

**чл. 55, ал. 1 пр. 1-во от ЗЗД**

**чл. 266 във връзка с чл. 79 от ЗЗД**

**Решение от 25.01.2017 г. на Арбитражен съд при БСК по ВАД № 5/2016 г.**

**За да се отговори на въпроса дължи ли се връщането на усвоените суми по банковата гаранция и води ли нейното усвояване до неоснователно обогатяване на Възложителя, следва да се уточни целта, характерът и функцията на гаранцията.**

**Характерът на банковата гаранция не е правно регламентиран. Страните имат договорна свобода да определят, както условията и сроковете за задържане и освобождаване на банковата гаранция, така и нейния характер.**

**Санкционната функция на гаранцията не я превръща в неустойка. Гаранцията е отделен правен институт и нейния санкционен характер е в резултат на волята на страните изразена в договорното правоотношение.**

Искът има за основание чл. 55, ал. 1 пр. 1-во от ЗЗД – претендира се връщане на усвоената сума по банковата гаранция за добро изпълнение на договор като получена от ответника без основание.

#### **По допустимостта на иска**

Възражението на ответника за недопустимост на иска поради изтекла погасителна давност е неоснователно. Погасителната давност не обуславя допустимостта на иска. Искът може да е допустим и основателен, но погасен по давност. Погасителната давност е свързана с правната квалификация на иска, във връзка с което по възражението за изтекла погасителна давност, арбитражният състав ще се произнесе при разглеждане на исковата претенция по същество.

#### **По отношение на основателността на исковете по чл. 55, ал. 1 пр. 1-во от ЗЗД и чл. 86 от ЗЗД**

За да се отговори на въпроса дължи ли се връщането на усвоените суми по банковата гаранция и води ли нейното усвояване до неоснователно обогатяване на Възложителя, следва да се уточни целта, характерът и функцията на гаранцията. Това е и основният спорен въпрос между страните, изходът от който предполага основателността или неоснователността на иска.

Ищецът твърди, че гаранцията по Договора не притежава характеристиките на договорна неустойка по смисъла на чл. 92 от ЗЗД, а обезпечава изпълнението и служи за обезщетяване на вредите, които са пряка и непосредствена последица от договорното неизпълнение.

Ответникът поддържа, че гаранцията за добро изпълнение е самостоятелно основание за обезщетение при договори сключени по ЗОП, което е различно от обезщетението за

вреди, като обосновава виждането си със съдържащите се в Общите условия възможности вредите да се търсят по съдебен ред, след усвояване на гаранцията.

Характерът на банковата гаранция не е правно регламентиран. Страните имат договорна свобода да определят, както условията и сроковете за задържане и освобождаване на банковата гаранция, така и нейния характер.

Разгледани и съпоставени помежду си договорните клаузи сочат както обезщетителен, така и санкционен характер на гаранцията.

Целта на гаранцията е определена в чл. 3.1. от Договора – да обезпечи неговото изпълнение. Това е генералната ѝ функция – под страх от усвояването ѝ от Възложителя да дисциплинира Изпълнителя към добро изпълнение през цялото време на действие на договорната връзка до пълното, качествено и срочно изпълнение на всички договорни задължения. В този смисъл са чл. 4.7. и чл. 4.8. от Общите условия, в които са уточнени основанията за усвояване или освобождаване на гаранцията при прекратяване на договора.

Според чл. 4.8 от Общите условия, Възложителят освобождава гаранцията на Изпълнителя в 15-дневен срок след приключване на изпълнението на задълженията му по Договора, освен в случаите на усвояването ѝ поради неизпълнение. Приключването на изпълнението на Договора, съгласно чл. 12.2. от Общите условия се извършава с предаването на строителния обект чрез изготвяне на Констативен акт обр. 15 за установяване годността за приемане на обекта (част, етап). Договорът не е прекратен поради приключване на изпълнението на задълженията по него от Изпълнителя, по смисъла на чл. 4.8. от Общите условия. Налице е забавяне в изпълнението на задълженията по Договора от страна на Изпълнителя по негова вина, във връзка с което Възложителят е упражнил правата си за предсрочно прекратяване по раздел 20 „Прекратяване“ на Общите условия. Съгласно чл. 20.2 б. „а“, от Общите условия Възложителят запазвайки правото си за други съдебни претенции за неизпълнение на Договора, може едностранно да го прекрати напълно или частично, след изпращане на писмено уведомление за неизпълнение, ако Изпълнителят не успее да изпълни някоя или всички дейности, в рамките на определеното време указано в Договора или в рамките на съответното удължаване разрешено от Възложителя. В чл.4.7. от Общите условия страните изрично са договорили, че при прекратяване или разваляне на Договора по вина на Изпълнителя, Възложителят инкасира в своя полза гаранцията за изпълнение като има право да претендира дължимите от Изпълнителя санкции и неустойки по съдебен ред. Текстът на чл. 4.7. от Общите условия по несъмнен начин съдържа санкционен характер на гаранцията.

Същевременно чл. 4.2, чл. 4.5, чл. 18.1 и чл. 20.5. от Общите условия определят компенсаторен (обезщетителен) характер на гаранцията, в случаите на неизпълнение на задълженията по Договора. Така чл. 4.2. от Общите условия постановява, че гаранцията е платима на Възложителя като компенсация за щети или дължими неустойки, произтичащи от неизпълнение на задълженията на Изпълнителя по Договора. Чл. 4.5. от Общите условия предвижда, че от гаранцията могат да бъдат инкасирани суми за начислени на Изпълнителя санкции и неустойки. Според чл.18.1. от Общите условия, ако Изпълнителят не успее да извърши всички или някои от дейностите в сроковете или с качеството определени в Договора, Възложителят запазвайки си правото на други съдебни претенции по Договора удържа изчислената

сума на неустойката от последващо дължимо плащане по Договора и/или от гаранцията за изпълнение на Договора.

