



**ПЯТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**  
Газетный пер., 34, г. Ростов-на-Дону, 344002, тел.: (863) 218-60-26, факс: (863) 218-60-27  
E-mail: [info@15aas.arbitr.ru](mailto:info@15aas.arbitr.ru), Сайт: <http://15aas.arbitr.ru/>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**арбитражного суда апелляционной инстанции**  
**по проверке законности и обоснованности решений (определений)**  
**арбитражных судов, не вступивших в законную силу**

город Ростов-на-Дону  
26 июля 2019 года

дело № А32-39986/2016  
15АП-3896/2018

Резолютивная часть постановления объявлена 22 июля 2019 года  
Полный текст постановления изготовлен 26 июля 2019 года

Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Величко М.Г.

судей Барановой Ю.И., Шапкина П.В.

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Клята Е.В.  
при участии:

от истца: представитель Рудомаха А.А., паспорт, доверенность от 13.06.2017;

от ответчика: представитель Фролов Г.С., паспорт, доверенность от 09.01.2017;

от третьего лица: не явился, извещен,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу общества с  
ограниченной ответственностью «Алюминий-Альянс»

на решение Арбитражного суда Краснодарского края

от 23.06.2017 по делу № А32-39986/2016 (судья Гречко О.А.)

по иску индивидуального предпринимателя Волкова Геннадия Алексеевича  
(ОГРН 310234713100022, ИНН 234700078205)

к обществу с ограниченной ответственностью «Алюминий-Альянс»  
(ОГРН 1113525011368, ИНН 3525264707)

при участии третьего лица: Косолаповой Галины Степановны

о взыскании неотработанного аванса по договору № 25/05-16 от 25.05.2016

по встречному исковому заявлению о признании договора подряда № 25/05-16 от  
25.05.2016 незаключенным и взыскании неосновательного обогащения,

**УСТАНОВИЛ:**

индивидуальный предприниматель Волков Г.А. (далее - предприниматель)  
обратился в Арбитражный суд Краснодарского края с иском к обществу с  
ограниченной ответственностью «Алюминий-Альянс» (далее - общество) о  
взыскании 1 310 000 руб. неосновательного обогащения в виде неотработанного  
аванса по договору подряда № 25/05-16 от 25.05.2016 (уточненные требования).

Общество обратилось со встречным иском к предпринимателю о признании договора подряда от 25.05.2016 № 25/05-16 незаключенным и взыскании 1 792 345 рублей неосновательного обогащения (уточненные требования).

Решением суда от 23.06.2017, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции от 27.12.2017, первоначальные требования предпринимателя удовлетворены, в удовлетворении встречного иска отказано.

Определением от 20.09.2017 апелляционным судом к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечена Косолапова Галина Степановна.

Постановлением Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 02.03.2018 постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.12.2017 отменено, дело направлено на новое рассмотрение в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд.

Отменяя судебный акт апелляционного суда, суд кассационной инстанции указал, что суд апелляционной инстанции, указывая на то, что общество не представило доказательств выполнения работ по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. Первомайская, 10, не опроверг в этой части вывод суда первой инстанции, в соответствии с которым фактически договор заключен на выполнение работ по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65. Суд первой инстанции установил, что между сторонами на момент начала работ отсутствовали неясности в отношении места проведения работ, цены работ и их объема. Однако данный вывод оценку суда апелляционной инстанции не получил, что привело к противоречию судебных актов в части определения адреса выполнения работ по договору. Указывая на отсутствие у подрядчика права на получение оплаты за выполненные работы, апелляционный суд сослался на то обстоятельство, что заказчик выполнение работ по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65, не заказывал и от договора отказался. Вместе с тем, апелляционный суд не дал оценку претензиям от 28.09.2016 и 06.10.2016, первоначальному исковому заявлению и отзыву предпринимателя на встречный иск общества, в которых предприниматель ссылается на выполнение обществом работ с отступлениями от условий договора в части примененных материалов и требует соразмерного уменьшения цены, не оспаривая при этом выполнение работ по спорному адресу. Общество предпринимало меры по внесению изменений в договор в части уточнения адреса проведения строительных работ (предприниматель не мотивировал отказ от подписания указанных изменений), а также предприниматель обеспечил доступ эксперту к месту проведения судебной экспертизы по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65 (т. 1, л.д. 48, 107; т. 2, л.д. 85, 87). При этом, в судебном заседании суда кассационной инстанции представители сторон подтвердили, что между предпринимателем и обществом существовала договоренность о выполнении спорных работ по договору по фактическому адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65. Кроме того, из пункта 2.1 договора следует, что под работами в данном договоре понимается возведение крытой террасы и выполнение работ согласно проектной документации. В соответствии с имеющейся в материалах дела проектной документации, адресом выполнения работ является кафе «Аквариум» г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65 (т. 2, л.д. 59-71). Иная проектная документация, в том числе для выполнения работ

