

АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115225, г. Москва, ул. Большая Тульская, д.17.

ИСТЕЦ: общество с ограниченной ответственностью «ААА», находящееся по адресу: ;
тел: **8 (495) 984 89 75, 8 916 952 33 00.**

ОТВЕТЧИК: общество с ограниченной ответственностью «БББ», находящееся по адресу:

ТРЕТЬЕ ЛИЦО: Федеральное казенное учреждение «Управление автомобильной магистрали ВВВ, находящееся по адресу:

ЦЕНА ИСКА: 110.000.000,00 рублей.

ГОСПОШЛИНА: 200.000,00 рублей.

ИСКОВОЕ ЗАЯВЛЕНИЕ

о взыскании неосновательного обогащения

25.12.2013 между истцом и ответчиком был заключен договор строительного подряда №УГК-001 (в дальнейшем – договор), в соответствии с которым истец принял на себя обязательство по реконструкции автомобильной дороги Х, а ответчик обязался принять и оплатить выполненные истцом работы.

Согласно п.3.1 договора общая стоимость работ составляет 865.000.000,00 рублей, а конечный срок выполнения работ - 30.11.2014 (п.5.1 договора).

Пунктом 1.7 договора установлена обязанность истца предоставить ответчику безотзывную банковскую гарантию в размере 110.000.000,00 рублей. В обеспечение исполнения своих обязательств по договору истец предоставил ответчику безотзывную банковскую гарантию №654 от 20.01.2014 на сумму 110.000.000,00 рублей. Данная гарантия была выдана Акционерным коммерческим банком «ГГГ» (ЗАО) (в дальнейшем – гарант) на основании договора выдачи банковской гарантии №654 от 20.01.2014.

Согласно п.3 банковской гарантии обязанность гаранта уплатить сумму гарантии возникает в случае неисполнения и/или ненадлежащего исполнения принципалом (истцом) обязательств по договору (включая случаи неисполнения (ненадлежащего исполнения) принципалом (истцом) своих обязательств в гарантийный период, а также обязательств по оплате неустойки, штрафных санкций, предусмотренных договором.

Письмом (исх. №518 от 28.12.2014) ответчик уведомил истца о расторжении договора в одностороннем порядке по п.2 ст.715 ГК РФ в связи с нарушением истцом промежуточных и конечного срока выполнения работы.

Письмом (исх. №519/1 от 01.12.2014) ответчик предъявил требование к гаранту о выплате банковской гарантии в размере 110.000.000,00 рублей. Получив отказ гаранта, ответчик повторно предъявил требования о выплате банковской гарантии (исх. №5 от 16.01.2015). Получив повторный отказ, ответчик обратился с иском в арбитражный суд. Решением Арбитражного суда Московской области от 12.05.2015 (дело №А41-) с гаранта в пользу ответчика была взыскана банковская гарантия в размере 110.000.000,00 рублей. Решение по делу вступило в законную

силу 06.10.2015. Особо отмечу, истец никогда не признавал свою вину в нарушении договора.

Платежным поручением №1687 от 02.02.2016 гарант выплатил ответчику 110.000.000,00 рублей.

Платежными получениями №371 от 30.03.2016, №372 от 30.03.2016, №374 от 30.03.2016 и платежным требованием №15075 от 15.02.2016 истец в полном объеме погасил в свой долг перед гарантом по договору выдачи банковской гарантии №654 от 20.01.2014. Своим письмом (исх. №15/6328 от 06.04.2016) гарант подтвердил отсутствие у него каких-либо претензий к истцу.

Считаю, расторжение ответчиком договора в одностороннем порядке и взыскание с истца 110.000.000,00 рублей являются незаконными и необоснованными, поскольку нарушение сроков выполнения работ произошло исключительно вследствие просрочки самого ответчика (п.1 ст.406 ГК РФ).

Кроме того, если допустить вину истца в нарушении договора, то в силу действовавшего до 04.04.2016 п.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 №81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» списание по требованию кредитора неустойки со счета должника (п.2 ст.847 ГК РФ) не лишает должника права ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений 333 ГК РФ, например, путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (ст. 1102 ГК РФ). Аналогичный правовой подход сформулирован в п.79 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 №7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

1. Размер взысканной банковской гарантии явно не соответствует последствиям допущенного истцом нарушения обязательства.

1.1. В случае, если суд признает истца виновным в нарушении сроков выполнения работ по договору строительного подряда договора, то в этом случае у ответчика возникло неосновательное обогащение.

