



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ДАЛЬНЕВОСТОЧНОГО ОКРУГА

Пушкина ул., д. 45, г. Хабаровск, 680000, официальный сайт: www.fasdvo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Хабаровск

26 августа 2022 года

№ Ф03-4042/2022

Резолютивная часть постановления объявлена 24 августа 2022 года.

Полный текст постановления изготовлен 26 августа 2022 года.

Арбитражный суд Дальневосточного округа в составе:

председательствующего судьи Мельниковой Н.Ю.,

судей Дроздовой В.Г., Серги Д.Г.

при участии:

от истца: представителя Болелого И.В. по доверенности от 01.08.2022,

от ответчика: представителя Босых Д.О. по доверенности от 10.01.2022 № 2;

от третьего лица: не явились,

рассмотрев в судебном заседании, проведенном с использованием системы веб-конференции, кассационную жалобу областного казенного учреждения «Дирекция по реализации программ строительства Сахалинской области»

на решение от 11.03.2022, постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2022

по делу № А59-3530/2020 Арбитражного суда Сахалинской области

по иску общества с ограниченной ответственностью «Техно-Строй ДВ» (ОГРН 1137901001204, ИНН 7901542227, адрес: 693020, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, ул. имени Антона Буюклы, д. 38, эт. 4, оф. 2)

к областному казенному учреждению «Дирекция по реализации программ строительства Сахалинской области» (ОГРН 1156501010038, ИНН 6501279940, адрес: 693006, Сахалинская область, г. Южно-Сахалинск, ул. Пушкина, д. 80, оф. 216)

третье лицо: общество с ограниченной ответственностью «Стройкомплект» (ОГРН 1186501001390, ИНН 6506011872, адрес: 694490, Сахалинская область, Охинский район, г. Оха, ул. 60 лет СССР, д. 13А)

о взыскании оплаты за дополнительные работы по государственному контракту №01612000037180000_321552 от 11.09.2018

У С Т А Н О В И Л :

Общество с ограниченной ответственностью «Техно-Строй ДВ» (ООО «Техно-Строй ДВ») обратилось в Арбитражный суд Сахалинской области с иском с учетом принятых судом изменений в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) к областному казенному учреждению «Дирекция по реализации программ строительства Сахалинской области» (ОКУ «Дирекция по строительству») о взыскании задолженности за выполненные работы по государственному контракту от 11.09.2018 № 01612000037180000_321552 в сумме 2 237 322 руб.

Определением от 14.01.2021 к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено общество с ограниченной ответственностью «Стройкомплект» (ООО «Стройкомплект»).

Решением Арбитражного суда Сахалинской области от 11.03.2022, оставленным без изменения постановлением Пятого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2022, иск удовлетворен.

ОКУ «Дирекция по строительству» обратилось в Арбитражный суд Дальневосточного округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить судебные акты и принять новый судебный акт об отказе в удовлетворении иска либо направить дело на новое рассмотрение в ином составе судей.

В жалобе со ссылками на пункты 3.3, 3.11 контракта и статью 34 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон № 44-ФЗ) указывает на ошибочность выводов судов о согласовании работ заказчиком, приводит доводы об оплате дополнительных работ по статье «Непредвиденные затраты» и в случае нехватки денежных средств и распоряжения заказчика на выполнение дополнительных работ. Обращает внимание, что по условиям соглашения о расторжении контракта резерв средств на непредвиденные расходы и затраты использован в полном объеме.

Письмами от 16.10.2018 № 8-2299, от 07.02.2019 № 8-265, от 21.03.2019 № 8-618 объемы, виды дополнительных работ и их сметная стоимость не согласовывались; с письмом от 28.08.2019 № 8-2010 направлены проектные решения в части монтажа приборов отопления, что не является дополнительными работами. Впервые локальные сметные расчеты и акты выявленных дополнительных работ направлены заказчику письмом

от 18.10.2019 № 110 (не предъявлены к приемке), но их согласование не произведено, распоряжение на выполнение работ не дано. Те же документы направлены и уже предъявлены к приемке с письмом от 14.11.2019 № 139. Акты представлены с нарушением пункта 3.5 контракта. Истец, участвуя в электронном аукционе на заключение контракта на выполнение дополнительных работ, не оспаривая его итоги и являясь исполнителем основных работ, знал об отсутствии у него обязательств по выполнению работ, являющихся предметом контракта от 26.11.2019, предложенная им цена ниже, чем взыскиваемая по настоящему делу стоимость дополнительных работ. В этой связи полагает поведение ООО «Техно-Строй ДВ» недобросовестным и настаивает на применении эстоппеля. Целью подачи иска является исключительно намерение получить бюджетные средства в обход конкурентных процедур. О недобросовестности свидетельствует и расчет в локальной смете с использованием индекса 1 квартала 2019 года, тогда как сметная документация рассчитана с индексом 4 квартала 2017 года.

