Samotechnaya str . 7 bld. 2

127473 Moscow, Russia Tel.: + 7 (499) 678 22 98

LLC “ALTHAUS Consulting” www.althausgroup.ru

**ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

**По вопросам, связанным с толкованием условий договора от 19.04.2016 г. № 2100016/0239Д от 19.04.2016 г. на проведение полевых сейсморазведочных работ на 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием**

|  |
| --- |
| *Заключение предназначено исключительно для Клиента. Сведения, приведенные в Заключении, не предназначены для государственных органов, действительных или потенциальных контрагентов, а также каких-либо иных третьих лиц.*  *Настоящее Заключение основано на нормах действующего гражданского законодательства и размещенных в свободном доступе материалах судебной практики арбитражных судов РФ, а также информации и материалах (документах), которые были получены от Доверителя. Все материалы, полученные нашими юристами, являются копиями соответствующих документов. Юристы не проводили установление фактов соответствия (несоответствия) данных, содержащихся в копиях и проектах, сведениям, содержащимся в подлинных экземплярах документов.*  *Заключение носит информационный характер и при принятии решений о применении указанных в нем положений необходимо учитывать все аспекты возникшей проблемы.*  *По любым вопросам, связанным с настоящим Заключением, обращайтесь, пожалуйста, к партнеру, руководителю практики «Судебные споры и банкротство» Бежану Андрею Викторович по тел.: +7 (915) 482 46 79, e-mail:* [*abezhan@althausgroup.com*](mailto:abezhan@althausgroup.com)*.* |

**СОДЕРЖАНИЕ:**

**I.** Описание ситуации ……………………………………………………………………………………………………3

**II.** Задачи…………………. ……………………………………………………………………………………………………9

**III.** Выводы…………. …………………………………………………………………………………………………………10

**IV.** Анализ…………. ………………………………………………………………………………………….………………8

* 1. Касательно анализа положений договора №2100016/0239Д от 19.04.2016 г. на проведение полевых сейсморазведочных работ 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием в целях правовой оценки обстоятельств, являющихся основанием для корректировки стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ в порядке пункта 3.6 Договора ……………………………………………………………………………………………………….…13
  2. Касательно толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов, являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора и выявления действительной общей воли в части анализируемых положений договора и толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов (критериев), являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора..............................................22
  3. Касательное оценки судебных перспектив защиты прав и законных интересов Подрядчика, нарушенных удержанием Заказчиком 553,9 млн. руб., в том числе с учетом сформированной правоприменительной практики……………………………………………………………..24

1. **Описание ситуации:**

19 апреля 2016 г. между ООО «РН-Шельф-Арктика» (далее – Заказчик) и ГНЦ ФГУГУ «Южморгеология» (далее – Подрядчик) был заключен договор № 2100016/0239Д от 19.04.2016 г. (далее – Договор) на проведение полевых сейсморазведочных работ на 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием.

Максимальная стоимость Работ по Договору составляет 1 957 679 495 руб. 60 коп., в том числе НДС 18% в размере 298 929 075 руб. 60 коп. (п. 3.1 Договора).

Максимальная стоимость Полевых работ по Договору составляет 1 307 121 895 руб. 60 коп. (п. 3.2 Договора).

В соответствии с п. 3.3 Договора, стоимость Полевых работ рассчитывается на основании фактически принятых Заказчиком объемов Полевых работ соответствующего Этапа Работ исходя из стоимости 1 (одного) полнократного погонного километра надлежащим образом выполненных работ, указанных в приложении № 5 к Договору.

Согласно п. 3.5 Договора, с учетом положений п. 3.6 Договора, стоимость отдельных видов Работ, стоимость отдельных Этапов Работ, максимальная стоимость Работ и максимальная стоимость Полевых Работ по Договору являются фиксированными, не подлежат изменению в течение всего срока действия Договора и включают в себя всё причитающееся Подрядчику вознаграждение и все расходы Подрядчика, связанные с выполнением Работ по Договору.

При этом, в соответствии с п. 3.6 Договора Стороны договорились, что условие о твердой цене, содержащееся в п. 3.5 Договора, не распространяется и не применяется к случаям уменьшения фактических расходов Подрядчика по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии, и в случае такого уменьшения применяются положения пункта 3.6.

В свою очередь, согласно п. 3.6.2 Договора, в случае если по результатам проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения договоров, указанных в п. 3.6 и в Смете (приложение № 5а к Договору), будет установлено что стоимость товаров, работ, услуг, предусмотренная такими договорами, будет меньше стоимости указанной в Смете (далее указанные услуги – «Дисконтные закупки»), то стороны обязуются заключить дополнительное соглашения к Договору об уменьшении стоимости соответствующих Работ и Этапов Работ.

Условия расчетов за выполненные работы, в соответствии с п. 5.4.1 Договора, предусматривают оплату за выставленный счет в течение 65 календарных дней после подписания акта сдачи-приемки Работ.

