

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: [9aas.info@arbitr.ru](mailto:9aas.info@arbitr.ru)адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

№09АП-63029/2019

№09АП-63030/2019

г. Москва  
07 ноября 2019 года

Дело № А40-255196/18

Резолютивная часть постановления объявлена 06 ноября 2019 г.  
Постановление изготовлено в полном объеме 07 ноября 2019 г.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:  
председательствующего судьи: Семикиной О.Н.,  
судей: Гончарова В.Я., Тетюка В.И.,  
при ведении протокола секретарем судебного заседания Азарёнок Е.И.,  
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы ООО  
«СТРОЙГАРАНТ» и ООО «КЕС»  
на решение Арбитражного суда г.Москвы от 29.08.2019 по делу №А40-255196/18,  
по иску ООО «СТРОЙГАРАНТ» (344029, ОБЛАСТЬ РОСТОВСКАЯ, ГОРОД  
РОСТОВ-НАДОНУ, УЛИЦА МЕТАЛЛУРГИЧЕСКАЯ, ДОМ 110Б, ОФИС 1, ОГРН  
1066163069224, ИНН 6163082360)  
к ООО «КЕС» (ОГРН 1107746941389, ИНН 7714823235, 125040, ГОРОД МОСКВА,  
УЛИЦА ПРАВДЫ, ДОМ 8, КОРПУС 13, ЭТАЖ 3, ПОМ.ХVI, КОМН. № 51)  
о взыскании денежных средств  
и встречный иск о взыскании пени,  
при участии в судебном заседании:  
от истца: Имедашвили А.Ю. по доверенности от 12.02.2019,  
от ответчика: Корнеев А.Ю. по доверенности от 01.03.2018,

**УСТАНОВИЛ:**

ООО «СТРОЙГАРАНТ» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с исковым заявлением к ООО «КЕС» о взыскании суммы основного долга по договору строительного подряда № 1107-17Мр от 11.07.2017 г. в размере 15.292.219,6 рублей; суммы 50 % гарантийного удержания в размере 851.834,49 рубля; пени в размере 0,1 % за каждый день просрочки от стоимости неоплаченных работ в размере 1.550.495,05 рублей.

Встречный иск заявлен о взыскании пени по договору строительного подряда № 1107-17Мр от 11.07.2017 г. в размере 3.269.475,29 рублей.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2019 исковые требования удовлетворены частично как по первоначальному требованию, так и по встречному. С ответчика по первоначальному в пользу истца взыскана задолженность в размере 9.617.091 руб., пени в размере 830.511 руб. 18 коп., с ответчика по встречному иску

взысканы в пользу истца пени в размере 1.481.767 руб. 56 коп. Произведен зачет в части удовлетворенных требований.

Не согласившись с решением Арбитражного суда города Москвы 29.08.2019, ответчик обратился в Девятый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда первой инстанции и принять по делу новый судебный акт.

Девятый арбитражный апелляционный суд, повторно рассмотрев дело, проверив законность и обоснованность обжалуемого судебного акта в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, изучив материалы дела, исследовав имеющиеся в деле доказательства, проверив доводы апелляционной жалобы и возражений на нее, находит решение Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2019 не подлежащим изменению или отмене по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, 11.07.2017 г. между ООО «Стройгарант» (далее - подрядчик) и ООО «КЕС» (далее - заказчик) был заключен договор строительного подряда № 1107-17 Мр от 11.07.2017 г. (далее - договор), согласно которому подрядчик обязуется выполнить на объекте комплекс строительных работ по устройству тротуаров плиточных и асфальта-бетонных проездов, планировки и отсыпки основания с уплотнением из грунта на объекте «Фабрика ООО «Марс» по производству кормов для домашних животных», в соответствии с техническим заданием, сметой, графиком этапов работ и сдать результат заказчику, а заказчик обязуется принять и оплатить выполненные работы в порядке, установленном договором (п. 2.1 договора).

Согласно условиям договора, изменения объемов работ производятся только по дополнительному соглашению сторон (п. 2.5 договора).

Цена работ может быть изменена только по соглашению сторон, вследствие внесения заказчиком изменений в технические решения и техническую документацию (п. 4.3 договора).

