



АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ
115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17
<http://www.msk.arbitr.ru>
ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
РЕШЕНИЕ

г. Москва

17.12.2010 г.

Дело № А40-106878/10-59-956

Резолютивная часть решения объявлена 10 декабря 2010г.

Полный текст решения изготовлен 17 декабря 2010г.

Арбитражный суд г. Москвы в составе:

Председательствующего судьи Назаренкова Д.Е.

единолично

Протокол вел секретарь Шарина Ю.М.

С участием представителей: от истца: Бонифатова М.В. 40 00 576827 от 31.07.01 от 14.01.2010 г. Хайлова И.А. 46 08 459486 от 20.11.2008 г. от 10.11.2010 г. Венкова И.Г. 45 09 770597 от 05.08.08 по дов. от 01.12.2010 г. Степанов Р.Е. 41 00 242846 от 07.08.01 г. по дов. от 07.12.2009 г.

от ответчика: Бурехина М.В. паспорт 69 00 116 409 от 14.04.2001 г. по дов. от 11.12.2009 г. Зубков А.Г. паспорт 52 05 020480 от 06.10.04 г. по дов. от 03.01.2009 г. после перерыва Горб Э.И. по удост от 06.12.2002 г. (ордер от 07.12.2010 г.) по дов. от 11.12.2009 г.

рассмотрел в судебном заседании дело по иску ЗАО «Энергопроект»

к ответчику ОАО «ОГК-3»

об изменении договора

Суд установил: иск заявлен об изменении пункта 59.1 Договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС)» № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008г., указав в нем, что *«Ожидаемая Дата Комплексного опробования отстоит от Даты Начала работ на 53 месяца»*, а также об изменении пункта 71.1. Договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС) № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008г., указав в нем, что *«Договорная Цена составляет 7 778 387 021,37 российских рублей, без учета налога на добавленную стоимость»*. Требования заявлены на основании договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС)» № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008г. и ст. 450 ГК РФ.

Истец в судебное заседание явился, до начала заседания 18.11.2010 г. от него поступили возражения по доводам ответчика и заявление об изменении исковых требований, согласно которым истец просит изменить п. 71.1 договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС) № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.08» от 31.03.2008 г., указав в нем, что Договорная цена составляет 7 948 584 581,95 руб. без учета НДС, а также, изменить п. 59.1 договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харановской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС)» № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008 г., указав в нем, что ожидаемая дата комплексного опробования отстоит от даты начала работ на 53 месяца.

Заявление об уточнении исковых требований судом рассмотрено и принято в порядке ст. 49 АПК РФ.

В судебном заседании 03.12.2010г. судом в порядке ст. 163 АПК РФ объявлен перерыв до 10.12.2010г. до 14 час. 40 мин.

10.12.2010г. в 14 час. 40 мин. судебное заседание продолжено.

Истец исковые требования с учетом принятого уточнения поддержал.

Ответчик в судебное заседание явился, иск не признал по доводам, изложенным в представленном отзыве и дополнительных пояснениях, поддержал заявленное ранее ходатайство об оставлении иска без рассмотрения на основании ст. 148 АПК РФ, сославшись на не соблюдение истцом досудебного порядка урегулирования спора.

Истец по ходатайству ответчика возражал.

Определением от 10.12.2010г. ходатайство рассмотрено и отклонено.

Изучив материалы дела и дополнительно представленные документы, исследовав доказательства, суд считает, что исковые требования заявлены правомерно и подлежат удовлетворению, при этом суд исходил из нижеследующего.

Как усматривается из материалов дела, между истцом (Подрядчик) и ответчиком (Заказчик) 31.03.2008г. заключен договор на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (EPC)» №01-НСХГРЭС-0360-08, по условиям п. 14.1. которого истец обязался в порядке и в сроки, предусмотренные Договором, выполнить весь объем работ и передать ответчику завершенный строительством, полностью оборудованный, смонтированный, прошедший испытания, подключенный к внешней инфраструктуре, введенный в эксплуатацию Объект (тепло- и электрогенерирующий энергоблок №3 филиала ОАО «ОГК-3» «Харанорской ГРЭС» мощностью 225 МВт) вместе со всей относящейся к нему документацией, а ответчик обязался принять результат работ и уплатить договорную цену.

