

**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****14 сентября 2011 года****Дело № А70-12097/2010**

Резолютивная часть постановления объявлена 07 сентября 2011 года

Постановление изготовлено в полном объеме 14 сентября 2011 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Шаровой Н.А.,

судей Еникеевой Л.И., Зиновьевой Т.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарём Мироновой А.А., рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-4290/2011) Департамента по строительству Администрации города Тюмени на решение Арбитражного суда Тюменской области от 25 апреля 2011 года по делу № А70-12097/2010 (судья Куприна Н.А.), принятое по иску Департамента по строительству Администрации города Тюмени (ИНН 7202074495, ОГРН 1037200568624) к закрытому акционерному обществу «Аэродромдорстрой» (ИНН 7203194509, ОГРН 1077203028176) о взыскании 13 429 327 руб.,

при участии в качестве третьих лиц: Государственного бюджетного учреждения Тюменской области «Управление автомобильных дорог», Счетная палата г. Тюмени, общество с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект» (ИНН 7734500352, ОГРН 1037739803254),

при участии в судебном заседании представителей:

от Департамента по строительству Администрации города Тюмени – Балтрушайтите Е.Т. (паспорт, доверенность № 1 от 24.08.2011, сроком действия по 30.09.2011);

от закрытого акционерного общества «Аэродромдорстрой» – Соболева М.О. (паспорт, доверенность № 1090/А-16/12 от 16.12.2010 сроком действия до 31.12.2011);

от Государственного бюджетного учреждения Тюменской области «Управление автомобильных дорог» – Пятанова Т.Н. (паспорт, доверенность № 787 от 07.07.2009, сроком действия три года);

от Счетной палаты г. Тюмени – Матвиевская В.Е. (паспорт, доверенность 01-198/04 от 21.03.2011, сроком действия 1 год), после перерыва не явилась; представитель Смоляков А.В. (паспорт, доверенность № 01-191/04 от 15.03.2011 сроком действия один год); представитель Овсянников И.П. (паспорт, доверенность 01-101/04 от 10.02.2011 сроком действия один год);

от общества с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект» – не явился, извещён;

установил:

Департамент по строительству Администрации города Тюмени (далее – Департамент, истец, заявитель) обратился в Арбитражный суд Тюменской области с иском к закрытому акционерному обществу «Аэродромдорстрой» (далее – ЗАО «Аэродромдорстрой», ответчик) о взыскании неустойки по муниципальному контракту № 04000.09.068 от 17.07.2009 в размере 1 401 220 руб., неосновательного обогащения в размере 11 967 552 руб. и процентов за пользование чужими денежными средствами в размере 60 555 руб.

Определением Арбитражного суда Тюменской области от 07.12.2010 по делу № А70-12097/2010 к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены государственное бюджетное учреждение Тюменской области «Управление автомобильных дорог» и Счетная палата города Тюмени.

Определением Арбитражного суда Тюменской области от 07.12.2010 по делу № А70-12097/2010 к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено общество с ограниченной ответственностью «Зеленстрой-проект».

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 25.04.2011 по делу № А70-12097/2010 в удовлетворении исковых требований отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, Департамент в апелляционной жалобе просит решение суда первой инстанции отменить, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении исковых требований.

В апелляционной жалобе заявитель не соглашается с оценкой судом первой инстанции акта Счётной палаты, который составлен в порядке осуществления финансового контроля; порядок хранения и составления исполнительной документации не предполагает необходимость истребования её Счётной палатой при проведении соответствующе проверки; доводу о завышении фактических объемов работ не дана надлежащая оценка; отсутствие согласованного условия о том, какие работы должны выполняться в третьем, а какие в четвертом квартале не препятствует выводу о том, что все работы сданы в четвертом квартале, следовательно, любые виды работ, подлежащие сдаче в третьем квартале сданы с просрочкой.

Счётная палата города Тюмени в письменном отзыве на апелляционную жалобу и дополнении к ней поддержала доводы апелляционной жалобы, просит решение суда первой инстанции отменить, принять новый судебный акт об удовлетворении исковых требований.

ЗАО «Аэродромдорстрой» и ГБУ ТО «Управление автомобильных дорог» в письменных возражениях на апелляционную жалобу просят обжалуемое решение оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

В заседании суда, открытом 05.09.2011, объявлялся перерыв до 07.09.2011.

ООО «Зеленстрой-проект», надлежащим образом извещенное о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, представителя в судебное заседание не направило, в письменном ходатайстве, направленном в суд по факсимильной связи, просило апелляционную жалобу рассмотреть в отсутствие своего представителя. Суд, руководствуясь статьями 156, 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ), рассмотрел дело по апелляционной жалобе в его отсутствие.

В судебном заседании представители лиц, участвующих в деле, высказались согласно своим изложенным в письменной форме позициям.

На вопрос суда апелляционной инстанции о наличии проектно-сметной и исполнительной документации на объект представители ГБУ ТО «Управление автомобильных дорог» ЗАО «Аэродромдорстрой» и Департамента заявили, что у них отсутствует такая документация.

Рассмотрев материалы дела, оценив доводы апелляционной жалобы и возражений на неё, проверив законность и обоснованность обжалуемого решения, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его отмены или изменения.

