

РЕШЕНИЕ

№ 7678

гр. София, 14.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 68 състав,
в публично заседание на 16.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Вяра Русева

при участието на секретаря Елеонора М Стоянова и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **10542** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 203 и сл. от Административно-процесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 218 от Закона за обществените поръчки.

Образувано е по искова молба, уточнена в с.з. на 16.11.2022г подадена от „Стоун Компютърс“ АД срещу Министерство на финансите за заплащане на сумата в размер на 2 238 819,44 лева главница и 502 159,54 лв. законна лихва върху нея /съгласно допуснатото изменение размера на исквата претенция на осн чл. 214 ГПК вр с чл. 144 АПК в с.з. на 16.11.2022г/, считано от 23.02.2018г до 28.10.2021г /датата на подаване на ИМ/ съгласно допуснатото уточнение досежно периода в с.з. на 16.11.2022г , и законна лихва върху общия размер на обезщетението от подаване на ИМ /28.10.2021г/ до окончателното изплащане на сумата, претендирани като обезщетение за претърпени имуществени вреди /пропуснати ползи/ в резултат адм. акт- Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите за определяне изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП, чиято незаконосъобразност е установена с влязло в законна сила на 5.12.2017г. съдебно решение № 14850 от 5.12.2017 г. постановено по адм.д. № 12415/2017г по описа на ВАС.

Ищецът твърди, че е претърпял вреда следствие на извършено от възложителя нарушение, установено с влязло в сила съдебно решение. Обосновава доводи, че с Решението № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите , чиято незаконосъобразност е установена с влязло в законна сила съдебно решение, той

като част от консорциум „С. С. 2017г“Д. е отстранен от участие в процедурата и поради това не е участвал в класирането и не е могъл да подпише договор за изпълнение. Възложителят бил лишил консорциума, в т.ч. ищеца като част от него, от възможността да сключи договор, оттам да реализира приходи, сигурна, планирана печалба от търговска дейност с която да увеличи имуществото си. Тази възможност била осуетена именно от възложителя. При това положение ищецът „Стоун Компютърс“ АД имал право на обезщетение под формата на пропусната полза изразяваща се в размера на търговската печалба, която дружеството би реализирало за срока на договора за обществената поръчка. За „Стоун Компютърс“ АД възникнало правото на обезщетение, представляващо пропусната търговска печалба за срока на договора за обществената поръчка. Претендира разноски.

В депозирания писмен отговор, ответникът изразява становище недопустимост, евентуално за неоснователност на исковата претенция. Счита, че не е налице който и да било от елементите на фактическия състав за ангажиране отговорността по чл. 218 ЗОП. Претендираните пропуснати ползи били извън хипотезата на чл. 218 ЗОП, доколкото последните представлявали заместител на дължима престация и целта на присъждането им била да се възмезди поето задължение между страните, а в случая такова задължение не е поето и не можело да се направи извод, че е щяло да бъде поето. В хипотезата на чл. 218 ЗОП са обезщетявали само претърпените загуби, не и пропуснати ползи. Дори и да се приемело, че може да се обезщетяват пропуснати ползи, не била налице пряка и непосредствена причинно-следствена връзка между вредите и обявения за незаконосъобразен акт на възложителя. Липсвала сигурност, че консорциум „С. С. 2017г“Д., част от който е ищецът, щял да бъде класиран на първо място и да бъде определен за изпълнител на обществената поръчка, тоест реализирането на претендираната търговска печалба не е сигурно събитие, а опосредено от други несигурни събития. Не можело да се предполага, че възложителят би постановил решение с което би избрал консорциума за изпълнител на поръчката. Причинната връзка била разкъсана и от факта на сключен договор с класирания на първо място участник след допуснато предварително изпълнение при влязло в сила определение. Причинна връзка би била налице само когато с отменения акт възложителят е лишил ищеца от възможността да сключи договор от изпълнението на който би реализирал печалба, какъвто не е настоящият случай. С. К. АД, като част от консорциума не би могъл да бъде изпълнител по договора, а дори и консорциума да е бил определен за изпълнител, то договорът щял да бъде прекратен поради липса на оторизация. Излага съображения, че за проектите свързани с поддържане на технически устройства с критична функционалност не е предвидено отделно заплащане на резервни части и труд, тъй като същите били включени в цената на абонамента, която е регулярна дейност и която включва евентуален разход за вложени резервни части, разход за труд, режимни и транспортни разходи и печалба. Поддържа приложение на чл. 5 ЗОДОВ. Липсвало сигурност, че търговската печалба, ще бъде в размера претендиран от ищеца, а същата е бъдещо несигурно събитие. Консорциумът, част от който е бил ищецът, учреден за участие в процедурата не се бил възползвал от чл. 225 ал.2 от ЗОП да предяви искане за унищожение на сключения на 20.11.2017г договор за възлагане на обществена поръчка, което сочело на недобросъвестно поведение. Прави възражения за изтекла погасителна давност относно претенцията за лихва. Моли да се отхвърлят исковите претенции. Претендира разноски.

Представителят на СГП дава заключение за неоснователност и недоказаност на исковата претенция.