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Согласно п. 2 ст. 743 ГК РФ договором строительного подряда должны быть определены состав и содержание технической документации, а также должно быть предусмотрено, какая из сторон и в какой срок должна предоставить соответствующую документацию.

В соответствии со ст. 1 договора под технической документацией понимается проектная документация и рабочая документация, под рабочей документацией истец и ответчик согласились понимать документацию, разработанную на основании проектной документации и являющуюся непосредственным руководством при строительстве Объекта.

По условиям договора (ст. 1 стр. 13) он является Уступаемым договором на Разработку Рабочей Документации), всю рабочую документацию Объекта разрабатывает ОАО «Сибирский ЭНТЦ» (проектировщик).

В соответствии с пунктом 15.8, Приложением №6 (страница 2) к договору и пунктом 27.1. договора ответчик обязался в течение 10 дней с даты заключения договора, то есть не позднее 10.04.2008 г., передать истцу имеющуюся рабочую документацию, перечень которой указан в Приложении №12 к Договору «Перечень Рабочей Документации, передаваемой Заказчиком Подрядчику».

В соответствии со статьей 1 (страница 7) договора под имеющейся рабочей документацией понимается рабочая документация, разработанная для ответчика на дату заключения договора.

Имеющаяся рабочая документация считается утвержденной ответчиком и не нуждается в повторной передаче на утверждение ответчику (пункт 27.5. Договора).

В соответствии с пунктом 27.6. договора истец обязался в счет договорной цены обеспечить подготовку оставшейся части рабочей документации - разрабатываемой

рабочей документации в объеме и сроки, установленные Уступаемым Договором на Разработку Рабочей Документации на дату вступления в силу договора уступки (Приложение №6).

Разрабатываемая рабочая документация должна быть утверждена ответчиком (пункт 27.7. договора).

Таким образом, истец обязался разработать рабочую документацию, отсутствующую у ответчика на дату заключения договора, которая после ее утверждения ответчиком будет являться для истца непосредственным руководством при строительстве Объекта, а ответчик обязался передать истцу рабочую документацию, уже разработанную для ответчика на дату заключения договора, утвержденную им и являющуюся для истца непосредственным руководством при строительстве Объекта.

В соответствии со ст.ст. 309, 310 ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона; односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом.

В соответствии с Приложением №12 к договору ответчик обязался передать истцу имеющуюся рабочую документацию, в том числе по Фундаментам Главного корпуса (этап 26 согласно Приложению №3 к договору №1030/431 от 24.05.06).

Как установлено решением Арбитражного суда города Москвы от 01.02.2010г. по делу № А40-153524/09-143-691, в рамках этапа 26 «Фундаменты Главного корпуса» для ответчика была разработана рабочая документация проекта арх. № 497215-1-КЖ.03 «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б»-«В» оси 13-17», которая должна была включать в себя проектные решения по производству работ, связанных с усилением вышеуказанных фундаментов, построенных ответчиком до даты заключения договора. Указанная рабочая документация была разработана для ответчика проектировщиком в соответствии с договором №1030/431 от 24.05.2006 г., на основании переданного ему ответчиком отчета № 049/06-РК/515/09 от 20.06.2006г. о результатах технического состояния фундаментов, выполненного ООО «Забспецстройпроект».

Из Акта передачи рабочей документации от 08.05.2008 г. следует, что ответчик передал истцу 3 (три) комплекта рабочей документации «Фундаменты главного корпуса» (позиция 24), а именно чертежи с арх. № 497215-1КЖ.01 с изм.1; КЖ-03 и КЖ-26.

Между тем, в дальнейшем чертеж с арх. № 497215-1-КЖ.03 «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б» и «В» оси 13-17» аннулирован проектировщиком, согласно его уведомлению в адрес Истца от 8 декабря 2008 года с исх. № 1960-3959.