Как следует из материалов дела, 14.07.2009 между Департаментом по строительству Администрации города Тюмени (муниципальный заказчик), ГУ ТО «Управление автомобильных дорог Тюменской области» (заказчик-застройщик), и ЗАО «Аэродромдорстрой» (подрядчик) заключен муниципальный контракт № 04000.09.068 на выполнение строительных работ: «Строительство подземного пешеходного перехода в г. Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» (завершение работ)», в соответствии с предметом которого, подрядчик обязуется выполнить в соответствии с требованиями и условиями контракта работы по строительству подземного пешеходного перехода в г. Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» (завершение работ), сдать ее результат заказчику-застройщику. Заказчик-застройщик обязуется принять, а муниципальный заказчик – оплатить выполненные работы в порядке и на условиях, предусмотренных контрактом.

В соответствии с пунктом 3.1 контракта, сроки выполнения работ по контракту установлены с момента его заключения в течение 190 календарных дней.

На основании пунктов 2.1 и 2.2 контракта, окончательная цена контракта в соответствии со снижением, предложенным подрядчиком, составляет 88 919 315 руб. 60 коп.

Ответчиком работы по контракту были выполнены, что подтверждается представленными в материалы дела актом о приемке выполненных работ № 1 от 15.12.2009 на сумму 88 883 881 руб. 14 коп., подписанным без каких-либо замечаний в отношении объема, качества и стоимости выполненных работ сторонами контракта, справкой о стоимости выполненных работ и затрат № 1 от 15.12.2009 на сумму 88 883 881 руб. 14 коп.

Дополнительным соглашением № 1 к контракту от 03.06.2010 стороны изменили пункт 2.2, в связи с чем, стоимость выполненных работ по контракту по состоянию на 01.06.2010 составила 88 883 881 руб. 14 коп.

Как указывает истец в исковом заявлении, приложением № 2 к контракту «Календарный график выполнения работ», которое является неотъемлемой частью

контракта, предусмотрено выполнение работ на 2009 год на общую сумму 88 919 316 руб., в том числе СМР на 87 175 799 руб.

Ссылаясь на то, что в третьем квартале 2009 года (до 30.09.2010) квартальным заданием предусмотрено выполнение работ на сумму 65 835 304 руб., а фактически все работы в 2009 году приняты актом по форме КС-2 от 15.12.2009 за период с 01.12.2009 по 15.12.2009, истец считает, что просрочка исполнения календарного графика выполнения работ за 3 квартал 2009 года с 01.10.2009 по 01.12.2009 составляет 61 день.

За нарушение обязательств пунктом 10.2 контракта предусмотрена ответственность в виде неустойки в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ на день предъявления неустойки от цены контракта за каждый день просрочки.

В связи с чем, по расчету истца неустойка, о взыскании которой, в том числе, заявлен настоящий иск, составляет 1 401 220 руб.

В соответствии с распоряжением по Счетной палате города Тюмени от 03.06.2010 № 01-418/07 аудитором Григорьевой Л.М., начальником отдела методологии и экспертизы Матвиевской В.Е., инспекторами Кембель О.А., Рюпиной Е.А., Овсянниковым И.П. и Мезенцевым А.П. проведена проверка целевого использования средств бюджета города Тюмени, направленных на строительство подземного пешеходного перехода по ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный».

В ходе контрольного мероприятия комиссией составлены акт контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010 (т.д. 1 л.д. 91-92), акт контрольного обмера (осмотра) от 02.07.2010 (т.д. 1 л.д. 93-94), акт контрольного обмера (осмотра) от 14.07.2010 (т.д. 1 л.д. 95-96).

На основании актов контрольного обмера (осмотра), изучения предоставленных документов проведена проверка правильности определения стоимости и соответствия объемов работ в актах КС-2, о чем составлен акт проверки от 16.08.2010 (т.д. 1 л.д. 23-90).

На данный акт Департаментом направлен протокол разногласий (т.д. 1 л.д. 98-104), которые частично приняты Счетной палатой (т.д. 1 л.д. 105-107).

04.10.2010 директору Департамента Счетной палатой выдано представление по результатам проверки с указанием выявленных нарушений (т.д. 1 л.д. 108-110).

Таким образом, как указывает истец, по результатам проверки, с учетом всех замечаний, установлено завышение объемов работ, принятых от подрядчика

заказчиком-застройщиком и оплаченных муниципальным заказчиком на сумму 11 967 552 руб.

В связи с чем, истец полагает, что ответчиком необоснованно получены денежные средства в сумме 11 967 552 руб., вследствие завышения стоимости выполненных работ.

11.10.2010 истцом в адрес ответчика направлена претензия № 4508-4007/10 с требованием произвести возмещение в бюджет в срок до 27.10.2010 денежных средств в размере 11 967 552 руб., а также уплату неустойки в сумме 1 401 220 руб. (т.д. 1 л.д. 111-114). Истцом также на сумму неосновательного обогащения (11 967 552 руб.) исчислены ответчику проценты за пользование чужими денежными средствами в сумме 60 555 руб. за период с 28.10.2010 по 20.11.2010.

Поскольку ответчиком в добровольном порядке претензия не удовлетворена, истец обратился с настоящим иском в суд.

Отказ в удовлетворении исковых требований послужил поводом для подачи истцом апелляционной жалобы, при оценке доводов которой суд апелляционной инстанции учёл следующие обстоятельства.

В силу статьи 307 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), обязательства возникают из договора и из иных оснований, указанных в Кодексе.

Согласно статье 8 ГК РФ, гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В соответствии с этим гражданские права и обязанности возникают, в том числе, вследствие неосновательного обогащения.

Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона (статья 309 ГК РФ).

В силу статьи 1102 ГК РФ, лицо, которое без установленных законом или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение). Данное правило применяется и к требованиям одной стороны в обязательстве к другой о возврате

исполненного в связи с этим обязательством (пункт 3 статьи 1103 ГК РФ), но не на его основании.

Кроме того, правила, предусмотренные главой 60 ГК РФ, применяются независимо от того, явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли (пункт 2 статьи 1102 ГК РФ).

По правилам пункта 1 статьи 65 АПК РФ, при взыскании неосновательного обогащения истец должен доказать наличие факта приобретения (сбережения) ответчиком имущества без оснований и за счёт истца, а также стоимость такого приобретения (сбережения).

В данном случае, исходя из условий муниципального контракта № 04000.09.068 от 14.07.2009, суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о том, что сложившиеся между сторонами правоотношения подлежат регулированию, в том числе, параграфом 3 главы 37 ГК РФ (строительный подряд).

Согласно пункту 1 статьи 702 ГК РФ, по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определённую работу и сдать её результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

В силу статьи 740 ГК РФ, по договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определённый объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется принять их результат и уплатить обусловленную цену. Правила о договоре строительного подряда применяются также к работам по капитальному ремонту зданий и сооружений.

В соответствии с пунктом 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. При отсутствии соответствующих указаний в законе или договоре оплата работ производится в соответствии со статьёй 711 настоящего Кодекса.

Сдача результата работ подрядчиком и приемка его заказчиком оформляются актом, подписанным обеими сторонами (пункт 4 статьи 753 ГК РФ).

В материалах дела имеется подписанный сторонами и скрепленный печатями акт о приёмке выполненных работ № 1 от 15.12.2009 на сумму 88 883 881 руб. 14 коп.

Выполненные ответчиком работы полностью оплачены.

Действия Департамента, как по подписанию обозначенного акта о приёмке выполненных работ, так и по оплате этих работ, свидетельствуют о принятии заказчиком работ надлежащего качества и в полном объеме без каких-либо возражений или замечаний к объему выполненных работ.

В соответствии с разъяснениями, изложенными в Информационном письме 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 заказчика права предоставить возражения по объему, стоимости работ, их качеству (подпункты 12, 13).

В данной связи судом первой инстанции обоснованно посредством анализа правовых норм Бюджетного кодекса Российской Федерации сделан вывод о наличии у Счётной палаты Тюменской области полномочий на проверку целевого использования средств бюджета города Тюмени, направленных на строительство подземного пешеходного перехода по ул. Пермякова, в районе рынка «Солнечный». Соответствующие доводы апелляционной жалобы о том, что судом первой инстанции не установлено наличие таких полномочий у Счётной палаты, отклоняются как не соответствующие действительности.

Следует отметить, что комиссия, составившая акт проверки от 16.08.2010, указанные выше замечания к объемам и видам работ привела, принимая во внимание выше означенные акты контрольного обмера (осмотра), а также на основании «изучения предоставленных документов». Однако в качестве предоставленных документов в данном акте указан только муниципальный контракт № 04000.09.068. Какая-либо проектно-сметная документация (нормативно установленный комплекс документов, обосновывающих целесообразность и реализуемость проекта, раскрывающих его сущность, позволяющих осуществить проект, то есть рабочие чертежи, сметы и др.) или исполнительная документация (текстовые и графические материалы, отражающие фактическое исполнение проектных решений и фактическое положение объектов капитального строительства и их элементов в процессе строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства по мере завершения

определенных в проектной документации работ) в качестве объектов исследования ни в акте проверки от 16.08.2010, ни в актах контрольного обмера (осмотра) не указаны.

Доводы заявителя апелляционной жалобы о том, что судом не учтён порядок хранения исполнительной документации подлежит отклонению как необоснованный.

Согласно пункту 4 Требований к составу и порядку ведения исполнительной документации при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства и требований, предъявляемых к актам освидетельствования работ, конструкций, участков сетей инженерно-технического обеспечения, утверждённых Приказом Ростехнадзора от 26.12.2006 № 1128, исполнительная документация подлежит хранению у застройщика или заказчика до проведения органом государственного строительного надзора итоговой проверки. На время проведения итоговой проверки исполнительная документация передается застройщиком или заказчиком в орган государственного строительного надзора. После выдачи органом государственного строительного надзора заключения о соответствии построенного, реконструированного, отремонтированного объекта капитального строительства требованиям технических регламентов (норм и правил), иных нормативных правовых актов и проектной документации исполнительная документация передается застройщику или заказчику на постоянное хранение.

Указанное свидетельствует, что в любом случае исполнительная документация подлежит хранению у застройщика, а в случае проверки контрольным органом предоставляется данному органу, после чего возвращается застройщику.

Направляя дело № А70-12098/2010 (по этому же объекту, с аналогичными обстоятельствами и составом участвующих в деле лиц), суд кассационной инстанции указал на необходимость исследования проектно-сметной документации, исполнительной документации и сопоставления их с актом КС-2, из чего следует, что составленные акты проверки, аналогичные которым положены в основу настоящего иска, не расценены как достаточные доказательства для удовлетворения требований о взыскании неосновательного обогащения.

Для целей исследования и сопоставления проектно-сметной документации, исполнительной документации на спорный объект, акта приёмки выполненных работ № 1 от 15.12.2009 с замечаниями акту проверки Счётной палаты суд апелляционной инстанции в судебном заседании требовал от представителей муниципального

заказчика, заказчика-застройщика, подрядчика и Счётной палаты представления проектной и исполнительной документации, на что все заявили, что у них такая документация отсутствует.