Административен съд-София град, след като обсъди релевираните с исковата молба основания, доводите на страните, прецени събраните по делото относими доказателства по реда на чл.235 от ГПК, вр.чл.144 от АПК, намира за установено следното от фактическа и правна страна:

С Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г. Консорциум „С. С. 2017“ Д. /чрез който ищецът „Стоун Компютърс“ АД е участвал в процедурата/ е отстранен от участие в процедурата на осн. чл. 107 ал.2 б. „а“ от ЗОП с мотиви, че е представил оферта която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката. /л. 60 и л. 64 гръб от делото/.

С влязло в законна сила на 5.12.2017г. съдебно решение № 14850 от 5.12.2017 г. постановено по адм.д. № 12415/2017г по описа на ВАС е установена незаконосъобразност на Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите за определяне на изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП и за обявяване за класиран на първо място „Ай Би Ес България“ЕООД.

С цитираното съдебно решение на ВАС е установено /л. 6 долу от него/, че представените документи отговарят на изискванията на МФ и с тях консорциумът е доказал, че притежава надлежна оторизация от оторизиран представител на I. за поддръжка на хардуер и присъщия му софтуер и възможността да обезпечи обслужване на устройства и специфични конфигурации, обслужващи критични приложения с оригинални или одобрени от производителя резервни части. Последно е дало основание на съда да установи незаконосъобразността на решението на министъра на финансите.

По делото са изслушани и приети съдебни експертизи, които съдят ще коментира при излагане на правните изводи.

По възражението на ответника за недопустимост на исковите претенции съдят се е произнесъл подробно с определението си от 22.12.2021г /л. 174 и сл./, с което е приел ИМ за процесуално допустима, като мотивите не следва отново да се повтарят. Исковите претенции са допустими като предявени от страна, която има правен интерес и срещу ответник, който е пасивно легитимиран по него-Министерство на финансите, тоест срещу юридическото лице, представлявано от органа, от чийто незаконосъобразен акт се твърди, че са причинени вредите. / чл. 218 ЗОП вр с чл.205 АПК/.

Разпоредбата на чл. 218 от ЗОП дава възможност всяко заинтересовано лице да претендира обезщетение за вреди, претърпени вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, при условията на чл. 203, ал. 1, чл. 204, ал. 1, 3 и 4 и чл. 205 от Административнопроцесуалния кодекс. Съгласно легалната дефиниция на понятието дадена в § 2, т.14 от допълнителните разпоредби на ЗОП "Заинтересовано лице" е всяко лице, което има или е имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или може да бъде нанесена вреда от твърдяното нарушение. Ищецът „Стоун компютърс“ АД е представил оферта и е участвал в процедурата опосредено, чрез консорциума „С. С. 2017“ Д.. В договора за консорциум ясно е посочено при възлагане на обществената поръчка какви дейности и услуги ще бъдат изпълнявани от него и може да се направи обоснован извод, че е имал интерес от нейното получаване. В исковата молба се твърди, че е претърпял вреда вследствие

на извършено от възложителя нарушение, установено с влязло в сила съдебно решение. „Стоун компютърс“ АД има качеството на „заинтересовано лице“, по смисъла на горесцитираната разпоредба.

Разпоредбата на чл. 218 ЗОП очертава елементите на фактическия състав на отговорността, като основателността на иск с правно основание чл. 218 от ЗОП, съответно ангажирането на отговорността, предполага установяването на кумулативното наличие на следните предпоставки:

1. нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, обективирани в незаконосъобразен акт, действие или бездействие на административен орган или длъжностно лице, отменен акт или установено незаконосъобразно действие на възложителя на поръчката; 2. настъпила вреда в правната сфера на ищеца; 3. пряка и непосредствена причинна връзка между вредата с нарушението/ сключения договор.

Исковата претенция е за заплащане на обезщетение за причинени имуществени вреди, представляващи пропуснати ползи, изчислени на база печалба върху сумата, предложена като ценова оферта при изпълнение на обществената поръчка, причинени според ищеца вследствие на незаконосъобразно Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите, с което са обявени резултатите, тоест определян е изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП и обявяван за класиран на първо място „АЙ БИ ЕС БЪЛГАРИЯ“ЕООД. Претенцията е за обезщетение за пропуснати ползи в резултат на нереализирана печалба от неключен договор между консорциума в който е участвал ищеца и министерство на финансите поради незаконосъобразната процедура.

Налице е първата предпоставка от описания по-горе фактически състав - с влязло в законна сила на 5.12.2017г. съдебно решение № 14850 от 5.12.2017 г. постановено по адм.д. № 12415/2017г по описа на ВАС е установена незаконосъобразност на Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите за определяне на изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП и за обявяване за класиран на първо място „Ай Би Ес България“ЕООД. Между страните не се спори относно наличието на незаконосъобразен акт, който формира първият елемент от фактическия състав. Спорът е съсредоточен върху възникването на вредите и техния размер и причинната връзка между обявения за незаконосъобразен акт на възложителя и претендираните вреди. Съдът ще разгледа последователно доводите на страните във връзка със спорните въпроси.