В момент заключения договора истец не мог предвидеть указанные обстоятельства.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 01.02.2010г. по делу № А40-153524/09-143-691, оставленным без изменения постановлением № 09АП-7041/2010-ГК Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.05.2010 г. и постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.08.2010 г. по тому же делу установлено, что проектировщиком выполнены работы по разработке рабочей документации (проекта арх. № 497215-1-КЖ.03 «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б»-«В» оси 13-17») ненадлежащего качества ввиду использования материалов отчета о результатах технического состояния фундаментов, выполненного по договору № 049/06-РК/515/09 от 20.06.2006 г. ООО «Забспецстройпроект».

В соответствии с п. 2 ст. 69 АПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Таким образом, переданная ответчиком истцу рабочая документация проекта арх. № 497215-1-КЖ.03 «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б»-«В» оси 13-17»

изначально не могла служить для истца непосредственным руководством при строительстве Объекта ввиду использования проектировщиком при разработке указанной документации недоброкачественного (основанного только на визуальном осмотре фундаментов Главного корпуса) Отчета №049/06-РК/515/09 от 20.06.2006г.

В связи с ненадлежащим исполнением ответчиком обязанности по передаче истцу всей имеющейся рабочей документации, условия п. 15.8 и п. 27.1 договора ответчиком нарушены.

Согласно п. 2 ст. 450 ГК РФ существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

При указанных обстоятельствах введение Объекта в эксплуатацию, как это предусмотрено пунктом 14.1 договора, невозможно без проведения успешного Комплексного опробования.

В соответствии со ст. 1 договора под Комплексным опробованием понимается испытание в целях проверки совместного функционирования устройств, соединений, систем и оборудования Объекта. В соответствии с Основным Графиком Выполнения договора все этапы работ являются взаимосвязанными и только лишь в своей совокупности позволяют достичь Комплексного опробования к ожидаемой дате Комплексного опробования. Невозможность выполнения некоторых работ до усиления фундаментов подтверждают письма Ответчика №2561-09а от 12.09.2008 г., №1944 от 13.05.2009 г.

Таким образом, проведение Комплексного опробования и как следствие ввод Объекта в эксплуатацию, что является Результатом Работ истца по договору, невозможно без выполнения работ по усилению фундаментов Главного корпуса в рядах «Б»-«В», осях 13-17.

С учетом того, что работы по усилению фундаментов не были выполнены в указанные в Основном Графике Выполнения договора сроки, истец не сможет провести Комплексное опробование к ожидаемой дате Комплексного опробования, то есть к 16.02.2011 г (как указано в Основном Графике Выполнения от 01.03.2009г.).

В соответствии с п. 2 ст. 328 ГК РФ в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.

Если обусловленное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению (п. 2 ст. 328 ГК РФ).

В соответствии с п. 1 ст. 719 ГК РФ подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности, непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок.

В соответствии с Основным графиком выполнения договора, в редакции согласованной сторонами 1 марта 2009 года, к выполнению работ по усилению фундаментов Главного корпуса в рядах «Б»-«В» в осях 13-17 истец должен был приступить 01.10.2008 г. и выполнить их к 07.06.2009г.

Поскольку ответчик не исполнил надлежащим образом свою обязанность по передаче истцу имеющейся рабочей документации, о чем стало известно истцу 08.12.2008 г. после получения уведомления проектировщика об аннулировании

чертежа № 497215-1-КЖ.03, истец, руководствуясь положениями п. 2 ст. 328, п. 1 ст. 716 и п. 1 ст. 719 ГК РФ, своим письмом № 13-16-03/3493 от 09.12.2008г., предупредил ответчика о непригодности переданной ему рабочей документации проекта арх. № 497215-1-КЖ.03 «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б»-«В» оси 13-17» и приостановил начатое им 01.10.2008г. производство работ по усилению фундаментов ряда «Б»-«В» оси 13-17.

Как усматривается из материалов дела, истец неоднократно обращался к ответчику с требованием о передаче рабочей документации, которая могла бы служить для истца непосредственным руководством при производстве работ по усилению фундаментов Главного корпуса в рядах «Б»-«В», осях 13-17.

Данное обстоятельство подтверждается письмами истца в адрес ответчика №13-09/4383 от 17.11.2009 г., №13-09/802 от 02.03.2010 г.

