

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД СМОЛЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

ул. Большая Советская, д. 30/11, г. Смоленск, 214001
http:// www.smolensk.arbitr.ru; e-mail: info@smolensk.arbitr.ru
тел. 8(4812)24-47-71; 24-47-72; факс 8(4812)61-04-16

**ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
РЕШЕНИЕ**

город Смоленск
27.03.2017

Дело № А62-1871/2016

Резолютивная часть решения оглашена 20 марта 2017 года
Полный текст решения изготовлен 27 марта 2017 года

Арбитражный суд Смоленской области в составе судьи Печориной В.А., при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Кутейниковой Т.К., рассмотрев в судебном заседании дело по исковому заявлению

общества с ограниченной ответственностью «Энергостроймонтаж» (ОГРН 1066731111160; ИНН 6729036542)

к Комитету жилищно-коммунального хозяйства, энергетики, дорог и транспорта Администрации муниципального образования «Рославльский район» Смоленской области (ОГРН 1076725000219; ИНН 6725012928), Муниципальному образованию «Рославльский район» Смоленской области в лице Администрации МО "Рославльский район" Смоленской области (ОГРН 1026700929210, ИНН 6725002430), в лице Финансового управления Администрации МО "Рославльский район" Смоленской области (ОГРН 1026700928429, ИНН 6725002408),

третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора: публичное акционерное общество «Сбербанк России» в лице Смоленского отделения № 8609 (ОГРН 1027700132195; ИНН 7707083893)

о признании незаконным требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии от 26.06.2015 № 40/8609/0003/657, взыскании убытков

при участии:

от истца: Радченков О.М. – представитель (доверенность от 14.03.2016);
Радченков М.О. – представитель (доверенность от 14.03.2016);

от ответчика: Третьякова Л.Г. – представитель (доверенность от 19.05.2016),
Черных С.В. – представитель (доверенность от 27.05.2016);

от третьего лица: Сытник С.С. – представитель (доверенность от 27.02.2015),

установил:

Общество с ограниченной ответственностью «Энергостроймонтаж» (далее по тексту – Общество, истец) обратилось в арбитражный суд с исковым заявлением к Комитету жилищно-коммунального хозяйства, энергетики, дорог и транспорта Администрации муниципального образования «Рославльский район» Смоленской области (далее по тексту – Комитет, ответчик) о признании незаконным требования об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии от 26.06.2015 № 40/8609/0003/657.

Определением Арбитражного суда Смоленской области от 11.04.2016 к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено публичное акционерное общество «Сбербанк России» в лице Смоленского отделения № 8609.

В судебном заседании 13.12.2016 истцом в порядке статьи 49 АПК РФ уточнены предъявленные требования, просит признать незаконным требование Комитета об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии от 26.06.2015 № 40/8609/0003/657, взыскать убытки в виде будущих расходов истца по возмещению гаранту (ПАО «Сбербанк России») денежных средств, выплаченных по независимой банковской гарантии в размере 6380853,63 рубля, в том числе: 6090187,98 рубля – сумма возмещения по банковской гарантии, 138016,53 рубля – просроченная плата за обслуживание кредита, 148194,57 рубля – неустойка за несвоевременное погашение кредита, 4454,55 рубля – неустойка за просрочку платы за обслуживание кредита.

Заявление об уточнении предъявленных требований принято судом, так как оно не противоречит закону, не нарушает прав и законных интересов иных лиц (протокольное определение – протокол судебного заседания от 13.12.2016).

В связи с предъявлением истцом требования о взыскании убытков в порядке части 2 статьи 46 АПК РФ арбитражным судом определением от 13.12.2016 в качестве соответчика по делу привлечено Муниципальное образование «Рославльский район» Смоленской области в лице Администрации МО "Рославльский район" Смоленской области, в лице Финансового управления Администрации МО "Рославльский район" Смоленской области.

Как следует из материалов дела, 29.06.2015 между Комитетом (Заказчик) и Обществом (Подрядчик) заключен муниципальный контракт № 0163300017715000331-0328588-02/64 на выполнение работ по реконструкции водоводов от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозаборе «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области (тракт) по итогам электронного аукциона № 0163300017715000331 (079-аэф) от 10.06.2015.

В соответствии с пунктом 1.1 Контракта Подрядчик берет на себя обязательство осуществить выполнение работ по реконструкции водовода от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г.

Рославль Смоленской области в объемах согласно проектно-сметной документации, прошедшей государственную экспертизу, а Заказчик обязуется принять и оплатить выполненные работы в порядке и на условиях предусмотренных настоящим контрактом.

Согласно пункту 1.3 Контракта Подрядчик обязуется в соответствии с контрактом, проектно сметной документацией и техническим заданием, являющимся неотъемлемой частью настоящего контракта, завершить все работы и сдать в установленном порядке объект пригодный в эксплуатацию.

Пунктом 1.4 Контракта существенными условиями Контракта определены цена сроки выполнения работ, качество работ.

Пунктом 4.1. Контракта установлены сроки выполнения каждого этапа работ, которые указаны и в техническом задании (Приложение № 1 к Контракту), являющемся неотъемлемой частью Контракта.