по адресу г. Приморско-Ахтарск, ул. Первомайская, 10, в материалы дела не представлена. Суд апелляционной инстанции установил, что собственником кафе, к которому ответчик пристроил террасу, является Косолапова Г.С., которая спорные работы не заказывала, их результат ей не интересен и потребительской ценности для нее не представляет. Однако в материалах дела имеются сведения о том, что предприниматель является арендатором здания кафе, к которому общество возвело пристройку (т. 3, л.д. 38-42), что подтверждено представителем предпринимателя в суде кассационной инстанции. Суду следовало установить, имеют ли выполненные подрядчиком работы потребительскую ценность именно для предпринимателя с учетом результатов проведенной судебной экспертизы и того, что сам факт проведения работ непосредственно обществом участвующие в деле лица не оспаривают. Суд апелляционной инстанции не дал надлежащую оценку доводам общества о том, что первоначально предприниматель не заявлял претензий о выполнении обществом спорных работ; отказ от договора заявлен спустя продолжительное время после истечения срока выполнения работ по договору и не в связи с выполнением работ по иному адресу; выполненные обществом работы неустранимых недостатков не имеют, что подтверждается проведенной по делу экспертизой, и имеют потребительскую ценность для заказчика; отказ от принятия результата работ и их оплаты заявлен предпринимателем в период рассмотрения спора в суде. Ограничение предмета доказывания при рассмотрении дела в судах первой и апелляционной инстанций, повлекшее принятие ошибочных судебных актов, может являться основанием для направления дела на новое рассмотрение.

В силу части 2.1 статьи 289 АПК РФ указания суда кассационной инстанции обязательны для суда, вновь рассматривающего данное дело.

При новом рассмотрении дела определением апелляционного суда от 08.06.2018 по делу была назначена повторная строительно-техническая экспертиза, проведение которой поручено ООО Экспертное предприятие «Стройтэкс».

28.08.2018 в апелляционный суд из экспертного учреждения поступили материалы дела №А32-39986/2016 и экспертное заключение № 61/16.1 от 23.08.2018.

Определением от 01.10.2018 возобновлено производство в апелляционной инстанции по делу № А32-39986/2016.

Судом апелляционной инстанции установлено, что экспертом в заключении № 61/16.1 от 23.08.2018 не дан ответ на вопрос суда о том, какова стоимость фактически выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», по рыночным ценам, действующим на дату заключения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016.

Эксперт в заключении № 61/16.1 от 23.08.2018 посчитал стоимость работ по бюджетным расценкам, однако такой вопрос не ставился перед экспертом и не входил в предмет спора. Определение стоимости выполненных работ в отношении двух коммерческих лиц по бюджетным расценкам некорректно.

Поскольку в заключениях 2-х экспертиз № 61/16.1 от 23.08.2018 и № 010 от 18.04.2017, проведенных по настоящему делу, имеются противоречия, определением от 03.12.2018 по делу назначена повторная (3-я) экспертиза,

проведение которой поручено Научно-производственному предприятию ООО «СтройТехЭкспертиза», эксперту Даниеляну Сурену Артуровичу.

27.05.2019 в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд поступило заключение повторной экспертизы № 229/16.1 от 23.05.2019.

Определением от 24.06.2019 возобновлено производство в апелляционной инстанции, рассмотрение апелляционной жалобы назначено на 22.07.2019.

В судебное заседание третье лицо надлежащим образом уведомленное о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, явку представителя не обеспечило.

Апелляционная жалоба рассматривается в отсутствие третьего лица в порядке, предусмотренном статьей 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Представитель общества заявил ходатайство о вызове в судебное заседание эксперта для ответа на вопросы и дачи пояснений по экспертному заключению.

Ходатайство общества о вызове в судебное заседание эксперта для дачи пояснений по экспертному заключению рассмотрено апелляционным судом и отклонено в силу следующего.

Изучив представленное в материалы дела экспертное заключение № 229/16.1 от 23.05.2019, по результатам назначенной апелляционным судом третьей экспертизы, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о возможности принятия экспертного заключения в качестве допустимого доказательства по делу.

