

ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД ГОРОДА

127994, г. Москва, пр-д Соломенной сторожки, д. 12.

Судье М.В. Кочешковой

**ДЕЛО №: А40-131145/2022,
09АП-20580/2023**

**ИСТЕЦ: общество с ограниченной ответственностью
«СИТИГЕОСТРОЙ», ОГРН 1207700380392, ИНН 9703019643,
дата регистрации: 13.10.2020,
адрес: 105118, г. Москва, внутригородская территория
муниципальный округ Соколиная гора, ул. Буракова, д. 29, пом. 37.**

**ОТВЕТЧИК: общество с ограниченной ответственностью
«СПЕЦАЛЬНС», ОГРН 1117746198602, ИНН 7721719490,
дата регистрации: 18.03.2011,
адрес: 109428, г. Москва, Рязанский пр-кт, д. 22, корп. 2,
эт. 4, пом. X, комн. 37.**

ТРЕТЬИ ЛИЦА:

**1) акционерное общество «ЕВРОЦЕМЕНТ ГРУП»,
ОГРН 1027739128141, ИНН 7708117908,
121357, г. Москва, вн. тер. г. Муниципальный округ
Можайский, ул. Верейская, д. 29, стр. 34, эт. 5, помещ./комн. 1/4.**

**2) общество с ограниченной ответственностью «МЕРКУРИЙ»,
ОГРН 5077746899192, ИНН 7706660749,
129344, г. Москва, вн. тер. г. Муниципальный округ Свиблово,
ул. Енисейская, д. 1, стр. 1, оф. Б301.**

ОТЗЫВ

**на апелляционную жалобу истца
(в порядке ст. 262 АПК РФ)**

Ознакомившись с содержанием апелляционной жалобы истца, считаю ее доводы направлены на переоценку фактических обстоятельств дела и основаны на неверном толковании истцом норм материального права. Поэтому данная жалоба не подлежит удовлетворению, а принятый по делу

судебный акт должен быть оставлен без изменения. Свою правовую позицию мотивирую следующими доводами.

1. Суд первой инстанции правильно установил, что «истец в нарушение порядка, установленного Инструкцией №П-7, не вызвал ответчика для совместной проверки качества поставленной продукции и составления акта о наличии у поставленной продукции недостатков по качеству, тем самым, лишив последнего права на участие в приемке товара, что в свою очередь свидетельствует о нарушении истцом порядка приемки продукции.» (п. п. 16 и 20 Инструкции №П-7, примечание – автора).

Во-первых, в соответствии с п. 16 указанной Инструкции истец обязан был обеспечить хранение продукции ненадлежащего качества. В нарушение данного требования **истец не обеспечил сохранность поставленной истцом продукции – из 220 тонн портландцемента истец сохранил всего два мешка, весом по 50 кг каждый (!?)**.

Во-вторых, как следует из протокола испытаний (промежуточный) № 137-Щ от 29.11.2021 (т. 1 л. д. 91-92), лабораторные (промежуточные) испытания портландцемента производились в период с **18.11.2021 по 29.11.2021**. А согласно протоколу испытаний № 137-Щ от 16.12.2021, испытания портландцемента проводились с **18.11.2021 по 16.12.2021**.

Вместе с тем, претензия была направлена ответчику только **09.12.2021** и согласно отчету об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 12728762014220 прибыла в место вручения только **13.12.2021**.

Таким образом, **претензия прибыла в место вручения (еще не была вручена ответчику) только 13.12.2021, тогда как испытания проб портландцемента начались 18.11.2021 и были завершены 16.12.2021 (?)**.

Также отмечу, что истец не приглашал ответчика для проверки качества изготовленных железобетонных изделий с использованием портландцемента ответчика.

Таким образом, **истец умышленно исключил участие ответчика в отборе образцов (проб) портландцемента для последующего их лабораторного исследования! Как следствие, ответчик был незаконно лишен возможности удостовериться в том, что лабораторному исследованию подверглись образцы портландцемента, поставленного именно ответчиком, а не другими поставщиками**.