Судами не учтен организационно-правовой статус ответчика, закупочная деятельность которого строго регламентирована Федеральным законом № 44-ФЗ. Выводы судов о допустимости увеличения цены контракта на 10 % без разбивки на их соотнесение только к конкретным пунктам сметной документации на основании пункта «б» части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ не соответствуют условиям контракта и положениям Федерального закона № 44-ФЗ на момент его заключения. Согласно акту формы КС-11 и соглашению о расторжении договора, подписанному по свободному волеизъявлению сторон, стоимость работ составляет 97 829 012,74 руб. и полностью оплачена. В удовлетворении иска ООО «Техно-Строй ДВ» по делу № А59-590/2021 о признании соглашения о расторжении договора недействительным отказано.

В дополнительных пояснениях ОКУ «Дирекция по строительству» указало, что проверка законности заключения контракта на дополнительные работы осуществляется в рамках дела № А59-3530/2020; настаивает на том, что заказчик не согласовывал выполнение дополнительных работ, к приемке их не предъявлял, в том числе на момент объявления аукциона, не дана оценка письмам от 18.10.2019 № 110 и от 14.11.2019 № 138.

ООО «Техно-Строй ДВ» в отзыве оспорило доводы жалобы, просило оставить ее без удовлетворения.

В судебном заседании представители сторон поддержали свои правовые позиции по делу.

Как установлено судами и следует из материалов дела, между ОКУ «Дирекция по строительству» (заказчик) и ООО «Техно-Строй ДВ» (подрядчик) 11.09.2018 по итогам электронного аукциона на основании протокола подведения итогов электронного аукциона от 31.08.2018

№ 0161200003718000089 заключен государственный контракт № 0161200003718000089J321552 (контракт), по условиям которого подрядчик обязался выполнить строительно-монтажные работы по объекту: «Строительство центра культурного развития в с. Некрасовка Охинского района» в соответствии с техническим заданием (приложение № 4), проектной документацией, в срок, установленный контрактом, по цене в соответствии со сметой стоимости работ (приложение № 2), а заказчик - произвести оплату фактически выполненных работ.

Цена контракта 101 700 000 руб. является твердой, НДС не облагается, определяется на весь срок исполнения включает в себя все затраты подрядчика, необходимые для выполнения работ, и может быть изменена только в случаях, предусмотренных Федеральным законом № 44-ФЗ (пункты 3.1, 3.2, 3.3 контракта).

В соответствии с пунктом 3.3 контракта заказчик оплачивает непредвиденные затраты в пределах 2 %, временные здания и сооружения в пределах 1,24 % согласно смете стоимости работ. При расчетах между заказчиком и подрядчиком за фактически выполненные объемы работ эта часть резерва подрядчику не передается, а остается в распоряжении заказчика. В этом случае объемы фактически выполняемых работ фиксируются в обосновывающих расчеты документах, в том числе и тех работ, которые дополнительно могут возникать при изменении заказчиком в ходе строительства ранее принятых проектных решений. Неподтвержденные объемы работ, а также объемы работ, на которые подрядчик не подтвердил целесообразность и необходимость, оплате не подлежат.

По условиям пункта 3.7 контракта оплата фактически выполненных работ осуществляется исходя из объема таких работ и цены контракта в сроки и размерах, установленных календарным графиком выполнения и оплаты выполненных работ. Оплата производится за фактически выполненные работы в течение 30 календарных дней с даты подписания сторонами форм КС-2, КС-3 и предоставления подрядчиком счета и счета-фактуры (при наличии), но не позднее 29 декабря текущего финансового года.

Дополнительные работы, выявленные в процессе производства работ, на основании пункта 3.11 контракта в обязательном порядке активируются заказчиком, подрядчиком и иными заинтересованными сторонами. Оплата дополнительных работ производится за счет средств контракта, предусмотренных по статье «Непредвиденные затраты». При недостатке средств на непредвиденные затраты в соответствии с контрактом подрядчик не производит выполнение дополнительных работ до особого распоряжения заказчика. Заказчик обязан определить источник финансирования и порядок выполнения таких работ. Сметные расчеты на выполнение дополнительных

работ подлежат проверке в организации, имеющей допуск на выполнение проектных работ.

Подрядчик, приступивший к выполнению дополнительных работ без получения особого распоряжения заказчика об их выполнении, а равно при отсутствии его согласования сметной стоимости таких работ, несет соответствующие предпринимательские риски и не может претендовать на оплату таких работ в соответствии с настоящим контрактом.

ООО «Техно-Строй ДВ» выполнило работы по контракту, законченный строительством объект сдан и принят заказчиком по акту формы КС-11 от 20.12.2019 стоимостью строительно-монтажных работ 97 829 012,74 руб.