Таким образом, возможность сопоставления исполнительной документации с отраженными в акте о приёмке выполненных работ № 1 от 15.12.2009 работами и выявленными Счётной палатой недостатками отсутствует.

Более того, как следует из актов контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010, от 02.07.2010, от 14.07.2010, проверка объемов выполненных работ производилась специалистами с проведением контрольного обмера на месте производства работ.

Возражения ответчика касаются, в том числе, необоснованности выводов комиссии, применимых объективных методов исследования, обоснования возможности и необходимости их применения.

Как пояснил представитель Счётной палаты, какие-либо специальные методы исследования не применялись.

Об использовании и основаниях использования конкретных методик к спорному объёму сведения в актах контрольного обмера не содержатся.

Суд критически относится также к фактической возможности для специалистов, не принимавших участия ни в промежуточных ни в окончательной приемках работ, не осуществлявших каких-либо наблюдений в ходе производства работ с достоверностью установить виды, состав и объёмы фактически выполненных работ, большинство из которых имеет скрытый характер.

Мнение комиссии не обосновано конкретными положениями проектной и исполнительной документации, сопоставлением их с актом КС-2.

В отношении заявленных истцом в иске доводов о завышении объемов работ суд апелляционной инстанции на основе анализа материалов дела установил следующее.

Истец ссылается на завышение объёмов выполненных работ по погружению вибропогружателем стальных свай шпунтового ряда (КС-2 № 1 от 15.12.2009), выявлено в результате контрольных замеров и расчётов 328 211 руб., в том числе:

- котлован в районе лестничного схода № 1. Масса свай в акте КС-2 составляет 199 т, по данным исполнительно-технической документации 196,53 т, завышение – 2,47 т. Сумма завышения составляет 182 592 руб.;

- котлован в районе лестничного схода № 2. Масса свай в акте КС-2 составляет 193,65 т, по данным исполнительно-технической документации – 191,68 т, завышение – 1,97 т. Сумма завышения – 145 619 руб.

Результаты отражены в расчёте объёмов выполненных работ по исполнительно-технической документации от 19.07.2010 (т.д. 1 л.д. 97).

Вместе с тем, суд апелляционной инстанции критически относится к возможности составления такого расчёта, поскольку, как отмечено выше, исполнительная документация по объекту отсутствует как в материалах дела, так и у сторон муниципального контракта № 04000.09.068 и Счетной палаты, о чём стороны сообщили суду апелляционной инстанции.

Следовательно, истцом не обосновано, с каким именно документом происходило сравнение показателей массы свай на объекте, что было принято за основу того, чем должен был руководствоваться подрядчик при строительстве.

Кроме того, расчёт на листе дела 97 тома 1 составлен без участия Департамента, ЗАО «Аэродромдорстрой» и ГБУ ТО «Управление автомобильных дорог».

Более того, свайные основания являются скрытыми работами, возможность установления недостатков которых путем визуального осмотра и, как следствие, возможность установления завышения в отсутствие исполнительной документации не обоснована. Представитель подрядчика при составлении данного акта не присутствовал.

Из данного расчёта от 19.07.2010 следует, что при его составлении присутствовал только представитель подрядной организации ООО «Зеленстрой-проект» - производитель работ. До получения подряда на объекте обществом «Аэродромдорстрой» строительные работы выполнялись на этом объекте другим подрядчиком – ООО «Зеленстрой-проект», в связи с чем, истцом не обосновано отнесение заявленного им завышения объема работ по массе свайного основания именно на ЗАО «Аэродромдорстрой».

Истец ссылается на завышение объёмов выполненных работ в части благоустройства прилегающей территории. По КС-2 принято устройство тротуара из асфальтобетона на площади 48 м², фактически работы по устройству тротуара на площади 48 м² не выполнены, завышение объёмов работ составило сумму 71 075 руб. В

подтверждение чего истец указывает на акт контрольного обмера от 18.06.2010 (л.д. 91-92 т.д. 1).

Суд находит неопровергнутыми возражения ответчика об отсутствии какого-либо обоснования мнения комиссии о таком завышении ссылками на проект, исполнительную документацию, акт КС-2, неуказания объективных методов измерения и основаниях их использования при постановке выводов, учитывает при этом пояснения ответчика о «нелинейности», сложности объекта по горизонтальному и вертикальному исполнению и находит акт от 18.06.2010 недостаточным доказательством для подтверждения неосновательного обогащения.

Истец также ссылается на завышение объёмов выполненных работ по КС-2: принято устройство подстилающих и выравнивающих слоев оснований из песка принято в объёме 2360 м³, фактически, согласно предоставленной исполнительной схеме и справке выездной проверки подтверждено устройство подстилающего слоя из песка в объёме 472 м³, завышение объёмов выполненных работ составило 1888 м³, сумма завышения – 1 838 577 руб., что истец подтверждает актом контрольного обмера от 18.06.2010.

Однако выводы относительно устройства подстилающих слоёв песка отсутствуют в акте контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010.

Из материалов дела усматривается, что объект строительства (подземный пешеходный переход) является разноуровневым относительно плоскостей расположения его составных частей (пешеходные части, вертикальные сходы и другие элементы).