Третье судебное экспертное заключение составлено на основе имеющихся в распоряжении эксперта материалов дела в соответствии с требованиями действующего законодательства. Эксперт Даниелян Сурен Артурович предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо неверного заключения, экспертиза проведена экспертным учреждением, отвечающим предъявляемым к ним требованиям. Эксперт имеет высшее профессиональное образование, квалификацию инженер-строитель по специальности «Промышленное и гражданское строительство» (диплом серия БСГ № 5205431), со стажем в области экспертной деятельности 10 лет. НПП ООО «Стройтехэкспертиза» является действительным членом Автономной некоммерческой организации Консалтинговый центр «Независимая экспертиза» г. Москва (номер в реестре 79-84), является действительным членом саморегулируемой организации Ассоциация проектировщиков «Содействия организации проектной отрасли» и имеет допуски к видам работ, которые влияют на безопасность объектов капитального строительства (выписка из реестра членов СРО № 0005108 от 30.04.2019). НПП ООО «Стройтехэкспертиза» имеет право пользования на основании лицензионного договора с ООО «ИНФОПРОЕКТ» программного продукта «ГРАНД-Смета» версии «Prof», предназначенного для составления и экспертизы строительных смет (свидетельство соответствия № 009055141 от 10.02.2015).

Экспертиза проводилась с осмотром объекта и участием сторон 24.01.2019 с 11-00 ч. до 13-00 ч.

При этом, эксперт мотивированно указал и произвел расчеты максимально приближенные к рыночным ценам на основе базисно-индексного метода (базы Краснодарского края в редакции 2014 г.) с применением индексов изменения

сметной стоимости по статьям затрат на основе письма департамента строительства Краснодарского края № 207-2416/16-01-09 от 08.06.2016 с учетом стоимости накладных расходов, сметной прибыли и лимитированных затрат, а также с учетом НДС 18%.

Доказательств, свидетельствующих о нарушении экспертом при проведении экспертного исследования требований действующего законодательства, доказательства наличия в заключении противоречивых или неясных выводов, из материалов дела не усматриваются, и ответчиком, в нарушение требований статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не представлено. Доказательств, безусловно свидетельствующих о недостоверности сведений, изложенных в заключении, ответчиком не представлено.

При таких обстоятельствах, ходатайство ответчика о вызове эксперта в судебное заседание для дачи ответов на вопросы и пояснений отклонено судом на основании того, что экспертное заключение, как уже было указано ранее, неясностей и противоречий не содержит, экспертом на основе осмотра исследованы конструкции и строительные материалы реально смонтированные на объекте, объект не эксплуатируется ввиду наличия при монтаже крытой террасы в здании кафе «Аквариум» нарушений норм пожарной безопасности (ширина эвакуационного выхода менее 1,2 м. и др. нарушения по письму в адрес прокурора Отделения надзорной деятельности и профилактической работы Приморско-Ахтарского района МЧС России от 23.04.2018 № 2179-39-24 (л.д. 25-26, т.4).

На вопрос апелляционного суда о необходимости назначения повторной (4-й по счету) судебной экспертизы стороны ответили отказом, следовательно, основания для непринятия результатов последней экспертизы у апелляционной коллегии не имеется.

Изучив материалы дела, оценив доводы апелляционной жалобы, арбитражный суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что обжалуемое решение подлежит изменению по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, предприниматель (заказчик) и общество (подрядчик) заключили договор, по условиям которого подрядчик принял на себя обязательство из собственных материалов и/или привлеченными силами поставить и произвести работы, наименование, количество и качественные характеристики которого указаны в ведомости договорной цены, являющейся неотъемлемой частью договора, сдать заказчику объект в установленные договором сроки, со всей необходимой оформленной в установленном порядке исполнительной документацией, а заказчик обязуется принять результат работ и оплатить его (пункт 2.1 договора).

Из пункта 4.1 договора и условий ведомости договорной цены N 1 следует, что стоимость работ по возведению крытой террасы, расположенной по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. Первомайская, 10, составляет 1 310 тыс. рублей.

Срок выполнения работ составляет 30 календарных дней с момента оплаты заказчиком платежа (пункт 3.1 договора).

В соответствии с пунктом 9.1 договора стороны вправе отказаться от его исполнения (расторгнуть договор) в одностороннем внесудебном порядке в случае, если подрядчик более 10 дней нарушает сроки начала выполнения работ и (или) сроки окончания выполнения работ; в случае отсутствия у подрядчика разрешений

(лицензий, свидетельств о допуске и др.) если таковые необходимы; в иных случаях, предусмотренных договором и действующим законодательством.