Сторонами 23.12.2019 подписано соглашение о расторжении контракта, в пункте 2 которого определена сумма фактически выполненных работ 97 829 01,74 руб. в соответствии со сметой стоимости строительно-монтажных работ. Уменьшение цены контракта от первоначальной отражено в смете, оформленной приложением № 1 к соглашению, и обусловлено стоимостью фактически выполненных работ в цене контракта, в том числе по работам: 02-02-04, архитектурные, конструктивные и объемно-планировочные решения; 02-02-05, полы; 05-03-23, наружные сети связи; 07-06-30, вертикальная планировка, благоустройство и озеленение территории.

Пунктами 3 и 4 соглашения предусмотрено, что все обязательства по контракту прекращаются с даты подписания соглашения, расторжение контракта не освобождает стороны от обязательств и ответственности, возникшей до момента расторжения контракта, условия о гарантийных обязательствах по контракту остаются неизменными.

Принятые работы оплачены заказчиком платежным поручением от 23.12.2019 № 1795 на сумму 97 829 012,74 руб.

Подрядчик с сопроводительными письмами от 18.10.2019, 14.11.2019 предъявил к приемке и оплате дополнительные работы общей стоимостью 2 283 008,40 руб., выполнение которых в соответствии с проектной документацией являлось необходимым, а именно:

- работы на сумму 1 045 604,40 руб. согласно локально-сметному расчету № 1 «Архитектурные конструктивные и объемно-планировочные решения» (ЛСР № 1) и акту формы КС-2 № 1 от 31.09.2019;

- работы на сумму 175 543,20 руб. по устройству кровли и козырьков на основании локально-сметного расчета № 2 «Кровля» (ЛСР № 2) и акту формы КС-2 № 2 от 22.07.2019;

- работы по прокладке тепловых сетей и изоляции на сумму 722 416,80 руб. согласно локально-сметному расчету № 3 «Тепловые сети» (ЛСР № 3) и акту формы КС-2 № 3 от 23.08.2019;

- работы на сумму 339 444 руб. согласно локально-сметному расчету № 4 (ЛСР № 4) «Канализация тепловых сетей» и акту формы КС-2 № 4 от 10.08.2019.

ОКУ «Дирекция по строительству» отказало в оплате дополнительных работ, ссылаясь на их выполнение без согласования (письмо от 18.11.2019).

В претензии от 06.04.2020 № 11 ООО «Техно-Строй ДВ» потребовало у заказчика оплатить дополнительные работы. Претензия оставлена без удовлетворения, что послужило основанием для обращения ООО «Техно-Строй ДВ» с иском в арбитражный суд.

Правоотношения сторон судом квалифицированы судами как регулируемые нормами главы 37 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о подряде, а также нормами Федерального закона № 44-ФЗ.

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 непромышленного 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 (пункт 2 статьи 763 ГК РФ).

Оплата выполненных подрядчиком работ производится заказчиком в размере, предусмотренном сметой, в сроки и в порядке, которые установлены законом или договором строительного подряда. При отсутствии соответствующих указаний в законе или договоре оплата работ производится в соответствии со статьей 711 ГК РФ (пункт 1 статьи 746 ГК РФ).

Если договором подряда не предусмотрена предварительная оплата выполненной работы или отдельных ее этапов, заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок, либо с согласия заказчика досрочно (пункт 1 статьи 711 ГК РФ).

Согласно части 2 статьи 34 Федерального закона № 44-ФЗ при заключении контракта указывается, что цена контракта является твердой и определяется на весь срок исполнения контракта.

Из пункта 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ следует, что изменение существенных условий государственного (муниципального) контракта допускается только при одновременном соблюдении, в том числе следующих условий: если возможность изменения условий контракта была предусмотрена документацией о закупке и контрактом; при снижении цены контракта без изменения предусмотренных контрактом количества товара, объема работы или услуги, качества поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги и иных условий контракта; если по предложению заказчика увеличиваются предусмотренные контрактом количество товара, объем работы или услуги не более чем на 10 % или уменьшаются предусмотренные контрактом количество поставляемого товара, объем выполняемой работы или оказываемой услуги не более чем на 10 %.

Объем и содержание работ определяются в технической документации (пункт 5 статьи 709, пункт 1 статьи 743 ГК РФ).

Подрядчик в силу пункта 1 статьи 743 ГК РФ обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ. При отсутствии иных указаний в договоре строительного подряда предполагается, что подрядчик обязан выполнить все работы, указанные в технической документации и в смете.

Подрядчик, обнаруживший в ходе строительства не учтенные в технической документации работы и в связи с этим необходимость проведения дополнительных работ и увеличения сметной стоимости строительства, обязан сообщить об этом заказчику. При неполучении от заказчика ответа на свое сообщение в течение десяти дней, если законом или договором строительного подряда не предусмотрен для этого иной срок, подрядчик обязан приостановить соответствующие работы с отнесением убытков, вызванных простоем, на счет заказчика. Заказчик освобождается от возмещения этих убытков, если докажет отсутствие необходимости в проведении дополнительных работ (пункт 3 статьи 743 ГК РФ).