Преди всичко и във връзка с възражението на ответника, че претендираните пропуснати ползи били извън хипотезата на чл. 218 ЗОП, тоест в хипотезата на чл. 218 ЗОП са обезщетявали само претърпените загуби, не и пропуснати ползи съдът го намира за неоснователно. Непротиворечива е практиката на ВАС, че пропуснатите ползи са в хипотезата на чл. 218 ЗОП. Консорциумът /в който е участвал ищеца/ е създаден като гражданско дружество с цели участието му в конкретна икономическа дейност, която по определение е свързана с възможността за получаване на печалба - това са и целта и смисълът за развиване на икономическа дейност. Защитата на правата по чл. 1 от Протокол 1 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи /Конвенцията/, съгласно постоянната практика и утвърдени стандарти на защитата на притежанията, установени от Европейския съд по правата на човека /ЕСПЧ/, включва и възможността за обезщетяване на пропуснатите

ползи. Това е изрично посочено и в решението по делото С. срещу България. В тази връзка следва да се посочи § 84 и сл. от решението на ЕСПЧ от 19.01.2017 г. по делото С. срещу България. Тезата, че не се обезщетяват пропуснати ползи, не почива на действащата нормативна уредба и е в противоречие с практиката както на ЕСПЧ, така и на Съда на Европейския съюз. Това изрично е посочено и в цитираното решение - в дело, разглеждащо степента и вида на отговорността на държавите за нарушения на правото на Европейската общност от техните институции, Съдът на Европейския съюз приема, че правило, изключващо искове за пропуснати ползи, не е съвместимо с общностното право (вж. решението от 3 март 1996 г. по делото V. du Pecheur SA v. Federal R. of G., C-46/93 и C-48/93, EU:C:1996:79). Съдът на Европейския съюз конкретно констатира, че "изключването изцяло на пропуснатите ползи от вредата, която подлежи на обезщетяване, не може да бъде допустимо в случай на нарушение на общностното право. Всъщност специално по отношение на икономическите и търговските спорове такова изключване изцяло на пропуснатите ползи е от естество да направи невъзможно обезщетяването на вредата". Доколкото ищецът развива икономическа дейност, пропуснатите ползи принципно са свързани с невъзможността да реализира приходи от сключени договори във връзка с тази дейност. Тези нереализирани приходи се измерват на база доказана цена на услугата, която не е могла да бъде осъществена, поради незаконосъобразното поведение на ответника. Тази цена е приходът, чието постъпване в патримониума на стопанския субект е пропуснато. / Р № 3282 ОТ 04.03.2020 Г. ПО АДМ. Д. № 3944/2019 Г., III ОТД. НА ВАС, Р № 6731 от 8.05.2019г по адм д 14391/ 2018г на ВАС/. Ако в обхвата на обезщетението, дължимо от възложителя по ЗОП, не се включват пропуснатите ползи, то практически няма какво друго обезщетение да получат тези лица. При участие в една процедура по обявена обществена поръчка чиста материална загуба може да бъде само стойността на тръжните книжа, която стойност не може да бъде призната като загуба за лицето, тъй като този разход ще бъде направен независимо дали участникът е класиран на първо или следващо място. Установяването на размера на вредите, съставляващи пропуснати ползи се основава на конкретни факти по делото, от които може да се направи логически обосноваан извод за предполагаемото развитие на имуществените работи на увреденото лице при нормално развитие на обстоятелствата.

За да бъде налице вреда, изразяваща се в пропуснати ползи, то следва резултата, който ищецът е целял да постигне, да е сигурен. Пропуснатата полза е налице, ако има неосъществено увеличение на имуществото на пострадалото лице, което е щяло да настъпи със сигурност и това увеличение непременно е щяло да се осъществи, ако не е бил незаконосъобразния акт. Ответникът възразява, че липсвала сигурност, че консорциум „С. С. 2017“ Д., част от който е ищецът, щял да бъде класиран на първо място и да бъде определен за изпълнител на обществената поръчка, тоест реализирането на претендираната търговска печалба не било сигурно събитие, а опосредено от други несигурни събития. За ищеца ще е налице правото да получи обезщетение, ако докаже със сигурност, че е щял да бъде определен за изпълнител на обществената поръчка. Пропуснатата полза се изразява в това, че едно лице пропуска да осъществи една полза, а именно да увеличи имуществото си, макар да са съществували всички условия за това, като единствено увреждането /отменения

незаконосъобразен акт/ го лишава от възможността да реализира една сигурна облага. Следователно пропуснатата полза е това увеличение на имуществото на увредения, което при обикновени условия би настъпило, ако ответникът не бе го увредил, т.е. тази, която при обикновено развитие на нещата би могла с висока степен на вероятност да се очаква. За да се приеме, че в правната сфера на ищеца е настъпила вреда, следва по безспорен начин да е установено, че без незаконосъобразния акт на ответника, пропуснатата полза със сигурност би се реализирала в правната му сфера. Следва и да се отбележи, че наличието на пропусната полза се предпоставя от съществуването на сигурност или поне висока степен на вероятност за увеличение на имуществото на кредитора, която не се предполага. В същия смисъл е и Решение № 35 от 22.08.2014 г. на ВКС по т. д. № 1916/2013 г., както и приетото в ТР № 3/12.12.2012 г. на ОСГТК на ВКС.