Платежным поручением от 30.05.2016 N 1077 предприниматель перечислил на расчетный счет общества 1 310 тыс. рублей.

28 сентября 2016 года предприниматель уведомил общество о расторжении договора в одностороннем порядке.

В претензии от 06.10.2016, направленной в адрес общества, предприниматель потребовал вернуть аванс в связи с неисполнением договора.

Невыполнение обществом указанных требований послужило основанием для обращения предпринимателя в арбитражный суд.

Полагая, что предпринимателем не оплачены выполненные работы, общество обратилось со встречным иском.

В соответствии с пунктом 1 статьи 702 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

Согласно положениям статьи 708 Гражданского кодекса Российской Федерации в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы. По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы (промежуточные сроки). Если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не предусмотрено договором, подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы.

В силу пункта 1 статьи 711 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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.

Основанием для возникновения обязательства заказчика по оплате выполненных работ является сдача результата работ заказчику (пункт 8 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24.01.2000 N 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда»).

В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (пункт 1 статьи 307 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом, в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В силу пункта 2 статьи 453 Гражданского кодекса Российской Федерации при расторжении договора обязательства сторон прекращаются.

Согласно пункту 1 статьи 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение).

В силу статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать те обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

В соответствии с частью 1 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд назначает экспертизу по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле.

По ходатайству общества судом первой инстанции назначена судебная экспертиза.

Согласно экспертному заключению от 18.04.2017 N 010 общая стоимость фактически выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65 (здание кафе «Аквариум») составляет 1 792 345 рублей 68 копеек. Выполненные конструкции имеют работоспособное состояние и соответствуют стандартам, строительным нормам и правилам, техническим регламентам, за исключением отклонений от проекта по части геометрических параметров конструкции и дефектов сварных швов. Стоимость устранения недостатков составляет 54 720 рублей.

Суд первой инстанции, рассматривая заявленные требования, установил, что фактически стороны заключили договор по выполнению работ на объекте, расположенном по адресу: г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65. Учитывая, что работы в установленный срок заказчику не сданы, имеют недостатки и выполнены из материалов, не предусмотренных условиями договора, а также принимая во внимание прекращение договора, суд первой инстанции пришел к выводу о наличии на стороне общества неосновательного обогащения.

Решением суда от 23.06.2017, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции от 27.12.2017, первоначальные требования предпринимателя удовлетворены, в удовлетворении встречного иска отказано.

Постановлением Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 02.03.2018 постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.12.2017 отменено, дело направлено на новое рассмотрение в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд.

При новом рассмотрении дела истцом было подано ходатайство о назначении повторной судебной экспертизы, которое суд апелляционной инстанции посчитал подлежащим удовлетворению в силу следующего.

Как указал индивидуальный предприниматель Волков Геннадий Алексеевич в ходатайстве о проведении повторной судебной экспертизы по делу, эксперт в заключении № 010 не установил, что алюминиевые конструкции не соответствуют