Заказчик вправе вносить изменения в техническую документацию при условии, если вызываемые этим дополнительные работы по стоимости не превышают десяти процентов указанной в смете общей стоимости строительства и не меняют характера предусмотренных в договоре строительного подряда работ. Внесение в техническую документацию изменений в большем объеме осуществляется на основе согласованной сторонами дополнительной сметы (пункты 1, 2 статьи 744 ГК РФ).

В пункте 12 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд,

утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017 (далее – Обзор) указано на необходимость учитывать специфику отношений, складывающихся в сфере строительства, которая уже в силу своего существа создает возможность выявления в ходе исполнения обязательства дополнительных работ и в связи с этим обуславливает необходимость применения норм статьи 743 ГК РФ наряду с положениями Федерального закона № 44-ФЗ. К дополнительным работам, подлежащим оплате заказчиком, могут быть отнесены исключительно те работы, которые, исходя из имеющейся информации на момент подготовки документации и заключения контракта объективно не могли быть учтены в технической документации, но должны быть произведены, поскольку без их выполнения подрядчик не может приступить к другим работам или продолжать уже начатые, либо ввести объект в эксплуатацию и достичь предусмотренного контрактом результата.

Соответственно, при рассмотрении спора о взыскании стоимости дополнительных работ, не предусмотренных контрактом, подлежат установлению обстоятельства согласования с заказчиком дополнительного объема, видов и стоимости работ, а также обстоятельства объективной необходимости выполнения данных работ.

В качестве дополнительных работ ООО «Техно-Строй ДВ» предъявило к оплате следующие работы:

- работы на сумму 1 045 604,40 руб. по ЛСР № 1 «Архитектурные конструктивным и объемно-планировочным решениям»;
- работы на сумму 175 543,20 руб. по устройству кровли и козырьков по ЛСР № 2 «Кровля»;
- работы на сумму 722 416,80 руб. по прокладке тепловых сетей и изоляции по ЛСР № 3 «Тепловые сети»;
- работы на сумму 339 444 руб. по ЛСР № 4 «Канализация тепловых сетей».

В обоснование необходимости выполнения и согласования выполнения дополнительных работ с заказчиком истец представил переписку сторон при исполнении контракта и заключения специалиста-инженера по специальности «Промышленное и гражданское строительство» Сидорова А.В., генерального директора ООО «Строительные системы», состоящего в ассоциации «Саморегулируемая организация архитекторов и проектировщиков Дальнего Востока». В судебном заседании суда первой инстанции 31.01.2022 специалист Сидоров А.В. дал пояснения по заключениям.

Оценив представленные в материалы дела доказательства по правилам статьи 71 АПК РФ, суды установили, что в ходе исполнения контракта подрядчик неоднократно уведомлял заказчика о выявлении дополнительного

объема и видов работ, не учтенных в смете, но предусмотренных проектной и рабочей документацией по контракту. Работы по ЛСР №№ 1, 3, 4 не включены в смету, работы по ЛСР № 2 в соответствии с СП 17.13330.2017 «Свод правил. Кровли. Актуализированная редакция СНиП II-26-76», утвержденных приказом Минстроя России от 31.05.2017 № 827/пр, необходимы к выполнению вследствие замены заказчиком материала (металлочерепицы «Монтерей» на устройство фальцевой кровли из рулонной стали). Невыполнение работ по ЛСР № 4 привело бы к существенному нарушению СП 28.13330.2017 «Защита строительных конструкций от коррозии» в части мер минимальной вторичной защиты бетона и железобетона. Работы по ЛСР №№ 1, 2, 3, 4 выполнены в пределах объема, предусмотренного проектными решениями.

Все спорные виды работ связаны с неполным учетом фактического объема работ, изменением материала и способа выполнения работ, с технологией выполнения последующих работ, включенных в контракт, направлены на обеспечение годности и прочности результата работ. Данные работы являются обязательными и необходимыми для получения качественного и долговечного результата по контракту (здание – центра культурного развития), для обеспечения годности и прочности результата работ. Выполненные работы самостоятельными по отношению к контракту не являются. Факт и необходимость их выполнения ответчиком не оспаривались.

По результатам оценки, в том числе переписки сторон, суды сделали вывод о согласовании заказчиком выполнения дополнительных работ с указанием на их оплату за счет средств статьи «Непредвиденные затраты» либо в ином порядке.

ОКУ «Дирекция по строительству» при фактическом выполнении спорных дополнительных работ 01.11.2019 в единой информационной системе опубликовало извещение об осуществлении закупки № 01611200003719000227 на выполнение дополнительных строительно-монтажных работ по объекту «Строительство центра культурного развития в с. Некрасовка Охинского района». По итогам электронного аукциона победителем определен ООО «СтройКомплект», с которым заключен государственный контракт от 26.11.2019 № 0161200003719000227 321552.

