

По частната жалба на [община]

Частната жалба е подадена срещу постановеното по реда на чл.248 от ГПК определение № 444 от 27.11.2015 г. , с което по искане и на двете страни е изменено първоинстанционното решение в частта му за разноските. Развиват се доводи, че същото е недопустимо, доколкото е постановено по подадена извън определения в закона срок молба за допълване на решение, която поради това не подлежи на разглеждане. Тези доводи на страната не следва да бъдат споделени, доколкото от данните по делото е видно, че съобщението за постановеното решение е получено от тази страна на 12.08.2015 г., а молбата по чл.248 от ГПК е подадена на 3.08.2015 г., в предвидения от закона срок, поради което правилно е разгледана от първоинстанционния съд.

По въззивната жалба на [фирма] и [фирма]

С въззивната жалба, насочена срещу постановеното решение в отхвърлителната му част, се развива довод за необосноваността

му, поради необсъждането от страна на съда на гласните доказателства по делото, относими към установяването на твърдените СМР. Възражението е изцяло неоснователно, доколкото показанията на разпитаните свидетели, членове на комисията, са относими към отразените в оспорените протоколи констатации, но не опровергават извода за недоказаност на реалното осъществяване на превоз на посочените в позиции № 29 и 21, тъй като по делото от страна на ищеца не са представени необходимите доказателства в тази насока.

Неоснователен е и доводът, че след като в протокол № 4 от 6.01.2010 г. на назначената от ответната община комисия по приемането на изпълнените по договора работи, е прието осъществяването на превоз на разстояния от 2 км и от 5 км на скална маса, е налице приемане от страна на общината, че и при изпълнението на допълнително извършените СМР, е осъществен такъв превоз, доколкото всеки от последващите разходи подлежи на самостоятелно доказване от страна на изпълнителя, което не е направено в процеса.

Не е налице неточност при посочването на количествата скална маса, за чийто транспорт съдът е приел, че не е доказано осъществяването му, доколкото съдът е обсъждал и преценявал отразените в протокола от 6.10.2010 г. количества скална маса, както са посочени за позиция № 19 и № 21, тъй като в същия е отразено, че след изкопаване за транспорт разбухнатата скална маса придобива посочените в тези позиции обеми, докато позиция № 12 на протокол № 4 от 6.01.2010 г. е относима към отразяването на дейността по разриване с булдозер на скални маси или засипване с пробег до 40 м, при която количествата не са изчислени с посочения от комисията коефициент.

Д. за неправилно отразяване на стойностите на извършените СМР, посочени в отхвърлителната част на решението, като такива, относими към договорните цени, е основателен, поради

което при постановяване на въззивното решение, настоящият състав ги възприема при определяне на размера на дължимото обезщетение.

Предвид изложените съображения и предвид неправилната квалификация на предявения иск от първоинстанционния съд, атакуваното решение следва да се отмени, като се постанови друго по съществото на спора, но с посочване на правилната квалификация на иска по чл. 59 от ЗЗД.

Предвид изложените съображения, настоящият състав намира, че с оглед променената от въззивната инстанция квалификация на предявения иск, първоинстанционното решение, следва да бъде отменено в частта, с която е уважена претенцията по чл.55 ал.1 т.1 от ЗЗД и вместо него следва да бъде постановено друго, по съществото на спора, в тази част, с което бъде този иск бъде уважен до размера от 290 314.15 лева, но с правно основание - чл.59 от ЗЗД, като в останалата част до пълния му предявен размер от 447 246.62 лева, искът следва да бъде отхвърлен.

С оглед изхода на спора и на основание чл.78 ал.1 от ГПК в тежест на ответника по иска- [община] следва да бъдат присъдени направените от ищцовите дружества деловодни разноски пред двете инстанции разноски, определени съразмерно на уважената част от исковете. Следва да бъде съобразено и присъждането на юрисконсултско възнаграждение, поискано от общината на основание чл.78 ал.8 от ГПК, за осъществено процесуално представителство от юрисконсулт, което определено съобразно чл.7 ал.2 от Наредба № 1 / 2004 г. на ВАС за минималните размери на адвокатските възнаграждения, възлиза в размер на сумата от 11 247.38 лева за всяка инстанция. При така определения размер на юрисконсултското възнаграждение на процесуалния представител на общината, направените разноски от страните са както следва : В хода на производството от страна на ищцовите дружества са направени деловодни разноски в размер