проекту согласованным и подписанным заказчиком документам. Эксперт включил в свое заключение вид работ «Изготовление и монтаж алюминиевых конструкций», одновременно не установив, что алюминиевые конструкции не соответствуют проекту, так как указанные в заключении алюминиевые конструкции, витражи и остекление предпринимателем не заказывались, проектом не предусмотрены, что было заявлено в суде первой инстанции в судебном заседании 06.04.2017, когда подрядчик приобщил в материалы дела проектную документацию раздел: КМД (витражные конструкции) от 17.08.2016. Истец возражал об их передаче эксперту для подготовки экспертного включения, ввиду их несогласованности. Ответчик не смог доказать обратного, ввиду чего судом решено данные документы на экспертизу не передавать. Установленные экспертизой геометрические отклонения от проекта были допущены подрядчиком с целью остекления конструкции из незапланированных материалов. Более того, эксперт не установил, что согласованные п. 6 Ведомости договорной цены №1 от 25.06.2016 фасонные элементы из алюминиевого, композитного материала фирмы «Bildex», деревянные вставки, площадью 38,2 м<sup>2</sup>, стоимостью 286 380 рублей, отсутствуют и не установлены, эксперт не учитывал, что данная работа не произведена; в п. 6 в Ведомости договорной цены №1 от 25.06.2016 были указаны алюминиевые распашные конструкции фирмы «Алютех» серии С50, 1шт. (дверь). Однако эксперт не указал в своем заключении наличие либо отсутствие распашной конструкции (одной двери), ее установки, не учел в общем объеме работ. Вместе с тем, рассчитывая среднерыночную стоимость работ, эксперт использовал коммерческие предложения ООО «ВИП Строй», «Фасадные системы Вента», ООО «Алютехник», в которых указаны распашные конструкции 2 шт. (т.д.1 л.д. 99, 108-110). Эксперт в общей стоимости алюминиевых конструкций учитывал стоимость двух распашных конструкций, при том что заказывалась только одна, но в тоже время даже одна дверь не указана в экспертном заключении (т.д.1 л.д. 106). Эксперт неверно уставил стоимость устранения недостатков. Так, подрядчиком при строительстве нарушены нормы пожарной безопасности, а именно: на возводимом объекте расстояние дверных проемов составляет 1 метр (должно быть 1,2 метра). Данный размер дверных проемов, согласно действующим стандартам, правилам и техническим регламентам не допустим для предприятий общественного питания и кафе, что может привести к необратимым последствиям, ограничит беспрепятственное тушение возможного пожара, проведение спасательных работ и других мер, направленных на обеспечение безопасности людей при пожаре. В связи с этим отклонением ИП Волков Г.А. не сможет получить разрешение пожарного надзора на ввод данного объекта в эксплуатацию с массовым посещением, кроме этого, данное нарушение норм облагается штрафными санкциями и подлежит устранению, что в данном случае невозможно. Кроме этого, уменьшение расстояния дверных проемов ограничивает доступность для маломобильных групп населения, вследствие чего Управлением социальной защиты населения и/или прокуратурой будут приняты меры по вынесению штрафных санкций и последующему устранению. Более того, 23.04.2018 прокурором Приморско-Ахтарского района было направлено требование в МЧС России о выделении специалиста для проведения проверки соблюдения законодательства о пожарной безопасности мест с массовым пребыванием людей



на территории Приморско-Ахтарского района», проведено обследование кафе «Аквариум» по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65. По результатам обследования выявлены нарушения норм и правил в области пожарной безопасности, в том числе: «Ширина эвакуационного прохода предусмотрена менее 1,2 метра (помещение летней веранды). Федеральный закон от 22.07.2008г. №123-ФЗ, ст.53, 89 СП 1.13130.2009 п. 7.1.13; СНиП 21.01.97\* п. 6.16.». Однако эксперт, выявив отклонение расстояния дверных проемов (т.д.1 л.д. 103), не учитывал данный дефект при расчете стоимости устранения недостатков (т.д.1 л.д. 105), а учитывал исключительно стоимость устранения дефектов сварных швов. Вместе с тем, заказчик, не приведя расстояние дверных проемов в соответствие с нормами пожарной безопасности, не сможет ввести объект в эксплуатацию. Более того, вызывает обоснованные сомнения возможность устранения данного существенного дефекта возведенного объекта.

В соответствии с пунктом 6 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» от 04.04.2014 № 23, ходатайство о проведении экспертизы в суде апелляционной инстанции рассматривается судом с учетом положений частей 2 и 3 статьи 268 АПК РФ, согласно которым дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него (в том числе в случае, если судом первой инстанции было отклонено ходатайство о назначении экспертизы), и суд признает эти причины уважительными.

В соответствии с частью 1 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд может назначить экспертизу по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле. Согласно части 2 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 8 постановления Пленума, лица, участвующие в деле, вправе представить в арбитражный суд вопросы, которые должны быть разъяснены при проведении экспертизы, однако определение круга и содержания вопросов, которые будут поставлены перед экспертом, относится к исключительной компетенции арбитражного суда.

В соответствии с частью 2 статьи 87 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случае возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или комиссии экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, проведение которой поручается другому эксперту или другой комиссии экспертов.

При новом рассмотрении в суде апелляционной инстанции определением от 08.06.2018 по делу была назначена повторная (2-я) строительно-техническая экспертиза, проведение которой поручено ООО Экспертное предприятие «Стройтекс», эксперту Гетманову Владимиру Петровичу.

На разрешение эксперта поставлены следующие вопросы:

1) Определить объем и стоимость фактически выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу:

Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», по рыночным ценам, действующим на дату заключения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016 (на 25.05.2016 года);

2) Соответствует ли качество выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», проекту, действующим нормам производства работ, стандартам, строительным нормам и правилам, техническим регламентам, нормам пожарной безопасности;

3) Если нет, то носят ли выявленные недостатки устранимый характер и какова стоимость их устранения по рыночным ценам, действующим на сентябрь 2016 года.