По условиям п. 4.9 договора, оплата строительно-монтажных работ производится, после выполнения подрядчиком определенного объема работ и подтверждения таких работ заказчиком, в течении 39 дней с момента подписания заказчиком акта о приёмке выполненных работ (КС-2) и справки о стоимости работ и затрат (КС-3), с зачётом суммы гарантийного удержания.

Согласно пункту 4.5 договора при отсутствии у заказчика претензий к качеству выполненных подрядчиком работ, сумма гарантийного удержания подлежит возврату подрядчику в следующем порядке:

- половину от удерживаемой суммы заказчик обязуется вернуть подрядчику после выполнения всех работ и подписания сторонами акта окончательной сдачи-приёмки работ;

- остальную часть удерживаемой суммы заказчик обязуется вернуть подрядчику после окончания гарантийного срока.

В обоснование первоначального иска истец ссылался, что во исполнение принятых на себя обязательств подрядчик в соответствии с договором предоставлял заказчику акты о приёмке выполненных работ (КС-2) и справки о стоимости работ и затрат (КС-3), подтверждающих выполнение работ, а заказчик осуществлял финансирование. По результатам выполнения подрядных работ по договору подрядчик оформил акты о приёмке выполненных работ (КС-2) и справки о стоимости работ и затрат (КС-3) за период с сентября 2017 г. по декабрь 2017 г. на сумму 34 073 379,77 рублей по договору и дополнительному соглашению к нему (№ 1 от 15.09.2017 г., № 2 от 22.11.2017 г., № 3 от 24.11.2017 г.

Результаты выполненных работ частично приняты заказчиком без претензий по объёму и качеству.

Суд первой инстанции установил, что согласно подписанным актам, заказчик оплатил работы на сумму 11.549.555,46 рублей, гарантийное удержание по которым составляет 1.703.668,9 рублей.

В настоящее время объект «Фабрика ООО «Марс» по производству кормов для домашних животных» введен в эксплуатацию и функционирует, а разрешение на ввод объекта в эксплуатацию было выдано только после выполнения подрядчиком всех работ по договору.

Истец указывает, что до настоящего времени заказчик не подписывает дополнительные соглашения к договору № 2 от 22.11.2017 г. и № 3 от 24.11.2017 г.; не оплачивает выполненные работы на сумму 15 820 155,32 рублей по частично подписанным актам о приёмке выполненных работ (КС-2) и справкам о стоимости работ и затрат (КС-3) к Договору и Дополнительному соглашению № 1 от 15.09.2017 г., а также не производит выплату 50 % гарантийного удержания в размере 851.834,49 рублей.

Истец указал на то, что мотивированный отказ от подписания документов подрядчику не предоставлен (п. 5.5.3 договора), следовательно, акты о приёмке выполненных работ (КС-2) и справки о стоимости работ и затрат (КС-3) считаются принятыми и подлежат оплате согласно ст. 746 Гражданского кодекса РФ, а именно:

работы по устройству асфальта-бетонных проездов на сумму 11.647.497,68 рублей по договору;

работы по обваловке на сумму – 1.903.800 рублей по дополнительному соглашению № 1 от 15.09.2017 г.);

- работы по устройству асфальта-бетонных проездов на сумму 1 715 262,28 рублей по Дополнительному соглашению № 2 от 22.11.2017 г.);

- работы по асфальтированию на сумму 553 595,36 рублей по Дополнительному соглашению № 3 от 24.11.2017 г.);

- выплата 50 % гарантийного удержания на сумму 851 834,49 рублей.

Согласно заявлению ООО «Стройгарант» об уменьшении исковых требований в порядке ст. 49 Арбитражного процессуального кодекса РФ истец по первоначальным требованиям уменьшил сумму исковых требований в части суммы основного долга до 15.292.219,6 рублей. в связи с оплатой долга в размере 527.934,89 рублей.

Истец просил также взыскать с ответчика пени в соответствии с 10.08 договора за период с 07.02.2018 г. по 10.05.2018 г. (93 дня) в размере 0,1 % , сумма которых составляет 1.550.495,05 рублей.

Ответчик, возражая против удовлетворения иска и предъявляя встречный иск, указал, что подрядчик не выполнил работы по договору в полном объёме, в установленный срок, не уведомил ответчика о выполнении работ, не направил акт окончательной сдачи-приёмки работ по согласованной в приложении № 5 к договору форме, не сдал результат работ, чем нарушил указанные положения договора и положения действующего законодательства.

