

**ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22, www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ**город Омск****04 мая 2011 года****Дело № А70-12098/2010**

Резолютивная часть постановления объявлена 26 апреля 2011 года

Постановление изготовлено в полном объеме 04 мая 2011 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Рябухиной Н.А.

судей Рожкова Д.Г., Солодкевич Ю.М.

при ведении протокола судебного заседания секретарём Айвазян Э.М.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы (регистрационный номер 08АП-1925/2011) общества с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект» и (регистрационный номер 08АП-2068/2011) Департамента по строительству

Администрации города Тюмени на решение Арбитражного суда Тюменской области от 09.02.2011 по делу № А70-12098/2010 (судья Максимова Н.Я.), принятое по иску

Департамента по строительству Администрации города Тюмени (ОГРН 1037200568624, ИНН 7202074495) к обществу с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект»

(ОГРН 1037739803254, ИНН 7734500352), третьи лица: Счетная палата города Тюмени, Государственное учреждение Тюменской области «Управление автомобильных дорог

Тюменской области» (ИНН 7203001860), о взыскании 16 886 616 руб.,

при участии в судебном заседании представителей:

от ООО «Зеленстрой-проект» - представитель Раду О.В. по доверенности №28 от 17.12.2010,

от Департамента по строительству Администрации города Тюмени - представитель Медведева Ю.В. по доверенности № 3 от 11.01.2011,

от Счетной палаты города Тюмени - представитель Смоляков А.В. по доверенности № 01-191/04 от 15.03.2011, представитель Овсянников И.П. по доверенности № 01-286/09

от 12.04.2011,

от ГУ Тюменской области «Управление автомобильных дорог Тюменской области» - представитель не явился,

установил:

Департамент по строительству Администрации г.Тюмени 03.12.2010 обратился в Арбитражный суд Тюменской области с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект» (далее – ООО «Зеленстрой-проект») о взыскании с ответчика в доход бюджета города Тюмени 16 801 600 руб. неосновательного обогащения, 85 016 руб. процентов за пользование чужими денежными средствами.

Определением суда от 30.01.2011 к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Счетная палата города Тюмени, Государственное учреждение Тюменской области «Управление автомобильных дорог Тюменской области» (далее - ГУ ТО «УАДТО»).

Требования со ссылкой на статьи 309, 310, 314, 330, 395, 743, 753, 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) мотивированы тем, что при исполнении муниципального контракта на выполнение дорожных работ на 2008 год по объекту «Строительство подземного пешеходного перехода в г.Тюмени на ул. Пермякова в районе ранка «Солнечный» от 07.04.2008 № 04000.08.034 выявлено завышение стоимости выполненных ответчиком работ, что привело к неосновательному обогащению последнего.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 09.02.2011 по делу № А70-12098/2010 исковые требования удовлетворены частично. С ООО «Зеленстрой - проект» в пользу Департамента по строительству Администрации города Тюмени взыскано 9 619 311 руб. неосновательного обогащения, 47 628 руб. 94 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами. С ООО «Зеленстрой - проект» в доход федерального бюджета взыскано 71 334 руб. 70 коп. государственной пошлины. В удовлетворении остальной части иска отказано.

Возражая против принятого судом решения, с апелляционными жалобами обратились ООО «Зеленстрой - проект» и Департамент по строительству Администрации города Тюмени.

ООО «Зеленстрой - проект» в своей апелляционной жалобе просит отменить решение суда в части взыскания с ответчика 9 619 311 руб. неосновательного

обогащения, 47 628 руб. 94 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами, ссылаясь на несоответствие выводов суда обстоятельствам дела и представленным доказательствам, неправильное применение норм материального права.

Департамент по строительству Администрации города Тюмени в апелляционной жалобе просит отменить решение суда в части отказа в удовлетворении исковых требований на сумму 7 182 338 руб., ссылаясь на несоответствие выводов суда обстоятельствам дела и представленным доказательствам, неправильное применение норм материального права.

ООО «Зеленстрой - проект» в отзыве на апелляционную жалобу Департамента по строительству Администрации города Тюмени просит оставить её без удовлетворения.

Департамент по строительству Администрации города Тюмени представил возражения на апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой - проект».