В-третьих, при контроле качества поставленного портландцемента истец грубо нарушил порядок отбора точечных проб, объединенной пробы и лабораторных проб, предусмотренный действовавшим на момент поставки портландцемента ГОСТом 30515-2013:

- отбор точечных проб цемента, упакованного в мешки, мягкие контейнеры или другую тару, а также из специализированных транспортных средств при перевозке цемента без упаковки производят не менее чем из

пяти (!) единиц упаковок или транспортных средств, выбранных случайным образом (!), (п. 7.4.1);

- из мешков, мягких контейнеров или другой тары пробу берут с глубины не менее 15 см, но не более 15 см от дна контейнера (тары). При глубине тары менее 30 см пробы отбирают из середины слоя (п. 7.4.2);

- масса точечных проб должна быть такой, чтобы масса объединенной пробы, составленной из них, была не менее 20 кг при проверке качества цемента изготовителем, потребителем и органами надзора и не менее 30 кг при проверке качества цемента в случае предъявления претензий потребителем (п. 7.4.4);

- при приготовлении объединенной пробы все точечные пробы, отобранные из одной (!) партии (части партии), соединяют и тщательно перемешивают ручным или механическим способом (п. 7.4.5);

- из объединенной пробы, приготовленной по п. 7.4.5, получают лабораторные пробы массой около 8 кг каждая в количестве, указанном в 7.4.7 и 7.4.8 (п. 7.4.6);

- предусмотрено получение трех (!) лабораторных проб. При этом первую пробу направляют в аккредитованную испытательную лабораторию третьей стороны, вторая остается у потребителя или изготовителя, а третья хранится у изготовителя не менее трех (!) месяцев. При контроле качества цемента в случае предъявления потребителем претензии из объединенной пробы получают три лабораторные пробы. Первую пробу направляют в аккредитованную испытательную лабораторию третьей стороны, вторую и третью – изготовителю и потребителю (п. 7.4.8);

- каждая лабораторная проба, полученная по п. 7.4.6, должна быть упакована в соответствии с п. 7.5 и в течение трех (!) рабочих дней, не считая дня отбора, направлена в соответствующую лабораторию для испытаний (п. 7.4.9);

- пробы, предназначенные для испытаний в лаборатории третьей стороны и остающиеся у потребителя или изготовителя, упаковываются в герметичную тару, опечатывают или пломбируют (!). На тару наносят маркировку со следующей информацией: наименование изготовителя, условное обозначение цемента и (или) наименование в соответствии с нормативным документом; дата и место отбора проб; номер партии, дата изготовления (п. 7.5.2);

- при контроле качества цемента потребителем, а также в целях проведения сертификационных, контрольных и других испытаний отбор проб оформляют (!) актом с обязательным включением сведений с приложением Б или В. В случае, если отбор проб не у изготовителя, его заранее уведомляют (!) о возможном участии в отборе проб (п. 7.6.1);

- при контроле качества цемента при предъявлении потребителем претензий акт отбора проб оформляют в соответствии с порядком,

установленным (!) документами государственного арбитража или контрактом, с обязательным включением сведений в соответствии с приложением Б или В (п. 7.6.2);

- один экземпляр акта отбора проб направляют в испытательную лабораторию, проводящую испытания, другие экземпляры – заинтересованным организациям (!), (п. 7.6.3);

- при контроле качества цемента потребителем и органами надзора следует соблюдать (!) порядок отбора проб и применять методы испытаний в соответствии с разделами 7 и 9 (п. 8.4.2).

2. Суд первой инстанции правильно установил, что «истец предъявил свои исковые требования за пределами гарантийного срока (60 дней с даты отгрузки, согласно п. 12 ГОСТ 30515-2013 «Цементы. Общие технические условия», примечание – автора), сведения о соблюдении условий хранения материалы дела также не содержат, в связи с чем суд полагает, что провести судебную экспертизу не представляется возможным.»

Обоснованность данного вывода суда первой инстанции подтверждена приобщенными в материалы дела ответами экспертных организаций.

Во-первых, как следует из ответа ООО «Фирма «Цемискон» №129-СП от 14.09.2022 на запрос ответчика, «... сделать на основании результатов испытаний пробы цемента, для которой истек срок гарантии Изготовителя, заключение о том, соответствовал ли цемент требованиям стандарта на данный продукт в момент действия гарантии, не представляется возможным.» (выделение – автора). Отмечу, что данное общество имеет аттестат аккредитации № РОСС RU 0001.21СП16 от 22.05.2017 в качестве испытательной лаборатории (центра).

Во-вторых, как следует из ответа ФГБУ Московская областная лаборатория судебной экспертизы Министерства юстиции РФ от 15.09.2022 №4-427 на запрос ответчика по делу №А40-131145/22-22-991, «... проведение судебной товароведческой экспертизы по установлению качественных характеристик поставленного по договору портландцемента, исходя из качества образца товара (весом 50 кг), с последующим распространением полученных результатов на 11 партий аналогичной поставленной продукции (общим весом 220 000 кг), является методически неправильным, не соответствует требованиям действующих нормативно-технических документов и поэтому не представляется возможным.» (выделение – автора).