Суд первой инстанции установил, что сторонами подписаны акты на сумму 19.520.316 руб. 23 коп., а именно: КС-2 от 29.09.2017 № 1 на сумму 12.157.426 руб. 80 коп., от 28.11.2017 № 1 (по доп. соглашению № 1) на сумму 2.004.000 руб., от 04.12.2017 № 2 на сумму 5.358.889 руб. 43 коп. Оплата произведена ответчиком в сумме 18.544.300 руб. 42 коп.

Акты КС-2 № 3 на сумму 5.545.032 руб. 16 коп. и № 4 на сумму 2.409.233 руб. 86 коп. ответчик не подписал, направив мотивированные отказы от 12.12.2017 № 1309-М и от 24.01.2018 № 10/18-М.

Дополнительные соглашения №№ 2 и 3 и акты КС-2 по ним ответчиком не подписаны.

Поскольку работы не были выполнены истцом в установленные договором сроки, ответчик в одностороннем порядке отказался от исполнения договора № 1107-17Мр от 11.07.2017 г., направив истцу уведомление исх. № 4 от 26.01.2018 г.

Возможность отказа от исполнения договора в связи с нарушением сроков работ в одностороннем порядке установлена пунктами 9.2, 9.2.1 договора. Заказчик вправе расторгнуть договор в одностороннем внесудебном порядке в случаях предусмотренных законом, а также в случае нарушения по вине подрядчика срока начала и окончания работ, а также промежуточных сроков более, чем на пять рабочих дней.

Уведомление было получено истцом 06.02.2018 г., согласно отчёту об отслеживании, РПО № 12713716051093.

Пунктом 9.6 договора установлено, что договор считается расторгнутым в одностороннем порядке в день получения уведомления заказчика, а если подрядчик уклонился от получения - в день поступления уведомления в отделение почтовой связи подрядчика.

Встречный иск заявлен о взыскании пени по договору строительного подряда № 1107-17Мр от 11.07.2017 г. в размере 3 269 475,29 рублей.

Согласно пункту 3.1 договора, истец должен был завершить все работы и сдать результат ответчику не позднее 10.10.2017 г.

Согласованные сторонами в дополнительном соглашении № 1 от 15.09.2017 г. работы не изменяли срок сдачи результата работ по договору, согласованный в пункте 3.1 договора.

Суд первой инстанции правильно указал, что дополнительные работы, указанные в дополнительном соглашении № 2 от 22.11.2017 г. и дополнительном соглашении № 3 от 24.11.2017 г., а также сроки их выполнения не были согласованы ответчиком, а указанные соглашения не подписаны им.

Порядок сдачи приёмки результата работ определён пунктами 5.5.4 - 5.5.6 договора. Сдача-приёмка результатов работ производится после их полного выполнения и устранения всех выявленных недостатков, путем подписания сторонами акта окончательной сдачи-приёмки работ, который подтверждает принятие заказчиком результата работ по договору (п. 1 ст. 740 Гражданского кодекса РФ). Не позднее, чем за пять дней, до истечения срока предоставления акта окончательной сдачи-приёмки работ по договору, подрядчик направляет заказчику уведомление о готовности к окончательной сдаче-приёмке работ одновременно с подтверждающими документами, предусмотренными договором. После получения уведомления подрядчика о готовности к сдаче результата работ, заказчик в течение десяти рабочих дней, совместно с представителем подрядчика, осуществляет приёмку выполненных работ.

Исходя из положений части 1 статьи 753 Гражданского кодекса РФ и пункта 5.5.5 договора на истца возложена обязанность уведомить ответчика о готовности к сдаче результата выполненных работ.

Такое уведомление вместе с актом окончательной сдачи-приёмки работ должно было быть направлено истцом ответчику не позднее 05.10.2017 г. в соответствии с условиями Договора.

Пунктом 10.2 договора предусмотрено, что в случае нарушения начального и конечного сроков производства работ, а также промежуточных сроков, подрядчик обязуется выплатить заказчику пени в размере 0,1 % в день от цены договора за каждый день просрочки, при этом, заказчик вправе удержать начисленную сумму пени из суммы, подлежащей оплате за работу.