В связи с чем, письмом № 239 от 16.10.2009 ЗАО «Аэродромдорстрой» сообщило Учреждению «Управление автомобильных дорог», что по объекту в объектной смете № 07-06-01 на благоустройство территории по устройству дорожной одежды Тип 1 включён объём работ на устройство подстилающих и выравнивающих слоёв из песка для асфальтобетонного покрытия в объёме 2360 м³; подрядчик просил этот объём разделить, без изменения сметной стоимости: на объём 472 м³ – на устройство подстилающих слоев под асфальтобетонное и объём 1888 м³ – на выравнивание площади в отметки вертикальной планировки (т.д. 6 л.д. 20).

Возражений на данное письмо от ГБУ ТО «Управление автомобильных дорог» не поступило.

Представитель ГБУ ТО «Управление автомобильных дорог» в заседании суда апелляционной инстанции подтвердил использование подрядчиком песка не только под подстилающими слоями, но и под вертикальными сходами.

Суд отмечает, что истец не обосновал методологическую возможность установления завышения объёмов работ по устройству подстилающих слоёв песка, принимая во внимание фактическую эксплуатацию объекта строительства, естественное уменьшение толщины скрытых слоев вследствие их уплотнения, наличие естественных процессов вымывания, а равно не обоснована в данном случае возможность распространения результатов выборочного исследования устройства скрытых слоев на все элементы объекта (разноуровневость, сложная форма и неоднородность устройства которого уже отмечались).

По мнению истца, по КС-2 принято устройство тротуара на площади 86 м², фактически работы по устройству тротуара на площади 86 м² не выполнены, завышение объёмов работ на сумму 114 059 руб. истец подтверждает актом контрольного обмера от 18.06.2010.

Отклоняя требования в этой части, суд приводит мотивы, аналогичные в отношении устройства тротуара на площади 48 кв.м.

Истец ссылается на завышение объемов выполненных работ: устройство покрытия из брусчатки принято по КС-2 на площади 325 м² (КС-2 №1 от 15.12.2009 – 170 м², по КС-2 № 6 от 15.12.2009 155 м²). Согласно акту выездной проверки от 18.06.2010, устройство покрытия из брусчатки подтверждено на площади 297 м², завышение площади устройства брусчатки составило 28 м², завышение объёмов работ составило сумму 38 752 руб.

Между тем, истец не обосновал отношение акта КС-2 № 6 к существу рассматриваемого спора, учитывая при этом фактические отсутствие данного акта в материалах дела. Таким образом, суд не усматривает оснований для вывода о том, что ответчиком к приёмке истцу представлен в том числе акт КС-2 № 6, в котором указано устройство покрытия из брусчатки на площади 155 кв.м.

Более того, акт КС-2 № 1, по которому объёмы фактически выполненных ответчиком работ приняты истцом, содержит указание на выполнение работ по устройству покрытия из брусчатки на площади 170 кв.м., что составляет меньшую площадь, чем установлено при проверке Счетной палатой (297 кв.м.). При этом, не

исключено отношение остального объема данного вида работ иным подрядчиком – ООО «Зеленстрой-проект».

Истцом также не обоснована возможность установления изложенных выше завышений объемов работ посредством выборочной проверки, учитывая сложную конфигурацию объекта строительства.

Истец также полагает, что ответчиком завышен объем работ в части озеленения: согласно справке выездной проверки от 18.06.2010 устройство газона с учетом существующих деревьев, а также вновь посаженных деревьев и кустарников подтверждено на площади 968 м².

Истец ссылается на техническую часть Сборника № 47 «Озеленение. Защитные насаждения», пунктом 1.2 раздела 2 «Правила исчисления объемов работ» которого определено, что при исчислении площади газонов следует исключать площадь, занимаемую приствольными лунками деревьев и кустарников, канавами для живых изгородей, бордюров, цветников и одерновки.

Из этого истец сделал вывод, что фактически устройство газона выполнено на площади 523 м² (968-169-276), где 169 м² (2,2*2,2*35) площадь, занимаемая вновь посаженными деревьями, 276 м² (0,38*727) площадь, занимаемая вновь посаженными кустарниками. Завышение объемов работ составило сумму 108 250 руб.

Между тем, содержание акта КС-2 в данной части не опровергнуто по причине отсутствия исполнительной документации на объект.

Более того, как пояснил представитель подрядчика в заседании суда апелляционной инстанции, первоначально работы производились по устройству газонов, а в последующем были приняты решения об устройстве на данных газонах дополнительно насаждений деревьев, которые предполагают устройство соответствующих лунок. Однако данное обстоятельство не изменило фактического выполнения подрядчиком на заявленной площади работ по устройству газонов, последующая посадка на части данной площади деревьев на данное обстоятельство не повлияла, поскольку о ней подрядчик изначально не был поставлен в известность. Конкретное размещение посадок определялось после устройства газонов, выполненные части которого для соответствующих целей вынимались.

В свою очередь, истец не опроверг данные возражения: в частности, отсутствует проектная и исполнительная документация на объект, могущая подтверждать, что

посадка на части площади газонов деревьев была запланирована первоначально, что исключало бы обязанность подрядчика устройства газонов на данной площади.

Доводы о завышении объемов выполненных работ истец также связывает со следующим:

- наружные сети канализации К1, НК1. (КС-2 №1 за декабрь 2009 г.). Выявлены завышения в части длины проложенных труб д. 1134 мм на 14,3 п.м. Завышение составило 660 246 руб.