При положение, че представените от консорциума документи отговарят на изискванията на МФ и с тях консорциумът е доказал, че притежава надлежна оторизация от оторизиран представител на I. за поддръжка на хардуер и присъщия му софтуер и възможността да обезпечи обслужване на устройства и специфични конфигурации, обслужващи критични приложения с оригинални или одобрени от производителя резервни части и това е изрично посочено на л. б долу в решението на ВАС с което се установява незаконосъобразност на Решение № РМФ -31 от 17.07.2017г на министъра на финансите, дружеството е имало легитимни правни очаквания, че ще бъде избрано за изпълнител и с него ще бъде сключен договор. Тези очаквания и свързаните с тях планове за осъществяване на търговска дейност са нормални в условията на правова държава. Изложените доводи от ответника за липса на оторизация не следва да се обсъждат в настоящото производство, тъй като са били обсъдени в производството по адм д 12415/ 2017г на ВАС по обжалване на Решението на КЗК с което е оставена без уважение жалбата на консорциума срещу Решение № РМФ -31 от 17.07.2017г на министъра на финансите за определяне изпълнител на обществената поръчка с предмет „Извънгаранционна поддръжка и ремонт на устройства и специфични конфигурации, обслужващи критични приложения, както и устройства с некритична функционалност в техническата инфраструктура в системата на МФ“, тоест обсъдени са в производството в което е проверена законосъобразността на административния акт от който са настъпили вредите. Дори и да бъде установено впоследствие, че са налице основания да се прекрати договора за възлагане на обществена поръчка /който консорциумът е щял да сключи /, това обстоятелство не е от естество да промени само по себе си силата на пресъдено нещо на влязлото в сила решение, с което е установена незаконосъобразността на решението на министъра на финансите за определяне изпълнител. Влязлото в сила съдебно решение по посоченото производство има обвързваща сила спрямо страните. Да се даде право на настоящия ответник МФ, при липса на нововъзникнали обстоятелства, които имат правното значение или правните последици на правоизключващи или правопогасяващи юридически факти, отново да претендира

законосъобразност на Решението РМФ 31 от 17.07.2017г на министъра на финансите въз основа същите факти /твърдения за липса на оторизация/, преклудирани вече от силата на пресъдено нещо на влязлото в сила съдебно решение, би означавало да бъде нарушен основният принцип в правораздаването за непререшаемост на съдебен спор, разрешен с влязло в сила съдебно решение. В настоящото производство не може да се ревизира влязлото в сила съдебно решение. След като ВАС приема, че консорциумът е доказал че притежава надлежна оторизация, житейската и правна логика изключват приложението на чл. 5 от ЗОДОВ, противно на доводите на ответника.

Доколкото документите на Консорциума отговарят на изисквания на МФ и с тях е доказана надлежна оторизация /л. 6 от решението на ВАС/, то за ищеца /чрез консорциума/ не е съществувало съмнение, че ще бъде определен за изпълнител на обществената поръчка и именно с него ще бъде сключен договор. За ищеца е налице настъпила реална вреда от пропуснати ползи, изразяваща се в неполучаване на приходи от сключен договор за определяне изпълнител на обществена поръчка. Ищецът като част от консорциума е имал обосновано и оправдано правно очакване, че именно той би бил избран за изпълнител. Тези нереализирани приходи се измерват на база доказана цена на услугата, която не е могла да бъде осъществена, поради незаконосъобразното поведение на ответника. Тази цена е приходът, чието постъпване в патримониума на стопанския субект е пропуснато. При наличие на първоначално решение на Комисията на осн чл. 58 ал.1 от ППЗОП за класиране на участниците при което Консорциума е класиран на първо място /л.2 от решението на ВАС/ е налице в достатъчна степен сигурност, че именно Консорциумът е щял да бъде определен за изпълнител на обществената поръчка. Основната причина да не е бил сключен договор с Консорциума е , че не е бил притежавал надлежната оторизация, което се опровергава от мотивите на решението на ВАС с което се установява незаконосъобразност на решението на министъра на финансите за определяне на изпълнител. При това положение, налице е нужната степен на сигурност за възможността за класиране на Консорциума на първо място в процедурата и от там, че договорът за изпълнение на поръчката би сключен именно с него. Установяването на незаконосъобразност на решението на министъра на финансите за определяне изпълнител на обществената поръчка с влязъл в сила съдебен акт, ведно с първоначалното решение на помощния орган -Комисията с която на осн. чл. 58 ал.1 от ППЗОП класира на първо място Консорциума, в своята взаимовръзка обуславят с нужната степен на сигурност единствената възможност , че договорът за изпълнение на обществената поръчка е щял да бъде сключен именно с консорциума. ВАС вместо КЗК при постановяване на решението си е приел наличие на хипотезата на чл. 215 ал.5 от ЗОП, една от кумулативните предпоставки за приложението ѝ е нарушението да е в причинно-следствена връзка с възможността жалбоподателят да участва в процедурата или да бъде