В уведомлении исх. № 4 от 26.01.2018 г. ответчик заявлял истцу требование о выплате пени в соответствии с пунктом 10.2 договора.

Ответчик по первоначальным требованиям указал, что истцом не исполнены обязательства по выплате ответчику суммы пени за нарушение срока окончания работ в размере 3.269.475,29 рублей.

Пени рассчитаны ответчиком до момента прекращения основных обязательств по договору, обусловленного моментом его расторжения, до 06.02.2018 г. включительно.

Статьей 720 ГК РФ установлено, что заказчик обязан в сроки и в порядке, которые предусмотрены договором подряда, с участием подрядчика осмотреть и принять выполненную работу (её результат), а при обнаружении отступлений от Договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе, немедленно заявить об этом подрядчику.

Основанием для возникновения обязательства по оплате выполненных подрядчиком работ является сдача их результата заказчику (ст. ст. 711 и 746 Гражданского кодекса РФ).

Сдача результата работ подрядчиком и приёмка его заказчиком оформляются актом, подписанным обеими сторонами (п. 4 ст. 753 ГК РФ).

Ссылаясь на отсутствие оснований для оплаты работ по актам КС-2 № 3 на сумму 5.545.032 руб. 16 коп. и № 4 на сумму 2.409.233 руб. 86 коп., ответчик указал на то, что истец не передал ответчику полный комплект документов, предусмотренный п. 5.5.1 договора. Работы по спорным актам включали в себя работы по устройству асфальтобетонных проездов и плиточных тротуаров. Истец не провел испытания на уплотнение, результаты испытаний и другую дополнительную документацию не передал ответчику. В своих ответах истец указывал на эти обстоятельства и просил устранить недостатки. В ответ на это истец в письме от 29.01.2018 № 24 обещал приступить к их устранению при установлении "стойкой положительной температуры воздуха". Однако до настоящего времени обязательство не исполнил.

Между тем, в материалы дела представлен итоговый акт от 12.10.2017, подтверждающий передачу результата работ конечному заказчику ООО "Марс" и разрешение от 13.10.2017 на ввод объекта в эксплуатацию от 13.10.2017.

Суд первой инстанции установил, что отсутствие исполнительной документации, на которую ссылается ответчик, не повлияло на возможность функционирования объекта. Недостатки, на которые ссылается ответчик, указывая на приложение к итоговому акту, не согласуются с теми видами работ, которые зафиксированы в спорных актах.

Таким образом, работы ответчиком по спорным актам следует признать выполненными и подлежащими оплате в порядке п. 4 ст. 753 ГК РФ.

Суд первой инстанции, учетом произведенного финансирования и стоимости работ, выполненных по договору и дополнительному соглашению на общую сумму договора 27.474.582 руб. 25 коп., установил, что задолженность ответчика составляет 8.930.227 руб. 83 коп.

В удовлетворении остальной части требования суд первой инстанции отказал со ссылкой на положения ст. 746 ГК РФ, поскольку дополнительное соглашение к договору № 2 от 22.11.2017 г. и дополнительное соглашение к договору № 3 от 24.11.2017 г. не подписано со стороны заказчика.

Акты по указанным дополнительным соглашениям подписаны в одностороннем порядке подрядчиком.

Цена договора не увеличивалась сторонами в установленном порядке, в связи с чем, требование о взыскании долга удовлетворено в пределах договорной цены.

Кроме того, согласно приложению к итоговому акту, часть работ на объекте к моменту подписания этого акта не завершена.

Статьи 711, 721, 723 754, 755 ГК РФ указывают на обязанность подрядчика обеспечить надлежащее качество выполненных работ и устанавливают ответственность подрядчика за ненадлежащее качество результата работ.

Истец просил также взыскать гарантийное удержание в сумме 851.834,49 рубля

Согласно п. 4.5 договора при отсутствии у заказчика претензий к качеству выполненных подрядчиком работ, сумма гарантийного удержания подлежит возврату подрядчику в следующем порядке:

- половину от удерживаемой суммы заказчик обязуется вернуть подрядчику после выполнения всех работ и подписания сторонами акта окончательной сдачи-приемки работ;

- остальную половину удерживаемой суммы заказчик обязуется вернуть подрядчику после окончания гарантийного срока.