Свои действия по проведению данной закупки ответчик обосновал недопустимостью заключения дополнительных соглашений с увеличением стоимости работ и объемов работ, не предусмотренных ранее сметными расчетами; полагал, что превышение в пределах 10 % допустимо только по конкретным позициям локального сметного расчета в соответствии с разъяснениями в письмах Минфина России от 19.03.2020 № 24-03-08/21456, от 11.12.2019 № 24-03-07/96489.

Позиция ответчика признана судами ошибочной, поскольку письмо Минфина РФ не является нормативным документом, положения статьи 743 ГК РФ и пункта «б» части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ допускают увеличение цены контракта на 10 % без разбивки на их соотнесение только к конкретным пунктам сметной стоимости.

Судами также учтено, что, исходя специфики отношений, складывающихся в сфере строительства, положений статьи 8, части 5 статьи 24 Федерального закона № 44-ФЗ увеличение объема работ по контракту, в том числе в случае превышения лимита 10 % от цены или объема, предусмотренных контрактом, допустимо исключительно в случае, если их невыполнение грозит годности и прочности результата выполняемой работы.

При установленных фактических обстоятельствах действия заказчика по формированию нового государственного заказа расценены судами как недобросовестные, направленные на урегулирование вопроса об оплате в обход Федерального закона № 44-ФЗ.

Суды, отклоняя возражения ОКУ «Дирекция по строительству» о заключении сторонами соглашения от 23.12.2019 о расторжении контракта с установлением объема фактически выполненных работ на сумму 97 829 012,74 руб., исходили из того, что сумма в данном соглашении определена сторонами только в пределах сметной стоимости строительно-монтажных работ без учета дополнительных работ, в отношении которых ответчик на этот момент уже вышел на аукцион на самостоятельные работы.

Принимая во внимание, что стоимость дополнительных работ не превышает 10 % от цены контракта, с учетом проведения дополнительных работ достигнут конечный результат - законченный строительством объект сдан и принят заказчиком по акту формы КС-11 от 20.12.2019, суды признали требование истца о взыскании стоимости дополнительных работ подлежащими удовлетворению в полном объеме.

Выводы судов сделаны с правильным применением норм материального права.

Закупочная деятельность ответчика как государственного казенного учреждения строго регламентирована Федеральным законом № 44-ФЗ, который регулирует отношения, направленные на обеспечение государственных и муниципальных нужд в целях повышения эффективности, результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг, обеспечения гласности и прозрачности осуществления таких закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере таких закупок (часть 1 статья 1).

Целью правового регулирования осуществления закупок для государственных или муниципальных нужд является эффективное, зачастую экономное расходование бюджетных средств. Данная цель достигается

посредством установления требований к контракту, его условиям, и процедуре закупки.

После подписания контракта, являющегося по своей правовой природе договором подряда, в процессе его исполнения может быть выявлена необходимость выполнения дополнительных работ. Это связано со спецификой строительных работ, верно учитываемой судами первой и апелляционной инстанций. К дополнительным работам, подлежащим оплате заказчиком, относятся работы, которые не были учтены в технической документации, но должны были быть учтены, поскольку без их выполнения подрядчик не мог приступить к другим работам или продолжать уже начатые либо ввести объект в эксплуатацию и достичь предусмотренного договором результата.

Закон разграничивает самостоятельные подрядные работы, предполагающие заключение отдельного контракта, и дополнительные работы, не имеющие самостоятельного характера, но необходимые для достижения согласованного сторонами результата. Вопрос об отнесении выполненных работ к тому или иному виду работ имеет существенное значение и подлежит выяснению арбитражным судом при принятии решения исходя из конкретных обстоятельств дела.

В кассационной жалобе не оспаривается, что спорные работы являются дополнительными.

Федеральный закон № 44-ФЗ регулирует вопросы оплаты дополнительных работ в контексте общего целевого вектора законодательства о закупочной деятельности, направленного на защиту правомерных ожиданий заказчика и недопустимость навязывания ему подрядчиком несогласованных работ при эффективном и экономном расходовании бюджетных средств.

По общему правилу без изменения первоначальной цены контракта фактическое выполнение дополнительных работ, не предусмотренных контрактом, не может повлечь обязанность заказчика по их оплате (определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 26.01.2016 № 303-ЭС15-13256, от 11.03.2020 № 303-ЭС19-21127).

Вместе с тем, Федеральным законом № 44-ФЗ предусмотрена возможность изменения цены контракта при установлении императивных ограничений.

Согласно пункту «б» части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ в редакции на дату заключения контракта изменение существенных условий государственного (муниципального) контракта допускается, если по предложению заказчика увеличиваются предусмотренные контрактом количество товара, объем работы или услуги не более чем на десять

процентов. При этом по соглашению сторон допускается изменение с учетом положений бюджетного законодательства Российской Федерации цены контракта пропорционально дополнительному количеству товара, дополнительному объему работы или услуги исходя из установленной в контракте цены единицы товара, работы или услуги, но не более чем на десять процентов цены контракта.

Положения, аналогичные норме пункта «б» части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ, приведены в пункте 14.7 контракта, допускающем возможность изменения существенных условий контракта.