- ливневая канализация К2, НК2. (КС-2 № 1 за декабрь 2009 г.). Выявлены завышения в части длины проложенных труб д. 1000 мм на 94,4 п.м. и стоимости трубы на объем 109,4 м., завышение составило 719 411 руб. и объема изоляции труб д. 1600 мм на 37 п.м. трубы, завышение составило 117 990 руб., длины протаскивания труб д. 1000 мм на 151 п.м., завышение по прокладке в футляре труб д. 1000 м составило 20 092 руб. длины проложенных труб д. 225 мм на 38 п.м., завышение составило 102 528 руб., объема изоляции труб д. 1000 мм на 6,9 п.м. трубы, завышение составило 4 200 руб. занижение длины проложенных труб д. 110 мм на 32 п.м., занижение составило 18 433 руб.

Между тем, акты контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010 и от 14.07.2010 таких показателей завышения объема выполненных работ не содержат.

Акт контрольного обмера (осмотра) от 02.07.2010, составленный относительно внутренней системы водоудаления, канализации и видеонаблюдения также не имеет указаний на наличие завышений по длине проложенных труб и объему изоляции.

Вместе с тем, истцом не обоснованы данные завышения, учитывая отсутствие проектной и исполнительной документации на объект, а также не обоснованы методы определения данных завышений, учитывая скрытый характер части работ по устройству канализации.

Участие представителя ЗАО «Аэродромдорстрой» Попика М.С. в составлении актов контрольного обмера (осмотра) от 18.06.2010, от 02.07.2010, 14.07.2010 не исключает необходимости обоснования мнения комиссии с точки зрения ссылок на конкретные положения проектной и исполнительной документации, акт КС-2 и обоснованные методики расчетов каждого из видов работ, с которыми истец связывает возникновение у ответчика неосновательного обогащения.

В томе дела № 7 на листе дела 64 представлена доверенность № 109 от 17.06.2010 от имени ЗАО «Аэродромдорстрой» на имя Попика М.С. на право представлять интересы доверителя при проведении счетной палатой контрольных мероприятий по объекту: «Строительство подземного пешеходного перехода в г. Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный», с правом участия в выездной проверке и подписания акта по результатам обследования. Настоящая доверенность выдана по 17.07.2010, подписана исполнительным директором ответчика, наличие у которого статуса единоличного исполнительного органа ответчика, не подтверждено..

Из материалов дела право исполнительного директора на выдачу такой доверенности не усматривается.

Кроме того, истец считает, что ответчиком произведен двойной учёт выполненных работ, поскольку потребность в работе электростанций передвижных мощностью 30 кВт и 200 кВт не обоснована проектом организации строительства. Согласно ПОС, обеспечение строительства электроэнергией производится от существующих сетей. В соответствии с пунктом 9 приложения 2 «Перечень работ и затрат, относящихся титульным временным зданиям и сооружениям, учтённых в составе сметных норм» Сборника сметных норм затрат на строительство временных зданий и сооружений (ГСН 81-05-01-2001) электростанции... и т.п. здания (сооружения) временного пользования относятся к титульным зданиям и сооружениям и затраты по ним учтены в составе сметных норм.

В соответствии с пунктом 3.1, 3.3 Сборника сметных норм затрат на строительство временных зданий и сооружений (ГСН 81-05-01-2001), утверждённого постановлением Госстроя России от 07.05.01 № 45, а также п. 3.9.2, 3.9.3 Методики определения стоимости строительной продукции на территории Тюменской области, утверждённой и введённой в действие приказом Главного управления строительства Тюменской области № 291-од от 02.11.2005, расчёты за временные здания и сооружения могут производиться по установленным нормам или за фактически построенные временные здания и сооружения. При этом расчёты за фактически построенные здания и сооружения производятся на основе проектно-сметной документации, а по установленной норме – в соответствии с договорными условиями. Одновременное использование указанных способов не допускается, а порядок расчёта, установленный между заказчиком и подрядчиком должен применяться от начала и до

конца строительства. По данному основанию, по расчету истца, сумма завышения составляет 7 241 836 руб.

Рабочий проект С26.09/04.С (т.д. 3 л.д. 24-146) на листе 24 содержит согласование расходов на передвижные электростанции 30кВт и 200 кВт. Данный рабочий проект был согласован с первоначальным подрядчиком ООО «Зеленстрой-проект», в связи с невозможностью использования электрической мощности имеющихся в системе электроснабжения данного района города.

На вопрос суда о том, изменились ли фактические обстоятельства электроснабжения данного района после привлечения на спорный объект в качестве подрядчика ЗАО «Аэродромдорстрой», представитель истца пояснил, что фактические обстоятельств электроснабжения не изменились и он не исключает необходимость для производства работ дополнительных электрических мощностей, однако данным подрядчиком такой вопрос не поднимался, в свою очередь, порядок производства работ изменился с закрытого на открытый, что требовало дополнительного согласования необходимости использования электрических мощностей.

Между тем, суд полагает, что в условиях фактического согласия истца с тем обстоятельством, что производство работ в данном районе не могло осуществляться без привлечения дополнительных электрических мощностей, а также наличие согласования необходимости использования передвижных электростанций в рабочем проекте для предыдущего подрядчика, предполагает аналогичную необходимость для последующего подрядчика.

Согласно пункту 9 приложения № 2 Сборника сметных норм затрат на строительство временных зданий и сооружений (ГСН 81-01-2001), которого в перечень работ и затрат, учтенных в составе сметных норм включены электростанции, трансформаторные подстанции, котельные, насосные, компрессорные, водопроводные, канализационные, калориферные, вентиляторные и т.п. здания (сооружения) временного пользования, включая пусконаладочные работы.

Данные положения носят рекомендательный характер.

В данном документе указано, что порядок расчетов за временные здания и сооружения, установленный между заказчиком и подрядчиком, должен применяться от начала и до окончания строительства (пункт 3.3).

Как обоснованно отмечено истцом, размер средств на строительство титульных временных зданий и сооружений может определяться по нормам настоящего сборника (то есть с использованием сметной нормы, процента от стоимости СМР) либо по расчету, основанному на ПОС; одновременное использование указанных способов не допускается (пункт 3.1).

Между тем, необходимость дополнительной электростанции учтена в рабочем проекте (т.д. 3 л.д. 47), все позиции которого получили положительное заключение экспертизы.

Оплата двум подрядчикам за один и тот же объем по электростанциям не доказана.

Из представленного положительного заключения государственной экспертизы № 72-1-3-0828-09 по объекту «Строительство подземного пешеходного перехода в г. Тюмени на ул. Пермякова в районе рынка «Солнечный» (корректировка)» (т.д. 7 л.д. 103-109) следует, что пешеходный тоннель под проезжей частью ул. Пермякова сооружается открытым способом под защитой мостовой конструкции. Рабочий проект, согласно заключению государственной экспертизы, соответствует требованиям нормативных технических документов.

Истцом не представлено доказательств в порядке статьи 65 АПК РФ, подтверждающих факт отклонения от сметы при учете ответчиком потребности в работе передвижных электростанций. Кроме того, в судебном заседании представители Счётной палаты города Тюмени пояснили, что отражение в акте выполненных работ передвижных электростанций соответствует смете. Утверждения истца и Счетной палаты о том, что использование передвижных электростанций предусматривалось при закрытом способе выполнения перехода, суд считает не соответствующим материалам дела, поскольку в проекте, прошедшем государственную экспертизу, установлен открытый способ выполнения работ.

Кроме того, как пояснил ответчик, расходы на обеспечение электроэнергией от существующих сетей к оплате не предъявлялись в связи с использованием передвижных электростанций, не предъявлялись затраты на строительство и разборку электростанций. В связи с применением передвижных электростанций из стоимости машиночаса насосов и вентиляторов исключена стоимость электроэнергии.

Следовательно, двойной учет применительно к расходам по электроэнергии в сметных документах отсутствует.

Обратного истцом, в нарушение пункта 1 статьи 65 АПК РФ, не доказано.

Не доказано, таким образом, что прочие позиции сметы (рабочего проекта) составлены без учета выделения электростанции в отдельную позицию.

По применению сметных норм и расценок, не соответствующих виду и составу выполненных работ истец ссылается на то, что в акте приемки выполненных работ № 1 от 15.12.2009, ЛС № 07-06-01 в разделе «Благоустройство территории» при экспортировании сметы из формата «Гранд-Смета» в формат «Excel», допущена арифметическая ошибка в сумме начисления сметной прибыли, соответственно и в итогах по разделу, которая привела к завышению общих итогов по смете на сумму 40 021 руб.

Однако в подтверждение данного довода истцом не представлено каких-либо доказательств, расчетов, основанных на конкретных материалах дела.

По временным зданиям и сооружениям истец также считает, что устройство внутриплощадочных дорог необходимо исключить, поскольку данный вид работ относится к временным сооружениям и оплачивается по статье «Временные здания и сооружения». При этом расчеты за фактически построенные здания и сооружения производятся в соответствии с проектной и сметной документацией, а по установленной норме – в соответствии с договорными условиями и одновременное использование указанных способов не допускается, а порядок расчета, установленный между заказчиком и подрядчиком должен применяться от начала и до конца строительства, в связи с чем завышение составило, по мнению истца, 580 728 руб.

Следует отметить, что доказательств необоснованного завышения объемов (включение в акты работ, фактически не выполнявшихся), стоимости (применение расценок, не соответствующих договору, или превышении общей цены договора), о ненадлежащем качестве (дефектах работ, снижающих эксплуатационные свойства или делающих результаты работ непригодными для целевого использования) не приведено.

Все работы и материалы были предметом внимания истца при приемке и подписании акта № 1 от 15.12.2009, о скрытых несоответствиях истец каких-либо доводов не привел. Акты отражают сведения о действительных объемах работ и примененных материалах.

Суд апелляционной инстанции также учитывает, что в результате проведенной проверки между заказчиком и подрядчиком возникли разногласия по акту КС-2 от 15.12.2009, что подтверждается наличием данного спора в суде. При этом, определением Восьмого арбитражного апелляционного суда от 15.08.2011 по настоящему делу сторонам предложено с участием уполномоченных представителей всех лиц, участвующих в деле, организовать повторную контрольную проверку объемов выполненных работ, предъявленных ООО «Зеленстрой-проект» и ЗАО «Аэродромдорстрой» в актах КС-2, результаты отразить применительно к спорным в иске позициям, а также разъяснена необходимость специальных познаний для установления объемов работ и проведения по этим вопросам экспертизы (при недостижении согласованного мнения).

Однако представитель истца не обеспечил явку своего представителя для проведения контрольного обмера с участием всех лиц, участвующих в деле, остальные явившиеся не достигли консенсуса.

При этом о проведении строительной экспертизы лица, участвующие в деле, не заявили.

Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или не совершения ими процессуальных действий (пункт 2 статьи 9 АПК РФ).

Согласно пунктам 1, 4 статьи 709 ГК РФ, в договоре подряда указываются цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения. При отсутствии в договоре таких указаний цена определяется в соответствии с пунктом 3 статьи 424 настоящего Кодекса.

В соответствии со статьей 424 ГК РФ, исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами.

Цены на строительные работы определяются договором.

Пунктом 4 статьи 709 ГК РФ установлена презумпция твердой цены работы, в том числе, и в случае определения её в виде сметы.

Приблизительность цены должна быть обусловлена договором.

Превышена в порядке, установленном в пункте 5 статьи 709 ГК РФ, может быть только приблизительная цена, и только при возникновении необходимости в

проведении дополнительных работ, требующих дополнительных расходов. Твердая цена изменению не подлежит, за исключением случая, предусмотренного в части 2 пункта 6 статьи 709 ГК РФ, где предусмотрено право подрядчика требовать увеличения твердой цены, а в случае отказа заказчика - требовать в судебном порядке расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (статья 451 ГК РФ).

По смыслу статьи 709 и пункта 1 статьи 710 ГК РФ, цена договора подряда не подлежит изменению в сторону ее уменьшения. Исключением является случай, когда экономия подрядчика оказывается обусловлена снижением качества работы. Бремя доказывания этого обстоятельства лежит на заказчике.

Суд апелляционной инстанции, принимая во внимание условия раздела 2 муниципального контракта № 04000.09.068, определяющего стоимость работ и порядок оплаты, считает, что цена по контракту является твердой.

Более того, суд отмечает, что стоимость выполненных работ была предметом дополнительного внимания сторон, поскольку спустя полгода после подписания акта КС-2, ими заключено дополнительное соглашение, касающееся цены контракта.

Результат работ принят и оплачен в пределах согласованной сторонами стоимости.

Наличия на стороне ответчика неосновательного обогащения за счет истца по изложенным в иске основаниям суд не усматривает.

В связи с чем, отсутствуют основания и для начисления процентов по ст. 395 ГК РФ на эту сумму.

В части требований истца о взыскании с ответчика неустойки за нарушение сроков выполнения работ по контракту судом первой инстанции обоснованно установлено следующее.

Согласно пункту 1 статьи 708 ГК РФ, в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы. По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы (промежуточные сроки).

Если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не предусмотрено договором, подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы.

Статьей 330 ГК РФ установлено, что неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Соглашение о неустойке, по условиям статьи 331 ГК РФ, должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке.

Таким образом, соглашение о неустойке, как о способе обеспечения исполнения обязательства, должно быть установлено письменным соглашением сторон, в котором должно быть четко сформулировано, неисполнение какого обязательства влечет право кредитора предъявить требование об уплате неустойки.

Пунктом 3.1 муниципального контракта установлено, что работы должны быть выполнены с момента заключения контракта (14.07.2009) в течение 190 календарных дней, то есть до 20.01.2010.

При этом приложения с наименованием «Календарный график выполнения работ», на который истец ссылается в обоснование своего требования, как справедливо отметил ответчик, не представлено.

«Квартальными заданиями производства строительно-монтажных работ в 2009 году», являющимися приложением № 2 к контракту, установлено, что стоимость работ по контракту на 2009 год составляет 88 919,31560 тыс. руб., в том числе СМР – 87 175,79961 тыс. руб., 3 квартал – 65 835,304 тыс. руб., 4 квартал – 23 084,01160 тыс. руб., то есть всего за 3 и 4 квартал – 88 919 315,60 руб.

График финансирования не может вменяться как основание для начисления неустойки за нарушение сроков выполнения работ. Сроки финансирования определяют обязательства заказчика, а не подрядчика.

Из имеющегося квартального задания невозможно установить, какие именно виды работ и в каком объеме должны быть выполнены в 3, а какие работы в 4 кварталах.

Таким образом, промежуточные этапы и сроки их выполнения не обоснованы.

Принимая во внимание указанную неопределенность, суд считает необходимым руководствоваться условиями контракта, устанавливающими конечный срок выполнения работ, а именно пункт 3.1.

Учитывая изложенное, суд считает, что из буквального толкования условий пунктов 3.1 и 10.2 контракта следует, что ответственность установлена за нарушение установленного контрактом срока выполнения работ, равного 190 календарным дням.

Истцом не представлено доказательств, подтверждающих нарушение ответчиком сроков выполнения работ, установленных контрактом, напротив, материалами дела подтверждается факт досрочного выполнения ответчиком работ, что не исключено пунктом 3.2 контракта.

Доводы заявителя апелляционной жалобы в данной части подлежат отклонению, как необоснованные.

Выводы, изложенные в настоящем постановлении, сделаны с учетом толкования правовых норм, приведенного в постановлении Президиума ВАС РФ от 09.03.2011 № 13765/10 по делу № А63-17407/2009.

Решение суда первой инстанции как законное и обоснованное подлежит оставлению без изменения, апелляционная жалоба – без удовлетворения.

Расходы по оплате государственной пошлины по апелляционной жалобе, по условиям статьи 110 АПК РФ, относятся на заявителя.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьёй 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Тюменской области от 25 апреля 2011 года по делу № А70-12097/2010 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

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. Шарова

Судьи

Л.И. Еникеева

Т.А. Зиновьева