избран за изпълнител. Отстраняването на консорциума е в пряка причинно-следствена връзка с възможността той да участва занапред в процедурата и от там да бъде избран за изпълнител. Решението № 14850/05.12.2017 г. по адм. дело № 12415/2017 г., по описа на ВАС се ползва със сила на присъдено нещо и от него се установява по несъмнен и безпротиворечив начин, че представените документи са отговаряли на изискванията на възложителя и с тях консорциумът е доказал, че притежава надлежна оторизация от оторизиран представител за поддръжка на хардуер и присъщия му софтуер, както и възможността да обезпечи обслужването на устройства и специфични конфигурации, обслужващи критични приложения, с оригинални или одобрени от производителя резервни части. От събраните по делото доказателства се обосновава извод, че с постановяване на незаконосъобразното решение на Министъра на финансите и сключването на договор за възлагане на обществената поръчка с друг участник, възложителят е лишил „С. – С. 2017“ Д. от възможността да сключи договор, респективно да реализира законна печалба от търговска дейност, с която „Стоун компютърс“ АД да увеличи имуществото. При нормално и естествено развитие на процеса „С. – С. 2017“ Д. е следвало да бъде избран за изпълнител, тъй като вече е бил класиран на първо място като предложил най – ниска цена и отговарящ на всички заложи от възложителя изисквания. Възникналата непосредствената причинна връзка между евентуалните пропуснати ползи и незаконосъобразния акт на възложителя е доказана с Решението № 14850/05.12.2017 г., на ВАС.

Несъмнено сключването на договор за обществена поръчка с определения на първо място изпълнител е обусловено и от допълнителни условия /арг. от чл. 112 ЗОП./ При обичайно развитие на нещата обаче, в т.ч. доказана надлежна оторизация напълно обосновано може да се очаква , че договорът за обществена поръчка ще бъде сключен именно с консорциума. Не може да се възприеме тезата на ответника, че причинната връзка между претендираните вреди и незаконосъобразния акт на възложителя била разкъсана от факта на сключен договор с „Ай Би Ес- България“ЕООД след допуснато предварително изпълнение при влязло в сила определение. Това е така тъй като сключването на договор зависи също от възложителя, издал незаконосъобразното решение. Незаконосъобразният акт е издаден от възложителя , по чието искане е допуснато предварително изпълнение и който е сключил договора с Ай Би Ес България ЕООД. Ако се приеме противното, то с цел да се осуети /избегне/ възможността за обезвреда възложителят във всеки случай би използвал тази правна възможност. Не такъв обаче, е смисълът на закона. Претендираните пропуснати ползи произтичат от факта на незаконосъобразното решение на министъра на финансите за определяне за изпълнител на обществената поръчка Ай Би Ес България ЕООД и за отстраняването от процедурата на консорциума и от там от обусловеното

очакване, че договърът ще бъде сключен с консорциума.

Пропуснатата възможност да се увеличи патримониума на дружеството е пряка, типична нормално настъпваща последица от незаконосъобразното решение № РМФ 31 от 17.07.2017г на министъра на финансите с което Консорциума е отстранен от участие и от обусловеното с голяма степен на сигурност, че договърът за обществена поръчка е щял да бъде сключен именно с Консорциума. Не може възложителят да осуетява възможността да се претендира обезщетение за вреди, претърпени вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, като се възползва от законовата възможност да поиска от Комисията за защита на конкуренцията допускане на предварително изпълнение на решението за определяне изпълнител. Установяването на незаконосъобразност на решението на министъра на финансите, в т.ч. и първоначалното решение на помощния орган- Комисията, за класиране на първо място на Консорциума води до извод за напълно обосновано очакване, че именно консорциума е щял да бъде определен за изпълнител и именно с него да се сключи договора. Позитивното проявление на факта на реализиране на печалба за Консорциума е в зависимост от сключването на договор, опосреден от решение за определяне консорциума за изпълнител. Безспорно печалбата се явява последица от фактически състав по възлагане на поръчката който завършва със сключване на договор и който фактически състав при нормално и обичайно развитие в случая с голяма степен на сигурност е щял да бъде завършен. В тази връзка всякакви доводи дали евентуално сключения договор щял да бъде изпълняван и др не следва да се обсъждат тъй като са извън релевантния период на посочения фактически състав завършващ със сключване договор за обществена поръчка. Избягване отговорността за вреди не може да бъде осуетено чрез искане за допускане предварително изпълнение на решението за определяне изпълнител. Претендираните пропуснати ползи следват закономерно единствено от установяването на незаконосъобразност на решението на министъра на финансите и обусловеното от него сигурното очакване, че именно с Консорциума е следвало да бъде сключен договора. Договорът с избрания изпълнител, определен с незаконосъобразното Решение № РМФ 31 от 17.07.2017г след допуснато предварително изпълнение при влязло в сила определение е сключен от възложителя издал и незаконосъобразното решение /от същото лице/, поради което и не е прекъсната причинно следствената връзка доколкото възможността да реализира приход зависи от възложителя, а не напр. от трето лице. Мислимо би било да се мисли за прекъсване на причинно следствената връзка единствено ако сключването на договора зависеше от трето лице, какъвто не е настоящият случай.