Счетная палата города Тюмени в отзыве на апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой - проект» просит отменить решение суда в части отказа в удовлетворении исковых требований на сумму 7 182 338 руб., апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой - проект» - оставить без удовлетворения.

От ГУ ТО «УАДТО» письменный отзыв на апелляционную жалобу не поступил.

Представитель ГУ ТО «УАДТО», извещённого надлежащим образом о месте и времени заседания суда апелляционной инстанции, в него не явился.

На основании части 1 статьи 266, части 5 статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее – АПК РФ) апелляционные жалобы рассмотрены в отсутствие представителя ГУ ТО «УАДТО».

В заседании суда апелляционной инстанции представитель Департамента по строительству Администрации города Тюмени поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе истца. Пояснил, что обжалует судебный акт в части. Иск предъявлен Департаментом строительству Администрации города Тюмени как главным распорядителем бюджетных средств, в связи с чем просит суд взыскать денежные средства в доход местного бюджета.

Представитель ООО «Зеленстрой-проект» поддержал доводы, изложенные в апелляционной жалобе ответчика. Пояснил, что объект введен в эксплуатацию 16 февраля 2010 года, принят на баланс.

Представитель ООО «Зеленстрой-проект» поддержал доводы, изложенные в отзыве на апелляционную жалобу Департамента по строительству Администрации города Тюмени, просит оставить апелляционную жалобу истца без удовлетворения.

Представитель Департамента по строительству Администрации города Тюмени поддержал доводы, изложенные в отзыве на апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой-проект», просит оставить её без удовлетворения.

Представитель Счетной палаты города Тюмени поддержал доводы, изложенные в отзыве на апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой-проект», просит отменить решение суда в части отказа в удовлетворении исковых требований на сумму 7 182 338 руб., апелляционную жалобу ООО «Зеленстрой-проект» оставить без удовлетворения. Апелляционную жалобу истца считает подлежащей удовлетворению. Пояснил, что иск предъявлен Департаментом по строительству и как заказчиком по контракту.

На вопрос суда представитель истца пояснил, что для истца акты Счётной палаты являются обязательными.

Рассмотрев материалы дела, апелляционные жалобы, отзывы и возражения на них, заслушав явившихся представителей лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции считает обжалуемое решение суда подлежащим изменению.

Как следует из материалов дела, 07 апреля 2008 года между ГУ ТО УАДТО (управление), Департаментом по благоустройству Администрации города Тюмени (переименован в Департамент по строительству Администрации города Тюмени на основании Распоряжения Главы Администрации города Тюмени от 29.12.2007 №329-рг) (заказчик) и ООО «Зеленстрой-проект» (подрядчик) заключён муниципальный контракт № 04000.08.034 на выполнение дорожных работ по строительству подземного пешеходного перехода в г.Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» (в редакции дополнительных соглашений) (л.д. 111-142 т. 1).

Контракт заключён в соответствии с условиями конкурсной документации и предложением об условиях исполнения муниципального контракта подрядчика – победителя конкурса № 427/07 по лоту № 34.

Подрядчик принял на себя обязательства по строительству подземного пешеходного перехода в г. Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный», а ГУ ТО УАДТО обязалось принять и оплатить выполненные работы (пункт 1.2 контракта в редакции дополнительного соглашения от 09.04.2008 (л.д. 118-124 т. 1).

На основании пунктов 2.2, 2.4 и 2.5 контракта с учетом изменений, установленных в дополнительном соглашении от 06.10.2008, окончательная цена контракта в соответствии со снижением, предложенным подрядчиком, составила 292 518 387 руб. Размер выделенных бюджетных ассигнований в 2008 году составил 104 699 220 руб. Авансовый платеж в размере 30% от окончательной цены контракта в пределах выделенных бюджетных ассигнований оплачивается заказчиком в течение 25 дней с момента заключения контракта. Оплата выполненных работ производится заказчиком в течение 15 дней после подписания сторонами акта приемки выполненных работ.

Пунктом 6.2 контракта предусмотрено, что работы должны быть выполнены в течение 360 дней с момента подписания контракта. Дополнительным соглашением от 13.04.2009 стороны продлили срок выполнения работ до 31.12.2009.