10.12.2008 г. истец обратился в адрес проектировщика Объекта (письмо №13-16-01/3503) о возможности выполнения работ по монтажу металлоконструкций в Главном корпусе до проведения работ по усилению Фундаментов.

Письмом от 24.12.2008г. с исх. № 1960-4130 проектировщик ответил о недопустимости нагрузки на фундаменты рядов «Б» и «В». Такой запрет проектировщик подтвердил повторно письмом от 27.08.09 г. исх. № 1960-2432.

В дальнейшем истец и ответчик 4 марта 2009 г. подписали Акт освидетельствования фундаментов ряда «Б» и «В», согласно которому подтвердили решение об использовании фундаментов ряда «Б» и «В» в осях 14-17 до проведения работ по их усилению только под нагрузкой от собственного веса строительных конструкций здания.

Письмом № 4333 от 27.08.2010 г. ответчик передал взамен аннулированного проект усиления фундаментов Главного корпуса в рядах «Б»-«В» осях 14-17 , с отметкой ответчика «в производство работ».

Таким образом, просрочка исполнения ответчиком встречной обязанности, предусмотренной ст. 15 договора ЕРС, Приложением № 6 и в объеме согласно Приложению № 12 договора с момента аннулирования рабочей документации № 497215-1-КЖ.03 (8.12.2008), то есть когда стороны узнали о таком неисполнении, составляет 20 месяцев.

В соответствии с п. 1 ст. 740 ГК РФ по договору строительного подряда подрядчик обязуется построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы в установленный договором срок.

В соответствии с п. 59.1. ст. 59 договора ЕРС Истец начинает выполнение Работ в дату начала работ и обеспечит выполнение работ непрерывно и без задержек таким образом, чтобы Комплексное опробование было успешно проведено к ожидаемой дате Комплексного опробования, Существенное Завершение было достигнуто к ожидаемой дате Существенного завершения, финальное завершение было достигнуто к ожидаемой дате финального завершения.

Дата начала работ отстоит на 5 рабочих дней от даты получения истцом уведомления о начале работ. Ожидаемая дата комплексного опробования отстоит от даты начала работ на 33 месяца. Ожидаемая дата существенного завершения отстоит от ожидаемой даты Комплексного опробования на 3 месяца. Ожидаемая дата финального завершения отстоит от ожидаемой даты существенного завершения на 3 месяца.

Истец был уведомлен о начале работ письмом ответчика с исх. № 2006 от 07.05.2008 г.

Соответственно, датой начала работ является дата 16.05.2008г., ожидаемой датой Комплексного опробования является дата 16.02.2011г., ожидаемой датой существенного завершения является дата 16.05.2011г., ожидаемой датой финального завершения является дата 16.08.2011г.

Учитывая срок неисполнения ответчиком своего обязательства - 20 месяцев, истец вправе требовать изменения условий договора ЕРС в части определения срока завершения всех работ, а именно увеличение общей продолжительности работ от даты

начала работ и до ожидаемой даты комплексного опробования с 33 месяцев до 53 месяцев, и установить ожидаемой датой существенного завершения - 16.01.2013г., ожидаемой датой финального завершения - 16.04.2013 г.

В соответствии с п. 2 ст. 709 ГК РФ цена в договоре подряда включает компенсацию издержек подрядчика и причитающееся ему вознаграждение.

Согласно п. 2 ст. 424 ГК РФ изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке.

В соответствии со ст. 743 ГК РФ подрядчик обязан осуществить 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.

Пунктом 72.4 договора предусмотрено, что указанная в статье 70 договорная цена может подлежать корректировке в случаях и в порядке, предусмотренных для изменения объема, в соответствии со ст. 80 договора на условиях ЕРС.

Пунктом 80.5 договора предусмотрено право истца требовать изменение условий договора, в том числе договорной цены, в случае и в той степени, в которой задержка, помеха или препятствие, вызванные действиями или бездействием (включая неисполнение установленных договором обязанностей) Заказчика или других подрядчиков Заказчика, которым предоставлен доступ на строительную площадку непосредственно влияет на возможность подрядчика выполнять работы в соответствии с ожидаемой датой существенного завершения, ожидаемой датой финального завершения, контрольными датами.