С оглед горното налице са предпоставките на фактическия състав по чл. 218 ЗОП за заплащане на обезщетение за причинени имуществени вреди,

представляващи пропуснати ползи, изчислени на база печалба върху сумата, предложена като ценова оферта при изпълнение на обществената поръчка, причинени вследствие на незаконосъобразно Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите, с което са обявени резултатите, тоест определен е изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП и обявен за класиран на първо място „АЙ БИ ЕС БЪЛГАРИЯ“ЕООД. Налице са пропуснати ползи в резултат на нереализирана печалба от несключен договор между консорциума в който е участвал ищеца и министерство на финансите поради незаконосъобразната процедура.

За формиране размера на обезщетението и лихвите, са изслушани заключение по съдебно-техническа експертиза, заключение по допълнителна съдебно-техническа експертиза, заключение по комплексна съдебно-техническа и счетоводна експертиза и заключение по съдебно-счетоводна експертиза. Съдът кредитира заключението по комплексна съдебно-техническа и счетоводна експертиза /л. 318 и сл./и заключението по съдебно-счетоводна експертиза /л. 405 и сл./, тъй като размера на търговската печалба, която дружеството би реализирало за срока на договора за обществената поръчка се изчислява след приспадане разходите за вложени ремонтни части , за труд, като се съобрази и реда и начина на осъществяване на плащанията по договора. Вещото лице е определило печалбата след приспадане на всички разходи във връзка с вложените оригинални резервни части и такива свързани с доставката на резервните части до възложителя, разходи за труд, режийни (ток, вода, ел.енергия и др.) и транспортни разходи до всяка точка от помещенията на възложителя до съответната сервизна база, капо и транспорт до всяка точка от помещенията на възложителя при всяко помещение за диагностика, профилактика, вземане на част за ремонт, гориво и др. разходи за поддръжка на материална и персонална база във връзка с изпълнение по поръчката, в това число за поддръжка на диагностична и сервизна техника за диагностициране, тестване и поправка, инструменти за ремонт на ИТ техника , сервизни автомобили, висококачествено диагностично оборудване за изпитания и изследвания, възнаграждение за 50 ф. специалисти и ръководители с необходимата квалификация и сервизна база в цялата страна (разходи за заплати, в това число социални и здравни осигуровки на екипите, пътни, командировъчни, за наеми на помещения) ,разходи за ел. енергия, данъци и др. съобразно данни от счетоводството на дружеството. Съдебно – счетоводната експертиза, посочва на кои дати (л. 407), всеки месец най-късно е следвало да бъдат извършвани плащанията от Министерството на финансите към консорциум „С.-С. 2017“ Д., в случай че беше подписан между двете страни „Договор за извънгаранционна поддръжка и ремонт на устройства и специфични конфигурации, обслужващи критични приложения, капо и устройства с некритична функционалност в техническата инфраструктура в системата на МФ“. С оглед отговора на предходния въпрос, вземайки предвид дължимостта на лихвите по всяко отделно плащане, вещото лице е изчислило

общия им размер за целия срок на договора (л. 408 от делото) - 502 159,54 лв.

Вещите лица при изчисленията си са съобразили дела от нереализираната търговска печалба който ищецът е щял да получи като участник в Консорциума съобразно т.3.4. /т. 4.2/ от Договора за консорциум според която печалбите и загубите се разпределят пропорционално на участието на всеки от съдружниците в съвместната дейност и приложение № 1 към договора за консорциум видно от което каква част от отговорността поема ищеца /л. 14 и сл от делото/. В тази връзка е и т.б.1.2 от договора за консорциум /л.13/ според който дела от печалбата на ищеца е пропорционална на реалното му участие.Тоест нереализираната печалба следва да се определи съобразно реалното участие на ищеца в съвместната дейност което е видно от представеното по делото Приложение №1 към договора за консорциум /л. 14 и сл./ Неоснователни са доводите на ответника, че предвид, че липсвало решение на Общото събрание каквото било изискването на т.3.4 /т. 4.2/ от договора за консорциума, относно пропорционалността на претендираните суми, загуби и чиста печалба за ищеца, то не можело да се определи и чистата търговска печалба която С. К. АД следвало да получи като член на Консорциума. Решение на ОС е необходимо единствено във връзка с вътрешните отношения между съдружниците с цел гарантиране сигурността им, но не променя и не дерогира договореното в договора за консорциум и Приложение № 1 към него установяващо отговорността на всеки от съдружниците. С договора за консорциум и Приложението № 1 /т.7.1 от договора/към него съдружниците /в т.ч. ищецът като част от консорциума/ са уредили дялово си участие в гражданското дружество, в т.ч. ангажиментите по изпълнението на обществената поръчка. Подписаният от участниците в консорциума договор ведно с приложение към него има характер на решение на съдружниците, като най-близък аналог на решенията на общото събрание. В 7.1. от договора е посочено, че съдружниците разпределят помежду си задачите по изпълнение на обществената поръчка по начин детайлно описан в Приложение № 1,(л. 13 – 25). В представения по делото документ са посочени критичните устройства, за които „Стоун компютърс“ АД поема отговорност да поддържа. Следва да се отбележи, че предложената в офертата цена от „С.- С. 2017“ Д. е крайна, заплаща се на абонаментен принцип, независимо от възникналите инциденти. След анализ на предвиденото разпределение на дейностите в консорциума „С.- С. 2017“ Д. и представената от последния оферта, вещото лице е констатирало, че размерът на нереализираната търговска печалба за „Стоун компютърс“ АД е в размер на 2 238 819,44 лв., ведно със законната лихва в размер на 502 159,54 лева. за периода 23.02.2018 г. – 28.10.2021 г .