Пунктом 7.3 контракта (в редакции дополнительного соглашения от 09.04.2008) установлено, что ежемесячная приёмка работ производится не позднее 25 числа каждого месяца, оформляются и подписываются документы по приёмке-сдаче выполненных работ (форма КС-2 «Акт о приёмке выполненных работ»). До 30 числа подрядчик обязан представить акт формы КС-3 «Справка о стоимости выполненных работ и затрат». Основанием для оплаты заказчиком выполненных работ является представленный подрядчиком акт формы КС-3, подписанный управлением, заказчиком, подрядчиком.

Согласно статье 702 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать её результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

В силу пункта 1 статьи 711 ГК РФ если договором подряда не предусмотрена предварительная оплата выполненной работы или отдельных её этапов, заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи

результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок, либо с согласия заказчика досрочно.

Заказчик во исполнение условий контракта перечислил подрядчику денежные средства в размере 334 233 158 руб. 72 коп. (платежные поручения № 40311 от 18.04.2008, № 113737 от 02.10.2008, № 168252 от 30.12.2008, № 87986 от 06.08.2009, № 95002 от 21.08.2009, № 106710 от 17.09.2009, № 153687 от 18.12.2009, № 153688 от 18.12.2009, № 157028 от 24.12.2009 - л.д. 104-112 т. 4).

Платежным поручением № 970 от 22.10.2008 подрядчиком произведен возврат денежных средств в размере 56 345 750 руб. (л.д. 83 т. 4).

Подрядчик выполнил работы в полном объеме и сдал их результат по актам приемки выполненных работ на сумму 277 395 904 руб. 50 коп., акты подписаны без замечаний представителями заказчика, управления и подрядчика (л.д. 1-144 т.2, л.д.1-179 т.3, л.д.1-61 т.4).

Обстоятельства о принятии выполненных ответчиком по контракту работ заказчиком и их оплаты в полном объеме, участвующими в деле лицами не оспариваются.

Обращаясь в арбитражный суд 03.12.2010 с иском к ООО «Зеленстрой-проект» о взыскании 16 801 600 руб. неосновательного обогащения, 85 016 руб. процентов за пользование чужими денежными средствами, Департамент по строительству Администрации города Тюмени (заказчик) указал, что неосновательное обогащение возникло в связи с завышением стоимости выполненных работ по муниципальному контракту № 04000.08.034 от 07.04.2008, выявленным в результате проверки целевого использования средств бюджета города Тюмени, проведенной на основании распоряжения Председателя Счетной палаты города Тюмени от 03.06.2010 № 01-418/07. По результатам проверки, оформленной актом проверки целевого использования средств бюджета города Тюмени, направленных на строительство подземного пешеходного перехода по ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» от 16.08.2010, Департаментом по строительству Администрации города Тюмени были направлены разногласия, частично принятые Счетной палатой города Тюмени.

В подтверждение предъявленных требований истцом представлены в материалы дела в том числе акт проверки целевого использования средств бюджета города Тюмени, направленных на строительство подземного пешеходного перехода по ул.

Пермякова в районе рынка «Солнечный» от 16.08.2010 (проверка начата 07.06.2010, окончена 16.08.2010), акты контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010, от 02.07.2010, от 14.07.2010, расчёт объёмов выполненных работ по исполнительно-технической документации и сопоставление их с данными в актах КС-2 от 19.07.2010, протокол разногласий Департамента по строительству Администрации города Тюмени, ответ Счётной палаты города Тюмени на разногласия по акту проверки (исх. № 01-465/07 от 29.09.2010), представление Счётной палаты города Тюмени от 04.10.2010 № 01-475/07, адресованное истцу (л.д. 13-.105 т. 1).

Из представленного акта проверки целевого использования средств бюджета от 16.08.2010 следует, что проверкой установлено завышение объёмов выполненных работ по актам (формы № КС-2) №№ 2-6 на сумму 15 348 584 руб., а именно: по данным подрядчика по акту №2 работы выполнены на сумму 143 078 074 руб., по данным Счётной палаты – на сумму 135 693 455 руб., завышение составило 7 384 619 руб.; по данным подрядчика по акту №3 работы выполнены на сумму 40 895 864 руб., по данным Счётной палаты – на сумму 38 838 883 руб., завышение составило 2 056 980 руб.; по данным подрядчика по акту № 4 работы выполнены на сумму 12 554 225 руб., по данным Счётной палаты – на сумму 12 250 058 руб., завышение составило 304 167 руб.; по данным подрядчика по акту № 5 работы выполнены на сумму 32 454 619 руб., по данным Счётной палаты – на сумму 32 320 973 руб., завышение составило 133 646 руб.; по данным подрядчика по акту № 6 работы выполнены на сумму 17 000 928 руб., по данным Счётной палаты – на сумму 11 531 757 руб., завышение составило 5 469 171 руб.