28.08.2018 в апелляционный суд из экспертного учреждения поступили материалы дела №А32-39986/2016 и экспертное заключение № 61/16.1 от 23.08.2018.

Определением от 01.10.2018 возобновлено производство в апелляционной инстанции по делу № А32-39986/2016.

Судом апелляционной инстанции установлено, что экспертом в заключении № 61/16.1 от 23.08.2018 не дан ответ на вопрос суда о том, какова стоимость фактически выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы АО адресу: Краснодарской край, г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», по рыночным ценам, действующим на дату заключения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016.

Эксперт в заключении № 61/16.1 от 23.08.2018 посчитал стоимость работ по бюджетным расценкам, однако такой вопрос не ставился перед экспертом и не входит в предмет спора. Определение стоимости работ для коммерческих лиц по бюджетным расценкам некорректно.

Поскольку в заключениях 2-х экспертиз № 61/16.1 от 23.08.2018 и № 010 от 18.04.2017, проведенных по настоящему делу, имелись противоречия, определением от 03.12.2018 по делу была назначена повторная (3-я) экспертиза, проведение которой поручено Научно-производственному предприятию ООО «СтройТехЭкспертиза», эксперту Даниеляну Сурену Артуровичу.

На разрешение эксперта поставлены следующие вопросы:

1) Определить объем и стоимость выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», по рыночным ценам, действующим на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016;

2) Соответствует ли качество выполненных работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», проекту, действующим нормам производства работ, стандартам, строительным нормам и правилам, техническим регламентам, нормам пожарной безопасности;

3) Если нет, то отдельно определить носят ли выявленные недостатки устранимый характер, какова стоимость их устранения по рыночным ценам, действующим на момент исполнения договора и какова рыночная стоимость работ

и использованных материалов, имеющих потребительскую ценность на данном объекте без учета недостатков?

27.05.2019 в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд поступило заключение повторной экспертизы № 229/16.1 от 23.05.2019, согласно выводам которой:

1. Определить стоимость выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск. улица 50 лет Октября. 65, здание кафе «Аквариум», по рыночным ценам, действующим на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016, то есть по состоянию на II квартал 2016 года, технически невозможно. Причиной тому является то обстоятельство, что по состоянию на дату составления настоящего заключения, в представленных материалах дела А32-39986/2016, а также на интернет ресурсах отсутствуют сведения или информация о рыночных ценах строительно-монтажных работ, материалов, машин и механизмов, действующих на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016 (то есть о рыночных ценах 3-х летней давности).

Ввиду изложенного экспертом выполнен локальный сметный расчет стоимости выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край. г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65 в соответствии с требованиями МДС 81-35.2004 «Методика определения стоимости строительной продукции на территории Российской Федерации», в лицензионном программном комплексе «ГрандСмета» версии «Prof» базисно-индексным методом (базы Краснодарского края в редакции 2014г.) с применением индексов изменения сменой стоимости по статьям затрат к ТЕРр-2001 на основании письма Департамента строительства Краснодарского края № 207-2416/16-01-09 от 08.06.2016 с учетом стоимостей накладных расходов, сметной прибыли и лимитированных затрат, а также с учетом НДС 18%. Расчет объема и стоимости фактически выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65. в ценах действующих на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016 г. то есть на II квартал 2016 года, представлен в приложении №1 (ЛСР 1) к настоящему заключению и насчитывает 1 013 290 (один миллион тринадцать тысяч двести девяносто) рублей 90 коп, с учетом НДС 18%.

2. Качество выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работ и использованных материалов по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», не соответствует требованиям проектной документации, разработанной ООО «ИНЖБЮРО» в 2016 году (шифр: 414-06-16-КР), требованиям проектной документации, разработанной ООО «Алюминий-Альянс» в 2016 году (приложение к 414-06-16-КР) и, как следствие, требованиям п. 6.1 Договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016. Выявленные несоответствия перечислены в табл. 2 на стр. 19-20 заключения.

Качество выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работ по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск. улица 50

лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум», не соответствует требованиям СП 1.13130.2009 «Эвакуационные пути и выходы», СП 70.13330.2012 «Несущие и ограждающие конструкции», ГОСТ 23118-2012 «Конструкции стальные строительные. Общие технические условия» и как следствие требованиям п. 6.1 Договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016. Выявленные несоответствия перечислены в табл. 3 на стр. 20-21 настоящего заключения.

