



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Москва

08 ноября 2006 года

Дело № 09АП- [REDACTED]-ГК

Резолютивная часть постановления объявлена 02.11.2006 г.

Полный текст постановления изготовлен 08.11.2006 г.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе
Председательствующего [REDACTED]

Судей: [REDACTED]

при ведении протокола судебного заседания [REDACTED]

при участии:

от истца – [REDACTED] по дов. от 18.03.2005 г., [REDACTED] по дов. от 01.02.2006 г.

от ответчика – [REDACTED] по дов. от 29.05.2006 г., [REDACTED] по дов. от 17.04.2006 г., [REDACTED] по дов. от 17.04.2006 г.

Рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу ОАО « [REDACTED] »

на решение от 14.08.2006г. по делу № А40- [REDACTED]

Арбитражного суда города Москвы,

принятое [REDACTED]

по иску ОАО « [REDACTED] »

к ЗАО « [REDACTED] » о взыскании стоимости неоплаченных работ в сумме 72 290 190 руб. 08 коп., а также пени в размере 1 222 191 руб. 99 коп.

УСТАНОВИЛ:

В Арбитражный суд г. Москвы обратилось ОАО « [REDACTED] » с иском к ЗАО « [REDACTED] » о взыскании стоимости неоплаченных работ в сумме 72 290 190 руб. 08 коп., а также пени в размере 1 222 191 руб. 99 коп. (с учетом увеличения исковых требований в части взыскания пени).

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 14.10.2005 г. в иске ОАО « [REDACTED] » отказано.

Постановлением апелляционной инстанции от 22.12.2005 г. решение Арбитражного суда г. Москвы оставлено без изменения. При рассмотрении дела суды первой и апелляционной инстанции указали, что истцом не выполнены работы на сумму заявленных исковых требований, при изменении договорной цены до 230 008 000 руб. стороны не произвели сводный сметный перерасчет, договорную стоимость работ стороны определяли исходя из локальных смет, истцом не представлено доказательств выполнения работ по строительству ВЛ-10 кВ, которые были выполнены третьим лицом – ОАО « [REDACTED] ».

Постановлением ФАС МО от 26.02.2006 г. решение суда первой инстанции и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда отменены, дело передано на новое рассмотрение. При новом рассмотрении дела суд кассационной инстанции указал на необходимость проверки выполнен ли предусмотренный договором объем работ с учетом

дополнительных соглашений, установить стоимость фактически выполненных работ исходя из согласованной сторонами договорной цены работ, проверить правильность расчета неустойки, проверить доводы истца о фактическом выполнении им, а не третьей организацией, работ по строительству ВЛ-10 кВ, до получения отказа ответчика от выполнения истцом данных работ.

При повторном рассмотрении дела истцом уменьшены исковые требования в части взыскания стоимости работ по договору без учета работ по ВЛ-10 кВ до 63 479 458 руб. 14 коп., в части взыскания пени исковые требования увеличены до 1 267 155 руб. 64 коп., в части взыскания стоимости работ по прокладке ВЛ-10 кВ исковые требования оставлены без изменения.

Судом первой инстанции при повторном рассмотрении дела удовлетворено ходатайство истца о привлечении третьего лица – ОАО « [REDACTED] ».

Решением суда от 14.08.2006 г. в удовлетворении исковых требований отказано.

Не согласившись с принятым решением, истец обратился с апелляционной жалобой, в которой просит решение отменить, удовлетворить исковые требования и взыскать с ЗАО « [REDACTED] » в пользу ОАО « [REDACTED] » стоимость неоплаченных работ без учета работ по прокладке вдольтрассовой ВЛ-10 кВ в сумме 63 479 458 руб. 14 коп., стоимость неоплаченных работ по прокладке вдольтрассовой ВЛ-10 кВ в размере 5 170 249 руб. 06 коп., пени в размере 1 267 155 руб. 64 коп.

Представитель истца, извещенный надлежащим образом о времени и месте судебного разбирательства, в судебное заседание явился, доводы апелляционной жалобы поддержал.

Представитель ответчика, извещенный надлежащим образом о времени и месте судебного разбирательства, в судебное заседание явился, полагает, что решение суда является обоснованным, принятым в соответствии с действующим законодательством, представил отзыв.

Рассмотрев дело в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд апелляционной инстанции находит решение подлежащим отмене на основании ч. 2 п. 3 ст. 270 АПК РФ исходя из следующего.

Суд апелляционной инстанции считает, что судом первой инстанции необоснованно отказано истцу во взыскании стоимости неоплаченных работ по Договору без учета работ по прокладке Вдоль трассовой ВЛ-10 кВ в сумме 63 479 458 руб. 14 коп. исходя из следующего.

Между ОАО « [REDACTED] » и ЗАО « [REDACTED] » заключен договор субсубподряда № 18 от 13.01.2004г., в соответствии с п. 2.1. которого (в редакции Дополнительного соглашения № 3 от 05.07.2004г.) ОАО « [REDACTED] » обязалось выполнить работы по строительству Объекта: «Магистральный газопровод [REDACTED] »).

При этом состав и объемы работ приняты согласно Приложению № 1.1 (том 1, л.д. 39-43). В материалах дела имеются доказательства выполнения истцом всех работ, предусмотренных Приложением № 1.1.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться с выводами суда первой инстанции о том, что единственным доказательством факта выполнения работ по настоящему делу являются формы КС-2 и КС-3. Выполнение работ, указанных в Приложении № 1.1 к Договору подтверждается не только соответствующими графами форм КС-2, но и ведомостью категоричности участков (т. 3, л.д. 103-105), а также исполнительной документацией (актами на приемку уложенного и забалластированного трубопровода, разрешениями на право производства изоляции трубопровода, актами на засыпку уложенного трубопровода и иными документами, вошедшими в состав исполнительной документации (т. 4, 5, т. 6, л.д. 1-20).

Согласно ведомственным строительным нормам по строительству магистральных и промышленных трубопроводов исполнительная документация – это совокупность

документов, оформляемых в процессе сооружения объекта участниками строительства и заинтересованными организациями в целях юридического подтверждения: факта выполнения конкретных работ, требуемого уровня их качества, участия конкретных исполнителей (п. 1.7 ВСН 012-88, введены 1989-07-01 – том 12, лист дела 43).

Ответчиком возражений по имеющейся в материалах дела исполнительной документации не заявлено.

Доводы ответчика о том, что часть работ, предусмотренных договором, были выполненными привлеченными ответчиком третьими лицами (специализированными организациями) не подтверждено материалами дела.

Как следует из материалов дела, работы, выполнявшиеся третьими лицами в пользу ответчика, не входят в предмет договора, заключенного между истцом и ответчиком. Предметом Договора № 04П244 от 01.09.2004г., заключенного между Ответчиком и ДОО « [REDACTED] » является очистка полости, гидравлическое испытание линейной части объекта « [REDACTED] », км 2466,6 – км 2491,9, длиной 25,3 км (т. 14, л.д. 119). Согласно условиям данного договора, а также требованиям СНиП Ш-42-80 и ВСН 011-88 до данных испытаний должна быть произведена укладка и засыпка трубопровода, а также предварительное испытание некоторых участков, которые и входят в предмет договора, заключенного между истцом и ответчиком (т. 1, л.д. 42). Проведение работы по предварительному гидроиспытанию газопровода истцом целиком подтверждается имеющимися в деле доказательствами (т.6 , л.д. 11-15, 18). В соответствии с договором обязательств истца перед Ответчиком по проведению общего испытания магистрального газопровода [REDACTED] длиной 25,3 км не имеется, однако в материалах дела имеется договор субподряда № ДСП-15.1-2003 от 17.09.2003г. на строительство магистрального [REDACTED], заключенного между ЗАО « [REDACTED] » (генеральный подрядчик) и ЗАО « [REDACTED] » (субподрядчик) – (т. 15, д. 110-134). Предметом его является не только предварительное гидроиспытание газопровода, но и испытание газопровода методом стресс-теста в протяженности 25,3 км. (т. 15, л.д. 130).

Таким образом, из материалов дела следует, что работы по общему испытанию газопровода в протяженности 25,3 км не входят в предмет договора, заключенного между истцом и ответчиком, а являются предметом договоров заключенных между ЗАО « [REDACTED] » и ответчиком, а также между ответчиком и ДОО « [REDACTED] ».

В соответствии с п. 3.4 договора при возникновении необходимости в дополнительных работах, сверх утвержденных настоящим Договором, Субподрядчик выполнит их на основании письменного разрешения Субподрядчика согласно актам дополнительных работ, с оплатой в соответствии с согласованными сторонами расчетами затрат с оформлением дополнительного соглашения к договору. Работы, выполненные третьими лицами в пользу Ответчика, не входят в предмет договора, заключенного между Истцом и Ответчиком. Более того, в материалах дела не имеется доказательств, свидетельствующих об обращении Ответчика к Истцу с просьбой о выполнении дополнительных работ.

Суд апелляционной инстанции считает, что судом первой инстанции необоснованно сделан вывод о том, что сдача результата работ не произведена и не оформлена сторонами, как того требует п. 4.6 договора .

Согласно п. 4.6 договора (том 1, л.д.22) окончательный расчет в соответствии с полной договорной ценой производится в течение 60 дней после подписания акта приемки законченного строительством Объекта Приемочной комиссией. В соответствии с договором подписывается не сторонами, а приемочной комиссией, назначаемой распоряжением ОАО «Газпром» (т. 1, л.д.19, 20). Акт приемки законченного строительством объекта приемочной комиссией утвержден Распоряжением ОАО «Газпром» от 30.12.2004г. № 574. (т. 6, л.д. 21-25). Согласно решению приемочной

комиссии участок км 2440,0-2516,5 (ПК2) [REDACTED] выполнен в соответствии с проектом, отвечает нормам и правилам и государственным стандартам и вводится в действие, при этом объект по договору полностью вошел в состав вышеуказанного участка (т. 6, л.д. 21-26). Факт подписания Акта приемки подтверждается и самим ответчиком (т. 17, л.д. 34-35).

Выполняя указания ФАС МО суду надлежало установить стоимость фактически выполненных работ, исходя из согласованной сторонами договорной цены работ.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться с выводами суда первой инстанции, о том, что способ определения цены согласован сторонами в дополнительном соглашении № 4 от 31 августа 2004г., согласно которому, оплата производится за фактически выполненные работы принятые, оформленные формами КС-2, КС-3, согласованными и подписанными сторонами договора.

В соответствии с п. 3.1 договора договорная цена работ, выполняемых субсубподрядчиком, за исключением работ по прокладке вдольтрассовой ВЛ-10 кВ (ПК 0+00 – ПК 253+36), составляет 230 008 000 руб., в т.ч. НДС – 18 % - 35 085 966 руб. 10 коп. (т.1, л.д. 39-40). Положений, устанавливающих данную договорную цену в качестве ориентировочной, в договоре не содержится. Таким образом, в силу ст.709 ГК РФ данная договорная цена является **твердой**.

Согласно п. 1 ст. 740 ГК РФ по договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену.

В соответствии с п. 1 ст. 709 ГК РФ в договоре подряда указывается цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения.

В соответствии с п. 4 ст. 709 ГК РФ цена работы (смета) может быть приблизительной или твердой. При отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой. В соответствии со ст. 711 ГК РФ договором подряда может быть предусмотрена предварительная оплата выполненной работы или отдельных ее этапов. В соответствии с п. 1 ст. 746 ГК РФ сроки и порядок оплаты выполненных работ могут быть установлены договором.

Согласно п. 4.6 Договора окончательный расчет в соответствии с полной договорной ценой производится ЗАО « [REDACTED] » в течение 60 дней, после подписания Акта приемки законченного строительством объекта приемочной комиссией. Данный акт утвержден ОАО «Газпром» 30.12.2004г. ОАО « [REDACTED] » выполнило работы по договору и на всю сумму выполненных работ выставило ЗАО « [REDACTED] » счета-фактуры.

В договоре, заключенном между сторонами, установлено, что порядок ежемесячных платежей за выполненные в отчетном месяце работы будет определен дополнительным соглашением (п. 4.2 договора, т.1, л.д. 21).

Сторонами подписано в соответствии с п. 4.2 договора дополнительное соглашение о временном порядке принятия выполненных работ и затрат к Договору (т. 1, л.д. 37). П. 1.1 дополнительного соглашения от 20.03.2004г. «О временном порядке принятия выполненных работ и затрат» в редакции изменений № 1 от 11 мая 2004 года: «Приемка работ выполненных Субподрядчиком производится в счет договорной цены, на основании подтвержденных заказчиком физических объемов выполненных работ на основании локальных смет».

Таким образом, договором установлен следующий порядок платежей по договору: - ежемесячные платежи, стоимость которых определялась на основании физических объемов выполненных работ на основании локальных смет (п. 4.2 договора, дополнительное соглашение о временном порядке принятия выполненных работ и затрат к договору, дополнительное соглашение № 4 от 31.08.2004г.);

- окончательный расчет в соответствии с полной договорной ценой должен производиться в течение 60 дней после подписания Акта приемки законченного строительством Объекта приемочной комиссией (п. 4.6 Договора, т.1, л. 22)).

Исходя из вышеуказанных положений договора и ГК РФ, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что ежемесячные платежи по своей правовой природе являются авансом, предварительной оплатой выполняемой работы; положения договора о ежемесячных платежах не противоречат положениям договора **о твердой договорной цене**.

Статья. 709 ГК РФ устанавливает, что заказчик НЕ ВПРАВЕ требовать уменьшения договорной цены даже в случае, когда в момент заключения договора исключалась возможность предусмотреть полный объем подлежащих выполнению работ.

Вывод суда первой инстанции о том, что истец должен доказывать стоимость результата выполненных работ по сметам генподрядчика, противоречит положениям договора о твердой договорной цене.

Судом первой инстанции неправильно определена стоимость ежемесячных платежей. Также суд апелляционной инстанции считает, что документы экспертного совета комитета Государственной Думы (т. 16, л.д. 76-78), на которые ссылается суд первой инстанции, не могут рассматриваться в качестве доказательств в данном споре хозяйствующих субъектов по мотиву относимости и допустимости доказательств (ст. 67 и 68 АПК РФ).

Истцом представлен реестр документов, подтверждающих оплату выполненных работ в сумме 166 528 541 руб. 86 коп. (т. 16, л.д. 2-3), что не отрицается ответчиком.

Таким образом, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что сумма подлежащих оплате работ (без учета работ по прокладке ВЛ-10 кВ) в соответствии с условиями договора составляет 63 479 458 руб. 14 коп., которая получается следующим образом : 230 008 000 руб.(цена договора) – 166 528 541 руб.86 коп.(оплата выполненных работ) = 63 479 458 руб. 14 коп. (задолженность за выполненные работы).

Выполняя указания ФАС МО суду следовало проверить доводы истца о фактическом выполнении им, а не третьей организацией, работ по строительству ВЛ-10 кВ, до получения отказа ответчика от выполнения истцом данных работ».

Как следует из материалов дела исковые требования истца в этой части сводятся к требованиям о взыскании стоимости работ по прокладке не всей ВЛ-10 кВ, а лишь в части, выполненной истцом.

Суд апелляционной инстанции считает, что истцом выполнены данные работы с надлежащим качеством в указанном объеме с ПК 0+00 до ПК 95+30 в соответствии с проектом без замечаний со стороны Мышкинского ЛПУ МГ, что подтверждается имеющимися в деле доказательствами (т. 11, л.д. 64). Объем выполненных работ не оспаривается ответчиком (т.17, л.д. 40, 41).

В материалах дела отсутствуют доказательства отказа истца от строительства ВЛ-10 кВ. После 27.12.2004г. ответчик совершал действия, подтверждающие наличие договорных отношений между сторонами по прокладке Вдольтрассовой ВЛ-10кВ, а именно принимал работы по прокладке Вдольтрассовой ВЛ-10кВ (т. 3, л.д. 21-36, 100), запрашивал исполнительную документацию на выполненные объемы работ (т. 6, л.д. 137).

Согласно материалам дела, а также письменной позиции третьего лица ОАО «[REDACTED]» (т. 16, л.д. 6-7) истец выполнял работы по прокладке ВЛ-10 кВ на объекте.

Расчет суммы работ по строительству ВЛ-10 кВ в размере 5 170 249 руб. 06 коп. произведен в соответствии с п. 3.1 договора.(т. 1, л.д. 40).

При этом часть суммы в размере 1 377 441 руб. 14 коп. подтверждается двусторонними актами, часть суммы в размере 3 792 807 руб. 92 коп. подтверждается односторонними актами приемки выполненных работ (. 3, л.д. 77-92, 102), которые были направлены в адрес ответчика письмом № 16-п от 17.03.2005г. (т. 6, л.д. 135-136).

Ответчик от подписания актов отказался, направив письмо № 73 от 21.03.2005г., сославшись на истечение срока действия договора (т. 11, л.д. 68), что противоречит положениям ст. 753 ГК РФ, поскольку в материалах дела отсутствует мотивированный отказ от приемки выполненных истцом работ, в связи с чем работы считаются принятыми.

На основании вышеизложенного, суд апелляционной инстанции приходит к выводу об обоснованности заявленных истцом требований в части взыскания 5 170 249 руб. 06 коп. за работы по строительству ВЛ-10 кВ, поскольку истцом представлены надлежащие доказательства выполнения работ по договору в соответствии со ст.ст. 702, 711, 740, 746, 753 ГК РФ, которые должны быть оплачены.

Выполняя указания ФАС МО о необходимости проверки расчета неустойки суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отмене в этой части решения и об удовлетворении исковых требований.

Судом апелляционной инстанции проверен расчет истца в части неустойки и признан правильным.

Как следует из материалов дела (т. 13, л.д. 15-18) расчет пени произведен истцом на стоимость неоплаченных работ по договору без учета работ по прокладке ВЛ-10 кВ, а именно за период с 01.03.2005г. по 28.07.2005г. на сумму 58 296 249 руб. 38 коп. и за период с 29.07.2005г. по 09.10.2005г. на сумму 53 796 150 руб. 97 коп.

В соответствии с п. 4.6 договора окончательный расчет в соответствии с полной договорной ценой производится субподрядчиком в течение 60 дней после подписания Акта приемки законченного строительством Объекта. Данный акт подписан 30.12.2004г. Шестидесят дней с момента его подписания истекают 28.02.2005г. Пеня начислена в соответствии со ст. 17.5 Договора в размере 0,01 % от просроченной задолженности. Общий размер пени не превышает ограничения, установленного договором (не более 2 % от стоимости неоплаченных работ). Учитывая установленное договором ограничение неустойки, длительную просрочку в неисполнении денежного обязательства, суд не находит оснований для применения ст. 333 ГК РФ и считает, что неустойка подлежит взысканию в заявленной истцом сумме – 1 267 155 руб. 64 коп.

В соответствии со ст.65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в арбитражном процессе, обязано доказать наличие тех обстоятельств, на которые оно ссылается в обоснование своих требований или возражений. Заявитель апелляционной жалобы доказал наличие обстоятельств, на которых основаны доводы апелляционной жалобы, в связи с чем апелляционная жалоба подлежит удовлетворению, а решение суда первой инстанции отмене.

Судебные расходы между сторонами распределяются в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и относятся на ответчика.

Руководствуясь статьями 266, 268, 269, 270, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.08.2006г. по делу № А40- [REDACTED] отменить.

Взыскать с ЗАО « [REDACTED] » в пользу ОАО « [REDACTED] » 69.916.862 руб. 84 коп., в том числе 68.649.707 руб. 20 коп. долга, 1.267.155 руб. 64 коп. пени, а также расходы по госпошлине по иску в сумме 100.000 руб., по апелляционной жалобе в сумме 2.000 руб., кассационной жалобе в сумме 1.000 руб.

Председательствующий: [REDACTED]

Судьи [REDACTED]
[REDACTED]