В сумму завышения стоимости работ - 15 348 584 руб. входит в том числе двойной учёт выполненных работ - на сумму 1 721 444 руб.; технологические процессы и затраты, не предусмотренные технологией при производстве работ открытым способом, - на сумму 1 620 390 руб.; применение сметных норм и расценок, не соответствующих виду и составу выполненных работ, - на сумму 4 824 412 руб.

В актах (формы № КС-2) №№ 2-6 проверяющими выявлено также, что неправильно применены затраты на временные здания и сооружения на сумму 796 499 руб., в актах (формы № КС-2) №№ 2-6 – зимнее удорожание на сумму 656 566 руб.

Разногласия Департамента по строительству Администрации города Тюмени в части стоимости работ по контракту № 04000.08.034 от 07.04.2008 приняты Счетной

палатой города Тюмени на сумму 49 руб., в связи с чем признано, что общая сумма завышений составляет 16 801 600 руб.

О необходимости устранить указанные завышения Счетной палатой города Тюмени Департаменту по строительству Администрации г.Тюмени внесено представление № 01-475/07 от 04.10.2010 (л.д. 103-105 т.1).

В связи с вынесением в адрес Департамента по строительству Администрации города Тюмени представления об устранении нарушений, последний направил ООО «Зеленстрой-проект» претензию от 11.10.2010 о возмещении завышения стоимости выполненных работ на сумму 16 801 600 руб. (л.д. 106-107 т. 1).

Неудовлетворение претензии в добровольном порядке явилось основанием для обращения Департамента по строительству Администрации города Тюмени в арбитражный суд с настоящим иском о взыскании 16 801 600 руб. неосновательного обогащения и 85 016 руб. процентов за пользование чужими денежными средствами.

Повторно рассматривая дело, суд апелляционной инстанции считает исковые требования Департамента по строительству Администрации города Тюмени не подлежащими удовлетворению.

На вопрос суда апелляционной инстанции о том, в каком статусе выступает Департамент по строительству Администрации города Тюмени, предъявивший настоящий иск, представитель истца пояснил, что иск предъявлен Департаментом по строительству Администрации города Тюмени как главным распорядителем бюджетных средств.

Однако суд апелляционной инстанции, принимая во внимание позицию Счётной палаты г.Тюмени, изложенную её представителем в заседании суда апелляционной инстанции, учитывает, что помимо общей функции главного распорядителя бюджетных средств, Департамент по строительству Администрации города Тюмени также является и заказчиком по муниципальному контракту № 04000.08.034 от 07.04.2008, в связи с чем к правоотношениям сторон подлежат применению в том числе нормы Гражданского кодекса РФ о подряде.

В соответствии со статьей 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество

(неосновательное обогащение), за исключением случаев, предусмотренных статьёй 1109 настоящего Кодекса.

Правила главы 60 ГК РФ об обязательствах вследствие неосновательного обогащения подлежат применению также к требованиям одной стороны в обязательстве к другой о возврате исполненного в связи с этим обязательством (статья 1103 ГК РФ).

Согласно статье 748 ГК РФ и разъяснениям, изложенным в пункте 12 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24.01.2000 № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда», наличие акта приемки работ, подписанного заказчиком, не лишает последнего права предъявить возражения по объему, стоимости работ.

В соответствии с частью 1 статьи 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Пунктом 2 статьи 763 ГК РФ установлено, что по государственному или муниципальному контракту на выполнение подрядных работ для государственных или муниципальных нужд (далее - государственный или муниципальный контракт) подрядчик обязуется выполнить строительные, проектные и другие связанные со строительством и ремонтом объектов производственного и непроизводственного характера работы и передать их государственному или муниципальному заказчику, а государственный или муниципальный заказчик обязуется принять выполненные работы и оплатить их или обеспечить их оплату.

Согласно пункту 1 статьи 746 ГК РФ оплата выполненных подрядчиком работ производится заказчиком в размере, предусмотренном сметой, в сроки и в порядке, которые установлены законом или договором строительного подряда.