Во-первых, согласно п.1.7 договора истец предоставляет безотзывную банковскую гарантию в размере 110.000.000 рублей. В силу п.11.4 договора истец обязан уплатить ответчику штраф в размере 10% от общей стоимости работ по договору в случае расторжения договора по вине истца.

Взыскание ответчиком с истца штрафа в размере 10% от общей стоимости работ по договору (п.11.4) **противоречит принципу юридического равенства**, установленному п.1 ст.1 ГК РФ. Как указано в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.07.2014 №5467/14, «начисление неустойки на общую сумму государственного контракта без учета надлежащего исполнения части работ противоречит принципу юридического равенства, предусмотренному пунктом 1 статьи 1 Кодекса, поскольку создает преимущественные условия кредитору, которому, следовательно, причитается компенсация не только за неисполненное в срок обязательство, но и за те работы, которые были выполнены надлежащим образом. Между тем превращение института неустойки в способ обогащения кредитора недопустимо и противоречит ее компенсационной функции».

Считаю, в случае признания судом истца виновным в нарушении сроков выполнения работы, штраф в размере 10% должен быть взыскан не со всей цены договора, а лишь в части невыполненных до получения уведомления ответчика об отказе от договора за исх.№518 от 28.11.2014 истцом работ.

Во-вторых, согласно п.5.1 договора истец обязан выполнить работы в срок до 30.11.2014. **Однако стороны перенесли конечный выполнения работы на 2015 год.** В частности, в п.10 протокола оперативного совещания от 16.09.2014 стороны согласовали перенос срока выполнения работ по наружному освещению, заготовке материалов, погружению стоек барьерного ограждения по разделительной полосе на зимний период 2014-2015 года.

Более того, в согласованной 10.11.2014 Ведомости объемов работ (в дальнейшем – Ведомость) стороны предусмотрели выполнение работ по договору на общую сумму 865.000.000,76 рублей, где в 2014 году истец должен был выполнить работы на сумму 393.000.000,00 рублей, а в 2015 году – на сумму 472.000.000,76 рублей. Согласно п.1.1 договора Ведомость – неотъемлемая часть договора.

Таким образом, подписав протокол оперативного совещания от 16.09.2014 и согласовав 10.11.2014 Ведомость, стороны тем самым согласовали перенос конечного срока выполнения работ по договору на 2015 год – в 2015 году истец должен был выполнить работы на 472.000.000,76 рублей.

Как следует из Ведомости, в 2014 году истец должен был выполнить работы на 393.000.000,00 рублей. Согласно уведомления ответчика об отказе от договора за исх.№518 от 28.11.2014 он признал выполнение истцом 39% от общего объема предусмотренных договором работ – на 337.128.317,12 рублей. Как следует из постановления Десятого арбитражного апелляционного суда от 28.04.2017 по делу №А41-1/15, ответчик признал выполнение истцом работ по договору на 337.773.462,09 рублей. Данный судебный акт в силу ч.2 ст.69 и ч.3 ст.70 АПК РФ имеет преюдициальное значение.

Таким образом, если суд признает истца виновным в нарушении договора, то **с истца подлежит взысканию штраф в размере 5.522.653,79 рублей,** но никак не 110.000.000,00 рублей, как потребовал ответчик:

(393.000.000,00 (стоимость подлежащих выполнению в 2014 году работ по Ведомости объемов работ) - 337.773.462,09 (стоимость выполненных истцом в 2014 году работ, признанных ответчиком и отраженных в постановлении 10 ААС от 28.04.2017 по делу №А41-1/15) : 10% = 5.522.653,79 рублей.

Кроме того, в случае установления судом вины истца в нарушении сроков выполнения работы по договору, **прошу суд снизить размер взысканной с истца неустойки в соответствии со ст.333 ГК РФ** как явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства и в нарушение п.1 ст.1 ГК РФ приведшей к получению ответчиком явно необоснованной выгоды!

1.2. Доводы истца о наличии на стороне ответчика неосновательного обогащения в виде разницы между подлежащим взысканию с истца штрафом и взысканной с него банковской гарантии, полностью соответствуют сложившейся судебной практике.

Во-первых, согласно п.30 «Обзора судебной практике применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ от 28.06.2017) получение заказчиком денежных сумм по банковской гарантии в объеме, предусмотренном такой гарантией, не лишает исполнителя права на возмещение убытков в виде разницы между выплаченной суммой и размером имущественных требований, имевшихся у заказчика в соответствии с обеспечиваемым гарантией обязательством.