на сумата от 49 018.37 лева , от които същите имат право на разноски съразмерно на уважената част от исковете от 64.91 %- в размер на сумата от 31 817.82 лева, а общината е направила разноски в размер на сумата от 30 367.02 лева, от които съразмерно на отхвърлената част от исковете от 35.09 %, има право на разноски в размер на сумата от 10 655.78 лева, поради което и след компенсация, подлежащите на възмездяване разноски в полза на ищцовите дружества възлизат в размер на сумата от 21 162.04 лева .

Водим от горното, Софийски апелативен съд

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ решение № 45 от 7.07.2015 г., допълнено по реда на чл.248 от ГПК с определение № 444 от 27.11.2015 г. постановено по т.д. № 58/2012 г. на Кюстендилския окръжен съд, **в частта**, с която е осъдена [община] да заплати на [фирма]- [населено място] и на [фирма]- [населено място], като съдружници в „К. и. п. с. „, сумата от 348 376.98 лева, с ДДС, представляваща обезщетение равняващо се на стойността на допълнително извършени от ищеца СМР, приети с протокол от 06.10.2010 г. за установяване степен на завършеност на подобект-строеж „Възстановяване на общински път за [населено място]" и представляващи по видове и количества СМР, както следва: изкоп с багер на скална маса при 1 утежнено условие на транспорт - 6 585 куб. м. на стойност 224 746, 05 лева, разриване с булдозер скални маси или засипване с пробег до 40 км. при утежнени условия - 6 585 куб. м. на стойност 63 611, 10 лева и валиране скална маса със самоходен вибровалък - 2 575 куб. м. на стойност 1 957 лева, с които ответникът се е обогатил за сметка на ищеца, ведно със законната лихва върху сумата от 348 376, 98 лева, считано от датата на подаване на и. м. в съда 03.05.2012 г. до окончателното ѝ заплащане,**в частта**,с която е отхвърлен

предявеният иск за разликата до пълния размер от 447 246, 62 лева, включваща и превоз на скална маса до 2 км - 6 005 куб. м. на обща стойност 51 522, 90 лева и превоз на скална маса до 5 км - 1 568 куб. м. на стойност 25 370, 24 лева и в **частта за разноските** и вместо него **ПОСТАНОВЯВА :**

ОСЪЖДА [община] – [населено място], пл.“В.“ № 1 да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление – гр.С., район В., ул.“П. „, № 30 и на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление - [населено място], ул.“Х. Д. „, № 2, като съдружници в „К. и. п. с.“, на основание чл.59 от ЗЗД сумата от 290 314.15 лева, представляваща обезщетение, равняващо се на стойността на допълнително извършени от ищците СМР, приети с протокол от 6.10.2010 г. за установяване степен на завършеност на подобект –строеж „Възстановяване на общински път за [населено място] „, и представляващи по видове и количества СМР, както следва: изкоп с багер на скална маса при 1 утежнено условие на транспорт - 6 585 куб. м. на стойност 224 746, 05 лева, разриване с булдозер скални маси или засипване с пробег до 40 м при утежнени условия - 6 585 куб. м. на стойност 63 611, 10 лева и валиране скална маса със самоходен вибровалък - 2 575 куб. м. на стойност 1 957 лева, ведно със законната лихва върху сумата от 290 314.15 лева, считано от датата на предявяване на иска - 03.05.2012 г. до окончателното ѝ заплащане, **като ОТХВЪРЛЯ** иска за **разликата** до пълния му предявен размер от 447 246.62 лева, като неоснователен.

ОСЪЖДА [община] – [населено място], пл.“В.“ № 1 да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление – гр.С., район В., ул.“П. „, № 30 и на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление - [населено място], ул.“Х. Д. „, № 2, като съдружници в „К. и. п. с.“, сумата от 21 162.04 лева,

деловодни разносики пред двете инстанции, определени по компенсация.

В останалата, необжалвана част, решението е влязло в сила. Решението подлежи на обжалване пред ВКС на РБ в едномесечен срок от връчването му на страните.

ПРЕДСЕДАТЕЛ : ЧЛЕНОВЕ :