Таким образом, из условий договора также следует право истца требовать изменения цены договора, в связи с неисполнением ответчиком установленных договором обязанностей.

С учетом дополнительного соглашения № 2 от 05.08.2008 г., и в соответствии с п. 71.1. и 71.2 ст. 71 договора договорная цена составила 7 212 751 402,77 руб., без учета налога на добавленную стоимость. Между тем, указанная цена согласована сторонами исходя из общей продолжительности работ - 39 месяцев (включая ожидаемую дату финального Завершения).

В результате встречного неисполнения ответчиком обязательств по договору, изменения срока работ по договору, расходы истца по договору за каждый месяц после 17.02.2011 г. (предусмотренной Основным Графиком Выполнения Договора от 01.03.2009 г. даты комплексного опробования) составят 38 291 440,03 рублей, без учета налога на добавленную стоимость.

Истец также произвел расчет расходов по договору в целом за период с 17.02.2011г. по 16.10.2012г. Учитывая, что такие расходы истец понесет по дату комплексного опробования с учетом 20 месяцев просрочки ответчика – 16.10.2012г., всего расходы истца за 20 месяцев составят 735 833 179,18 рублей, без учета налога на добавленную стоимость.

Размер затрат истца, связанных с продлением строительства 3-го энергоблока Харанорской ГРЭС (затраты связанные с обслуживанием банковской гарантии и уплатой процентов, содержанием персонала, охранной строительной площадки и обеспечением оборудования, продлением сроков подрядных работ и т.д.), суд считает обоснованными и документально подтвержденными представленными в деле документами.

С учетом таких расходов цена договора (п. 71.1.) составит 7 948 584 581 руб. 95 коп. (без учета НДС).

В соответствии со ст. 452 ГК РФ соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное. Требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть

договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок.

В соответствии с п. 63.1 и п. 72.4 договора ожидаемая дата существенного завершения, ожидаемая дата финального завершения и договорная цена могут быть изменены только в тех случаях, с соблюдением условий и в порядке, которые указаны в ст. 80 договора «Изменение Объема».

В соответствии с п. 80.2. договора любые изменения Объема (сроки договора, размер договорной цены) должны быть оформлены Распоряжением об изменении.

Право истца на изменение договора следует из подпункта 80.5.6 (в связи с установленными дефектами в Отчете №049/06-РК/515/09) и подпункта 80.5.3 (в связи с неисполнением Заказчиком установленных договором обязанностей) ст. 80 договора.

Поскольку рабочая документация № 497215-1-КЖ.03 аннулирована проектировщиком в связи с обнаружением недостоверности Отчета №049/06-РК/515/09, истец, руководствуясь ст. 80 договора, направил в адрес ответчика технико-коммерческое предложение на выполнение дополнительных работ по усилению существующих фундаментов ряда «Б» и «В» (письмо от 28.05.2009г. исх. №13-09.5/1860, письмо от 03.07.2009г. исх. №13-09.8/2390). Одновременно истец готов был разработать для ответчика рабочую документацию по усилению фундаментов ряда «Б-В» в осях 13-17, в результате чего стоимость таких дополнительных работ была также учтена в технико-коммерческом предложении истца.

Ответчик, направив в адрес истца предварительное уведомление об изменении (письмо № 2350 от 05.06.2009 г.) и, признав тем самым, необходимость выполнения работ по устранению дефектов и недоделок, не указанных в отчете ООО «Забспецстройпроект» № 049/06-РК7515/09, Распоряжения об изменении не издал.

С учетом неисполнения ответчиком встречных обязательств по договору, истец обратился к ответчику с запросом об изменении от 10.06.2010г. с исх. № 13-09.8/2428, с дополнением от 18.06.2010г. с исх. № 13-09.8/2550, в котором просил ответчика продлить сроки выполнения работ по договору, в том числе изменить ожидаемую дату комплексного опробования, ожидаемую дату существенного завершения, ожидаемую дату финального завершения.

Поскольку, ответчиком допущена просрочка в исполнении обязательств по договору, которая является существенным, суд считает требования истца заявленные об изменении условий договора подлежащими удовлетворению.