Положения договора о гарантийном удержании направлены на обеспечение исполнения истцом гарантийных обязательств, в том числе обеспечение возможности эксплуатации результата работ на протяжении гарантийного срока.

Указанные условия договора не исключают обязанности ответчика по оплате выполненных и принятых работ, но предусматривают события, с которыми связано возникновение обязательства по оплате.

Условие договора о гарантийном удержании были определены по усмотрению сторон, действовавших своей волей и в своем интересе, в отсутствие каких-либо ограничений по их содержанию со стороны закона или иных правовых актов, действовавших в момент заключения договоров.

Между тем, размер гарантийного удержания вопреки доводам истца следует производить от суммы выполненных работ - 27.474.528 руб. 25 коп. x 5% (в соответствии с п. 4.4 договора) = 1.373.726 руб. 41 коп. Следовательно, половина суммы гарантийного удержания в соответствии с п.4.5 договора составит 686.863 руб. 20 коп.

При указанных обстоятельствах, требование истца о взыскании гарантийного удержания подлежит удовлетворению в сумме 686.863 руб. 20 коп. В остальной части требования суд отказывает.

Суд первой инстанции указал, что общая сумма задолженности составляет 9.617.091 руб. 03 коп. согласно следующему расчету 8.930.227 руб. 83 коп. + 686.863 руб. 20 коп. .

Истец просил также взыскать пени за нарушение срока оплаты работ в сумме 1.550.495,05 рублей.

В силу п. 1 ст. 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Частью 1 ст. 330 ГК РФ предусмотрено, что неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

В соответствии с п. 10.8 договора, в случае несвоевременной оплаты работ, подрядчик вправе потребовать от заказчика выплаты пени, в размере 0,1 % за каждый день просрочки от стоимости неоплаченных работ, но не более 10 % от стоимости неоплаченных работ.

Суд первой инстанции указал, что пени, рассчитанные за нарушение срока оплаты работ, составят 830.511 руб. 18 коп. (на сумму гарантийного удержания пени не начисляются, поскольку такое условие прямо не предусмотрено договором), исходя из расчета истца и ограничения, предусмотренного договором. В остальной части требования суд отказал.

В отношении требования по встречному иску о взыскании пени в сумме 3 269 475,29 руб. суд первой инстанции установил следующее.

Пунктом 10.2 договора предусмотрено, что в случае нарушения начального и конечного сроков производства работ, а также промежуточных сроков, подрядчик

обязуется выплатить заказчику пени в размере 0,1 % в день от цены договора за каждый день просрочки, при этом, заказчик вправе удержать начисленную сумму пени из суммы, подлежащей оплате за работу.

Часть 2 статьи 708 ГК РФ указанные в договоре подряда начальный, конечный и промежуточные сроки выполнения работы могут быть изменены в случаях и в порядке, предусмотренных договором.

Согласно п. 3.1 договора истец должен был завершить все работы и сдать их ответчику не позднее 10.10.2017.

Пункт 3.4 договора установлено, что стороны вправе изменить сроки работ дополнительным соглашением к договору.

Срок выполнения работ стороны не изменяли в установленном порядке.

Стоимость работ составила по договору 27.474.582 руб. 25 коп.

Акты № 1 на сумму 12.157.426 руб. 80 коп. подписан сторонами 08.09.2017, т.е. часть работ была выполнена в срок, установленный договором. Таким образом, правомерно производить начисление на сумму неисполненного обязательства в срок. Сумма неустойки, рассчитанная таким образом, составит 1.481.767 руб. 56 коп.

Суд первой инстанции установил, что требование по встречному иску подлежит удовлетворению в сумме 1.481.767 руб. 56 коп. В остальной части требования суд отказывает.

Доводы истца, изложенные в апелляционной жалобе, о взыскании задолженности подлежат отклонению исходя из следующего.

Истцом в материалы дела представлены дополнительные соглашения № 2 и № 3 к договору строительного подряда № 1107-17Мр от 11.07.2017 г., и акты по ним, которые не подписаны ответчиком.

Из содержания представленных в дело проектов дополнительных соглашений № 2,3 видно, что их условия направлены на изменение заключенного договора, а именно состава, объема, цены и сроков выполнения работ по договору.