Во-вторых, как указано в постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 14.11.2016 №Ф09-9725/16 по делу №А76-2668/2016 (Верховный Суд РФ согласился с данным решением - определение от 28.02.2017 №309-ЭС17-62):

«Несмотря на независимый характер банковской гарантии, выданной в обеспечение основного обязательства, она как и другие способы обеспечения исполнения обязательств, носит акцессорный характер, и призвана обеспечить исполнение основного обязательства. При этом, исходя из смысла ст.329 и главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации, обеспечение осуществляется лишь в отношении неисполненного должником обязательства. Следовательно, независимость гарантии не является абсолютной, предел ее независимости лежит в плоскости экономической и правовой природы банковской гарантии, которая выражается в наличии предмета обеспечения. Таким образом, гарантия выдается не для получения кредитором ничем не обусловленного права требования, но для компенсации на случай неисполнения должника. Иное влечет неосновательное обогащение кредитора, поскольку не соответствует обоснованному получению выгоды и противоречит принципу справедливости.» .

2. Вина истца в нарушении сроков выполнения работы отсутствует.

В соответствии с п.2 ст.330 ГК РФ кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Согласно п.5 ст.405 ГК РФ должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора.

Как указано в п.59 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 №54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» если иное не установлено законом, в случае, когда должник не может исполнить своего обязательства до того, как кредитор совершит действия, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства, применению подлежат положения ст.405, 406 ГК РФ.

Считаю, нарушение промежуточных и конечного сроков выполнения работы произошло не по вине истца, а исключительно в силу того, что ответчик не совершил действий, предусмотренных договором, до совершения которых истец не мог выполнить своего обязательства (п.1 ст. 406 ГК РФ).

Во-первых, согласно абз.2 п.5.1 договора истец обязан приступить к выполнению работ в течении 5-ти дней с даты передачи ему ответчиком по акту строительной площадки, утвержденного ППР, геодезической разбивочной основы. Как следует из п.7.1 договора, ответчик обязан передать истцу строительную площадку по акту за 5-ть дней до начала работ на объекте. Письмом за исх.№10-К от 27.03.2014 истец потребовал от ответчика передачи строительных площадок.

Однако данную обязанность ответчик выполнил с просрочкой и то лишь частично.

Согласно Директивного календарного графика организации строительства, реконструируемый по договору участок автомобильной дороги разбит на 97 пикетов. Данный документ является приложением к тому 47 проектной документации. Как следует из подписанного сторонами акта о приемке выполненных работ №1 от 26.05.2014, истец начал выполнять работы по договору с 26.04.2014. В письме за исх. №10-К от 27.03.2014 истец потребовал от ответчика передать строительные площадки. Однако **из 97 пикетов в мае 2014 года ответчик передал истцу только 29 пикетов:** по акту №1 от 01.05.2014 – 9 пикетов, по акту №2 от 01.05.2014 – 8 пикетов, по акту №3 (без даты) – 11 пикетов,

по акту №4 от 06.05.2014 – часть участка на 30-м пикете, по акту №5 от 07.05.2014 – часть участка на 30-м пикете.

Таким образом, свое обязательство по передаче строительных площадок ответчик выполнил только на 29,9% ($29 \times 100\% : 97 = 29,9\%$). Более того, после мая 2014 года ответчик проигнорировал наши неоднократные требования о передаче строительных площадок №81-К от 02.07.2014 и №95-К от 14.07.2014.

Следовательно, **после мая 2014 года ответчик не передал истцу ни одной строительной площадки**, а также не передал геодезическую разбивочную основу. Считаю, данное нарушение негативно сказалось на организации истцом своей работы и лишило его реальной возможности выполнить работу в установленный договором срок.

Во-вторых, согласно абз.2 п.1.1 договора состав и объем выполняемых истцом работ определяется Ведомостью, являющейся Приложением №2 к договору. Вместе с тем, данная **Ведомость была направлена ответчиком истцу только 08.09.2014**, исх. 763/09у, то есть на 6-й месяц выполнения работ (с апреля 2014). При этом отмечу, данная Ведомость была направлена истцу впервые. Истец отказался от ее подписания поскольку Ведомость не полностью отражает выполненные истцом работы и не учитывает необходимые для полного выполнения договора работы (письмо за исх. №151-К от 25.09.2014).

Отсутствие согласованной Ведомости стало основанием для обращения истца в Арбитражный суд Московской области с иском о признании договора незаключенным (**дело №А41-**). Однако после обещаний ответчика истец заявил в суд ходатайство о возвращении искового заявления.