Доводы ответчика, указывающего на несоблюдение истцом досудебного порядка урегулирования спора отклонены судом как необоснованные, при этом суд исходил из нижеследующего.

В соответствии с п. 2 ст. 452 ГК РФ обращению истца в суд с требованием об изменении договора ЕРС в обязательном порядке должно предшествовать направление им ответчику предложения изменить указанный договор в досудебном порядке.

В соответствии с п. 63.1., 72.4. и положениями ст. 80 договора ЕРС предложение истца об изменении сроков выполнения работ по договору ЕРС и договорной цены договора ЕРС должно быть направлено в адрес ответчика в виде запроса об Изменении.

Как усматривается из материалов дела, истец 10.06.2010г. письмом с исх. № 13-09.8/2428 направил в адрес ответчика запрос об Изменении. Письмом от 18.06.2010г. с исх. № 13-09.8/2550 истец направил в адрес ответчика дополнение к запросу об Изменении.

В указанном запросе об Изменении истец, ссылаясь на нарушение ответчиком обязанности, предусмотренной договором ЕРС, по передаче истцу рабочей документации «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б» и «В» оси 13-17», предложил ответчику сроки выполнения работ по договору ЕРС увеличить на семь месяцев, а договорную цену договора ЕРС увеличить на 321 598 431,60 рублей (включая НДС), то есть на сумму затрат, которые возникнут у Истца в связи с увеличением сроков выполнения работ.

В соответствии с договором ЕРС Сроки выполнения Работ регулируются п. 59.1. ст. 59 «Сроки выполнения Работ», а также Приложением №5 к договору ЕРС («График исполнение Договора»).

В соответствии с договором ЕРС размер договорной цены регулируется п. 71.1. ст. 71 «Обязательство уплаты Договорной Цены», а также Приложением №4 к договору ЕРС («Договорная Цена и платежи»).

Между тем, учитывая п. 2.6. договора ЕРС, в соответствии с которым условия договора ЕРС имеют приоритет перед условиями Приложений к договору ЕРС, для изменения сроков выполнения работ по договору ЕРС и размера договорной цены договора ЕРС достаточно внести изменения в пункты 59.1. и 71.1. договора ЕРС.

В связи с этим довод ответчика о том, что истцом не направлялось в адрес ответчика предложение об изменении «Графика исполнения Договора» (Приложение №5 к Договору ЕРС) не имеет правового значения.

Поскольку изменение сроков выполнения работ и договорной цены возможно только путем внесения изменений в пункты 59.1. и 71.1. договора ЕРС, а предложение истца заключалось именно в изменении сроков выполнения работ по договору ЕРС и договорной цены договора ЕРС, то в связи с этим является необоснованным довод ответчика о том, что истец не направлял ему предложение о внесении изменений в пункты 59.1., 71.1. договора ЕРС.

Таким образом, письмом от 10.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2428 и письмом от 18.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2550 Истец направил в адрес ответчика предложение об изменении пункта 59.1. договора ЕРС (Сроки выполнения Работ) и предложение об изменении пункта 71.1. договора ЕРС (Договорная Цена), в соответствии с которым Ожидаемая Дата Комплексного Опробования отстает от Даты Начала Работ не на 33 месяца, а на 40 месяцев, соответственно, увеличивая и сроки до наступления Ожидаемых Дат Существенного и Финального Завершения, Договорная же цена увеличивается на 321 598 431,60 рублей, включая НДС.

В соответствии с п. 1 ст. 435 ГК РФ адресованное конкретному лицу предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение, признается офертой.

То обстоятельство, что письмо от 10.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2428 (с учетом дополнения к нему от 18.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2550) являлось офертой истца об изменении сроков выполнения работ по договору ЕРС на 7 месяцев и Договорной цены договора ЕРС на 321 598 431,60 рублей (без учета НДС), что указанная оферта была достаточно определенна и выражала намерение истца считать договор ЕРС измененным в случае акцепта ответчика, подтверждается самим ответчиком в письме №3912 от 06.08.2010 г.

В соответствии с абзацем 1 и 2 указанного письма ответчик в ответ на письмо истца от 10.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2428 сообщает, что предложение истца *«по изменению Договорной Цены и сроков выполнения Работ не может быть признано обоснованным»*.