Ни нормой Федерального закона № 44-ФЗ, ни условиями контракта увеличение цены контракта на 10 % не поставлено в зависимость от разбивки на соотнесение только к конкретным пунктам сметной стоимости, на чем настаивает ответчик.

Судами верно отмечено, что стоимость дополнительных работ не превышает 10 % цены контракта, что согласуется с положениями статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ.

Возражения ОКУ «Дирекция по строительству» о невозможности оплаты дополнительных работ по контракту и необходимости только в проведении новой закупки правомерно признаны судами необоснованными.

Исходя из целей правового регулирования дополнительных работ и сформировавшихся в судебной практике подходов (определения Верховного Суда Российской Федерации от 07.04.2016 № 302-ЭС15-17338, от 13.08.2019 № 305-ЭС19-6167, от 22.12.2020 № 306-ЭС20-9915, от 24.05.2021 № 305-ЭС20-15344), условиями оплаты таких работ являются необходимость их выполнения, уведомление об этом заказчика и получение его согласия.

На основании пункта 1 статьи 743 ГК РФ подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ. При отсутствии иных указаний в договоре строительного подряда предполагается, что подрядчик обязан выполнить все работы, указанные в технической документации и в смете.

В силу пункта 1.2 статьи 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации строительство, реконструкция объектов капитального строительства осуществляются в соответствии с проектной документацией и рабочей документацией.

Согласно пункту 30 Положения о составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию, утвержденному Постановлением Правительства от 16.02.2008 № 87, смета является одним из

разделов проектной документации. Сметная документация должна содержать сводку затрат, сводный сметный расчет стоимости строительства, объектные и локальные сметные расчеты (сметы), сметные расчеты на отдельные виды затрат.

Таким образом, и проектная документация, включая сметы, и рабочая документация, которая изготавливается на основе проектной, должны полностью соотноситься между собой.

В соответствии с пунктом 2.1 контракта и техническим заданием подрядчик обязан выполнить работы в соответствии с проектными решениями рабочей документации, требованиями действующих норм, правил и регламентов. При этом, как установлено судами, работы по ЛСР №№ 1, 3, 4 предусмотрены проектной и рабочей документацией по контракту, но не вошли в смету.

В отношении работ по ЛСР № 1 судами установлено, что общий объем стен по рабочим чертежам составляет 194,14 куб.м, тогда как сметой предусмотрено выполнение работ в объеме 142,36 куб.м, которые приняты заказчиком, по акту истцом предъявлен к оплате дополнительный объем работ в размере 14,236 куб. м, что находится в пределах проектного объема работ, не учтенного локально-сметным расчетом к контракту (51,78 куб.м).

Как указано специалистом, согласно рабочей документации (лист 14) высота потолка сцены составляет 6,1 м., зрительного зала - 5, 25 м., но при расчете общей площади потолков не учтен перепад высот, площадь которого, согласно заключению ООО «Строительные системы», составляет 7,4 кв.м, что и повлекло необходимость увеличения объемов работ.

Работы по штукатурке цементно-известковым или цементным раствором поверхностей внутри здания площадью 320,2 кв.м сметным расчетом к контракту не предусмотрены, но предусмотрены проектной документацией (раздел 012.064/16- АР (листы 10, 11), в которой объем работ «шпатлевание» по отделке стен из газобетонных блоков составляет 330 кв.м.

Гидроизоляция стен фундаментов в 2 слоя площадью 78,3 кв.м с использованием материала техноэласт ЭПП в количестве 180,1 кв.м предусмотрена рабочей документацией (лист 5) с указанием на работы «Гидроизоляция Техноэласт ЭПП. 2 слоя - 8 мм.», но не предусмотрена сметой.

Аналогично предусмотрены рабочей документацией, но отсутствуют в сметном расчете по контракту работы по штукатурке по сетке без устройства каркаса площадью 68,1 кв.м, с использованием материалов: смесь штукатурно-клеевая - 476,7 кг., сетка армирующая фасадная - 73,55 кв.м (лист 5 рабочей документации с указанием на «Гонкослойная штукатурка по пластиковой сетке») и работы по устройству боковой обмазочной изоляции стен фундаментов площадью 68, 1 кв.м, с использованием материала –

Церезит (лист 5 рабочей документации с указанием на «Гидроизоляция CERESIT CR 65»).

Работы, вошедшие в ЛСР № 3, не отражены в сметном расчете по контракту, но на выполнение этих работ указано заказчиком в письме № 8-2299 от 16.10.2018, их выполнение являлось обоснованным и обязательным. Специалистом также указано, что все данные работы предусмотрены проектной документацией, но не включены в сметный расчет при формировании цены контракта.