Особо отмечу, **Ведомость была согласована сторонами только 10.11.2014** (см. стр. 111 Ведомости), а уже в 28.12.2014 ответчик в одностороннем порядке отказался от исполнения договора. В свою очередь, после согласования Ведомости работы были выполнены истцом в незначительном объеме (Акты №8 от 20.11.2014, №9 от 30.11.2014 и №10 от 05.02.2015 на общую сумму 45.167.813,84 рублей ($24.790.093,31 + 3.649.975,61 + 16.727.744,92 = 45.167.813,84$) (см. Приложение №1 к исковому заявлению).

Следовательно, по вине ответчика истец был вынужден более 7-ми месяцев выполнять работы в отсутствие согласованной сторонами Ведомости. Это негативно повлияло на сроки выполнения истцом работ, поскольку отсутствовала ясность какие работы следует истцу выполнять и по какой стоимости они будут оплачены ответчиком.

В-третьих, из протокола оперативного совещания от 16.09.2014 и Ведомости от 10.11.2014 не следует, что перенос конечного срока выполнения работ произошел по вине истца. Напротив, из имеющейся в деле переписки сторон следует, что в нарушении конечного срока нет вины истца, а усматривается вина ответчика:

А) ответчик не обеспечил истца необходимым фронтом работ. Истец неоднократно указывал ответчику о наличии препятствий для продолжения работ:

- исх.№26-К от 06.05.2014 просил ответчика предоставить информацию о завершении им работ по переустройству газопроводов на ПК34+40, 89+24, нефтепроводов на ПК2+70, прокладке кабеля связи на ПК2+70, 3+10;
- исх.№109-К от 31.07.2014 направил ответчику перечень невыполненных им работ, ставших причиной отставания истцом от календарного графика производства работ: на пикете 0+00-5+00 не выполнены работы по устройству коммуникаций (нефтепровод, связь), нет готовности путепровода; на пикете 15+00-28+00 отсутствует проектное решение; на пикете 28+00-32+00 не решен вопрос по переустройству газопровода, нет готовности путепровода; на пикете 89+00-90+00 не выполнены работы по

переустройству газопровода; на пикете 90+00-97+00 отсутствует проектное решение по подкюветному дренажу, переувлажнение земляного полотна; отсутствие проектного решения для сельскохозяйственного проезда; нет проектного решения по фундаментам осветительных мачт электроосвещения транспортной развязки; на транспортных развязках пикеты 3+67,01 и 30+37,93 нет фронта работ; на транспортной развязке на пикете 30+37,93 не готов путепровод;

- исх.№175-К от 24.11.2014 просил ответчика предоставить информацию о завершении им работ по переустройству газопроводов на ПК34+30-ПК34+80, 89+00-89+50.

Вышеперечисленные замечания так и не были устранены ответчиком вплоть до его отказа от договора (28.11.2014). В частности, в письме за исх. №332/07-у от 07.05.2014 ответчик сообщил, что работы по переустройству газопровода на ПК34-40, ПК89-24 будут выполняться после получения технических условий заказчиком (третьим лицом), а пока «не подписано соглашение между заказчиком и министерством земельных и имущественных отношений. По вопросу переноса нефтепровода ТК-2+70 работы начнут производиться после 15 мая 2014 г. По устройству кабеля связи ООО «РРР» приступит к работам после выдачи заказчиком рабочей документации в производство работ, на данный момент рабочая документация находится на рассмотрении технического совета заказчика (прилагается). А в письме за исх. №986/25-у от 25.11.2014 ответчик признал, что он не выполнил работы по переустройству газопроводов на пикетах 34+30-34+80, 89+00-89+50. А через **три дня после этого он отказался от договора (!?)**.

Б) истец систематически испытывал нехватку грунтовых резервов, необходимых для устройства земляного полотна и рабочего слоя насыпи дороги. Из-за возникшего дефицита грунтовых резервов истец был вынужден неоднократно приостанавливать выполнение работ – за исх.№827 от 04.09.2014, за исх.№150-К от 20.09.2014, за исх.№170-К от 18.11.2014.

В) с апреля 2014 года, когда истец приступил к выполнению работ, и до 10.11.2014 истец был вынужден их выполнять в отсутствие согласованной сторонами Ведомости. Данное обстоятельство вносило существенную неопределенность в отношении видов, объемов и стоимости подлежащих выполнению истцом работ по договору. В частности, из-за отсутствия Ведомости ответчик отказался от подписания актов приемки выполненных работ (форма КС-2) и справок о стоимости выполненных работ (форма КС-3) в апреле-мае 2014 года – исх. №384/21 от 21.05.2014, исх.№450/10 от 10.06.2014. В свою очередь, из-за полученного отказа истец был вынужден приостановить выполнение работ – исх.№715 от 14.08.2014.