Изменение договора возможно по соглашению сторон, если иное не предусмотрено законом или договором (ч. 1 ст. 450 ГК РФ).

Соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев не вытекает иное (ч. 1 ст. 452 ГК РФ).

Согласно пунктам 2.5, 3.4 и 4.3 договора, изменение его условий осуществляется путем заключения письменного дополнительного соглашения к нему в виде единого документа подписанного сторонами.

В проектах дополнительных соглашений № 2 и № 3 (пункты 1.6) также указано, что условия спорных соглашений вступают в силу с момента их подписания сторонами.

Истец ошибочно полагает, что условия соглашений считаются акцептованными ответчиком путем совершения ответчиком конклюдентных действий по выплате авансов.

По смыслу главы 28 ГК РФ «Заключение договора», акцептование письменной оферты посредством совершения конклюдентных действий другой стороной возможно на этапе заключения договора и отсутствия согласованного сторонами договора.

В случае необходимости внесения изменений в условия уже заключенного договора, стороны обязаны руководствоваться положениями главы 29 ГК РФ «Изменение и расторжение договора» и ранее принятыми на себя обязательствами (п. 2.5, 3.4 и 4.3 договора) регулирующими порядок изменения договора.

Таким образом, по условиям ранее заключенного договора подписание дополнительного соглашения на дополнительные работы, является единственной формой выражения согласия на их проведение со стороны ответчика.

В случае отсутствия согласия заказчика с условиям выполнения дополнительных работ, подрядчик обязан приостановить соответствующие работы (абзац 2 ч. 3 ст. 743 ГК РФ).

Доказательств приостановки работ, а также доказательств необходимости совершения немедленных действий в интересах ответчика истец не представил в материалы дела.

Истец, не выполнивший обязанности, установленной ч. 3 ст. 743 ГК РФ, лишается права требовать от заказчика оплаты выполненных им дополнительных работ и возмещения вызванных этим убытков, если не докажет необходимость немедленных действий в интересах заказчика, в частности в связи с тем, что приостановление работ могло привести к гибели или повреждению объекта строительства (ч. 4 ст. 743 ГК РФ).

Довод жалобы ООО «Стройгарант» относительно неправомерности взыскания с ООО «Стройгарант» по встречному иску пени за нарушение срока окончания работ в размере 1.481.767,56 руб. также подлежит отклонению исходя из следующего.

Истец полагает, что неустойка должна быть взыскана в меньшем размере, а расчет неустойки должен производиться в зависимости от даты передачи актов (КС-2) по мере исполнения обязательства, приводит контррасчет неустойки.

Суд правомерно взыскал с истца неустойку за нарушение срока окончания работ.

Согласно п. 1 ст. 702, п. 1 ст. 708 и п. 1 ст. 753 ГК РФ, на подрядчика возложена обязанность выполнить и сдать работы заказчику к определенному сроку.

Подрядчик должен был выполнить все работы и сдать результат заказчику не позднее 10.10.2017 г. (п. 3.1 Договора).

Как установлено судом и подтверждается материалами дела, ответчик в одностороннем порядке отказался от исполнения договора, на основании п. 9.2, 9.2.1 договора, по причине нарушения истцом срока окончания работ, в результате чего с истца взыскана неустойка в размере 1.481.767,56 руб.

Способом обеспечения надлежащего исполнения обязательств в соответствии со статьей 330 Гражданского кодекса является неустойка, о применении которой стороны договорились при заключении договора, согласовав виды нарушений, за совершение которых наступает такой способ, а также порядок ее исчисления.

Право требования неустойки и порядок ее расчета определены сторонами в п. 10.2 договора: «в случае нарушения начального и конечного сроков производства работ, а также промежуточных сроков, подрядчик обязуется выплатить заказчику пени в размере 0,1 % в день от цены договора за каждый день просрочки, при этом, заказчик вправе удержать начисленную сумму пени из суммы, подлежащей оплате за работу».

Для правильного расчета неустойки необходимо определить цену договора и период ненадлежащего исполнения обязательства.