Объем работ в ЛСР № 4 предусмотрен проектным решением на листе КЖ.ТС-2, прим. п.3, по рабочим чертежам составляет 581,3 м². Подрядчик выполнил данные работы согласно проектным решениям 012.064/16 - ТС.КЖ-2, п. 3 - «Все бетонные поверхности, соприкасающиеся с грунтом, обмазать двумя слоями битумной мастики по огрунтовке. Площадь обмазки - 581,3 м²». Однако данный вид работ, предусмотренный проектной документацией, не предусмотрен сметным расчетом к контракту.

Характер спорных работ как работ, которые должны были быть выполнены для продолжения и завершения работ по контракту, подтвержден в ходе рассмотрения дела и не оспаривается сторонами. Необходимость выполнения спорных дополнительных работ, в том числе для обеспечения годности и прочности результата работ, установлена судами и спорной не является.

Вместе с тем только необходимость выполнения дополнительных работ в отсутствие согласования с заказчиком не может повлечь обязанность по их оплате.

При наличии контракта, определяющего объем и стоимость работ, судам необходимо проверить надлежащее соблюдение условий контракта об увеличении его цены при выполнении дополнительных работ, обстоятельства подписания дополнительного соглашения, корректировки проектно-сметной документации или внесения изменений техническое задание.

Судами установлено, что дополнительное соглашение к контракту на выполнение и оплату дополнительных работ отсутствует, что, однако, в рассматриваемом случае не свидетельствует об отсутствии у подрядчика права на оплату дополнительных работ исходя из фактических обстоятельств дела и поведения заказчика, поскольку дополнительное соглашение не является единственной письменной формой выражения согласия заказчика на выполнение дополнительных работ. Такая форма может быть иной, но всегда должна подтверждать явное согласие заказчика.

В материалах дела имеется переписка сторон, из которой усматривается поведение заказчика, явно предполагающее согласование дополнительных работ и получение их о вещественного результата.

Так, судами учтено, что в письме от 01.03.2019 № 14 подрядчик указал заказчику на наличие разночтений в проектной локально-сметной документации, на что ответчик письмом от 21.03.2019 № 8-618 направил разъяснения проектной организации и изменения в рабочую документацию (работы по ЛСР № 1). С учетом данных разъяснений ООО «Техно-Строй ДВ» письмом от 19.07.2019 № 57 направило заказчику локально-сметные расчеты на предложенные проектировщиком работы с просьбой согласовать выполнение данных дополнительных работ и их оплату. Письмом от 28.08.2019 № 8-2010 ОКУ «Дирекция по строительству» сообщило об изменении в ПСД, направило чертежи по работам и разъяснение проектировщика, указало на оплату дополнительных работ за счет статьи «Непредвиденные затраты».

По работам в ЛСР № 2 установлено, что к оплате предъявлен дополнительный объем работы по устройству кровель из рулонной стали по обрешетке из обрезной доски в количестве 73,027 кв.м., тогда как локально-сметным расчетом № 02-02-06 к контракту предусмотрено устройство кровли площадью 906,32 кв.м, а по актам КС-2 № 45 от 22.07.2019, № 50 от 10.08.2019, № 63 от 13.09.2019 работы приняты на 730,27 кв.м что на 176,05 кв.м меньше площади, предусмотренной проектной документацией. Разночтения возникли из-за замены материала, используемого при устройстве кровли, согласованного письмом заказчика № 8-265 от 07.02.2019 (заказчик согласовал замену покрытия кровли, согласовал устройство сплошной обрешетки из доски и пароизоляционного слоя), выразил согласие на оплату работ, влекущих удорожание строительства, на основании пунктов 3.4, 3.11 контракта.

Письмом от 04.10.2018 № 65 ООО «Техно-Строй ДВ» уведомило заказчика о расхождениях в рабочей и сметной документации по устройству сетей теплоснабжения (работы по ЛСР № 3), ссылаясь на необходимость дачи разъяснений относительно заказываемых у поставщиков материалов с учетом значительного удорожания их стоимости и отсутствия в сметных расчетах отдельных позиций. По данному обращению заказчик после совместного рассмотрения с проектной организацией в письме от 16.10.2018 № 8-2299 указал на необходимость выполнения работ материалами, предусмотренными проектными решениями, а также на выполнение дополнительных работ с оплатой за счет средств контракта, предусмотренных по статье «Непредвиденные затраты» (т. 9, л. д. 26 - 29).

В ходе выполнения работ выявлена необходимость изменения проектных решений в соответствии замечаниями подрядчика. Проектной организацией после рассмотрения запросов заказчика вносились изменения в проектную и рабочую документацию, влекущие изменение сметной стоимости. Данные изменения перенаправлялись подрядчику заказчиком, который прямо указывал на оплату им возникших в связи с этим

дополнительных работ, что обоснованно расценено судами как явное и утвердительное его согласие на выполнение дополнительных работ.

В пункте 12 Обзора разъяснено, если заказчик согласовал действия по проведению дополнительных работ, необходимых для завершения технологического цикла и обеспечения годности и прочности их результата, последующий отказ в оплате дополнительных работ создавал бы возможности для извлечения им преимуществ из своего недобросовестного поведения.