3. В соответствии с действующими требованиями разделов II и III классификатора основных видов дефектов в строительстве и промышленности строительных материалов (утвержден Главгосархстройнадзором России 17.11.1993), определено, что выявленные дефекты в фактически выполненных ООО «Алюминий-Альянс» работах по устройству сооружения крытой террасы по адресу: г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, являются значительными и критическими дефектами, требующими их устранения. То есть, выявленные дефекты являются устранимыми. При этом, такие выявленные критические и значительные дефекты, как отклонения осей колонн относительно разбивочных проектных осей сооружения и несоответствие конструктивного исполнения узла сопряжения несущих конструкций проектным решениям (см. пл. 1, 2, 3 табл. 2 и пи. 1. 2 табл. 3), технически возможно устранить только путем поэлементного демонтажа всех конструктивных элементов сооружения террасы и последующей сборки сооружения в соответствии с проектной документацией. Соответственно, выявленные дефекты в сварных соединениях конструктивных элементов сооружения террасы будут устранены в процессе производства работ по поэлементному демонтажу и последующей сборки сооружения.

Расчет объема и стоимости работ по устранению выявленных дефектов в устройстве крытой террасы по адресу: Краснодарский крап. г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, в ценах действующих на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016, то есть на II квартал 2016 года (письмо департамента строительства Краснодарского края № 207-2416/16-01-09 от 08.06.16), представлен в приложении №2 (ЛСР 2) к настоящему заключению и насчитывает 927 520 (девятьсот двадцать семь тысяч пятьсот двадцать) рублей 89 коп, с учетом НДС 18%.

Результатами проведенного комплекса строительного-технических исследований определено, что потребительскую ценность на объекте: «Возведение крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65», соответствующую условиям Договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016 проектной документации: «Реконструкция кафе «Аквариум» по ул. 50 лет Октября, 65 в г. Приморско-Ахтарске, Краснодарского края. Крытая веранда, разработанной ООО «ИНЖБЮРО» в 2016 году (шифр: 414-06-16-КР), а также требованиям строительных и противопожарных норм и правил, имеют только примененные ООО «Алюминий-Альянс» на указанном объекте материалы, которые возможно использовать вторично после разбора сооружения террасы в целях устранения выявленных дефектов. Исключением являются наружные ограждающие конструкции, а именно раздвижные конструкции фирмы «Алюмил» теплой серии «S350» и алюминиевые витражи фирмы «СИАЛ» серии «КП50», которые изначально не соответствовали условиям Договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016.

Расчет объема и стоимости примененных ООО «Алюминий-Альянс» материалов при устройстве крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, имеющих потребительскую ценность, соответствующую условиям договора, проектной документации, а также требованиям строительных и противопожарных норм и правил, в ценах действующих на дату заключения и исполнения договора подряда № 25/05-16 от 25.05.2016, то есть на II квартал 2016 года, представлен в приложении №3 (ЛСР 3) к настоящему заключению и насчитывает 141 781 (сто сорок одна тысяча семьсот восемьдесят один) рубль 00 коп, с учетом НДС 18%.

Таким образом, по результатам третьей судебной экспертизы экспертом установлено, что фактически выполнены работы на сумму 1 013 290 руб., затраты на устранение недостатков составят 927520 руб., заказчиком на объекте могут быть использованы материалы, имеющие потребительскую ценность на сумму 141 781 руб.

С учетом изложенного, по результатам проведенной апелляционным судом третьей судебной экспертизы, неотработанная подрядчиком сумма аванса составляет 1 082 449 руб. ( $1\,013\,290\text{ руб.} - 927\,520 = 85\,770\text{ руб.}; 85\,770 + 141\,781\text{ руб.} = 227\,551\text{ руб.}; 131\,000\,000\text{ руб.} - 227\,551\text{ руб.} = 1\,082\,449\text{ руб.}$ ).

Оценив экспертное заключение, представленное по результатам проведения судебной экспертизы, проведенном осмотре объекта с участием сторон, реально использованных строительных материалах на объекте, данные о примененных стандартах, методиках и правилах оценки, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что составленное экспертом заключение является ясным, полным, обоснованным и без каких-либо противоречий отвечает на поставленные судом вопросы, не содержит каких-либо противоречивых выводов и не вызывает сомнений в его обоснованности. Эксперт предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, экспертиза проведена экспертным учреждением, отвечающим предъявляемым к ним требованиям. Доказательств, свидетельствующих о нарушении экспертом при проведении экспертного исследования требований действующего законодательства, доказательства наличия в заключении противоречивых или неясных выводов, из материалов дела не усматриваются.