Общая стоимость работ по договору составляет 27 474 582,25 руб. (п. 1 дополнительного соглашения № 1) а выполнение работ на эту сумму подтверждается представленными в материалы дела актами о приемке работ (КС-2): № 1 от 29.09.2017 г. на 12 157 426,80 руб.; № 2 от 04.12.2017 г. на 5 358 889,43 руб.; № 1 (по дополнительному соглашению № 1) от 28.11.2017 г. на 2 004 000,00 руб.; № 3 от 16.01.2018 г. на 5 545 032,16 руб.; № 4 от 22.01.2018 г. на 2 409 233,86 руб.

Таким образом, выполнение всего объема работ по договору в совокупности подтверждают пять перечисленных актов (КС-2), из которых были подписаны ответчиком три акта (№ 1 от 29.09.2017 г. на 12 157 426,80 руб.; № 2 от 04.12.2017 г. на 5 358 889,43 руб.; № 1 (по дополнительному соглашению № 1) от 28.11.2017 г. на 2 004 000 руб.) на общую сумму 19 520 316,23 руб.

Работы по спорным актам № 3 от 16.01.2018 г. на 5 545 032,16 руб. и № 4 от 22.01.2018 г. на 2 409 233,86 руб. на общую сумму 7 954 266,02 руб. не были приняты ответчиком.



Период начисления неустойки при взыскании ее судом в каждом случае может зависеть от длительности ненадлежащего исполнения стороной своих обязанностей.

Данная позиция также высказана в пункте 65 постановления Пленум Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», разъяснил, что по смыслу статьи 330 Гражданского кодекса, истец вправе требовать присуждения неустойки по день фактического исполнения обязательства.

Суд первой инстанции уменьшил размер неустойки по встречному иску обосновав это тем, что правомерно производить начисление неустойки на сумму неисполненного в срок обязательства.

Поскольку в срок до 10 октября 2017 г. была выполнена только часть работ на сумму 12 157 426,80 руб., согласно акту № 1, расчет неустойки по п. 10.2 Договора правомерно производить от стоимости неисполненных в срок обязательств, то есть от 15 317 155,45 руб. (27 474 582,25 руб. - 12 157 426,80 руб.).

Спорные акты № 3 и № 4 на оставшуюся часть работ по договору переданы ответчику сопроводительными письмами № 07/18 и № 12/18, которые получены ответчиком соответственно 18.01.2018 г. (вх. № 9/18-М) и 24.01.2018 г. (вх. № 14/18) о чем свидетельствует отметка представителя ООО «КЕС» в указанных письмах.

Ответчик направил истцу мотивированные отказы по актам № 3 и № 4.

В ответном письме № 24 от 29.01.2018 г. истец признал недостатки и обещал приступить к их устранению «при установлении стойкой положительной температуры воздуха». Однако, до настоящего времени обязательство не исполнил.

Несмотря на согласие истца с недостатками, суд признал необоснованными причины отказа ответчика от приемки работ, указанных в актах № 3 и № 4, поскольку недостатки по которым ответчик отказывался от приемки работ не являлись существенными и неустраняемыми, а значит, работы по спорным актам считаются выполненными и подлежат оплате.

Учитывая, что последний акт № 4, которым истец фактически сдавал оставшийся объем работ по договору, передан ответчику 24.01.2018 г., то обязательство по выполнению всех работ и передачи результата, предусмотренные п. 3.1 договора, фактически исполнено истцом только 24.01.2018 г.

Следовательно, период просрочки ограничивается моментом фактического выполнения всех работ. Период просрочки с 11.10.2017 г. по 24.01.2018 г. включительно составил 106 дней, а неустойка за нарушение срока окончания работ должна составлять  $15\,317\,155,45 \times 0,1\% \times 106 = 1\,623\,618,48$  рублей.

Однако, фактически верно применив нормы материального права, суд взыскал неустойку в меньшем размере (1 481 767,56 руб.).

Суд апелляционной инстанции установил, что несоответствие взысканного размера неустойки расчету приведенному в настоящем отзыве вызвано арифметической ошибкой, допущенной судом.

Расчет неустойки в оспариваемом решении не приводится судом. На это обстоятельство обращает внимание и истец в жалобе.

В этой связи, решение от 29.08.2019 г. в части взыскания с истца неустойки, подлежит изменению судом апелляционной инстанции, а с истца должна быть взыскана неустойка в размере 1 623 618,48 руб. на основании указанного ответчиком расчета.