Позиция ОКУ «Дирекция по строительству» об отсутствии согласования дополнительных работ противоречит его же действиям по направлению подрядчику изменений в проектную документацию, которые, как установлено судами, и повлекли необходимость выполнения дополнительных работ.

В этой связи суд округа считает возможным поддержать выводы судов о согласовании спорных работ заказчиком, при этом учитывает, что стоимость принятых и оплаченных по контракту работ в совокупности со стоимостью спорных дополнительных работ не превышает твердую цену контракта, не нарушает подпункт «б» пункта 1 части 1 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ.

Доводы об оплате дополнительных работ за счет средств по статье «Непредвиденные затраты» и в случае нехватки денежных средств наличие распоряжения заказчика на выполнение дополнительных работ подлежат отклонению, поскольку установлены обстоятельства согласования заказчиком работ с указанием на их оплату, нивелирующие указание ответчика на формальное отсутствие особого распоряжения заказчика. Пунктом 3.11 контракта предусмотрено, что заказчик должен определить источник финансирования дополнительных работ.

Как установлено судами, заказчик знал о выполнении подрядчиком дополнительных работ, данный факт и необходимость выполнения дополнительных работ не оспаривал. Несмотря на это он провел закупку на выполнение этих же дополнительных работ (работ, не имеющих самостоятельный характер и неразрывно связанных с основными работами), уже выполненных истцом, что не соотносится с критериями разумного добросовестного поведения и принципами закупочной деятельности по Федеральному закону № 44-ФЗ.

Самостоятельный характер работ ответчиком не доказан. Как пояснил в судебном заседании специалист, выполнение работ по ЛСР № 4 отдельно от основных невозможно. По ЛСР № 3 все работы являются подземными, выполнение их отдельно от основных работ нецелесообразно, так как для этого необходимо вскрыть выполненные работы и их доделывать, что влечет

значительное удорожание работ. По ЛСР № 1 отдельное выполнение спорных дополнительных работ от основных работ невозможно.

Действия же истца по участию в данной закупке вопреки доводам жалобы не могут рассматриваться как недобросовестные при наличии у него правовых притязаний на оплату уже выполненных работ.

Довод о том, что предложенная подрядчиком на этапе закупки на дополнительные работы цена меньше, чем взыскиваемая по настоящему делу стоимость дополнительных работ, отклоняется с учетом того, что начальная (максимальная) цена контракта определена заказчиком 1 932 860,490 руб. (т. 6, л. д. 130, 131 с обратной стороны) ниже предъявленной к взысканию стоимости дополнительных работ, тогда как контракт заключается по цене, предлагаемой участником закупки, но не превышающей начальную (максимальную) цену контракта.

В ходе рассмотрения настоящего дела ответчик виды, объемы и стоимость дополнительных работ не оспаривал, в кассационной жалобе таких возражений не приведено.

Расчет в ЛСР на дополнительные работы с использованием индекса 1 квартала 2019 года, тогда как сметная документация рассчитана с индексом 4 квартала 2017 года, не может рассматриваться как достаточный для квалификации действий подрядчика как недобросовестных. Указание в жалобе на определение цены контракта с применением индекса 4 квартала 2017 года противоречит материалам дела. Из сметы стоимости работ по контракту (т. 1, л. д. 33, т. 6, л. д. 104) следует, что цена определена с учетом перевода в текущие цены (перехода цен из 4 квартала 2017 года в 3 квартал 2018 года). Аналогичное усматривается и из двусторонних актов формы КС-2.

Правовых оснований для применения эстоппеля не имеется.

Доводы жалобы не подтверждают наличие в действиях подрядчика намерения обойти закон, признаков недобросовестности или иного злоупотребления при выполнении дополнительных работ.

Материалы дела исследованы судами полно, всесторонне и объективно, представленным сторонами доказательствам дана надлежащая правовая оценка, изложенные в принятых судебных актах выводы соответствуют фактическим обстоятельствам дела и нормам права. Оснований для отмены обжалуемых судебных актов по приведенным в кассационной жалобе доводам, у суда округа не имеется.

Нарушений норм процессуального права, являющихся согласно части 4 статьи 288 АПК РФ в любом случае основаниями для отмены обжалуемых судебных актов, судом кассационной инстанции не установлено.

В этой связи в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 287 АПК РФ обжалуемые решение и постановление подлежат оставлению без изменения, кассационная жалоба – без удовлетворения.

Расходы по уплате государственной пошлины по кассационной жалобе в порядке статьи 110 АПК РФ относятся на истца.

Руководствуясь статьями 286-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Дальневосточного округа

П О С Т А Н О В И Л :

решение от 11.03.2022, постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2022 по делу № А59-3530/2020 Арбитражного суда Сахалинской области оставить без изменения, кассационную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия, в порядке, предусмотренном статьей 291.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председательствующий судья

Н.Ю. Мельникова

Судьи

В.Г. Дроздова

Д.Г. Серга