Таким образом, **на момент подачи иска по вине истца была безвозвратно утрачена возможность экспертной проверки обоснованности выводов ООО «Сити-Тест», положенных в основу исковых требований.**

3. Если предположить, что поставленный ответчиком портландцемент (полностью или в части) был ненадлежащего качества, то перед использованием ВСЕХ (как он утверждает) 220 ТОНН (?) портландцемента **истец обязан был принять меры для снижения размера своих убытков.** В

частности, перед изготовлением железобетонных изделий истец обязан был провести входной контроль качества поставленного ответчиком портландцемента (п. п. 9.1, 9.9 – 9.15 СП 48.1330.2019), а также произвести подбор бетона (раздел 8 СНиП 52-01-2003 «Бетонные и железобетонные конструкции. Основные положения» и произвести отбор бетонной смеси и изготовить контрольные образцы (раздел 4.2. ГОСТа 10180-2012 «Бетоны. Методы определения прочности по контрольным образцам»).

4. Материалы дела не позволяют исключить нарушение истцом как технологии производства железобетонных изделий, так и ненадлежащее качество других, используемых при их производстве материалов: щебня, арматуры, воды и прочих.

5. Истец не доказал, что предложенные им для передачи эксперту два мешка портландцемента, весом по 50 кг каждый, получены из партии портландцемента, поставленного ответчиком.

Во-первых, согласно протоколу согласования цены №1 от 19.10.2021 (т. 1 л. д. 18), универсальных передаточных документов (т. 1 л. д. 26-36) и товарно-транспортных накладных (т. 1 л. д. 37-58) поставка портландцемента была осуществлена ответчиком в адрес истца в период с 22.10.2021 по 16.11.2021. Всего было осуществлено 11 поставок. При этом, единицей измерения согласно указанным документам является одна тонна.

Как следует из акта освидетельствования от 19.11.2021, объектом осмотра являлся «портландцемент 42,5 Н ГОСТ 31108-2016 строительной марки «Евроцемент 500 экстра» упакованный по 50 кг в мешки из крафт-бумаги с маркировкой АО «ЕВРОЦЕМЕНТ ГРУПП.» (т. 1 л. д. 130-132).

В свою очередь, согласно протоколу испытаний (промежуточный) №137-Щ от 29.11.2021 (т. 1 л. д. 91-92), а также протоколу испытаний №137-Щ от 16.12.2021 объектом исследования ООО «Сити-Тест» выступал цемент производства АО «Евроцемент групп» весом 40 кг.

Во-вторых, согласно акту освидетельствования от 19.11.2021 (т. 1 л. д. 130-132) на упаковку портландцемента (мешок) нанесена следующая маркировка: РОСС.RU C-RU. АЩ01.В.00231/21 срок действия с 24.02.21 до 23.02.22. По информации, содержащейся на интернет-ресурсе по адресу: <https://pub.fsa.gov.ru/rss/certificate/view/2844988/baseInfo>, изготовителем указанного портландцемента является АО «Михайловоцемент» (391720, Рязанская обл., Михайловский р-н, рп. Октябрьский).

В свою очередь, из сертификата соответствия № РОСС RU C-RU.АЩ01.00269/21 (т. 1 л. д. 62) следует, что изготовителем поставленного ответчиком портландцемента является Воронежский филиал АО «ЕВРОЦЕМЕНТ групп» (396560, Воронежская обл., Подгоренский р-н, пгт. Подгоренский, ул. Дачная, д. 3А).

Таким образом, **имеющиеся в материалах дела противоречия по объему фасовки и производителю не позволяют доподлинно установить,**

что поставщиком якобы некачественного портландцемента выступал именно ответчик.

Считаю, истец нарушил положения частей 1 и 2 ст. 513 ГК РФ, согласно которым покупатель (получатель) обязан совершить все необходимые действия, обеспечивающие принятие товаров, поставленных в соответствии с договором поставки. Принятые покупателем (получателем) товары должны быть им осмотрены в срок, определенный законом, иными правовыми актами, договором поставки или обычаями делового оборота. Покупатель (получатель) обязан в этот же срок проверить количество и качество принятых товаров в порядке, установленном законом, иными правовыми актами, договором или обычаями делового оборота, и о выявленных несоответствиях или недостатках товаров незамедлительно письменно уведомить поставщика.

6. Правовая позиция ответчика, а равно законность и обоснованность принятого по делу судебного акта подтверждена судебной практикой.