Контррасчет неустойки, произведенный в жалобе, не учитывает момент фактического исполнения обязательства в полном объеме только 24.01.2018 г., не учитывает спорные акты № 3 и № 4, поэтому не может быть признан верным.

В резолютивной части решения с ответчика по первоначальному иску взыскано 9.617.091,03 руб. задолженности.

Суд верно указал в решении, что стоимость всех работ составляет 27 474 582,25 руб. согласно п. 1.3 Дополнительного соглашения № 1.

Также, судом верно в абзаце 5 на странице 3 решения установлены следующие обстоятельства:

- 1) «Сторонами подписаны акты на сумму 19 520 316 руб. 23 коп...»;
- 2) «Оплата произведена ответчиком в сумме 18 544 300 руб. 42 коп.».

Но в абзаце 5 на странице 5 решения суд приходит к выводу:

«С учетом произведенного финансирования и стоимости работ, выполненных по договору и дополнительному соглашению на общую сумму договора 27.474.582 руб. 25 коп., задолженность ответчика составляет 8.930.227руб. 83 коп.».

А в абзаце 4 на странице 6 решения следует другой неверный вывод суда относительно размера задолженности:

«При указанных обстоятельствах, требование истца о взыскании гарантийного удержания подлежит удовлетворению в сумме 686.863 руб. 20 коп. В остальной части требования суд отказывает.

Таким образом, общая сумма задолженности составит 9.617.091 руб. 03 коп. (8.930.227руб. 83 коп. + 686.863руб. 20 коп.)».

При правильно установленных фактических обстоятельствах, примененных нормах права, в расчете суммы задолженности судом допущены две ошибки.

1) Сумма задолженности в резолютивной должна составлять 8 930 281,83 руб. (27 474 582,25 - 18 544 300,42) а не 8 930 227,83 руб., как определил суд первой инстанции.

2) Неправомерно прибавлена сумма гарантийного удержания 686 863,20 руб. к сумме задолженности. По смыслу Договора, гарантийное удержание является частью стоимости работ, а его оплата не является дополнительным обязательством ответчика.

Поскольку данные ошибки в расчетах затрагивают размер требований сторон спора как по первоначальному, так и по встречному иску, зачет встречных однородных требований также произведен судом неверно.

В связи с изложенным, суд апелляционной инстанции установил, что обжалуемый судебный акт подлежит изменению.

Руководствуясь статьями 110, 176, 266-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный апелляционный суд

#### ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2019 по делу №А40-255196/18 изменить и изложить в следующей редакции.

Взыскать с ООО «КЕС» (ОГРН 1107746941389, ИНН 7714823235, 125040, ГОРОД МОСКВА, УЛИЦА ПРАВДЫ, ДОМ 8, КОРПУС 13, ЭТАЖ 3, ПОМ.XVI, КОМН. № 51) в пользу ООО «СТРОЙГАРАНТ» (344029, ОБЛАСТЬ РОСТОВСКАЯ, ГОРОД РОСТОВ-НАДОНУ, УЛИЦА МЕТАЛЛУРГИЧЕСКАЯ, ДОМ 110Б, ОФИС 1, ОГРН 1066163069224, ИНН 6163082360) задолженность по первоначальному иску в размере 8.930.281 руб. 83 коп., пени в сумме 830 511 руб. 18 коп. В удовлетворении остальной части иска отказать.

Взыскать с ООО «КЕС» в доход федерального бюджета РФ государственную пошлину в размере 65.818 руб. 18 коп.

Взыскать с ООО «Стройгарант» в доход федерального бюджета РФ государственную пошлину в сумме 45.654 руб. 57 коп.

Встречный иск удовлетворить частично.

Взыскать с ООО «Стройгарант» в пользу ООО «КЕС» пени по встречному иску в размере 1.623.618 руб. 48 коп. и расходы по уплате государственной пошлины в сумме 17.832 руб. 56 коп. В удовлетворении остальной части иска отказать.

В результате зачета встречных однородных требований, взыскать с ООО «КЕС» в пользу ООО «Стройгарант» задолженность в сумме 8 137 174 руб. 53 коп.

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

О.Н. Семикина

Судьи

В.Я. Гончаров

В.И. Тетюк