Съпоставката на двете клаузи в Общите условия - чл. 4.7. и чл. 20.5., които уреждат последиците от прекратяване на Договора по вина на Изпълнителя също потвърждават изводите за санкционен и компенсаторен характер на гаранцията. При прекратяване на Договора по вина на Изпълнителя, съгласно чл. 20.5. от Общите условия, Възложителят има право да удържи останалите плащания до уточняването по размер на всички разходи и щети, които ще претърпи от неизпълнението на Договора. В този случай Възложителят следва да заплати на Изпълнителя договореното възнаграждение, след като от представената гаранция за изпълнение и дължимите плащания, бъдат приспаднати горепосочените разходи, суми и щети. Създаденият с чл. 20.5. механизъм за реално компенсиране на неустойки, разходи и щети, не изключва санкционната функция на гаранцията по чл. 4.7. и чл. 4.8. от Общите условия, които са пределно ясни и категорични, и не подлежат на тълкуване.

Договорът и Общите условия не съдържат условия и срокове за освобождаване на банковата гаранция в полза на Изпълнителя, когато Договорът е прекратен или развален по негова вина. Не са предвидени и основания за връщане на гаранцията от Възложителя на Изпълнителя, след усвояването ѝ по реда на чл. 4.7. от Общите условия. Чл. 20.5. от Общите условия урежда правото на задържане плащанията до уточняване на всички разходи и щети. Текстът не съдържа изрично или имплицитно възможност за освобождаване на банковата гаранция, след приспадане на суми от нея за дължими санкции и вреди, за разлика от възнаграждението, за което това е изрично предвидено.

Компенсаторният и санкционният характер на банковата гаранция са договорени от страните в Общите условия и прилагането на едната функция в част от текстовете не изключва прилагането на другата. Решаващият състав приема, че волята на страните не е договорните клаузи взаимно да се елиминират и обезсилват и всяко тълкуване в обратен смисъл, би довело до тяхното дописване.

Санкционната функция на гаранцията не я превръща в неустойка. Гаранцията е отделен правен институт и нейния санкционен характер е в резултат на волята на страните изразена в договорното правоотношение.

За да бъде реализирана в пълен обем санкционната и обезщетителната функция на гаранцията, чл.4.6. от Общите условия изисква през цялото време на действие на договора, банковата гаранция да бъде поддържана в първоначалния ѝ размер, като при всяко инкасиране на суми, Възложителят е длъжен да уведоми Изпълнителя, а Изпълнителят в срок до 14 календарни дни да допълни размера на гаранцията. Следователно волята на страните е към датата на прекратяване на Договора, независимо от основанието за прекратяване, гаранцията да е в размера по чл .3.1. от Договора. При прекратяване на договора при условията на чл. 4.7. от Общите условия не е предвидено частично усвояване на гаранцията, съразмерно с неизпълнената част от Договора. В арбитражното производство не е направено искане или възражение от страните в този смисъл, поради което арбитражният състав, който е лишен от възможността да действа служебно, признава правото на Възложителя да усвои гаранцията в пълен размер.

За да е налице неоснователно обогатяване, би следвало да липсва основание за усвояване на банковата гаранция. От страна на Изпълнителя не е осигурено добро изпълнение на Договора, поради което не може да се твърди, че сумата по банковата гаранция е усвоена от Възложителя без правно основание. Сумата е усвоена във връзка с неточното изпълнение на договора, на правно основание предвидено в чл. 4.7. от Общите условия.

Решаваният състав счита за неотнормимо към настоящия спор твърдението на ищеца, че усвояването на банковата гаранция от ответника е причинило обедняването му, което обосновава с удостоверение на „Райфайзенбанк (България)“ ЕАД, като засягащи отношенията с банката–гарант, а не с ответната страна по делото.

Ищецът е неизправна страна по Договора и неговото виновно поведение е довело до частичното му прекратяване. Тъй като е налице основание за усвояване и задържане на дадената по Договора гаранция от ответника по делото, искът за връщането ѝ като неоснователен следва да бъде отхвърлен изцяло. Предвид неоснователността на главния иск, неоснователни са и акцесорните иски за заплащане на обезщетение за забавено плащане в размер на законната лихва, на основание чл. 86 от ЗЗД.

С оглед неоснователността на иска, възражението на ответника, че искът е погасен давност, поради приложимост на тригодишната погасителна давност по чл. 111 б.„б“ от ЗЗД, следва да бъде оставено без разглеждане. Като предявен на основание неоснователно обогатяване по чл. 55 ал.1 пр. 1-во, за иска е приложима общата 5-годишна погасителна давност по чл. 110 от ЗЗД., в рамките на която е преявен.

**По отношение основателността на евентуалния иск с правно основание чл. 266 във връзка с чл. 79 от ЗЗД .**

Обосновавайки този иск, ищецът не е посочил кои договорни клаузи не са изпълнени. Решаваният състав приема, че ищецът в този случай се позовава на аргументите изложени в подкрепа на иска по чл. 55 ал. 1 пр. 1-во от ЗЗД и по изложените по-горе съображения счита, че, липсва неизпълнение на договорно задължение за възстановяване на сумата по банковата гаранция. Не са налице предпоставките за възникване на задължението да се заплати претендираната главница, а следователно и за обезщетение за забавата. Искът предявен на това основание също следва да се отхвърли като неоснователен.