Ввиду удовлетворения первоначального иска о взыскании с общества в пользу предпринимателя неотработанного аванса, встречный иск в части взыскания 1 792 345 рублей неосновательного обогащения (который фактически направлен к зачету) не подлежит удовлетворению.

Не подлежит и удовлетворению встречное исковое заявление общества в части признания договора подряда от 25.05.2016 № 25/05-16 незаключенным.

Как установил суд, фактически договор заключен на выполнение работ по устройству крытой террасы по адресу: Краснодарский край, г. Приморско-Ахтарск, улица 50 лет Октября, 65, здание кафе «Аквариум».

Кроме того, из пункта 2.1 договора следует, что под работами в данном договоре понимается возведение крытой террасы и выполнение работ согласно проектной документации. В соответствии с имеющейся в материалах дела проектной документации, адресом выполнения работ является кафе "Аквариум" г. Приморско-Ахтарск, ул. 50 лет Октября, 65 (т. 2, л.д. 59-71). Иная проектная

документация, в том числе для выполнения работ по адресу г. Приморско-Ахтарск, ул. Первомайская, 10, в материалы дела не представлена.

Поскольку в предмет договора строительного подряда входят действия подрядчика по выполнению строительных работ и передаче результата этих работ заказчику, постольку исцеление незаключенного по причине несогласования существенных условий возможно в результате действий сторон, опосредующих передачу результата выполненных работ. Так как исполнением договора устраняется обусловленная несогласованием существенных условий неопределенность в правоотношениях сторон, договор не может быть признан незаключенным в исполненной части.

Так как договор исполнен подрядчиком (пусть и с ненадлежащим качеством работ), он не может быть признан судом незаключенным, так как имеется потребительская ценность части выполненных работ с надлежащим качеством, что установлено по результатам судебной экспертизы.

С учетом частичного удовлетворения первоначального иска и отказа во встречном иске по правилам статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судебные расходы по уплате государственной пошлины по иску и оплате экспертиз по делу подлежат распределению между сторонами пропорционально размеру удовлетворенных требований (удовлетворено 82,63%, отказано 17,37%).

С учетом изложенного, руководствуясь статьями 258, 269 - 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд

### **ПОСТАНОВИЛ:**

решение Арбитражного суда Краснодарского края от 23.06.2017 по делу № А32-39986/2016 изменить.

Изложить резолютивную часть решения в следующей редакции.

По первоначальному иску взыскать с общества с ограниченной ответственностью «Алюминий-Альянс» (ОГРН 1113525011368, ИНН 3525264707) в пользу индивидуального предпринимателя Волкова Геннадия Алексеевича (ОГРН 310234713100022, ИНН 234700078205) неосновательное обогащение в размере 1 082 449 руб., судебные расходы по уплате государственной пошлины 9 749 руб., а также судебные расходы за проведение судебных экспертиз в размере 75 682 руб. В остальной части первоначального иска отказать.

В удовлетворении встречного иска отказать.

Взыскать с общества с ограниченной ответственностью «Алюминий-Альянс» (ОГРН 1113525011368, ИНН 3525264707) в доход федерального бюджета государственную пошлину в размере 49 963 руб.

Перечислить с депозитного счета Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда в адрес ООО «Стройтэкс» (ИНН 2308157167, ОГРН 1092308003644) по ходатайству от 23.08.2018 исх. № 61/16.1 за проведение судебной экспертизы 50 000 рублей.

Перечислить с депозитного счета Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда в адрес НПП ООО «СтройТехЭкспертиза» (ИНН 2311185069,

ОГРН 1152311000863) по счету № 17 от 23.05.2019 за проведение судебной экспертизы 50 000 рублей.

Возвратить индивидуальному предпринимателю Волкову Геннадию Алексеевичу (ИНН 234700078205, ОГРНИП 310234713100022) с депозитного счета Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда 50 000 рублей ошибочно внесенных по платежному поручению №95 от 25.12.2018.

Постановление арбитражного суда апелляционной инстанции вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в порядке, определенном главой 35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в Арбитражный суд Северо-Кавказского округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия.

Председательствующий

М.Г. Величко

Судьи

Ю.И. Баранова

П.В. Шапкин