Также истец указывал ответчику, что отсутствие согласованной Ведомости не позволило ему составить график производства работ по рекультивации резервов грунта – исх.№81-К от 02.07.2014. Только за исх.№763/09-у от 08.09.2014 ответчик направил истцу проект Ведомости. Однако истец отказался от подписания данного проекта по причине того, что в нем не учтены все подлежащие выполнению истцом по договору работы, включая фактически выполненные им работы - исх.№151-К от 25.09.2014. Кроме того, отсутствие согласованной сторонами Ведомости послужило основанием для обращения истца с иском в арбитражный суд.

Наиболее подробно истец привел причины, делающие невозможным выполнение им работ в установленный договором срок, в письме б/н от 06.10.2014: «отсутствие согласованной сторонами Ведомости объемов работ, несвоевременное предоставление грунтовых карьеров для устройства земляного полотна и рабочего слоя, неверное определение объемов полезного грунта в карьерах №№1 и 3,

задержка принятия технического решения по четвертому пусковому комплексу, а именно: переносу коммуникаций, устройству подкюветного дренажа, электроосвещения». Однако в очередной раз ответчик проигнорировал обращение истца (?).

В-четвертых, согласно п.5.7.1 СНиП 12-01-2004 «Организация строительства» проекты организации строительства (ПОС) являются обязательным документом для застройщика (заказчика), подрядных организаций, а также для организаций, осуществляющих финансирование и материально-техническое обеспечение.

Согласно Директивного календарного графика организации строительства строительство и переустройство путепроводов, газопроводов, нефтепроводов **должно быть завершено во 2-м квартале** (обязанность ответчика), **и только затем, в 3-м квартале** предусмотрено выполнение работ по устройству основания, устройству покрытия дороги и укрепительные работы (обязанность истца). Данный документ является приложением к тому 47 проектной документации.

Следовательно, **пока ответчик не построит путепроводы, и не переустроит газопроводы, нефтепроводы и кабель связи, истец НЕ В СОСТОЯНИИ начать и завершить свои работы по договору к конечному сроку.**

Таким образом, ответчик не создал истцу необходимые условия для производства работ. Допущенные ответчиком нарушения носили системный характер и исключали возможность завершения истцом работ к конечному сроку.

3. Ответчик является лицом, злоупотребившим своим правом.

Согласно п.1 ст.10 ГК РФ не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Считаю, представленные истцом документы красноречиво свидетельствуют о том, что обратив взыскание на банковскую гарантию в полном объеме – 110.000.000 рублей, **ответчик злоупотребил своим правом, в результате чего неосновательно обогатился.**

Во-первых, как следует из протокола оперативного совещания от 16.09.2014 и Ведомости от 10.11.2014 стороны согласовали перенос конечного срока выполнения работ на 2015 год. Поэтому за исх. №1091 от 10.11.2014 истец направил ответчику проект дополнительного соглашения №1 от 05.11.2014 к договору, устанавливающего конечный срок выполнения работы – 30.11.2015. Однако ответчик проигнорировал данное соглашение и оставил его без ответа, а 28.12.2014 он расторг договор в одностороннем порядке. Более того, в письме за исх.№526 от 05.12.2014 ответчик просил считать «технической ошибкой» перенос выполнения работ на 2015 год, т.к. дополнительное соглашение об этом не подписано сторонами.

Таким образом, ответчик проявил явную **з л о н а м е р е н н о с т ь**: вначале подписал протокол оперативного совещания от 16.09.2014 и Ведомость, предусматривающие перенос выполнения работ на 2015 года, а затем отказался от подписания соответствующего дополнительного соглашения к договору (!?).

Во-вторых, **при отсутствии доказательств вины истца** в нарушении срока выполнения работ, ответчик отказался от договора и незаконно потребовал уплаты банковской гарантии. При этом в нарушение договора он **обратил взыскание на всю сумму банковской гарантии** (!?).

На основании изложенного и в силу ст.ст.309, 310, 329, 330, 333, 368, 374, 405, 406, 1102 и 1105 ГК РФ,

прошу:

взыскать с общества с ограниченной ответственностью «БББ» (ОГРН) в пользу общества с ограниченной ответственностью «ААА» (ОГРН) 110.000.000,00 рублей неосновательного обогащения, 200.000,00 рублей государственной пошлины.

Приложения:

«__» июня 2016 г.

Гендиректор ООО «ААА»

М. п.