Таким образом, в материалах дела имеется и доказательство направления истцом ответчику предложения об изменении сроков выполнения работ по договору ЕРС на 7 месяцев, а Договорной цены договора ЕРС на 321 598 431,60 рублей, и доказательство получения указанного предложения ответчиком.

В связи с этим, довод ответчика о том, что проект дополнительного соглашения, приложенный истцом к письму от 10.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2428, никем не подписан, не имеет правового значения, а основанный на этом доводе вывод ответчика об отсутствии в материалах дела доказательств принятия истцом мер по досудебному урегулированию спора с ответчиком, является необоснованным, так как письмо истца от 10.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2428 (с учетом дополнения к нему от 18.06.2010 г. с исх. № 13-09.8/2550), составленное им в соответствии с п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434, п. 1 ст. 435, п. 1 ст. 452 ГК РФ, ст. 80 договора ЕРС и направленное в адрес ответчика в

соответствии с п. 2 ст. 452 ГК РФ, являлось предложением по изменению договора ЕРС, и было оценено ответчиком именно так.

Судом отклонены доводы ответчика указывающего, что соблюдение досудебного порядка урегулирования спора предполагает, что обращению истца в суд с требованием о внесении изменений в договор ЕРС должно предшествовать обращение к ответчику с предложением о внесении в договор ЕРС изменений, полностью идентичных тем, которые в последующем будут являться предметом судебного рассмотрения, поскольку положения п. 2 ст. 452 ГК РФ не содержат такого требования, а судебная практика, на которую ссылается ответчик, не подтверждает его довод о том, что предложение истца по изменению договора ЕРС должно быть полностью идентичным предмету иска.

Как усматривается из материалов дела, предложение истца ответчику изменить договор ЕРС, и исковые требования истца основаны на одних и тех же нормах права и на одном и том же обстоятельстве – нарушении ответчиком своей обязанности по договору ЕРС по передаче истцу рабочей документации «Главный корпус. Усиление фундаментов ряда «Б» и «В» оси 13-17».

В связи с этим, поскольку и предложение истца, направленное им в адрес ответчика, и требование истца, с которым он обратился в арбитражный суд, основаны на одних и тех же нормах права и обстоятельствах, досудебный порядок урегулирования спора не может считаться им не соблюденным.

При этом для признания того, что истцом соблюден досудебный порядок урегулирования спора, не требуется, чтобы размер сроков выполнения работ по договору ЕРС и Договорной цены договора ЕРС, предложенный истцом ответчику в досудебном порядке, полностью совпадал с исковыми требованиями об увеличении сроков выполнения работ и Договорной цены по договору ЕРС, что также подтверждается судебной практикой.

Судебные расходы по уплате госпошлины распределяются между истцом и ответчиком в порядке ст. 110 АПК РФ пропорционально размеру правомерно предъявленных исковых требований.

Руководствуясь ст.ст. 8, 12, 15, 160, 309, 310, 434, 435, 452 ГК РФ, ст. ст. 49, 65, 69, 71, 75, 101-103, 110, 167-171, 176, 180, 181 АПК РФ, суд

Р Е Ш И Л :

Изменить пункт 59.1 договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС) № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008г., указав в нем, что *«Ожидаемая Дата Комплексного опробования отстоит от Даты Начала работ на 53 месяца».*

Изменить пункт 71.1 договора на проектирование, поставку и строительство в связи со строительством Харанорской ГРЭС на условиях «Инжиниринг, поставки, строительство (ЕРС)» № 01-НСХГРЭС-0360-08 от 31.03.2008г., указав в нем, что *«Договорная Цена составляет 7.948.584.581,95 российских рублей, без учета налога на добавленную стоимость».*

Взыскать с Открытого акционерного общества «Третья генерирующая компания оптового рынка электроэнергии» в пользу Закрытого акционерного общества «Энергопроект» расходы по уплате госпошлины в размере 8.000 руб. (восемь тысяч рублей).

Решение может быть обжаловано в месячный срок с момента его принятия в 9-й арбитражный апелляционный суд.

Судья

Назаренков Д.Е.