В соответствии со статьей 720 ГК РФ заказчик обязан в сроки и в порядке, которые предусмотрены договором подряда, с участием подрядчика осмотреть и принять выполненную работу (её результат), а при обнаружении отступлений от договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе немедленно заявить об этом подрядчику (пункт 1). Заказчик, обнаруживший недостатки в работе при её приемке, вправе ссылаться на них в случаях, если в акте либо ином документе, удостоверяющем приемку, были оговорены эти недостатки либо возможность

последующего предъявления требования об их устранении (пункт 2). Если иное не предусмотрено договором подряда, заказчик, принявший работу без проверки, лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе её приемки (явные недостатки) (пункт 3). Заказчик, обнаруживший после приемки работы отступления в ней от договора подряда или иные недостатки, которые не могли быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки), в том числе такие, которые были умышленно скрыты подрядчиком, обязан известить об этом подрядчика в разумный срок по их обнаружении (пункт 4).

Условиями муниципального контракта от 07.04.2008 установлено, что приемке и оплате подлежат полностью законченные объекты или этапы работ, промежуточной приемке подлежат все работы, являющиеся предметом оплаты по контракту, а также скрытые работы, освидетельствование которых в более поздний период невозможно по технологическим причинам (пункт 5.16 контракта). В случае обнаружения дефектов представитель управления отказывает подрядчику в приемке работ и назначает дату повторной приемки (пункт 5.19 контракта). Подрядчик и после гарантийного срока отвечает за грубые нарушения, ошибки и недостатки в выполненных работах, которые управление не могло заметить во время приемной проверки и гарантийного срока. Факт обнаружения скрытых нарушений устанавливается путем проведения строительной экспертизы (пункт 5.9 контракта).

Пунктом 5 статьи 720 ГК РФ также установлено, что при возникновении между заказчиком и подрядчиком спора по поводу недостатков выполненной работы или их причин по требованию любой из сторон должна быть назначена экспертиза. Расходы на экспертизу несет подрядчик, за исключением случаев, когда экспертизой установлено отсутствие нарушений подрядчиком договора подряда или причинной связи между действиями подрядчика и обнаруженными недостатками. В указанных случаях расходы на экспертизу несёт сторона, потребовавшая назначения экспертизы, а если она назначена по соглашению между сторонами, обе стороны поровну.

В силу статьи 68 АПК РФ обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами.

Допустимым доказательством в случае разрешения спора по качеству и объему выполненных работ является заключение эксперта.

Как следует из материалов дела, Департамент по строительству Администрации города Тюмени без возражений подписал с подрядчиком (ответчиком) акты сдачи-приёмки выполненных ООО «Зеленстрой-проект» работ; до проведения проверки Счётной палатой г.Тюмени, претензий к ответчику относительно принятых работ не предъявлял; с результатами выявленных Счётной палатой г.Тюмени завышений стоимости работ не согласился; претензию к ООО «Зеленстрой-проект» предъявил лишь после внесения ему соответствующего предписания Счётной палатой г.Тюмени. Таким образом, как заказчик по муниципальному контракту № 04000.08.034 от 07.04.2008 Департамент по строительству Администрации города Тюмени по существу не имел претензий к ООО «Зеленстрой-проект» относительно объёма, качества и стоимости выполненных работ.

С ходатайством о назначении экспертизы выполненных ООО «Зеленстрой-проект» работ истец, на которого частью 1 статьи 65 АПК РФ возложено бремя доказывания обстоятельств, приведённых в обоснование исковых требований, к суду не обращался.

В силу части 2 статьи 9 АПК РФ каждому лицу, участвующему в деле, гарантируется право представлять доказательства арбитражному суду и другой стороне по делу, обеспечивается право в том числе заявлять ходатайства. Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

Представленные Департаментом по строительству Администрации города Тюмени в подтверждение исковых требований акт проверки целевого использования средств бюджета города Тюмени от 16.08.2010, представление Счётной палаты от 04.10.2010 № 01-475/07, составленные на основании актов контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010, от 02.07.2010, от 14.07.2010, расчёта объёмов выполненных работ по исполнительно-технической документации от 19.07.2010, не являются для ООО «Зеленстрой-проект» документами, подлежащими исполнению, и сами по себе не могут подтвердить в судебном споре с подрядчиком факт допущенных им завышений объёмов выполненных работ, а также факт неправильного применения расценок.