Експертите П. и Д. са изчислили евентуалния размер на твърдяната нереализирана нетна търговска печалба за С. К. АД от несклучването между Консорциума „С. С. 2017“ и МФ на договора, след приспадане на всички

разходи във връзка с вложените оригинални резервни части и такива свързани с доставката на резервните части до възложителя, разходи за труд, режийни и транспортни разходи, разходи за поддръжка на материална и персонална база, в т.ч. за поддръжка на диагностична и сервизна техника за диагностициране, сервизни автомобили, висококачествено диагностично оборудване за изпитания и изследвания, възнаграждение за 50 бр специалисти, разходи за ел енергия и др съобразно данни от счетоводството на ищеца и годишните отчети за процесния период на договора /1.12.2017г -30.11.2020г /, а именно в размер на 2 238 819,44 лв. Посочената сума е изчислена по месеци в табличен вид на л. 344 и л.349 от делото. Именно посочената сума представлява вреда под формата на пропусната полза. В открито съдебно заседание от 08.06.2022 г. вещото лице е пояснило, че когато се прави оценка се прави без ДДС, което е и причината изчисляването на пропуснатите ползи да бъде извършено по офертна цена без ДДС. В този случай пропуснатата полза се явява чист приход без данък. Този вариант отразява реалните стойности, както на покупните, така и на продажните цени на услугите. Съдът приема, че цените на услугите следва да се определят без ДДС, тъй като този данък се начислява и правото на данъчен кредит възниква само когато сделките са реални, а в случая няма реални сделки. Това разбиране следва да намери приложение и при института на пропуснатите ползи, тъй като при него по дефиниция печалбата е от неосъществени сделки.

Предвид основателността на исковата претенция за посочената сума-главница 2 238 819,44 лв., основателен е иска за заплащане на лихва върху тази сума /съгласно допуснато изменение размера на исковата претенция на осн чл. 214 ГПК вр с чл. 144 АПК в с.з. на 16.11.2022г/, считано от 23.02.2018г /датата на която е дължим абонамента за м. 12.2017г/ до 28.10.2021г /датата на подаване на ИМ/. Ответникът прави възражение за изтекла погасителна давност от три години относно претенцията за заплащане на лихва за забава на осн. чл. 111 б. „в“ от ЗЗД. Следва да се приложат разпоредбите на гражданския закон за погасителната давност /чл.110-120 ЗЗД/, което материално гражданско право се упражнява чрез възражение. Според чл.111 б. „в“ предл. второ от ЗЗД вземанията за лихви се погасяват с изтичане на тригодишна давност, независимо, че самите вземания се погасяват по силата на чл.110 от ЗЗД с изтичане на петгодишен давностен срок. В случая ИМ е предявена на 28.10.2021г, тоест след като са изтекли три години от възникване на вземането за лихви. В този случай не се погасяват всички лихви, а само тези, които са били дължими преди тригодишния срок от предявяване на исковата претенция. Следователно, считано от три години назад от предявяването на ИМ, ще е погасено вземането за лихви за периода 23.02.2018г до 28.10.2018г. Мораторна лихва следва да се присъди от 29.10.2018г. до датата на завеждане на ИМ-28.10.2021г и законна лихва от завеждане на ИМ - 28.10.2021г до окончателното изплащане на сумата. Ищецът претендира законна лихва в

размер на 502 159,54 лв. изчислена на база цялата искова претенция за периода 23.02.2018г /датата на която е дължим абонамента за м. 12.2017г/ до 28.10.2021г /датата на подаване на ИМ/. След направено собствено преизчисление, за което не са необходими специални знания /чл. 162 ГПК/, съдът намира, че дължимата законна лихва върху посочената главница за периода 29.10.2018г до 28.10.2021г /с оглед направеното възражение за давност/е в размер на 347 836.55 лева, като до пълния претендиран размер законна лихва иска следва да се отхвърли.

При тази установеност на фактите, съдът прави извод за осъществен фактическия състав на отговорността по чл. 218 ЗОП.