6.1. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 31.01.2019 по делу №А40-270221/18-154-2839 было отказано в удовлетворении исковых требований о взыскании денежной суммы, уплаченной за некачественный товар (цемент М500) и убытков. Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Довод истца о существенном нарушении требований к качеству товара со ссылкой на Протокол от 25.05.2018 №1/28-К механических испытаний (кернов) цилиндров по ГОСТ 28570-90, Испытание цемента ООО «Технический центр» от 28.06.2018, отклоняется судом, поскольку как следует из указанных документов, процедура отбора проб цемента, проведения испытаний соответствия товара ГОСТу, истцом в данном случае не соблюдена, так как представитель ООО «Мега+» как поставщик цемента в исследованиях участия не принимал, отбор проб, и испытания произведены в одностороннем порядке без его извещения, что недопустимо.».

6.2. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 20.06.2019 по делу №А40-97597/19-53-838 было отказано в удовлетворении исковых требований о взыскании денежной суммы, уплаченной за некачественный товар (цемент). Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Достоверных доказательств, подтверждающих поставку товара ненадлежащего качества, суду не представлено. В товарных накладных наименование цемента не указано, иных доказательств, что на лабораторные исследования передавался именно поставленный ответчиком цемент, у суда не имеется, испытания каждой полученной у ответчика партии товара истец своевременно не производил.».

6.3. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 20.04.2018 по делу №А40-235633/17-72-1835 было отказано в удовлетворении исковых требований об уменьшении покупной цены товара (портландцемент)

ненадлежащего качества и взыскании излишне уплаченных денежных средств за товар ненадлежащего качества. Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Кроме того истцом не представлены доказательства вызова представителя ответчика для удостоверения факта поставки некачественной продукции, уведомления ответчика о производстве экспертизы, отказа ответчика от направления своего представителя либо согласия ответчика на проведение экспертизы (пункт 2 статьи 513 ГК РФ). Из представленного в материалы дела заключения невозможно с достоверностью установить, какой именно товар был передан Истцом для проведения экспертизы, а также признать выводы заключения специалиста надлежащим доказательством по делу. Таким образом, в рассматриваемом случае Истец не доказал факт поставки Ответчиком товара ненадлежащего качества.».

6.4. Решением Арбитражного суда Саратовской области от 12.01.2021 по делу №А57-14289/2020 было отказано в удовлетворении исковых требований о взыскании убытков из-за поставленного некачественного бетона. Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Отсутствие данных о времени и способе отбора проб, их маркировке не позволяет суду убедиться в относимости выводов лаборатории ООО «ВМС Инжиниринг», ООО «Первая Независимая Лаборатория №1» и ООО «СтройЭксперт» о недостаточном качестве готовой бетонной конструкции именно в результате некачественной бетонной смеси, изготовленной истцом. Кроме того, исследование образцов бетона в ООО «Первая Независимая Лаборатория №1» от 17.03.2020 и ООО «СтройЭксперт» от 18.03.2020 проводились без извещения представителей ООО «Балаковоагропромэнерго». Вместе с тем, о результатах исследования ООО «Балаковоагропромэнерго» уведомлено не было. Лишь в июне 2020 года, после демонтажа 29.03.2020 ОП №2 стойки №6, в адрес поставщика была направлена претензия о возмещении убытков, стоимости некачественного бетона. Данное обстоятельство исключает принцип разумности для уведомления о некачественности товара, поскольку поставщик был лишен возможности своевременно представить свои возражения по вопросу качества поставленного товара, учитывая его специфику и особенности, либо иным образом разрешить спорную ситуацию. Нарушение порядка приемки товара и силу положений пункта 2 статьи 513 ГК РФ является основанием для признания факта поставки некачественного товара недоказанным.».

Постановлением Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.03.2021, постановлением арбитражного суда Поволжского округа от 29.07.2021 по делу №А57-14289/2020 в удовлетворении апелляционных и кассационных жалоб истца было отказано. Определением Верховного Суда РФ от 28.10.2021 №306-ЭС21-21181 истцу было отказано в передаче

кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии.

6.5. Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 01.06.2021 по делу №А45-29464/2020 было отказано в удовлетворении исковых требований о взыскании убытков за поставку некачественного портландцемента. Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Таким образом, учитывая требования действующего законодательства, истцом должен был быть соблюден порядок определения качества цемента, предусмотренный Инструкцией о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по качеству, утвержденной Постановлением Госарбитража СССР от 25.04.1966 № П-7, а также ГОСТ 30515-2013 «Цементы. Общие технические условия», однако, истцом указанный порядок нарушен, отбор проб для определения качества поставленного цемента, в том числе наличия в нем посторонних предметов, не произведен, в следствие чего у истца отсутствуют доказательства поставки ответчиком цемента ненадлежащего качества.».

Постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2021 №07АП-7024/2021 по делу №А-45-29264/2020 указанное судебное решение было оставлено без изменения, а апелляционная жалоба истца – без удовлетворения.

6.6. Решением Арбитражного суда Челябинской области от 23.12.2016 по делу №А76-18835/2016 было отказано в удовлетворении исковых требований о взыскании убытков за поставку некачественного цемента. Основанием для отказа судом в удовлетворении иска послужило следующее: «Согласно п. 71 (теперь п. 9.1, примечание - автора) СНиП 12-01-2004: Участники строительства – лицо, осуществляющее строительство, застройщик (заказчик), проектировщик – должны осуществлять строительный контроль, предусмотренный законодательством Российской Федерации о градостроительной деятельности, с целью оценки соответствия строительно-монтажных работ, возводимых конструкций и систем инженерно-технического обеспечения здания или сооружения требованиям технических регламентов, проектной и рабочей документации.

В соответствии с пунктом 7.1.3 (в старой редакции, примечание – автора) СП 48.13330.2011 входным контролем проверяют соответствие показателей покупаемых (получаемых) материалов, изделий и оборудования требованиям технических условий или технических свидетельств на них, указанных в проектной документации и (или) в договоре. При этом проверяется наличие и содержание сопроводительных документов поставщика (производителя), подтверждающих качество указанных материалов и изделий. При необходимости могут выполняться контрольные измерения и испытания указанных выше показателей. Методы и средства этих измерений и испытаний должны соответствовать требованиям национальных

стандартов. Результаты входного контроля должны быть документированы в журнале входного контроля и (или) лабораторных испытаний.

При этом проверяется наличие и содержание сопроводительных документов поставщика (производителя), подтверждающих качество указанных материалов, изделий и оборудования. При необходимости могут выполняться контрольные измерения и испытания, указанных выше показателей. Методы и средства этих измерений и испытаний должны соответствовать требованиям стандартов, технических условий и (или) технических свидетельств на материалы, изделия и оборудование. Результаты входного контроля должны быть документированы.

При этом проверяются наличие и содержание сопроводительных документов поставщика (производителя), подтверждающих качество указанных материалов, изделий и оборудования.

При необходимости могут выполняться контрольные измерения и испытания указанных выше показателей. Методы и средства этих измерений и испытаний должны соответствовать требованиям национальных стандартов. Результаты входного контроля должны быть документированы в журналах входного контроля и (или) лабораторных испытаний.

В случае выполнения контроля и испытаний привлеченными лабораториями следует проверить соответствие применяемых ими методов контроля и испытаний установленным национальными стандартами.

Материалы, изделия, оборудование, несоответствие которых установленным требованиям выявлено входным контролем, следует отделить от пригодных и промаркировать. Работы с применением этих материалов, изделий и оборудования следует приостановить. Застройщик (заказчик) должен быть извещен о приостановке работ и ее причинах.

В соответствии с законодательством может быть принято одно из трех решений: поставщик выполняет замену несоответствующих материалов, изделий, оборудования соответствующими; несоответствующие изделия дорабатываются; несоответствующие материалы, изделия могут быть применены после обязательного согласования с застройщиком (заказчиком), проектировщиком и органом государственного контроля (надзора) по его компетенции.

Таким образом, истец обязан был убедиться до использования покупаемых им материалов в их соответствии качеству для предотвращения возникновения последствий, вызванных использованием некачественного материала. Доказательств некачественности партии цемента, поставленной ответчиком в адрес истца, возникших до передачи истцу, а так же принятия товара по качеству надлежащим образом, использование цемента по назначению с соблюдением всех технологических процедур, предусмотренных строительными нормами, причинение ущерба, возникшего

именно использованием цемента, поставленного ответчиком истцом не представлено.».

На основании изложенного и в силу п. 1 ст. 269 и ст. 270 АПК РФ,

п р о ш у:

1. В удовлетворении ходатайства ООО «СИТИГЕОСТРОЙ» о назначении по делу судебной химической экспертизы отказать.

2. Решение Арбитражного суда города Москвы от 16.02.2023 по делу №: А40-131145/2022 оставить без изменения, а апелляционную жалобу ООО «СИТИГЕОСТРОЙ» - без удовлетворения.

Приложения:

- квитанции Почты России, подтверждающие отправку отзыва на апелляционную жалобу лицам, участвующим в деле, заказным письмом с уведомлением;

- копия документа, подтверждающего полномочия на подписание отзыва на апелляционную жалобу.

«__» апреля 2023 г.

Генеральный директор
ООО «СПЕЦАЛЬЯНС»

Кочкаев Д.В.

М. п.