В рамках договорных отношений по строительному подряду представленные истцом документы не является безусловным доказательством нарушения ООО «Зеленстрой-проект» принятых обязательств. При предъявлении иска по спору,

возникшему из муниципального контракта на выполнение подрядных работ, к правоотношениям сторон подлежат применению нормы гражданского права, регламентирующие подрядные отношения.

Содержащиеся в материалах дела акты приемки выполненных работ и справка о стоимости работ и затрат подписаны представителями заказчика и подрядчика без разногласий, работы приняты и фактически оплачены.

Сведения об объёмах и стоимости выполненных работ, указанные в этих документах, не опровергаются актом проверки целевого использования средств бюджета города Тюмени от 16.08.2010, представлением Счётной палаты от 04.10.2010 № 01-475/07, составленными на основании актов контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010, от 02.07.2010, от 14.07.2010, расчёта объёмов выполненных работ по исполнительно-технической документации от 19.07.2010.

Суд апелляционной инстанции учитывает также, что акты контрольных обмеров составлены в отсутствие уполномоченного представителя ответчика.

В актах указано, что от подрядной организации - ООО «Зеленстрой-проект» в контрольных обмерах (осмотрах) участвует начальник участка Брыксин В.И. Между тем, доказательств наличия у Брыксина В.И. полномочий на подписание актов не имеется.

В пункте 5.22 муниципального контракта № 04000.08.034 от 07.04.2008 указано, что интересы подрядчика по контракту представляет директор филиала в г.Тобольске Гулевский Константин Евгеньевич.

Таким образом, в период проведения проверки Счетной палатой г.Тюмени ООО «Зеленстрой-проект» не информировалось о её результатах и не могло участвовать в контрольных обмерах, представлять свои возражения, в связи с чем сами по себе акты Счетной палаты г.Тюмени не являются надлежащими доказательствами о получении ответчиком неосновательного обогащения.

Суд апелляционной инстанции также принимает во внимание, что подрядные работы выполнены ООО «Зеленстрой-проект» в пределах твердой цены муниципального контракта от 07.04.2008. Стоимость этих работ сформирована на основании проектно-сметной документации, перечня работ (технического задания), на основании сборников и справочников базовых цен на дорожные работы, с учетом НДС, сборов и иных обязательных платежей. Указанное обстоятельство подтверждается

также Счетной палатой г.Тюмени в акте проверки целевого использования средств бюджета г.Тюмени от 16.08.2010 (л.д. 21 т.1).

Счетной палатой г. Тюмени также отмечено, что проектная документация, включая смету по объекту капитального строительства «Строительство подземного пешеходного перехода в г.Тюмени по ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» получила положительное заключение государственной экспертизы от 11.02.2010 № 72-1-3-0828-09 (л.д. 22-23 т. 1).

Вывод Счетной палаты г.Тюмени о необходимости применения других расценок направлен на изменение цены муниципального контракта.

На основании изложенного суд апелляционной инстанции считает неподтвержденным факт неосновательного обогащения ответчика.

Удовлетворяя иск в части, суд первой инстанции посчитал установленными недоказанные по существу обстоятельства. В связи с чем принятое по делу решение подлежит изменению. В удовлетворении исковых требований Департамента по строительству Администрации города Тюмени следует отказать полностью. Апелляционная жалоба ответчика подлежит удовлетворению. В удовлетворении апелляционной жалобы истца суд апелляционной инстанции отказывает. Расходы по уплате государственной пошлины по апелляционной жалобе ответчика - ООО «Зеленстрой-проект» относятся на истца.

Руководствуясь пунктом 2 статьи 269, пунктом 2 части 1 статьи 270, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 09.02.2011 по делу № А70-12098/2010 изменить, изложив в следующей редакции.

В удовлетворении исковых требований отказать полностью.

Взыскать с Департамента по строительству Администрации города Тюмени в пользу общества с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект» 2000 руб. расходов по уплате государственной пошлины по апелляционной жалобе. В удовлетворении апелляционной жалобы Департамента по строительству Администрации города Тюмени отказать.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий

Н.А. Рябухина

Судьи

Д.Г. Рожков

Ю.М. Солодкевич