Относно разноските: И двете страни претендират разноски. Предвид изхода на спора, на ищеца се дължат разноски с оглед уважената част от исковите претенции. Ответникът е възразил срещу представените доказателства за изплатено адвокатско възнаграждение, позовавайки се на нормата на чл. 75, ал. 3 ЗЗД. Според практиката на Върховния административен съд преводното нареждане е достатъчно за доказване на реално заплащане на договореното адвокатско възнаграждение. Такава е и практиката на Върховния касационен съд относно приложението на чл. 75, ал. 3 от Закона за задълженията и договорите (Определение № 400 от 09.07.2015 г. по ч. т. д. № 1123 / 2015 г. на Върховен касационен съд, 1-во тър. Отделение). Задължителната съдебна практика на ВКС не изключва доказателствената сила на документа, установяващ заверяване единствено сметката на длъжника, не и на кредитора, тоест платежното нареждане съставлява достатъчно доказателство за плащането на задължение, когато кредиторът не го оспорва. По отношение адвокатското възнаграждение, страни по облигационната сделка, към която е приложим чл. 75 ал. 3 ЗЗД, са съответната страна –упълномощител и процесуалния й представител - адвокат, а не противната по спора страна. Трето за правоотношението по сделката лице не би могло да се позовава на чл. 75 ал. 3 ЗЗД, но на общо основание би могло да оспорва реалността на плащането, когато обоснове правен интерес от това, доколкото хипотетично съществува възможност, въпреки нареждането за плащане такова да не бъде получено от кредитора. В този случай, доколкото оспорването не изключва автоматично доказателствената стойност на извлечението по сметката на платеца, достатъчна до този момент, с оглед непротивопоставянето на адресата на плащането, се предпоставя допълнителна проверка за действителното приключване на платежната операция. Съобразявайки принципа за равнопоставеност на страните не следва да бъде отказана възможност на претендиращата възмездяване на разноски страна да представи банково извлечение. В процесния случай от ищеца са ангажирани като доказателства извлечение от банковата сметка на адвокатско дружество „Г.. Д. и Д.“ за доказване на факта на постъпване на възнаграждението в посочения размер.

Ищецът претендира разноски за адвокатско възнаграждение в

размер на 78 917,64 лв. и депозити за вещи лица в размер на 2 550 лв., както и 25,00 лв. за държавна такса.

По делото е релевирано възражение за прекомерност на заплатеното адвокатско възнаграждение-чл.78, ал.5 ГПК, вр.чл.144 АПК. Делото е с материален интерес и за адвокатското възнаграждение е приложима нормата на чл.8, ал.1 вр с чл 7 ал.2 от Наредбата № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. Размерът на адвокатското възнаграждение, определен по чл.7, ал.2 т.7 от Наредба №1, възлиза на 65 764,68 лева. Претендираната сума за адвокатско възнаграждение е в размер на 78 917,64 лв която съдът с оглед фактичката и правна сложност на делото /проведени 4 с.з. изслушани 4 експертизи/ намира че не следва да се редуцира. Общият размер на разноските на ищеца е 81 492,64 лв. С оглед уважената част на исковете на ищеца се дължат разноски в размер на 76 904, 43 лв.

С оглед отхвърлената част от исквата претенция, в полза на ответника също се дължат разноски, като той претендира такива в размер на 3 040 лв.. Предвид отхвърлената част от исквата претенция, на ответника се дължат разноски в размер на 171,16 лв.

Водим от горното и на основание чл. 203 и сл. от АПК, вр с чл. 218 ЗОП съдът

Предвид изложеното, съдът

РЕШИ:

ОСЪЖДА Министерство на финансите да заплати на „Стоун Компютърс“ АД сума в размер на 2 238 819,44 лева *главница* и 347 836.55 лева *законна лихва* върху нея /съгласно допуснато изменение размера на исквата претенция на осн чл. 214 ГПК вр с чл. 144 АПК в с.з. на 16.11.2022г/, считано от 29.10.2018г до 28.10.2021г /датата на подаване на ИМ/ съгласно допуснато уточнение досежно периода в с.з. на 16.11.2022г , и *законна лихва* върху общия размер на обезщетението от подаване на ИМ /28.10.2021г/ до окончателното изплащане на сумата, претендирани като обезщетение за претърпени имуществени вреди /пропуснати ползи/ в резултат адм. акт- Решение № РМФ-31/ 17.07.2017г на министъра на финансите за определяне изпълнител на обществена поръчка на осн. чл.215 ал.2 т.4 ЗОП, чиято незаконосъобразност е установена с влязло в законна сила на 5.12.2017г. съдебно решение № 14850 от 5.12.2017 г. постановено по адм.д. № 12415/2017г по описа на ВАС като ОТХВЪРЛЯ иска за законна лихва за сумата над 347 836.55 лева до пълния предявен размер от 502 159, 54 лв. за периода от 23.02.2018г до 28.10.2018г.

ОСЪЖДА Министерство на финансите да заплати на „Стоун Компютърс“ АД сумата от 76 904,43 лева разноски.

ОСЪЖДА „С. К.“ АД да заплати на Министерство на финансите сумата от 171, 16 лв.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред
Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаване на
съобщението от страните.

СЪДИЯ: