



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес электронной почты: 9aas.info@arbitr.ru
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№ 09АП-47891/2019

г. Москва
23 сентября 2019 года

Дело № А40-143747/17

Резолютивная часть постановления объявлена 19 сентября 2019 года
Постановление изготовлено в полном объеме 23 сентября 2019 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего судьи: Бодровой Е.В.,

Судей: Титовой И.А., Гончарова В.Я.

при ведении протокола секретарем судебного заседания Платоновым Д.М.,
рассматривает в судебном заседании апелляционную жалобу ФГУП
"РАДИОЧАСТОТНЫЙ ЦЕНТР ЦЕНТРАЛЬНОГО ФЕДЕРАЛЬНОГО ОКРУГА" на
решение Арбитражного суда г.Москвы от 11.07.2019 по делу №А40-143747/17,
принятое судьей Лихачевой О.В. (14-1168), по иску ФГУП ГРЧЦ (ОГРН
1027739334479) (Федеральное государственное унитарное предприятие «Главный
радиочастотный центр») к ответчику ООО "НПП "СВЯЗЬСТРОЙИНЖИНИРИНГ"
(ОГРН 1067746745945), о взыскании 53 4478 659,52 руб.

При участии в судебном заседании:

от истца: Мельниченко М.В. по доверенности от 06.10.2017.

от ответчика: Кузнечик А.А. по доверенности от 04.04.2019,

У С Т А Н О В И Л:

ФГУП «РЦЧ ЦФО» (далее – истец) обратилось в Арбитражный суд города
Москвы к ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» (далее – ответчик) с исковым
заявлением о взыскании неосновательного обогащения в размере 20 036 051,02 руб.,
процентов за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК РФ в размере 5
447 494,76 руб., денежных средств (оплата непредвиденных затрат) в размере 1 077 823
руб., процентов за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК РФ в
размере 293 043,52 руб., убытков в размере 26 345 745 руб., штрафа в размере 3 794
939,96 руб., неустойки в размере 453 356,51 руб., неустойки за просрочку выполнения
гарантийных обязательств в размере 9 520 486,65 руб., неустойки за отказ от
исполнения гарантийных обязательств в размере 453 356,51 руб., расходов на оплату
услуг эксперта в размере 254 264,92 руб.

Решением от 11.07.2019 Арбитражный суд города Москвы по настоящему делу в
иске отказал.

Не согласившись с принятым решением, истец подал апелляционную жалобу, в которой просит состоявшийся по делу судебный акт отменить и принять новый судебный акт.

Законность и обоснованность принятого решения проверены Девятым арбитражным апелляционным судом в судебном заседании в соответствии со статьями 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Заслушав возражения представителей истца и ответчиков, исследовав и оценив в совокупности все доказательства по делу, судебная коллегия не находит оснований, предусмотренных в ст.270 АПК РФ, для отмены решения от 11.07.2019 и удовлетворения жалобы.

В обоснование заявленных требований ФГУП «ГРЧЦ» указывает, что между ним и ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» по итогам проведенного открытого конкурса (протокол от 24.07.2013 г. № 33-3) был заключен договор № 31 от 31.07.2013 г., согласно которому ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» приняло на себя обязательства по выполнению работ по строительству станции технического радиоконтроля ОНЧ-НЧ-СЧ-ВЧ диапазонов по адресу: ХМАО-Югра, г. Нягань, автодорога «Нягань - п. Уньюган, 14», в соответствии с проектной документацией 5/А/2011, с действующими строительными, санитарными нормами и правилами, а истец обязался оплатить работу ответчику. Цена договора составила 45 335 650,74 руб.

Истец указал, что обязательства по оплате работ по договору выполнены в полном объеме.

Между сторонами были подписаны: Акт КС-2 № 1 от 05.09.2013 г., Справка КС-3 № 1 от 05.09.2013 г., Акт КС-2 № 2 от 25.09.2013 г., Справка КС-3 № 2 от 25.09.2013 г., Акт КС-2 № 3 от 23.10.2013 г., Справка КС-3 № 3 от 23.10.2013 г., Акт КС-2 № 4 от 28.11.2013 г., Справка КС-3 № 4 от 28.11.2013 г., Акт КС-2 № 5 от 03.12.2013 г., Справка № 5 от 03.12.2013 г., Акт о приемке законченного строительством объекта № 14 от 03.12.2013 г.

Истец указал, что в ходе эксплуатации Объекта им были обнаружены недостатки: разрушение откосов земляного полотна по периметру СТБК, промоины по периметру и внутри площадки, что приводит к обрушению бетонных оснований столбов ограждения, скопление воды на площадке СТБК, в кабельных колодцах стоит вода. Об указанных недостатках он уведомил ответчика письмами от 29.12.2015 г. № 07-00-0600/4578; от 26.04.2016 г. № 07-00-0100-07/1746.

Ссылается, что с целью соблюдения п. 4.2.18 договора, истец и ответчик зафиксировали недостатки двусторонним Актом от 18.05.2016 г.

Отмечает, что ответчик направил в адрес истца гарантийное письмо с приложением плана-графика по устранению замечаний от 28.01.2016 г. № 0128/16-3, которым гарантировал устранение выявленных недостатков в срок до 30.06.2016 г.

Однако ответчиком принятые на себя обязательства по устранению замечаний в соответствии с планом-графиком не выполнены.

Для проверки качества и объемов выполненных подрядчиком работ по договору истец заключил договор с ООО «ГЕОТЕРМИНСПЕКЦИЕЙ» на проведение экспертизы качества выполненных работ на Объекте с подготовкой экспертного заключения.

Расходы истца на оплату услуг эксперта согласно платежного поручения № 4742 от 19.09.2016 г. составили 254 264,92 руб.

Ссылается, что уведомление о проведении экспертизы оставлено ответчиком без ответа, участие представителя при проведении экспертизы ответчиком не обеспечено.

Экспертным заключением от 12.07.2016 г. установлено: наличие большого количества дефектов, невыполненные ответчиком работы по договору, допущенные ответчиком отклонения от проектной документации, строительных норм и правил.

Согласно экспертному заключению от 12.07.2016 г. состояние Объекта неудовлетворительное.

Истец ссылается на условия п. 5.11 договора, согласно которому, истец, принявший работу без проверки, не лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при приемке.

На основании п. 7.1 договора за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств по настоящему договору ответчик несет ответственность в соответствии с действующим законодательством.

Истец указывает, что гарантийный срок обнаружения недостатков в соответствии с п. 4.2.18 договора с момента подписания акта сдачи-приемки от 03.12.2013 г. составляет на земляное полотно 10 лет, на ограждение 7 лет, на фундаменты 7 лет.

28.10.2016 г. истец письмом № 07-00-1201/4564 направил ответчику требование о безвозмездном устранении недостатков в срок до 25.12.2016 г. с приложением копии экспертного заключения от 12.07.2016 г.

09.11.2016 г. ответчик письмом № 125/11 направил истцу отказ от устранения выявленных в ходе экспертизы недостатков.

Возражая против исковых требований, ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» ссылалось на следующие доводы:

- вменяемые истцом недостатки отсутствуют, доводы о наличии недостатков не соответствуют действительности. Работы были выполнены ответчиком надлежащим образом и приняты истцом без замечаний, что подтверждается соответствующими актами сдачи-приемки выполненных работ. Вменяемые истцом в качестве невыполненных работ, по факту являются несогласием истца с качеством выполненных работ, что не соответствует фактическим обстоятельствам. Истцом пропущен срок исковой давности.

- Все вменяемые недостатки, в случае их действительного наличия (истец отказал ответчику в допуске на Объект) являются явными недостатками. Истец не имеет права на них ссылаться. Довод истца о наличии недостатков несостоятелен, так как объект эксплуатируется истцом более 2-х лет, а после выполнения спорных работ ответчиком, на спорном объекте третьими лицами выполнялись по договору с истцом строительномонтажные работы, затрагивающие результаты спорных работ.

- Вопреки доводам искового заявления, истец обращался к ответчику с требованием об устранении недостатков только по небольшой части из вменяемых в иске недостатков. Вопреки доводам искового заявления, ответчик в полном соответствии с проектной документацией устранял заявленные недостатки, считая их гарантийными. Однако впоследствии было установлено, что вменяемые недостатки являются недостатками проектной документации представленной истцом и/или ненадлежащей эксплуатации, а не недостатками работ ответчика.

- Все вменяемые недостатки, в случае их действительного наличия являются следствием недостатков проектной документации и/или инженерных изысканий, представленных истцом и/или ненадлежащей эксплуатации спорного объекта.

- Вопреки доводам истца ответчик не мог выявить недостатки проектной документации.

В соответствии со ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом, в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона и иных правовых актов.

В соответствии с пунктом 1 статьи 720 Гражданского кодекса Российской Федерации, заказчик обязан в сроки и в порядке, которые предусмотрены договором подряда, с участием подрядчика осмотреть и принять выполненную работу (ее результат), а при обнаружении отступлений от договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе немедленно заявить об этом подрядчику.

Пунктом 1 статьи 721 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что качество выполненной подрядчиком работы должно соответствовать

условиям договора подряда, а при отсутствии или неполноте условий договора требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода.

Согласно ст. 723 Гражданского кодекса РФ, в случаях, когда работа выполнена подрядчиком с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, или с иными недостатками, которые делают его не пригодным для предусмотренного в договоре использования либо при отсутствии в договоре соответствующего условия непригодности для обычного использования, заказчик вправе, если иное не установлено законом или договором, по своему выбору потребовать от подрядчика: безвозмездного устранения недостатков в разумный срок; соразмерного уменьшения установленной за работу цены; возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда.

Как следует из пункта 1 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11.01.2000 года № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении», в случае расторжения договора сторона не лишена права истребовать ранее исполненное, если другая сторона неосновательно обогатилась.

В силу статьи 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).

Согласно ст. 64 АПК РФ, доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном настоящим Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела. В качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

В силу ст. 65 АПК РФ, каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

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

Статьей 71 АПК РФ установлено, что арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Арбитражный суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. Каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами.

Статья 82 АПК РФ предусматривает, что для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд назначает экспертизу по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле.

В связи с возникшими разногласиями сторон, было заявлено ходатайство о проведении судебной экспертизы, которое было удовлетворено судом.

В рамках рассмотрения настоящего предмета спора судом была назначена судебная экспертиза, проведение которой поручено экспертному учреждению Уральская Торгово-Промышленная палата (620144, г. Екатеринбург, ул. Народной Воли, 19а, телефон (343) 214-87-64).

Перед экспертами были поставлены следующие вопросы:

1. Определить перечень, объем и стоимость фактически выполненных ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» работ по договору № 31 от 31.07.2013 исходя из представленных актов формы КС-2, КС-3 (с указанием, в том числе реквизитов акта и порядкового номера пункта акт формы КС-2), а именно:

- акт по форме КС-2 о приемке выполненных работ за август 2013 года № 1 от 05.09.2013 на сумму 4 692 379,74 руб.; справка по форме КС-3 о стоимости выполненных работ и затрат № 1 от 05.09.2013 сумму 4 692 379,74 руб.

- акт по форме КС-2 о приемке выполненных работ за сентябрь 2013 года № 2 от 25.09.2013 на сумму 14 635 357,10руб.; справка по форме КС-3 о стоимости выполненных работ и затрат № 2 от 25.09.2013 на сумму 14 635 357,10 руб.

- акт по форме КС-2 о приемке выполненных работ за октябрь 2013 года № 3 от 23.10.2013 на сумму 12 126 477,68 руб.; справка по форме КС-3 о стоимости выполненных работ и затрат № 3 от 23.10.2013 на сумму 12 126 477,68 руб.

- акт по форме КС-2 о приемке выполненных работ за ноябрь 2013 года № 4 от 28.11.2013 на сумму 6 561 253,12 руб.; справка по форме КС-3 о стоимости выполненных работ и затрат № 4 от 28.11.2013 на сумму 6 561 253,12 руб.

- акт по форме КС-2 о приемке выполненных работ за ноябрь 2013 года № 5 от 03.12.2013 на сумму 7 320 183,10 руб.; справка по форме КС-3 о стоимости выполненных работ и затрат № 5 от 03.12.2013 на сумму 7 320 183,10 руб.

2. Определить перечень, объем и стоимость работ (с указанием, в том числе, реквизитов и порядковых номеров пунктов представленных актов формы КС-2) установленные в ответе на вопрос № 1 экспертизы, т.е. фактически выполненных, качество которых не соответствует условиям Договора № 31 от 31.07.2013 (дефекты) (не соответствует действующим строительным нормам, санитарным нормам и правилам, проектной документации, нормативным документам обязательных при исполнении Договора № 31 от 31.07.2013 (Приложение №2 к Договору № 31 от 31.07.2013)), требованиям предъявляемым к такого рода работам, в том числе отдельно указать перечень, объём и стоимость работ, которые выполнены с отступлениями от Договора № 31 от 31.07.2013:

- ухудшившими результат работы по Договору № 31 от 31.07.2013, а именно Станции технического радиоконтроля ОНЧ-НЧ-СЧ-ВЧ диапазонов по адресу: ХМАО-Югра, г. Нягань, автодорога «Нягань-п. Уньюган, 14» (далее - Объект);

- недостатками (дефектами), которые делают результат работ по Договору № 31 от 31.07.2013 (Объект) не пригодным для соответствующего использования.

3. Являются ли обнаруженные недостатки (дефекты) в работах, выполненных ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» следствием нарушения технологии выполнения работ, предусмотренных условиями Договора № 31 от 31.07.2013?

4. Являются ли обнаруженные недостатки в работах, выполненных ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» (дефекты) следствием применения ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» при производстве работ материалов ненадлежащего качества, либо применение материалов, не предусмотренных условиями Договора №31 от 31.07.2013?

5. Исключают ли обнаруженные недостатки (дефекты) возможность дальнейшего использования результата работ (Объекта) в целях осуществления организационных и технических мер по обеспечению надлежащего использования радиочастот или радиочастотных каналов и соответствующих радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств гражданского назначения?

6. В случае исключения возможности устранения обнаруженных недостатков (дефектов) для дальнейшего использования результата работ (Объекта) в указанных целях, определить перечень, объём и стоимость всех видов работ/услуг, необходимых для демонтажа и строительства Объекта заново, включая выполнение изыскательских и проектных работ?

7. В случае наличия возможности устранения обнаруженных недостатков (дефектов) для дальнейшего использования результата работ (Объекта) в указанных целях, определить перечень, объём и стоимость всех видов работ и услуг, включая выполнение изыскательских и проектных работ, необходимых для устранения выявленных отступлений и иных недостатков в выполненных ООО НПП «СвязьСтройИнжиниринг» работах от условий Договора № 31 от 31.07.2013?

8. Какие из вменяемых Истцом Ответчику недостатков выполненных им работ (не соответствие требований Договора, проектной документации, распоряжениям Истца) действительно существуют на сегодняшний день?

9. В случае наличия допущенных Ответчиком отступлений от требований проектной документации, повлияли ли они на качество объекта?

10. Соответствует ли представленная Истцом проектная документация требованиям законодательства, результатам изысканий, фактическим данным местности?

11. Соответствуют ли представленные Истцом материалы инженерных изысканий требованиям законодательства, фактическим данным местности?

12. Какие из недостатков проектной документации, повлиявшие на результат работ Ответчик должен был выявить при ее получении от Истца и/или в ходе выполнения работ?

13. Какие из вменяемых Истцом существующих на сегодняшний день недостатков выполненных Ответчиком работ являются недостатками, возникшими по вине Ответчика?

14. Возможно ли устранить указанные недостатки без исправления представленной Истцом проектной документации, проведения инженерных изысканий? Можно ли определить стоимость устранения указанных недостатков в отсутствие исправленной проектной документации? Если да, то какова стоимость устранения указанных недостатков?

15. Какие из вменяемых Истцом существующих на сегодняшний день недостатков выполненных Ответчиком работ являются недостатками, возникшими из-за недостатков представленной Истцом проектной документации и/или результатов инженерных изысканий?

16. Какие из вменяемых Истцом существующих на сегодняшний день недостатков выполненных Ответчиком работ являются недостатками (дефектами) произошедшими вследствие нормального износа объекта?

17. Какие из вменяемых Истцом существующих на сегодняшний день недостатков выполненных Ответчиком работ являются недостатками, возникшими из-за его неправильной, ненадлежащей эксплуатации, результатом действий Истца и/или третьих лиц?

Согласно заключению экспертов № 0130500014 от 10.10.2018 г. были даны следующие ответы на поставленные вопросы:

1. Перечень и объём заактированных в КС-2 № 1-5 фактически выполненных работ представлены в таблицах 3, 5, 7, 9, 9.2, 1, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23 настоящего заключения. Стоимость фактически выполненных ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» работ по договору № 31 от 31.07.2013 г. исходя из представленных актов формы КС-2, КС-3 составила 27 097 547,49 руб.

2. По результатам произведенных расчетов (Приложения 2, 3) стоимости фактически выполненных работ по договору № 31 от 31.07.2013 г., ухудшающих

результат работ составила 902 990,39 руб., непригодных к использованию по назначению 3 937 605,89 руб.

3. Описанные дефекты фактически выполненных работ при ответе на второй поставленный вопрос, а именно: устройство дорожного покрытия из дорожных плит; устройство монолитных железобетонных фундаментов под антенное оборудование (ФМ-1, ФМ-2) и КУНГи (ОП-1, ОП-2), гидроизоляция монолитных железобетонных фундаментов под антенное оборудование (ФМ-1, ФМ-2) и КУНГи (ОП-1, ОП-2), устройство смотровых колодцев технологических кабельных сетей, прокладка трубопроводов канализации технологических кабельных сетей, гидроизоляция колодцев кабельной канализации являются следствием нарушения технологии производства работ и требований нормативно-технической документации.

Такие дефекты фактически выполненных работ, как: устройство тротуарного покрытия, устройство насыпи и планировка площадки, устройство полосы из щебня являются следствием невыполнения проектных решений, условий договора № 31 от 31.07.2013 г.

Кроме описанных выше дефектов, имеются повреждения конструкций (ограждения площадки, обвал откосов, крен фундамента под антенную установку), связанные с ошибками проектирования.

4. Обнаруженные недостатки в работах, выполненных ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» (дефекты) не являются следствием применения ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» при производстве работ материалов, не предусмотренных условиями договора № 31 от 31.07.2013 г.

Экспертами не установлен факт применения некачественных материалов при производстве работ.

5. По итогам проведенного исследования экспертами установлено, что подтопление площадки, отсутствие сварки труб кабельной канализации, приведшее к затоплению колодцев и необходимости в подвеске технического кабеля, практическое отсутствие щебеночной полосы по периметру площадки, неравномерная осадка тротуарного покрытия значительно осложняют эксплуатацию Объекта в целях осуществления организационных и технических мер по обеспечению надлежащего использования радиочастот или радиочастотных каналов и соответствующих радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств гражданского назначения.

В материалах дела отсутствует информация о правилах эксплуатации Объекта. Однако, по мнению экспертов, эксплуатация Объекта в запланированные сроки службы для осуществления организационных и технических мер по обеспечению надлежащего использования радиочастот или радиочастотных каналов и соответствующих радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств гражданского назначения делает невозможным.

6. По мнению экспертов, выявленные недостатки и дефекты возможно устранить, поэтому в возведении объекта заново нет необходимости.

7. Для устранения выявленных недостатков и дефектов не требуется дополнительных изысканий и проектных решений. По результатам произведенных расчетов в ЛСР № 4 стоимость работ по устранению выявленных дефектов, связанных с работами ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» составила на дату исследования 12 150 917,84 руб.

8. На момент проведения натурного исследования имеются следующие дефекты и недостатки, вменяемые истцом ответчику: образование промоин по периметру и внутри площадки СТБК, застой воды в кабельных колодцах, просадка тротуарной плитки, искривление по всему периметру радиопрозрачного пластикового забора, сдавливание пластиковых труб кабельной канализации, не полностью выполнена отсыпка щебнем по периметру площадки, не выполнена вертикальная планировка площадки,

некачественно выполнена герметизации кабельных колодцев, не выполнен посев травы, антенно-мачтовая система стационарного ВЧ пеленгатора наклонены - 1 шт.

9. При ответе на предыдущие ответы экспертами установлены отступления фактически выполненных работ от проектной документации при выполнении работ по строительству станции технического радиоконтроля ОНЧ-НЧ-СЧ-ВЧ диапазонов по адресу: ХМАО-Югра, г. Нягань, автодорога «Нягань - п. Уньюган, 14».

10. Проектная документация имеет отступления от Технического задания Заказчика, пояснений и обоснований в проектной документации не представлено. В разных разделах проектной документации имеются расхождения по глубине залегания грунтов, абсолютных высотных отметок, видах и объемах конструкции. Разработка конструкции фундаментов производилась без ссылки на нормативную документацию. Расчет глубины заложения фундаментов не обоснован, выбор класса бетона и других его характеристик (морозостойкость и водонепроницаемость) в проектной документации не обоснованы ни расчетами, ни минимальными требованиями нормативных документов.

11. Инженерно-геологические изыскания были выполнены не в полном объеме и привели к искажению полученных результатов.

12. По мнению экспертов, на результат работ ответчика повлияли следующие недостатки проектной документации: проектная глубина заложения фундаментов под антенные установки не соответствует глубине промерзания грунта в данной местности; использование местных грунтов (пылеватых песков) в качестве оснований без дополнительных мероприятий по их усилению или замещению; отсутствие достаточной проработки решения по отводу атмосферных вод, то есть отвод воды осуществлен только в одном направлении в один угол, что привело к разрушению откоса и сноса ограждений участка; при выборе конструкции ограждения площадки проектной организацией не были учтены ветровые нагрузки местности.

На поставленный вопрос в части выявления подрядной организацией недостатков проектной документации, эксперты не могут ответить однозначно, так как не знают какой квалификацией обладали специалисты ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг». Недостатки проектной документации могут выявить специалисты, имеющие соответствующее образование, опыт работы в области строительства и в местных условиях.

Также необходимо отметить, что строительство производилось на основании проектной документации (рабочая документация в рамках данного строительства не разрабатывалась). Проектная документация разработана на основании типовой документации и была привязана к данной местности. Поэтому и объясняются в пояснительных частях проекта разночтения.

При изучении условий договора № 31 от 31.07.2013 г. пункт об осуществлении входного контроля проектной документации и сроков его выполнения отсутствует.

Подрядчик ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» в период строительства обращался в письменном виде к заказчику за разъяснениями по предоставленной проектной документации и решением технических вопросов.

Однако согласно главе 7.2 ГОСТ Р 21.1101-2009 «Система проектной документации для строительства. Основные требования к проектной и рабочей документации. СПДС», все внесения изменений в проект должна осуществлять организация, разработавшая проект (автор проекта), так как заказчик, не имея договора с организацией, выполняющей функции технического заказчика, может не иметь соответствующую квалификацию для оценки и разработки любого технического решения.

13. Перечень вменяемых истцом существующих на сегодняшний день недостатков выполненных ответчиком работ, возникших по вине ответчика, приведены в таблице.

14. Указанные недостатки можно устранить без исправления представленной истцом проектной документации и проведения инженерных изысканий. Стоимость устранения указанных недостатков и дефектов рассчитаны экспертом при ответе на седьмой поставленный вопрос судом. Стоимость устранения дефектов и недостатков, связанных с некачественно выполненными работами ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» составила на дату исследования (3 кв. 2018 г.): 12 150 917,84 руб.

При ответах на десятый и одиннадцатый вопросы экспертами указаны недостатки проектной документации и неполного объема выполнения инженерно-геологических исследований, которые усугубили некачественно выполненные работы ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг», а также послужили причиной возникновения обрушения откосов, крена одного из фундаментов ФМ-2, разрушения части ограждения «ПЛАСТ-Декор».

15. Недостатки и дефекты, являющиеся следствием недостатков проектной документации и результатов инженерно-геологических изысканий, указаны в таблице.

16. По результатам натурного осмотра существующие на дату проведения экспертизы недостатки и дефекты выполненных работ ООО «НПП «СвязьСтройИнжиниринг» не являются следствием нормального износа.

17. По результатам натурного исследования экспертами не установлены признаки ненадлежащей эксплуатации и действия третьих лиц. Все выявленные недостатки и дефекты к эксплуатации и действию третьих лиц отношения не имеют.

Заключения эксперта в силу статей 64, 75 и 89 Арбитражного процессуального кодекса РФ являются письменными иными доказательствами, поскольку содержат сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, и должны оцениваться в совокупности с другими доказательствами по делу.

Истец, ознакомившись с экспертизой, получив разъяснения экспертов в ходе судебного заседания, которое состоялось 04.03.2019 г., руководствуясь ст. 49 АПК РФ заявил суду о принятии уточнений по ранее заявленным исковым требованиям на дату судебного заседания, назначенного на 17.05.2019 г., а именно:

1. Согласно заключению экспертизы на страницах с 22 по 63, на стр. 64, стр. 101, а также в Приложении № 1 к Заключению в Локальном сметном расчете экспертами указано соответствие/несоответствие объемов выполненных работ, и указано, что частично работы подрядчиком не были выполнены, соответственно, из всей суммы договора подряда выполнено только 27 097 547,49 руб., соответственно, при сумме договора 45 335 650,74 руб. Ответчиком выполнено работ только на 27 097 547,49 руб., а на сумму 18 238 103,25 руб. работ не выполнено, соответственно, денежные средства в размере 18 238 103 (Восемнадцать миллионов двести тридцать восемь тысяч сто три) руб. 25 коп., оплаченные Истцом, за работы, которые фактически Ответчиком не выполнены и денежные средства в размере 1 077 823 (Один миллион семьдесят семь тысяч восемьсот двадцать три) руб. 00 коп., оплаченные Истцом Ответчику как непредвиденные затраты без предоставления Ответчиком документов, подтверждающих их наличие у Ответчика, являются неосновательным обогащением Ответчика и подлежат возврату Ответчиком Истцу.

2. По состоянию на 17.05.2019 г. вышеуказанные денежные средства Ответчиком Истцу не возвращены, соответственно, за период с 20.12.2013 г. по 17.05.2019 г. Истец начисляет Ответчику согласно расчета (Приложение № 1) проценты за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК РФ в размере 8 383 176 (Восемь миллионов триста восемьдесят три тысячи сто семьдесят шесть) руб. 57 коп., оплаченные Истцом Ответчику за работы, которые фактически Ответчиком не были выполнены. Расчет процентов - Приложение № 1.

Кроме того, за период с период с 20.12.2013 г. по 17.05.2019 г. Истец начисляет Ответчику согласно расчета (Приложение № 2) проценты за пользование чужими

денежными средствами по ст. 395 ГК РФ в размере 495 423 (Четыреста девяносто пять тысяч четыреста двадцать три) руб. 24 коп., оплаченные Истцом Ответчику как непредвиденные затраты, без их наличия у Ответчика.

3. Согласно п. 7.7. Договора № 31 от 31.07.2013 г. (далее - Договор) Истец вправе взыскать с ответчика неустойку за неисполнение гарантийных обязательств в установленные Истцом сроки - 0,1% от цены договора за каждый день просрочки. Ответчик согласно гарантийного письма и плана-графика устранения недостатков от 28.01.2016 г. № 0128/16-3 (Приложение № 29), принял на себя обязательства по устранению недостатков на объекте в срок до 30.06.2016 г. Фактически недостатки Ответчик в срок до 30.06.2016 г. не устранил.

Таким образом, размер неустойки за неисполнение гарантийных обязательств составляет 45 335 (Сорок пять тысяч триста тридцать пять) руб. 65 коп. в день.

Период просрочки с 30.06.2016 г. по 26.12.2016 г. (дата отказа Истца от договора) составил 180 календарных дней, соответственно, размер неустойки за неисполнение гарантийных обязательств составляет 8 160 417,13 руб.

Расчет: 45 335 650,74 руб. (цена Договора) / 100 x 0,1% от цены Договора (размер неустойки по п. 7.7 Договора) x 180 (количество дней просрочки) = 8 160 417 (Восемь миллионов сто шестьдесят тысяч четыреста семнадцать) руб. 13 коп.

4. Экспертным Заключением на стр. 99 описательной части и в выводах на стр. 108 указано, что можно устранить выявленные экспертизой недостатки работ Ответчика без исправления проектной документации и проведения инженерных изысканий и стоимость устранения недостатков и дефектов составляет 12 150 917,84 руб. Поскольку Ответчик по требованию Истца в срок до 25.12.2016 г. устранение недостатков на Объекте не произвел и направил Истцу письменный отказ от устранения недостатков, выявленных в результате экспертизы, то Истец должен будет произвести расходы в размере 12 150 917 (Двенадцать миллионов сто пятьдесят тысяч девятьсот семнадцать) руб. 84 коп. на восстановление своего нарушенного права, соответственно, данная сумма является убытками Истца. Размер расходов установлен Истцом на основании Экспертного заключения.

5. На стр. 99 описательной части и в выводах на стр. 108 экспертами указано, что можно устранить недостатки без исправления проектной документации и проведения инженерных изысканий и стоимость устранения недостатков и дефектов составляет 12 150 917,24 руб., при этом эксперт в ходе судебного заседания, которое состоялось 04.03.2019 г. пояснил, что сумма 12 150 917,24 руб. нужна для того, чтобы считать 27 097 547,49 руб. фактически выполненных работ надлежащим образом выполненными.

Таким образом, 27 097 547,49 руб. фактически выполненных работ до устранения в них недостатков, переделки, выполнены ответчиком ненадлежащим образом, соответственно, на основании п. 7.6. Договора за осуществление строительства с отступлением от требований проектно-сметной документации: технической документации (ППР, технологические регламенты, СТО и т.д.) Ответчик штрафуется в размере 15% (в случае если отклонение является критическим) от стоимости конструкции, в которой обнаружен брак.

Согласно экспертному заключению стоимость работ выполненных Ответчиком с ненадлежащим качеством, то есть с браком составляет 27 097 547,49 руб. Таким образом, штраф, предусмотренный п. 7.6 Договора в размере 15 % от 27 097 547,49 руб. составляет 4 064 632 руб. 12 коп.

Расчет: 27 097 547,49 руб. (стоимость конструкций/работ, в которой обнаружен брак) / 100 x 15 % (размер штрафа по п. 7.6. Договора) = 4 064 632 (Четыре миллиона шестьдесят четыре шестьсот тридцать два) руб. 12 коп.

В остальной части Истец поддержал все ранее заявленные исковые требования в полном объеме.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований в полном объеме, суд первой инстанции исходит из следующего.

В соответствии с исковым заявлением (пункт 1 искового заявления) Истец со ссылкой на статью 1102 ГК РФ требует взыскания неосновательного обогащения в размере 18 238 103,25 рубля, за работы, которые он считает невыполненными.

В соответствии с пунктом 1 статьи 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 статьей 1109 Кодекса.

Согласно пункту 3 статьи 1103 ГК РФ, поскольку иное не установлено настоящим Кодексом, другими законами или иными правовыми актами и не вытекает из существа соответствующих отношений, правила, предусмотренные главой 60 ГК РФ, подлежат применению также к требованиям одной стороны в обязательстве к другой о возврате исполненного в связи с этим обязательством.

В силу положений статей 702, 711, 720, 740, 753 ГК РФ основанием для возникновения обязательства по оплате выполненных работ является сдача результата работ заказчику, по результатам которой составляется акт о приемке выполненных работ с указанием их видов и стоимости по форме КС-2 (пункт 8 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 24.01.2000 г. № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда»).

Согласно пункту 4 статьи 753 ГК РФ сдача результата работ подрядчиком и приемка его заказчиком оформляются актом, подписанным обеими сторонами.

Как уже было указано выше, все работы были проверены и приняты Истцом по Акту № 14 от 3 декабря 2013 года (Том 2, л.д. 107-108).

Все выполненные Ответчиком работы были оплачены Истцом, последний платеж был совершен 19.12.2013 года платежным поручением № 10325 (Том 2, л.д. 106 (данный факт Истец признает в искомом заявлении)).

Исходя из указанных обстоятельств, о вменяемом невыполнении Ответчиком спорных работ Истец должен был узнать не позднее 3 декабря 2013 года.

В силу статьи 196 ГК РФ общий срок исковой давности устанавливается в три года.

В соответствии с пунктом 1 статьи 200 ГК РФ течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права.

Истец обратился в суд с иском 26.01.2017 года, т.е. с пропуском установленного срока исковой давности, что является самостоятельным основанием для отказа в иске.

На основании пункта 2 статьи 720 ГК РФ Истец, принявший работу без замечаний лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе ее приемки (явные недостатки).

При выполнении работ подписывались акты по форме КС-2, справки по форме КС-3, акты освидетельствования скрытых работ.

Все указанные экспертами недостатки являются явными, однако, в указанных актах данные недостатки не отражены.

Истцом не представлено доказательств введения лиц, подписавших акты КС-2 и КС-3, в заблуждение, действие его под принуждением, решение суда о признании указанного лица недееспособным. Также не представлен вступивший в законную силу приговор о преступных действиях указанного лица.

Согласно пункту 2 статьи 720 ГК РФ Заказчик, обнаруживший недостатки в работе при ее приемке, вправе ссылаться на них в случаях, если в акте либо в ином

документе, удостоверяющем приемку, были оговорены эти недостатки либо возможность последующего предъявления требования об их устранении.

Поскольку Истцом были приняты все работы без указания на их недостатки в акте приема работ, то он лишен права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть устранены при обычном способе ее приемки.

Ответчик получив претензию, Общество не отказалось от устранения недостатков, а попросило Истца предоставить результаты инженерных изысканий в цепях проведения независимой экспертизы по правилам пункта 5 статьи 720 ГК РФ, в чем было отказано.

Кроме того, с момента приемки выполненных работ прошло практически 6 лет, объект постоянно эксплуатируется, проводимые ранее обследования Истцом (при выполнении гарантийных работ), а также привлеченными им организациями (ООО «Геотерминспекция») обследования не выявляли указанных в экспертном заключении отсутствующих результатов работ.

На спорном объекте сторонними организациями после сдачи работ Ответчиком выполнялись различные строительные-монтажные работы, факт выполнения которых делает невозможным утверждать о невыполнении и/или о выполнении работ Ответчиком.

Так, согласно представленному Истцом заключению ООО «Геотерминспекция» на спорном объекте Истцом и/или третьими лицами было выполнено:

- монтаж радиоконтрольного оборудования - монтаж многоцелевого кузов-контейнера КК 4.2 весом 3,3 т с размещением в нем оборудования, 17 шт. антенн ВЧ-диапазона каждая весом 315 кг., 2 шт. Антенн СЧ, ОНЧ, НЧ диапазонов весом 120 кг. (для их монтажа необходима тяжелая строительная техника, так как они монтируются методом падающей стрелы). В заключении - фотографии и описание раздел 3.4.

- монтаж фидерных трасс более 1000 метров (при монтаже возможно нарушение герметичности кабельной канализации, нарушение слоев гидроизоляции фундаментов, появление сколов основания фундаментов). В заключении - фото и описание раздел 3.7.

- монтаж системы видеонаблюдения и Охранно-Пожарной Сигнализации (при монтаже производилось крепление кабелей к ограждению, тем самым возможно нарушение вертикальности плит ограждения). В заключении - фото и описание раздел 3.6.

- работы по восстановлению ограждения, системы видеонаблюдения, антенн после произошедшего 18 июня 2015 года сильного ливня и штормового ветра (подписанный Истцом Акт от 03.07.2015 года, согласно которому повреждения ограждения произошли в следствии ошибочных проектных решений, ООО «СТЦ» разрабатывала проектные решения по восстановлению, работы по восстановлению велись иными лицами по договору с Истцом). В заключении - раздел 3.6.

- согласно визуальному обследованию, Истцом и/или третьими лицами по договору с ним, полностью перемещен «Блок-контейнер с технологическими помещениями» (проектная документация 5/А/2011-ПЗУ лист 2 Схема планировочной организации земельного участка).

В данном разделе указаны только те работы, выполнение которых можно определить по представленным Истцом документам.

На основании изложенного, указание в экспертном заключении на невыполненные работы может являться доказательством исключительно отсутствия результатов на сегодняшний день, а не их отсутствия на момент сдачи выполненных работ.

В соответствии с пунктом 1 статьи 705 ГК РФ после приемки Истцом результатов работ риски их повреждения несет именно Истец.

В соответствии с частью 1 статьи 9 АПК РФ судопроизводство в арбитражном суде осуществляется на основе состязательности, и именно Истец, как лицо

обладающее возможностью предоставить доказательства того, что после сдачи результатов работ Ответчика не было никаких вмешательств в результаты работы Ответчика обязан предоставить соответствующие доказательства, однако этого он не сделал.

Участвующее в деле лицо, не совершившее процессуальное действие, несет риск наступления последствий такого своего поведения.

Требование Истца о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами не подлежат удовлетворению, так как результаты работ были выполнены полностью и приняты Истцом по актам сдачи-приемки выполненных работ, неосновательного обогащения со стороны Ответчика нет.

Как уже указано, Истцом пропущен срок исковой давности по требованию о взыскании неосновательного обогащения в виде стоимости вменяемых невыполненных работ.

Согласно исковому заявлению сумма процентов в размере 8 383 176,57 рубля заявлена Истцом ко взысканию в качестве ответственности за пользование указанной суммой неосновательного обогащения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 207 ГК с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в том числе, возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию.

Согласно пункту 2 статьи 207 ГК РФ в случае пропуска срока предъявления к исполнению исполнительного документа по главному требованию срок исковой давности по дополнительным требованиям считается истекшим.

На основании изложенного, Истцом пропущен срок исковой давности для взыскания указанной суммы, что является самостоятельным основанием для отказа в иске.

В отношении требований о взыскании неосновательного обогащения в виде оплаты непредвиденных затрат в сумме 1 077 823,00 рубля (пункт 3 искового заявления), а также процентов за пользование указанными денежными средствами 495 423,24 рубля (пункт 4 искового заявления).

Проведенной по делу судебной экспертизой не выявлено невыполнение Ответчиком работ в указанной части. Таким образом, непредвиденные затраты были действительно понесены, а Истцу представлены соответствующие документы.

Суммы непредвиденных расходов оплачены в полном объеме в декабре 2013 года. Истцом пропущен срок исковой давности (исковое заявление подано 26.01.2017 года).

Истец приняв указанные затраты, признал факт их наличия.

Истец письмами № 15-11-827/04298 от 13.09.2013 года (Том 6, л.д. 50), № 15-11-827/04425 от 23.09.2013 года (Том 6, л.д. 38-40) дал распоряжение Ответчику об изменении первоначального объема и способа выполнения работ, требующих несение дополнительных затрат и определил, что затраты на указанные работы отнести на счет непредвиденных затрат (Том 6, л.д. 39).

Результаты работ были приняты, что подтверждается соответствующими актами.

Учитывая отсутствие неосновательного обогащения в виде оплаты непредвиденных затрат, отсутствует основание для взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами.

Согласно исковому заявлению сумма процентов в размере 293 043,52 рубля заявлена Истцом ко взысканию в качестве ответственности за пользование указанной суммой неосновательного обогащения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 207 ГК с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в

том числе, возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию.

На основании изложенного, Истцом пропущен срок исковой давности для взыскания указанной суммы, что является самостоятельным основанием для отказа в иске.

В отношении требований о взыскании убытков в сумме 12 150 917,84 рубля (пункт 5 искового заявления).

Согласно пункту 1 статьи 725 ГК РФ срок исковой давности для требований предъявляемых в связи с ненадлежащим качеством работы выполненной по договору подряда составляет один год.

В соответствии с пунктом 3 статьи 725 ГК РФ если законом, иными правовыми актами или договором подряда установлен гарантийный срок и заявление по поводу недостатков результата работы сделано в пределах гарантийного срока, течение срока исковой давности, указанного в пункте 1 настоящей статьи, начинается со дня заявления о недостатках.

Первоначально Истец заявил о выявленных недостатках 18 сентября 2014 года при составлении Двустороннего акта с перечнем недостатков (Том 12, л.д. 37).

Исковое заявление подано в суд 26.01.2017 года, т.е. за пределами срока установленного пунктами 1, 3 статьи 725 ГК РФ срока исковой давности.

Недостатки, стоимость устранения которых, указана в данной сумме согласно заключению проведенной по делу судебной экспертизы являются недостатками представленной Истцом проектной документации (стр. 100 Заключения).

Так, письмом № 111/09-УРАЛ от 16 сентября 2013 года (Том 6, л.д. 35) Ответчик сообщил Истцу о необходимости выполнения дополнительных работ, вызванных плохим качеством грунтов и большой высотой земляного откоса.

Ответчик, в том числе, письмом № 15-11-827/04361 от 11 августа 2014 года (Том 12, л.д. 38) отказал Истцу в выполнении дополнительных работ, о необходимости проведения которых было заявлено Ответчиком и подтверждено проведенной по делу судебной экспертизой.

Таким образом, именно Истец несет ответственность за указанные недостатки.

Согласно заключению судебной экспертизы стоимость устранения всех недостатков и выполнения невыполненных работ составляет 12 150 917,84 рубля.

Согласно пояснению эксперта, данному в судебном заседании, в указанную стоимость входит стоимость выполнения невыполненных работ.

Однако, в отношении требований о неосновательном обогащении в виде стоимости невыполненных работ Истцом пропущен срок исковой давности.

Согласно составленному расчету (Приложение) стоимость работ именно по устранению недостатков (без учета выполнения невыполненных работ) составляет: 3 890 753,73 рублей.

Таким образом, с учетом пропуска Истцом срока исковой давности по требованиям связанным с невыполненными работами, взыскиваемая сумма, в любом случае, не может превышать 3 890 753,73 рублей.

Кроме того, в указанную стоимость, также включена стоимость работ по устранению недостатков, являющихся также недостатками проектной документации и результатов инженерных изысканий, за которые Ответчик ответственность не несет, т.к. проектная документация предоставлялась Истцом.

Ответчик выявил недостатки проектной документации, подтвержденные проведенной по делу судебной экспертизой и сообщил об этом Истцу. Однако Истец от выполнения дополнительных работ, направленных на устранение указанных недостатков проектной документации отказался, потребовал выполнение работ в соответствии с ранее предоставленной проектной документацией.

В соответствии с пунктом 1 статьи 743 ГК РФ подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ.

Таким образом, в соответствии с пунктом 1 статьи 743 ГК РФ, положениями спорного договора работы должны быть выполнены на основании соответствующей технической документации (в данном случае проектной документации).

На основании изложенного именно проектная документация определяет объем и содержание работ.

Согласно постановлению Конституционного Суда РФ от 12.10.2015 г. № 25-П предмет доказывания по делам о возмещении убытков определен следующим образом: «При рассмотрении дел о взыскании убытков арбитражному суду необходимо установить состав правонарушения, включающий факт наступления вреда, вину причинителя вреда, противоправность поведения причинителя вреда, наличие причинно-следственной связи между действиями причинителя вреда и наступившими неблагоприятными для истца последствиями, а также размер ущерба».

Согласно постановлению Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, что по делам о возмещении убытков истец обязан доказать, что ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб, а также факты нарушения обязательства или причинения вреда, наличие убытков (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В пункте 1 статьи 404 Гражданского кодекса Российской Федерации определено, что если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению,

Согласно заключению проведенной по делу судебной экспертизы, следует, что имеет место обоюдная вина Истца и Ответчика в выполнении последним работ ненадлежащего качества (стр. 99, 100 Заключения).

При определении степени вины в выполнении работ ненадлежащего качества необходимо исходить из установленных в заключении эксперта факторов, повлиявших на возникновение недостатков, которые возникли как вследствие недостатков проектной документации и результатов инженерных изысканий, за которые отвечает Истец, так и нарушений, которые допустил Ответчик при выполнении работ,

Более того, в материалах дела нет доказательств, которые прямо или косвенно свидетельствуют о том, что Ответчик знал или мог знать обо всех факторах, повлиявших на качество выполненных работ.

В отношении требований о взыскании штрафа, предусмотренного пунктом 7.6 Договора в размере 4 064 632,12 рублей (пункт 6 искового заявления).

Ответчик выполнил работы, в полном соответствии с условиями Договора (п. 5.7, Том 17, л.д. 30), результаты работ были проверены и приняты Истцом без замечаний, что подтверждается подписанным сторонами 3 декабря 2013 года Актом № 14 приемки законченного строительством объекта (Том 2, л.д. 107 - 108).

Кроме того, Истцом проверены результаты работ и подписаны без замечаний Акты сдачи-приемки выполненных работ по форме КС-2:

- № 1 от 05.09.2013 года на сумму 4 692 379,74 рубля (Том 17, л.д. 58-63),
- № 2 от 25.09.2013 года на сумму 14 635 357,1 рубля (Том 17, л.д. 67-71),
- № 3 от 23.10.2013 года на сумму 6 561 253,12 рубля (Том 17, л.д. 75-86),
- № 4 от 28.11.2013 года на сумму 11 442 640,41 рубля (Том 17, л.д. 90-94),
- № 5 от 03.12.2013 года на сумму 7 320 183,10 рубля (Том 17, л.д. 98-103). Исходя из указанных обстоятельств о вменяемом нарушении Истец должен был

узнать не позднее 3 декабря 2013 года.

Исковое заявление подано в суд 26.01.2017 года, т.е. за пределами срока исковой давности.

Пунктом 7.6 Договора (Том 17, л.д. 31) предусмотрена ответственность Ответчика за осуществление строительства с отступлением от требований проектно-сметной документации, технической документации в размере 5 % за малозначительное нарушение, 10% за значительное и 15 % за критическое нарушение от стоимости конструктивного элемента, в котором обнаружен брак.

Согласно экспертному заключению (ответ на вопрос 2, л.д. 80 заключения) стоимость фактически выполненных работ по Договору с недостатками составляет: 4 840 596,28 рублей, при этом, с критическими нарушениями на сумму 3 937 605,89 рублей.

Таким образом, штраф, в любом случае не может превышать: 680 939,92 (590 640,88 + 90 299,03) рублей. Где, штраф за критические недостатки: $3\,937\,605,89 \cdot 15\% = 590\,640,88$; штраф за значительные недостатки: $902\,990,39 \cdot 10\% = 90\,299,04$.

Кроме этого, экспертами причинами недостатков: просадка тротуарной плитки, образование промоин по периметру и внутри площадки СТБК отнесены к недостаткам проектной документации и результатов инженерно-геологических изысканий (стр. 100 Заключения).

Заявленные экспертом недостатки не являются недостатками в «конструктивных элементах», т.е. не являются недостатками ответственность за которые предусмотрена пунктом 7.6 Договора.

Пунктом 7.7 Договора предусмотрена ответственность в виде неустойки за использование некачественных материалов в размере 1% от цены договора за каждый случай и 1% за нарушения качества выполненных работ. Данная ответственность по своему правовому содержанию является штрафом начисляемым одномоментно.

Ответчик выполнил работы, в полном соответствии с условиями Договора (п. 5.7, Том 17, л.д. 44), результаты работ были проверены и приняты Истцом без замечаний, что подтверждается подписанным сторонами 3 декабря 2013 года Актом № 14 приемки законченного строительством объекта (Том 2, л.д. 107 - 108).

Кроме того, Истцом проверены результаты работ и подписаны без замечаний Акты сдачи-приемки выполненных работ по форме КС-2.

Исходя из указанных обстоятельств, о вменяемом нарушении Истец должен был узнать не позднее 3 декабря 2013 года.

Согласно пункту 1 статьи 725 ГК РФ срок исковой давности для требований предъявляемых в связи с ненадлежащим качеством работы, выполненной по договору подряда составляет один год.

В соответствии с пунктом 3 статьи 725 ГК РФ если законом, иными правовыми актами или Договором подряда установлен гарантийный срок и заявление по поводу недостатков результата работы сделано в пределах гарантийного срока, течение срока исковой давности, указанного в пункте 1 настоящей статьи, начинается со дня заявления о недостатках.

Первоначально Истец заявил о выявленных недостатках 18 сентября 2014 года при составлении двустороннего акта с перечнем недостатков (Том 12, л.д. 37).

Исковое заявление подано в суд 26.01.2017 года, т.е. за пределами установленного пунктами 1, 3 статьи 725 ГК РФ срока исковой давности.

Более того, все заявленные до суда Истцом недостатки согласно заключению судебной экспертизы являются недостатками проектной документации и изысканий, которые были предоставлены Ответчику Истцом (стр. 81, 100 заключения)

Согласно пункту 2 статьи 713 ГК РФ за недостатки предоставленной Ответчику документации несет ответственность Истец.

Так, согласно писем Истца он требовал от Ответчика устранение недостатков: восстановление размытых земельных участков и укрепление откосов.

Однако, экспертами сделаны следующие выводы:

Стр. 81: «Кроме описанных выше дефектов имеются повреждения конструкций (ограждения площадки, обвал откосов, крен фундамента под антенную установку), связанные с ошибками проектирования».

Стр. 100 (ответ на вопрос 15): «Недостатки и дефекты являющиеся следствием недостатков проектной документации и результатов инженерно-геологических изысканий приведены в таблице 34».

В таблице 34 к недостаткам проектной документации и результатов изысканий как раз и отнесены образование промоин по периметру и внутри площадки СТБК. В примечании указан конкретный недостаток проектной документации: не разработаны дополнительные мероприятия по использованию местного грунта, что и привело к промоинам и обрушению откосов.

Довод Истца о том, что Ответчик должен был выявить данные недостатки, но не сообщил о них, противоречит представленным в суд доказательствам:

Письмом № 111/09-УРАЛ от 16 сентября 2013 года (Том 6, л.д. 35) Ответчик сообщил Истцу о необходимости выполнения дополнительных работ, вызванных плохим качеством грунтов и большой высотой земляного откоса.

Ответчик, в том числе, письмом № 15-11-827/04361 от 11 августа 2014 года (Том 12, л.д. 38) отказал Истцу в выполнении дополнительных работ, о необходимости проведения которых было заявлено Ответчиком и подтверждено проведенной по делу судебной экспертизой.

В отношении требований о взыскании штрафных санкций за отказ от исполнения (пункт 9 искового заявления) и просрочку исполнения гарантийных обязательств (пункт 8 искового заявления).

Так, Ответчик не отказывался от исполнения гарантийных обязательств, заявленные Истцом недостатки устранил что подтверждается подписанным Истцом Актом приемки исполнения гарантийных обязательств от 09.08.2016 года (Том 12 л.д. 10-12).

Также, Ответчик не отказывался от исполнения гарантийных обязательств, между сторонами возник спор о причинах возникновения трех недостатков, Истец в нарушение пункта 5 статьи 720 ГК РФ отказал Ответчику в проведении независимой экспертизы, предоставлении необходимых документов для ее проведения (проектная документация, результаты инженерных изысканий).

Так, между сторонами возник спор (Том 6, л.д. 27-39) о причинах образования промоин, наличия воды в кабельных колодцах, частичного провала тротуарной плитки.

Ответчик указывал Истцу, что несмотря на неоднократное выполнение работ по их устранению в полном соответствии с проектом, данные недостатки проявляются вновь, что свидетельствует о том, что данные недостатки являются недостатками проектной документации или изысканий, о которых ранее уже сообщал Истцу:

- письмом № 111/09-УРАЛ от 16 сентября 2013 года (Том 6, л.д. 35) Ответчик сообщил Истцу о необходимости выполнения дополнительных работ, вызванных плохим качеством грунтов и большой высотой земляного откоса;

- ответчик, в том числе, письмом № 15-11-827/04361 от 11 августа 2014 года (Том 12, л.д. 38) отказал Истцу в выполнении дополнительных работ, о необходимости проведения которых было заявлено Ответчиком и подтверждено проведенной по делу судебной экспертизой.

Учитывая изложенное, в целях проведения экспертизы, предусмотренной пунктом 5 статьи 720 ГК РФ, Ответчик письмом № 105/08 от 31 августа 2016 года (Том 6, л.д. 32) предложил провести соответствующую экспертизу, для чего попросил предоставить результаты инженерных изысканий.

Однако Истец письмом № 07-00-1201/3703 от 05.09.2016 года (Том 5, л.д. 11) отказал Ответчику в передаче указанных данных, проведении экспертизы.

Вместе с тем, отвечая на 15 вопрос, эксперты указали, что причиной образования промоин, просадки тротуарной плитки и сдавливания пластиковых труб кабельной канализации (причина проникновения воды) являются именно недостатки проектной документации и результатов изысканий (стр. 100 Заключения).

Таким образом, указание Ответчика о том, что вменяемые дефекты являются следствием недостатков проектной документации и результатов инженерных изысканий, и необходимо проведение соответствующей экспертизы, (письмо Ответчика № 105/08 от 31 августа 2016 года) подтверждено.

В соответствии с пунктом 1 статьи 401 ГК РФ лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

В данном случае Ответчик от исполнения гарантийных обязательств не оказывался, устранил недостатки, возникшие по его вине и сообщил о том, что иные вменяемые недостатки являются следствием недостатков проектной документации, что подтверждено проведенной по делу судебной экспертизой.

Таким образом, оснований для привлечения Ответчика к указанной ответственности нет.

Кроме того, заявленная неустойка (штраф) не является штрафной. Истцом заявлено требование о взыскании убытков по этим же обстоятельствам. Одновременное взыскание убытков и штрафных санкций спорным договором не предусмотрено.

Требование о взыскании убытков в виде стоимости работ по устранению недостатков заявлено Истцом в пункте 5 требований искового заявления,

Согласно проведенной по делу судебной экспертизы стоимость работ по устранению недостатков составляет 12 150 917,84 рубля.

В соответствии с пунктом 1 статьи 330 ГК РФ 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. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Согласно пункту 1 статьи 394 ГК РФ если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

Законом или договором могут быть предусмотрены случаи: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки.

Данная статья устанавливает соотношение между убытками и неустойкой, когда ставится вопрос о взыскании того и другого.

По общему правилу за одно нарушение обязательств применяется лишь одна мера ответственности. Законом или договором может быть предусмотрена штрафная неустойка, когда убытки могут быть взысканы сверх неустойки.

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 60 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности при просрочке исполнения, законом или договором может быть предусмотрена обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму (неустойку), размер которой может быть установлен в твердой сумме

- штраф или в виде периодически начисляемого платежа -пени (п. 1 ст. 330 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Пунктом 60 постановления Пленума определено, что для взыскания неустойки как штрафной, в договоре должно быть указано, что убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки.

В условиях рассматриваемого договора прямо не предусмотрена возможность взыскания убытков в полной мере сверх неустойки, когда неустойка действительно могла бы приобрести штрафной характер.

В рассматриваемом случае неустойка и убытки фактически предъявлены истцом за нарушение одного обязательства, поскольку проистекают из заявленного некачественного выполнения работ по договору подряда.

В спорном договоре сторонами определены условия о неустойке, а также условия о начислении неустойки в связи с несоответствием результатов выполненных работ.

При указанных обстоятельствах, поскольку иное не предусмотрено законодательством и в заключенном договоре не определено соотношение неустойки и убытков, указанная в договоре неустойка (штраф) является по существу зачетной неустойкой.

На основании изложенного, одновременное удовлетворение указанных требований не допустимо.

Истец заявил и требование о взыскании убытков и требование об уменьшении цены договора (неосновательное обогащение), т.е. фактически пытается реализовать 2 способа защиты нарушенного права, предусмотренного статьей 723 ГК РФ, при том, что одновременное заявление подобных требований недопустимо (Определение ВАС РФ от 16.05.2014 г. № ВАС-5823/14 по делу № А56-57789/2012).

Согласно пункту 1 статьи 723 ГК РФ в случаях, когда работа выполнена подрядчиком с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного в договоре использования, либо при отсутствии в договоре соответствующего условия непригодности для обычного использования, заказчик вправе, если иное не установлено законом или договором, по своему выбору потребовать от подрядчика: безвозмездного устранения недостатков в разумный срок; соразмерного уменьшения установленной за работу цены; возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда (статья 397 Гражданского кодекса).

Таким образом, каждая из мер, установленных статьей 723 Гражданского кодекса, в равной степени направлена на восстановление нарушенного права заказчика, а потому избрание им одной из них исключает применение других.

В данном же деле, Истец заявил одновременно требования и о взыскании стоимости устранения недостатков, определенной экспертами и уменьшение цены договора (взыскании неосновательного обогащения) на разницу между стоимостью качественно выполненных работ и ценой договора, что не допустимо (Определение ВАС РФ от 16.05.2014 г. № ВАС-5823/14 по делу № А56-57789/2012).

Однако, Истец вправе по своему выбору воспользоваться одним из способов защиты, предусмотренных п. 1 ст. 723 ГК РФ; при рассмотрении требования, относящегося к одному виду работ, необходимо учитывать, что одновременное применение нескольких способов, перечисленных в п. 1 ст. 723 ГК РФ, в таком случае невозможно.

Истцом заявлено одновременно и требование о взысканий штрафных санкций и требование о взыскании убытков, что не предусмотрено спорным договором.

Согласно пункту 1 статьи 394 ГК РФ если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

В соответствии с пунктом 41 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» сумма процентов, установленных статьей 395 ГК РФ, засчитывается в сумму убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением денежного обязательства (пункт 1 статьи 394 и пункт 2 статьи 395 ГК РФ).

Спорным договором не предусмотрено взыскание убытков сверх неустойки.

При этом, Истцом заявлены требования и о взыскании 13 581 761,12 рубля штрафных санкций и процентов за пользование чужими денежными средствами и о взыскании 12 150 917,84 рублей убытков.

В соответствии с пунктом 1 статьи 330 ГК РФ 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. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков,

Согласно пункту 1 статьи 394 ГК РФ если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

Законом или договором могут быть предусмотрены случаи: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки.

Как отмечено судами, данная статья устанавливает соотношение между убытками и неустойкой, когда ставится вопрос о взыскании того и другого.

По общему правилу за одно нарушение обязательств применяется лишь одна мера ответственности. Законом или договором может быть предусмотрена штрафная неустойка, когда убытки могут быть взысканы сверх неустойки.

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 60 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности при просрочке исполнения, законом или договором может быть предусмотрена обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму (неустойку), размер которой может быть установлен в твердой сумме - штраф или в виде периодически начисляемого платежа -пени (п. 1 ст. 330 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Пунктом 60 постановления Пленума определено, что для взыскания неустойки как штрафной, в договоре должно быть указано, что убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки.

В условиях рассматриваемого договора прямо не предусмотрена возможность взыскания убытков в полной мере сверх неустойки, когда неустойка действительно могла бы приобрести штрафной характер.

В рассматриваемом случае неустойка и убытки фактически предъявлены истцом за нарушение одного обязательства, поскольку проистекают из заявленного некачественного выполнения работ по договору подряда.

В спорном договоре сторонами определены условия о неустойке, а также условия о начислении неустойки в связи с несоответствием результатов выполненных работ.

При указанных обстоятельствах, поскольку иное не предусмотрено законодательством и в заключенном договоре не определено соотношение неустойки и убытков, указанная в договоре неустойка (штраф) является по существу зачетной неустойкой.

На основании изложенного, одновременное удовлетворение указанных требований не допустимо.

С учетом указанного, учитывая пропуск Истцом срока исковой давности по требованиям о взыскании неосновательного обогащения и дополнительных требований с ним связанных; учитывая пропуск Истцом срока исковой давности по требованиям о взыскании установленной договором ответственности за нарушение качества выполненных работ; установленного проведенной по делу судебной экспертизой факта наличия вины самого Истца в выявленных недостатках: причиной вменяемых недостатков эксперты указали недостатки переданной Истцом Ответчику проектной документации и результатов инженерных изысканий, за которые отвечает Истец (стр. 100 заключения); своевременное сообщение Ответчиком Истцу об указанных, подтвержденных проведенной по делу судебной экспертизой недостатках проектной документации и инженерных изысканий; отказ Истца от выполнения дополнительных работ направленных на устранение выявленных Ответчиком недостатках предоставленной ему Истцом проектной документации и требование о выполнении работ в объеме первоначально предоставленной проектной документации, у суда не имеется правовых оснований для удовлетворения заявленных требований. В иске следует отказать в полном объеме.

Таким образом, апелляционный суд считает, что суд первой инстанции правильно определил правоотношения сторон, предмет доказывания по спору, с достаточной полнотой выяснил, исследовал и оценил в совокупности все значимые обстоятельства по делу, правильно применив нормы материального права, регулирующие спорные отношения.

С учетом того, что иных доводов, подлежащих оценке, апелляционная жалоба не содержит, решение отмене не подлежит.

На основании изложенного и руководствуясь статьями 176, 266-268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации Девятый арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 11.07.2019 по делу №А40-143747/17 оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья

Е.В. Бодрова

Судьи

В.Я. Гончаров

И.А. Титова

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.