Согласно указанному Приложению Общество с момента заключения Контракта (с 29.06.2015 года) обязано приступить к выполнению работ по реконструкции существующих водоводов путем строительства двух ниток нового водовода по трассе существующего, протяженностью 8500,0 п.м., проводимых в три этапа:

1 этап (2015 год) - прокладка питьевого водопровода В1 от водозабора «Дубинин луг» до ПК 25+91 и В11 ПКЗ+57-ПК8+05 и ПК11+80 до водозабора «Дубинин луг»;

2 этап (2016 год) - прокладка питьевого водопровода В-1 от ПК0 до ПК 16+62;

3 этап (2017 год) - прокладка питьевого водопровода В11.

Из них 4,2 км необходимо было проложить в 1 этапе, срок окончания сдачи работ 1 этапа – 01.11.2015.

Выполнение работ на объекте началось Подрядчиком 14.08.2015, в период с 14.08.2015 по 27.08.2015 Подрядчиком часть работ была выполнена, что подтверждается подписанным Сторонами актом о приемке выполненных работ от 27.08.2015, согласно которому произведена прокладка 0,9 км трубопровода. Заказчиком акт сдачи-приемки работ от 27.08.2015 подписан без разногласий, работы (прокладка 900м водовода) приняты, оплачены в соответствии со сметной документацией в размере 5848800,53 рубля.

30.09.2015 Подрядчиком в адрес Комитета направлено уведомление о приостановлении с 01 по 31 октября 2015 года выполнения работ на объекте в связи с увеличением стоимости материалов (труб).

В связи с тем обстоятельством, что условиями Контракта не предусмотрено право сторон на его одностороннее расторжение (в том, числе в связи с нарушением сроков выполнения работ), Комитетом в порядке части 2 статьи 452 Гражданского кодекса РФ 16.10.2015 в адрес Подрядчика направлено предложение о расторжении муниципального контракта № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015 по соглашению сторон в части невыполненных обязательств.

26.10.2015 сторонами подписано соглашение о расторжении муниципального контракта в части невыполненных обязательств.

В соответствии с положениями пункта 9.2 Контракта ООО «Энергостроймонтаж» в качестве обеспечения исполнения Контракта предоставлена банковская гарантия № 40/8609/0003/657 от 26.06.2015, выданная Открытым акционерным обществом «Сбербанк России».

В соответствии с условиями банковской гарантии она действует с момента подписания по 01.09.2017, сумма обеспечения по банковской гарантии – 6758615 рублей.

Заказчик в связи с нарушением Подрядчиком обязательств по выполнению контракта в пределах 1-го этапа, очевидностью невозможности окончания работ 1-го этапа в установленный срок (до 01.11.2015), расторжением муниципального контракта предъявил гаранту требование о выплате суммы банковской гарантии в размере неисполненных обязательств - 6090187,98 рубля. Алгоритм расчета суммы возмещения по банковской гарантии следующий: сумма контракта – 59137881,25 рубля, сумма исполненных обязательств (акты от 27.08.2015) – 5848800,53 рубля, соотношение выполненных обязательств к полному объему обязательств по контракту – 0,989; от размера обеспечения 6758615 рублей сумма исполненных обязательств (0,989) составляет 668427 рублей (6758615 x 0,989); от размера обеспечения 6758615 рублей сумма неисполненных обязательств составляет 6090188 рублей (6758615 рублей - 668427 рублей).

04.03.2016 требование Комитета о выплате по банковской гарантии банком исполнено, на счет комитета перечислена сумма по банковской гарантии - 6090187,98 рубля.

Общество обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительным требования, направленного Комитетом банку о выплате по банковской гарантии, ссылаясь на следующие обстоятельства: расторжение контракта, невозможность окончания работ 1-го этапа в установленный срок было вызвано действиями самого заказчика: а именно, необходимостью внесения изменений в проектно-сметную документацию (в части замены колодцев диаметром 1500 мм на колодцы диаметром 2000 мм, изменения способа прокладки труб на водоводе В-1 (с «протаскивания» на «прокол»); несогласованностью заказчиком замены труб, подлежащих прокладке, производителем которых являлось ОАО «Орелсибгазппарат» (стоимость которых значительно возросла в период проведения работ по муниципальному контракту), на трубы соответствующие предъявляемым техническим требованиям, но иного производителя ООО «ПЛАСТ МОНТАЖ». Указанные обстоятельства, а также расторжение контракта по соглашению сторон (а не в судебном порядке в связи с существенным нарушением), по мнению Общества, свидетельствуют об отсутствии права Комитета получения обеспечения по муниципальному контракту, так как факт нарушения Подрядчиком принятых на себя по контракту обязательств не установлен.

До окончания рассмотрения дела по существу Общество дополнило свои исковые требования требованиями о возмещении убытков в размере 6380853,63 рубля, в том числе: 6090187,98 рубля – сумма возмещения по банковской гарантии, 138016,53 рубля – просроченная плата за обслуживание кредита, 148194,57 рубля – неустойка за несвоевременное погашение кредита, 4454,55 рубля – неустойка за просрочку платы за обслуживание кредита.

Ответчиком предъявленные требования не признаны со ссылкой на следующие обстоятельства: производство работ на объекте Подрядчиком осуществлялось в период с 14.08.2015 по 03.09.2015 (указанное обстоятельство подтверждено данными Общего журнала проведения работ на объекте и не оспаривалось ответчиком), при этом из необходимого объема прокладки водовода на 1-ом этапе (4,2 км) объем выполненных работ составил 21% (900 м); 30.09.2015 в адрес заказчика поступило уведомление Подрядчика о приостановлении производства работ в связи с ростом стоимости материалов до 31.10.2015, что позволило с очевидностью сделать вывод о том, что окончание работ к установленному сроку (01.11.2015) становится явно невозможным (часть 2 статьи 715 Гражданского кодекса РФ); в связи с тем обстоятельством, что условиями муниципального контракта не предусмотрено право одностороннего отказа заказчика от контракта, в целях соблюдения досудебной процедуры расторжения контракта в связи с существенным нарушением условий подрядчиком заказчиком в порядке части 2 статьи 452 Гражданского кодекса РФ в адрес подрядчика направлено предложение о расторжении контракта в части невыполненных обязательств, которое было принято подрядчиком и сторонами подписано соглашение о расторжении. При этом, по мнению, ответчика, такой способ прекращения контракта (по соглашению сторон) при установленных обстоятельствах не отменяет права заказчика на получение обеспечения исполнения контракта, так как последний не был исполнен в установленный срок по вине подрядчика.

Оценив доказательства по правилам статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, заслушав лиц, участвующих в деле, суд считает предъявленные требования подлежащими частичному удовлетворению, исходя из следующего.

В соответствии с пунктом 8 статьи 3 Закона № 44-ФЗ под государственным или муниципальным контрактом понимается договор, заключенный от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации (государственный контракт), муниципального образования (муниципальный контракт) государственным или муниципальным заказчиком для обеспечения соответственно государственных нужд, муниципальных нужд.

В силу пункта 2 статьи 763 Гражданского кодекса РФ по государственному или муниципальному контракту на выполнение подрядных работ для государственных или муниципальных нужд подрядчик обязуется выполнить строительные, проектные и другие связанные со

строительством и ремонтом объектов производственного и непроизводственного характера работы и передать их государственному или муниципальному заказчику, а государственный или муниципальный заказчик обязуется принять выполненные работы и оплатить их или обеспечить их оплату.

В соответствии с пунктами 1, 2 статьи 708 Гражданского кодекса РФ в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работ. По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы (промежуточные сроки).

В соответствии со статьей 310 Гражданского кодекса РФ односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Согласно части 8 статьи 95 Закона № 44-ФЗ расторжение государственного контракта допускается по соглашению сторон, по решению суда, в случае одностороннего отказа стороны контракта от исполнения контракта в соответствии с гражданским законодательством.

В силу пункта 2 статьи 715 Гражданского кодекса Российской Федерации, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

Вместе с тем, применительно к правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.04.2011 № 12363/10, для расторжения договора недостаточно только доводов о нарушении сроков выполнения работ. Суду необходимо исследовать причины несвоевременного выполнения работ, установить, в каком объеме работы выполнены и в каком объеме остались невыполненными, какие последствия для заказчика повлекло нарушение исполнителем условий контракта, дать оценку доводам исполнителя о причинах невыполнения работ к установленному контрактом сроку, подвергнуть оценке и поведение заказчика.

При этом, несмотря на то обстоятельство, что муниципальный контракт расторгнут подписанием сторонами соответствующего соглашения, в предмет исследования по делу входят фактические обстоятельства, связанные с уклонением подрядчиком от исполнения принятых по контракту обязательств либо объективной невозможностью исполнения им обязательств в установленный срок, так как именно указанные обстоятельства послужили основанием для обращения заказчика к гаранту за получением обеспечения исполнения контракта.

В данном случае суд соглашается с позицией ответчика о том, что расторжение контракта соглашением сторон, не исключает анализ сложившихся взаимоотношений сторон с точки зрения последствий, установленных пунктом 2 статьи 715 Гражданского кодекса РФ. При этом

суд также учитывает, что при наличии оснований для расторжения контракта в судебном порядке (при отсутствии предусмотренного контрактом права на односторонний отказ) в связи с существенным нарушением подрядчиком его условий Комитет вынужден обратиться в досудебной процедуре с предложением к подрядчику о добровольном подписании соглашения о расторжении.

На основании изложенного, суд признает необоснованным довод истца о том, что расторжение контракта путем подписания взаимного соглашения о расторжении контракта исключает право заказчика на получение возмещения по банковской гарантии, представленной в обеспечение надлежащего исполнения контракта.

Как следует из материалов дела, контракт заключен сторонами 29.06.2015, срок окончания 1-го этапа работ установлен 01.11.2015 (187 дней). При этом материалами дела (в том числе, Общий журнал проведения работ на объекте) подтверждено то обстоятельство, что фактически работы на объекте проводились в период с 14.08.2015 по 03.09.2015 (20 дней), что составляет 11% периода производства работ; фактически объем выполненных работ составил 21% (900 м проложенного водовода) от предусмотренного контрактом (4200 м водовода). Кроме того, письмом от 30.09.2015 подрядчик уведомил заказчика о приостановлении производства работ в период с 01.10.2015 по 31.10.2015 в связи с увеличением стоимости материалов (водопроводных труб).

Указанные обстоятельства позволяют согласиться с доводом ответчика о том, что у последнего на момент направления соглашения о расторжении договора (16.10.2015) имелись все основания полагать, что окончание работ к установленному сроку (01.11.2015) становится явно невозможным (часть 2 статьи 715 Гражданского кодекса РФ).

В обоснование указанного довода Комитет ссылается также на Технический отчет № 1, подготовленный ООО «НИСЛ «РемСтой», оказывающим услуги по осуществлению строительного контроля (технического надзора) при выполнении работ по реконструкции водоводов в соответствии с заключенным муниципальным контрактом № 0163300017715000408-0328588-02/77 от 31.07.2015, которым зафиксирован объем фактически выполненных работ, а также то обстоятельство, что в связи с фактическим прекращением производства работ 03.09.2015 и уведомлением о приостановлении работ в период с 01.10.2015 по 31.10.2015 окончание первого этапа работ в установленный срок (01.11.2015) является невозможным.

Для оценки доводов истца о том, что нарушению сроков проведения первого этапа работ способствовало поведение самого заказчика, судом удовлетворено ходатайство Общества о назначении по делу судебной экспертизы, проведение которой поручено эксперту Общества с ограниченной ответственностью «Судебная экспертиза и оценка» Банденкову Дмитрию Геннадьевичу.

Определением суда о назначении экспертизы от 01.07.2016 на разрешение эксперта поставлены следующие вопросы:

1) Являются ли обоснованными выводы Общества с ограниченной ответственностью «Независимая испытательная строительная лаборатория «РемСтрой» (далее по тексту – ООО «НИСЛ «РемСтрой»), изложенные в техническом отчете № 1 о проведении строительного контроля при выполнении работ по реконструкции водоводов от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области за отчетный период с 30.06.2015 по 27.08.2015 о том, что: а) на 1-ом этапе выполнения работ по прокладке питьевого водопровода В1 от водозабора «Дубинин луг» до ПК 25+91 и В11 от ПК 3+57 до ПК 8+05 и ПК 11+80 до водозабора «Дубинин луг» имеются отставание от контрактных сроков. 4 б) проблемы, возникшие в ходе выполнения работ по реконструкции водоводов на 1-ом этапе, могут привести к увеличению сроков выполнения работ.

2) Могло ли Общество с ограниченной ответственностью «НИСЛ «РемСтрой» при подготовке технического отчета № 1 о проведении строительного контроля при выполнении работ по реконструкции водоводов от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области за отчетный период с 30.06.2015 по 27.08.2015 дать категоричные выводы о том, что: а) на 1-ом этапе выполнения работ по прокладке питьевого водопровода В1 от водозабора «Дубинин луг» до ПК 25+91 и В11 от ПК 3+57 до ПК 8+05 и ПК 11+80 до водозабора «Дубинин луг» имеются отставание от контрактных сроков. б) проблемы, возникшие в ходе выполнения работ по реконструкции водоводов на 1-ом этапе, могут привести к увеличению сроков выполнения работ. Либо данные выводы должны носить предположительный характер?

3) Соответствует ли проектно-сметной документации, СНиП, укладка трубопровода из полиэтиленовых труб, изготовленных Обществом с ограниченной ответственностью «ПЛАСТ МОНТАЖ» (Московская обл., г. Королев) при реконструкции водовода от жилого дома №3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области?

4) При проведении фактических работ по реконструкции водовода от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области, возникла ли необходимость во внесении изменений в проектно-сметную документацию, необходимую для выполнения предусмотренных муниципальным контрактом № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015 работ?

5) Если, при проведении фактических работ по реконструкции водовода от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области, возникла необходимость во внесении изменений в проектно-сметную документацию могли ли повлиять указанные изменения на сроки выполнения работ, установленные муниципальным контрактом № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015 (в том

числе, на соблюдение сроков, установленных для первого этапа работ (выполнение до 01.11.2015)?

Заключение по результатам экспертизы (т.3, л.д. 33-62) представлено в суд 08.09.2016, после судебного заседания, назначенного для решения вопроса о возобновлении производства по делу, суд с учетом мнения сторон пришел к выводу о неполноте заключения эксперта в связи с чем последним представлены дополнения к заключению от 30.09.2016 (т.3, л.д. 74-89).

В обоснование необходимости внесения изменений в проектно-сметную документацию в 2016 году Комитетом представлены следующее обоснование и документы: выделение дополнительных бюджетных денежных средств для строительства водовода в 2015 года (до заключения рассматриваемого контракта - т.3, л.д.114-145, уменьшение финансирования строительства водовода на 2016 год (в связи с непроведением работ по контракту в 2015 году) – т.3, л.д. 95-113, согласование изменений, вносимых в проектно-сметную документацию в связи с уменьшением финансирования (удешевления проекта) с обоснованием – т.3, л.д. 146-155, сравнительная таблица изменений¹, вносимых в проектно-сметную документацию – т.3, л.д.155-180, технико-экономическое обоснование изменения стоимости строительства и проекта строительства – т.3, л.д. 181-186.

Учитывая то обстоятельство, что внесение изменений в проектно-сметную документацию было вызвано необходимостью удешевления проекта в связи с сокращением финансирования, экспертом по предложению суда дополнительно к заключению даны письменные пояснения по пятому вопросу экспертизы, в которых разделены изменения, внесенные в проектно-сметную документацию (для 1 этапа строительства) на две группы: 1) устранение недостатков проектно-сметной документации (с указанием, в чем они заключаются); 2) изменение пожеланий заказчика, не связанное с недостатками проектно-сметной документации (удешевление проекта, модернизация и пр.).

В связи с некорректностью в изложении фактических обстоятельств в дополнениях к заключению экспертизы (возражения Комитета от 27.01.2017 – т.4, л.д.102-104), что подтверждено экспертом в судебном заседании 02.02.2017 (аудиозапись судебного заседания от 02.02.2017), экспертом представлено дополнение с учетом устранения выявленных в судебном заседании неточностей (дополнение к заключению от 02.03.2017), в связи с чем именно указанное дополнение оценивается судом в качестве доказательства по делу наряду с основным экспертным заключением.

В результате оценки экспертного заключения (с дополнением) в совокупности с иными представленными в материалы дела документами, пояснениями сторон, суд приходит к следующим выводам.

При ответе на первый и второй вопросы экспертизы экспертом не опровергнуты выводы ООО «НИСЛ «РемСтрой», изложенные в Техническом отчете.

Согласно муниципальному контракту, заключенному между Комитетом ЖКХ и ООО «НИСЛ «РемСтрой» на оказание услуг по

осуществлению строительного контроля (технического надзора) при выполнении работ по реконструкции водоводов от жилого дома № 3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославль Смоленской области исполнитель (ООО «НИСЛ «РемСтрой») оказывал услуги как по осуществлению контроля соответствия объемов и сроков выполнения работ условиям муниципального контракта № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015 и графику выполнения работ по реконструкции объекта, предусмотренному контрактом, так и по оценке качества выполнения работ подрядчиком и соблюдению подрядчиком сроков выполнения работ.

Таким образом, выводы ООО «НИСЛ «РемСтрой», отраженные в техническом отчете № 1, сделаны исходя из фактически сложившейся ситуации на объекте, отраженной в разделе 1 технического отчета, и являются оценкой исполнителя соответствия объемов и сроков выполняемых подрядчиком работ условиям муниципального контракта № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015, а в качестве причины, послужившей основанием для данных выводов, указано, что подрядчик приостановил работы на объекте до приобретения следующей партии труб (в связи с отсутствием материала для производства работ).

Мотивов, позволяющих признать указанные выводы ООО «НИСЛ «РемСтрой», необоснованными в экспертном заключении экспертом не приведено.

В отношении вывода эксперта по третьему вопросу (о соответствии напорной полиэтиленовой трубы производства ООО «ПЛАСТ МОНТАЖ» (Московская обл., г. Королев) требованиям ГОСТ 18599-2001, требованиям муниципального контракта № 0163300017715000331-0328588-02/64 от 29.06.2015) суд соглашается с изложенной экспертом позицией, исходя из следующего.

Проектно-сметной документацией и условиями муниципального контракта (приложение № 1 «Техническое задание на выполнение работ по реконструкции водоводов от жилого дома №3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославле Смоленской области») предусмотрена укладка водовода из напорных полиэтиленовых труб n3100SDR13.6/1.25Mна диаметром 400*29,4 мм питьевая по ГОСТ 18599-2001. В разделе применяемые материалы указано, что водопровод монтируется из напорных полиэтиленовых труб го100SDR13.6/1.25Mна диаметром 400*29,4 мм питьевая по ГОСТ 18599-2001.

Согласно сертификату соответствия № 1037152 от 19.01.2015, предоставленному подрядчиком, трубы напорные из полиэтилена, произведенные ООО «ПЛАСТ МОНТАЖ», соответствуют требованиям ГОСТ 18599-2001 с изменениями 1; 2.

Учитывая то обстоятельство, что с 01.08.2013 ГОСТ 18599-2001 действует в редакции Изменений 1, 2, то оснований для вывода о несоответствии указанных труб предъявляемым техническим заданием требований не имеется.

Вместе с тем, указанный вывод эксперта не подтверждает обоснованность позиции истца о том, что отказ Комитета в согласовании замены труб производства ОАО «Орелсибгазгаппарат» на трубы производства ООО «ПЛАСТ МОНТАЖ» препятствовал проведению дальнейших работ на объекте.

Как отмечено выше Техническим заданием на выполнение работ по реконструкции водоводов от жилого дома №3 на 34 микрорайоне до водозабора «Дубинин луг» в г. Рославле Смоленской области» (Приложение № 1 к муниципальному контракту) установлено единственное требование, предъявляемое к применяемым для прокладки водовода трубам – это соответствие ГОСТ 18599-2001, при этом производитель трубы, соответствующей предъявляемым требованиям по качеству, к условиям заключенного контракта (изменение которого требует согласование с заказчиком) не относится. Иными доказательствами также не подтверждено то обстоятельство, что заказчиком были даны обязательные для исполнения подрядчиком указания в отношении производителя труб, используемых в качестве материалов.

Ссылка истца на проектно-сметную документацию в части обоснования сметной стоимости прайс-листами производителя труб ООО «Икапласт» является необоснованной, так как, во-первых, ценовая информация указанного производителя использовалась лишь в качестве определения сметной стоимости объекта, во-вторых, фактическая прокладка части водовода произведена подрядчиком с применением труб иного производителя ОАО «Орелсибгазгаппарат».

На основании изложенного, необоснованным является довод истца о том, что отсутствие согласования заказчиком замены производителя водопроводной трубы явилось объективным препятствием для фактического продолжения работ по прокладке водовода; в целях надлежащего исполнения контракта соблюдению со стороны подрядчика подлежало единственное условие – соответствие применяемого материала требованиям ГОСТ 18599-2001.

Указанные обстоятельства исключают возможность вывода о создании заказчиком препятствий к выполнению работ, выразившимися в отказе в согласовании замены производителя труб.

Что касается доводов истца (поддержанных заключением эксперта (вопросы 4, 5)) о том, что проектно- сметная документация, переданная заказчиком для выполнения контракта имела недостатки, препятствующие производству работ, суд находит их несостоятельными, исходя из следующего.

Из дополнения к экспертному заключению следует, что изменения, внесенные в 2016 году в проектную документацию, в отношении первого этапа работ, предусмотренных муниципальным контрактом, касаются в основном необходимости замены диаметра монтируемых колодцев (с 1500 мм до 2000 мм); исключения части колодцев из проекта.

Вместе с тем из актов выполненных работ от 27.08.2015 следует, также подтверждено сторонами в судебном заседании то обстоятельство, что в ходе производства работ сторонами согласована фактическая установка колодцев диаметром 2000 мм, которая фактически (2 колодца) подрядчиком и производилась. При этом обоснованным является довод ответчика о том, что в связи с тем обстоятельством, что замена колодцев не превышала десятипроцентного изменения сметной стоимости работ, в соответствии с положениями части 1 статьи 744 Гражданского кодекса РФ внесение изменений в проектно-сметную документацию в указанной части не требовалось.

Таким образом, фактическое изменение диаметра подлежащих установке колодцев не могло являться причиной, препятствующей производству работ на объекте, тем более с учетом того обстоятельства, что такая замена была согласована заказчиком и частично выполненные работы, проведенные с учетом замены диаметра колодцев, фактически приняты.

Вывод эксперта о том, что ранее запроектированное протаскивание из колодца В-13 длиной 220 п.м., из колодца В-23 длиной 160 п.м. и выполнение прохода под дорогой по ул. Пушкина протаскиванием изменено в связи с нарушением требований «СП 31.13330.2012. Свод правил. Водоснабжение. Наружные сети и сооружения. Актуальная редакция СНиП 2.04.02-84*» (утв. Приказом Минрегиона России от 29.12.2011 № 635/14) суд оценивает критически, исходя из следующего.

В экспертном заключении в части невозможности проведения работ по прокладке водовода с использованием метода протаскивания выводы экспертом сделаны со ссылкой на СП 31.13330.2012 «СНиП 2.04.02-84* Водоснабжение. Наружные сети и сооружения», которыми предусмотрена необходимость превышения диаметра футляра для прокладки труб на 200 мм над диаметром трубы (проектом предусмотрено протаскивание трубы диаметром 400 мм в футляр диаметром 500 мм).

Однако указанные выводы сделаны экспертом с учетом внесенных в СП 31.13330.2012 СНиП 2.04.02-84* изменений (введенных в действие с 25.03.2016), в то время как редакция строительных правил, действовавшая до указанной даты, предусматривала, что при закрытом способе прокладки труб внутренний диаметр футляра следует принимать при производстве работ в зависимости от длины перехода и диаметра трубопровода согласно СП 48.13330 (пункт 11.54 СП 31.13330.2012 «СНиП 2.04.02-84* Водоснабжение. Наружные сети и сооружения»).

Кроме того, указанный вывод эксперта (невозможность осуществления работ путем применения метода протаскивания) нельзя признать обоснованным с учетом того обстоятельства, что внесением изменений в проектно-сметную документацию указанный метод прокладки не исключен, а сокращен (в связи с общим удешевлением проекта).

На основании изложенного, указанные выводы эксперта, а также доводы истца о невозможности проведения работ на первом этапе в

соответствии с недостатками проектно-сметной документации, нельзя признать обоснованными.

Кроме того, указанные доводы противоречат требованиям статей 716, 719 Гражданского кодекса РФ.

Пунктом 1 статьи 719 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (статья 328).

В соответствии с пунктом 1 статьи 716 Гражданского кодекса РФ подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу при обнаружении, в том числе непригодности или недоброкачества предоставленной технической документации, возможных неблагоприятных для заказчика последствий выполнения его указаний о способе исполнения работы, а также иных не зависящих от подрядчика обстоятельств, которые грозят годности или прочности результатов выполняемой работы либо создают невозможность ее завершения в срок.

Согласно пункту 2 статьи 716 Гражданского кодекса РФ подрядчик, не предупредивший заказчика об обстоятельствах, указанных в пункте 1 настоящей статьи, либо продолживший работу, не дожидаясь истечения указанного в договоре срока, а при его отсутствии разумного срока для ответа на предупреждение или несмотря на своевременное указание заказчика о прекращении работы, не вправе при предъявлении к нему или им к заказчику соответствующих требований ссылаться на указанные обстоятельства.

Аналогично пунктом 5.4.6 муниципального контракта предусмотрена обязанность подрядчика уведомить о невозможности производства работ, в том числе, в связи с недостатками проектно-сметной документации.

Как следует из материалов дела такие уведомления подрядчиком заказчику не направлялись, в связи с чем отсутствуют основания для вывода о том, что изменения в проектно-сметную документацию, внесенные в 2016 году, явились, в том числе, причиной устранения недостатков проектно-сметной документации, препятствующих производству работ.

Кроме того, в судебном заседании 20.03.2017 представитель Общества Литвинович М.М. подтвердил, что приостановление производства работ не было вызвано невозможностью их фактического производства в связи с существующими недостатками проектно-сметной документации, единственной причиной такого приостановления явилось увеличение стоимости материалов – водопроводных труб.

На основании изложенного, суд приходит к выводу о том, что подрядчиком при отсутствии объективных препятствий нарушены обязательства по выполнению работ, предусмотренных муниципальным контрактом, что явилось обоснованным основанием Комитета для обращения к гаранту с требованием о выплате возмещения по банковской гарантии, что исключает удовлетворение требований истца о признании недействительным требования Комитета о выплате по банковской гарантии.

Кроме того, суд считает необоснованными указанные требования и в связи с избранием истцом ненадлежащего способа защиты в указанной части.

Согласно статье 368 Гражданского кодекса РФ в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

Банковская гарантия является одним из способов обеспечения исполнения обязательств - обязательства принципала перед бенефициаром.

В соответствии с пунктом 1 статьи 374 Гражданского кодекса РФ требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии должно быть представлено в письменной форме гаранту с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии.

При наличии информации об исполнении основного обязательства, его прекращении либо недействительности гарант вправе отказать в платеже (пункт 2 статьи 376 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Согласно статье 370 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство.

Существо банковской гарантии состоит в предоставлении бенефициару возможности получения максимально быстрого удовлетворения за счет гаранта во избежание возражений принципала, касающихся исполнения основного обязательства.

Исходя из характера и существа гарантии суд в связи с оспариванием правомерности платежа по гарантии должен ограничиваться проверкой формального соответствия требования о выплате условиям банковской гарантии (Определение Верховного Суда РФ от 08.11.2016 № 305-ЭС16-9887).

Согласно статье 153 Гражданского кодекса РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Статьей 154 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что сделки могут быть двух- или многосторонними (договоры) и односторонними.

Односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Односторонняя сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку. Она может создавать обязанности для других лиц лишь в случаях, установленных законом либо соглашением с этими лицами (статья 155 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В данных правоотношениях именно выдача банковской гарантии является односторонней сделкой, для совершения которой необходимо и достаточно выражения воли одной стороны - банка. Предъявление бенефициаром требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии является юридическим действием, но не может признаваться совершением новой сделки, поскольку оно не создает, не изменяет и не прекращает гражданских прав и обязанностей кроме тех, которые уже созданы самостоятельной сделкой по выдаче банковской гарантии.

По своей сути предъявление требования к гаранту о выплате по банковской гарантии является исполнением односторонней сделки по ее выдаче (Определение Верховного Суда РФ от 06.05.2015 № 305-ЭС15-3489).

На основании изложенного, в силу безусловности банковской гарантии не подлежат удовлетворению требования истца о признании недействительным требования Комитета о выплате по банковской гарантии.

Вместе с тем, несмотря на установленные судом основания для направления Комитетом требования о выплате по банковской гарантии, получение Комитетом всей суммы гарантии (за исключением пропорционального соотношения с исполненной частью контракта) нельзя признать обоснованным, исходя из следующего.

Статьей 329 Гражданского кодекса РФ предусмотрены способы обеспечения исполнения обязательств, к которым наряду с неустойкой, залогом и другими способами отнесена банковская гарантия. В соответствии с пунктом 2 статьи 329 Гражданского кодекса недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства (основного обязательства). В то же время недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (пункт 3 данного кодекса).

Из приведенной нормы следует, что обязанность по предоставлению обеспечения является дополнительной и не может существовать самостоятельно, в отрыве от основного обязательства, исполнение которого она обеспечивает. С расторжением договора обязательства сторон прекращаются (статья 453 Гражданского кодекса), соответственно, сторона расторгнутого договора не может требовать предоставления обеспечения, которое должно было предоставляться при заключении сделки, хотя и не лишается права требовать возмещения убытков или неустоек, если расторжение сделки обусловлено нарушением ее условий другой стороной.

При этом такое возмещение не может производиться за счет не предоставленного обеспечения.

В соответствии со статьями 368, 369 Гражданского кодекса РФ в силу банковской гарантии банк (гарант) дает по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства).

Требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия (статья 374 Гражданского кодекса РФ).

Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии (статья 376 Гражданского кодекса РФ).

Таким образом, обеспечение в виде банковской гарантии на всю названную в ней сумму не является разновидностью неустойки (штрафа), а является зарезервированной суммой для покрытия конкретных убытков, которые могут возникнуть вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения ответчиком своих обязательств по контракту. Целью установления обеспечения по контракту является предоставление возможности заказчику, не прибегая к судебным процедурам, удовлетворить свои требования к исполнителю. Требования в виде договорной неустойки или убытков, возмещаемых за счет банковской гарантии, должны быть доказанными, а их размер не может автоматически признаваться равным сумме гарантии.

В данном случае условия контракта (пункт 3.5) также не дают оснований считать, что при расторжении контракта по вине подрядчика заказчик вправе требовать всю сумму обеспечения, безотносительно к конкретным убыткам или неустойке.

Как следует из материалов дела, после расторжения контракта требования об уплате неустойки, возмещении убытков Комитетом Обществу не предъявлялось, при рассмотрении дела (в том числе, после принятия судом уточнений предъявленных требований в части требований о взыскании) встречные требования в порядке статьи 132 АПК РФ Комитетом не заявлялись.

На основании изложенного, правомерным является довод истца о том, что получение Комитетом возмещения по банковской гарантии безотносительно к конкретно возникшим требованиям о неустойке, возмещении убытков, вызванных расторжением контракта по вине подрядчика, является необоснованным.

Вместе с тем, сумма возмещения, полученная Комитетом от банка, не является для истца убытками, так как отсутствует один из обязательных элементов структуры возмещения убытков – противоправность поведения. С учетом того обстоятельство, что право Комитета направить соответствующее требование банку подтверждено судом, сумма банковской гарантии, полученная сверх предъявленных по контракту требований об уплате неустойки, возмещении убытков является неосновательным обогащением Комитета, с учетом регрессного обязательства истца в силу договора о предоставлении банковской гарантии по возврату банку суммы, выплаченной Комитету (Определение Верховного Суда РФ от 13.01.2016 № 305-ЭС15-17305).

При этом заявление истцом требования о возмещении убытков не препятствует квалификации судом требования о возмещении неосновательного обогащения, так как в соответствии с положениями статьи 168 АПК РФ нормы права, подлежащие применению в конкретном деле, избираются судом.

Надлежащим ответчиком по требованию о взыскании неосновательного обогащения является Комитет, как сторона в пользу которой банком выдана гарантия (т.2, л.д.74) и перечислено возмещение (т.2, л.д.81).

На основании изложенного, требования истца о взыскании с ответчика суммы возмещения по банковской гарантии, как неосновательно полученной и подлежащей возмещению Обществом банку, в размере 6090187,98 рубля являются обоснованными и подлежат удовлетворению.

Вместе с тем требования истца о взыскании убытков в размере 138016,53 рубля – просроченная плата за обслуживание кредита, 148194,57 рубля – неустойка за несвоевременное погашение кредита, 4454,55 рубля – неустойка за просрочку платы за обслуживание кредита удовлетворению не подлежат, так как указанные расходы фактически не понесены, судебным решением не взысканы, размер указанных обязательств будет определен с учетом вины самого подрядчика, что исключает суждение о безусловно имеющейся причинно-следственной связи между действиями Комитета по получению суммы гарантии и наступлением указанных убытков у истца, связанных с неисполнением им условий договора о предоставлении банковской гарантии.

Вместе с тем отказ в удовлетворении требований в указанной части не лишает истца права, в случае наступления у него обязанности по выплате указанных сумм при доказанности связи между наступлением такой обязанности с действиями Комитета, обратиться в суд с требованием о взыскании убытков, так как изменяется основания предъявления таких требований.

В связи с отказом в удовлетворении требований истца в части признания недействительным требования Комитета о выплате по банковской гарантии, оценкой судом экспертного заключения не в пользу доводов истца о наличии неустраняемых препятствий в выполнении условий

муниципального контракта, обусловленных действиями заказчика, судебные расходы в виде расходов на оплату услуг эксперта подлежат возложению на истца.

При уточнении предъявленных требований истцу определением суда от 13.12.2016 предоставлена отсрочка по уплате государственной пошлины в размере 54904 рубля (от суммы требований 6380853,63 рубля), в связи с частичным удовлетворением требований (95,4%), освобождением ответчика от уплаты государственной пошлины в соответствии с подпунктом 1.1 пункта 1 статьи 333.37 Налогового кодекса РФ, государственная пошлина в части неудовлетворенных требований – 2526 рублей подлежит взысканию с истца в доход федерального бюджета.

Руководствуясь статьями 167 - 171 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

Р Е Ш И Л :

Взыскать с Комитета жилищно-коммунального хозяйства, энергетики, дорог и транспорта Администрации муниципального образования «Рославльский район» Смоленской области (ОГРН 1076725000219; ИНН 6725012928) за счет средств казны в пользу Общества с ограниченной ответственностью «Энергостроймонтаж» (ОГРН 1066731111160; ИНН 6729036542) 6090187,98 рубля.

В удовлетворении требований Общества с ограниченной ответственностью «Энергостроймонтаж» (ОГРН 1066731111160; ИНН 6729036542) в остальной части отказать.

Взыскать с Общества с ограниченной ответственностью «Энергостроймонтаж» (ОГРН 1066731111160; ИНН 6729036542) в доход федерального бюджета государственную пошлину в связи с предоставленной отсрочкой в размере 2526 рублей.

Исполнительные листы выдать после вступления решения в законную силу.

Лица, участвующие в деле, вправе обжаловать настоящее решение суда в течение месяца после его принятия в апелляционную инстанцию – Двадцатый арбитражный апелляционный суд (г.Тула), в течение двух месяцев после вступления решения суда в законную силу в кассационную инстанцию – Арбитражный суд Центрального округа (г. Калуга) при условии, что решение суда было предметом рассмотрения арбитражного суда апелляционной инстанции или суд апелляционной инстанции отказал в восстановлении пропущенного срока подачи апелляционной жалобы. Апелляционная и кассационная жалобы подаются через Арбитражный суд Смоленской области.

Судья

В.А.Печорина