При этом в соответствии с п. 5.4.4 в случае, если у Заказчика возникает обоснованное сомнение в правильности суммы, выставленной Подрядчиком в счете на оплату выполненных Работ, либо в случае возникновения у Сторон разногласий относительно суммы, подлежащей оплате Заказчиком, Заказчик вправе в установленный пунктом 5.1.1 Договора срок оплатить выставленный Подрядчиком счет за вычетом спорных сумм и направить Подрядчику уведомление о возникших разногласиях. По результатам рассмотрения такого уведомления Подрядчик должен выставить новый счет с учетом ранее оплаченных Заказчиком сумм, который подлежит проверке оплате Заказчиком в течение 65 календарных дней с момента его получения.

В п. 4.22 Договора предусмотрено право Подрядчика на заключение договоров с субподрядными организациями для обеспечения исполнения условий Договора.

**Дополнительные соглашения к договору, изменяющие условия Договора:**

Дополнительным соглашением от 13.02.2017 г. № 2100016/0239/Д002 Стороны изменили содержание п. 1.6.1 Приложения № 5 к Договору «Детализация договорной стоимости работ». В случае отклонений Подрядчиком от технологии работ, приводящих к частичному или существенному несоответствию качества данных, Заказчик вправе:

- отказаться принимать к оплате такие данные;

- принять данные к оплате с применением понижающего коэффициента к ставке за 1 погонный километр полной кратности.

С учетом применения понижающего коэффициента стороны определили, что стоимость выполненного в 2016 г. объема работ 109,4 пог.км составит 62 562 121 руб. 94 коп.

Также стороны определили, что во всех других случаях коэффициент будет рассчитываться отдельно. Расчет выполняется в период промежуточного актирования отработанных объемов в полевом сезоне 2017 г. и/или в период проведения окончательной приемки.

Дополнительным соглашением от 15.09.2017 г. № 2100016/0239Д003 Стороны внесли следующие изменения в содержание Договора:

1. Максимальная стоимость работ по Договору составляет 1 957 320 189 руб. 25 коп., в том числе НДС 18 % в размере 298 574 266 руб. 16 коп.
2. Содержание Договора дополнено п. 4.6.7, по условиям которого Заказчик может своими силами и за свой счет обеспечивать авиа и вертолетные перевозки Персонала, грузов Подрядчика и его Субподрядчиков в район работ и обратно.

С учетом названного пункта Стороны пришли к соглашению об уменьшении стоимости работ по 12 Этапу Календарного плана на стоимость перевозки в размере 304 496 руб. 91 коп. без НДС.

1. Стороны дополнили содержание Договора п. 1.6.1 Приложения № 5 к Договору «Детализация договорной стоимости Работ», по условиям которого Заказчик осуществляет приемку выполненных объемов работ в 2017 г. по Договору по длине линии ПВ (пунктов возбуждения), в случае если полнократная часть профиля менее 10 пог. Км.

**Возникновение разногласий Сторон:**

15 сентября 2017 г. между ООО «РН-Шельф-Арктика» (Заказчик) и АО «Южморгеология» (Подрядчик) был подписан акт № 11 о выполненных работах по 10 Этапу, в соответствии с которым стоимость работ составляет 486 628 352 руб. 99 коп., в том числе НДС в размере 74 231 443 руб. 68 коп.

01 ноября 2017 г. между ООО «РН-Шельф-Арктика» и АО «Южморгеология» был подписан акт № 12 о выполненных работах по 11 Этапу, в соответствии с которым стоимость работ составляет 185 861 656 руб. 60 коп., в том числе НДС в размере 28 351 778 руб. 13 коп.

02 ноября 2017 г. между ООО «РН-Шельф-Арктика» и АО «Южморгеология» был подписан акт № 13 о выполненных работах по 12 Этапу, в соответствии с которым стоимость работ составляет 45 424 693 руб. 65 коп., в том числе НДС 6 929 190 руб. 56 коп.

В материалах дела также имеется Акт сверки взаимных расчетов за период 2017 г. Стороны согласовали, что по состоянию на 31.12.2017 г. задолженность в пользу АО «Южморгеология» составляет 553 950 995 руб. 00 коп.

Заказчик указывает, что задолженность по Договору подлежит распределению в порядке п. 3.6.2 Договора, поскольку является Экономией Подрядчика.

**Переписка Сторон:**

11.10.2017 г. исх. № 13Р-10-2162 письмо Заказчика:

«В целях реализации механизма уменьшения стоимости Договора, Заказчик просит предоставить соответствующую документацию для расчета.

Также, просит пояснить, порядок поставки судовладельцам дизельного топлива для компрессоров:

* в рамках заключенных договоров на оказание услуг по обеспечению научно-исследовательских работ (т.е. в порядке п. 3.6 Договора) или
* в рамках бездоговорных отношений.

Письмо от 13.10.2017 г. № 3852 ответ Подрядчика:

Как указывает Подрядчик, статья затрат на поставку **топлива для судов** является фиксированной и не подлежит изменению в течении всего срока действия Договора. То есть, положения п. 3.6 Договора не применяются.

Кроме того, сумма затрат на **поставку топлива (дизтоплива для компрессоров) для нужд полевых партий** не является фиксированной и подлежит изменению в порядке п. 3.6.2 Договора.

Так, отдельная закупочная процедура на поставку дизтоплива для нужд полевых партий (дизтопливо для компрессоров) АО «Южморгеология» не проводилась.

Поставка топлива для нужд полевых партий обеспечивается в рамках заключенных договоров на оказание услуг по обеспечению научно-исследовательских работ от ФГУП «Гидрографическое предприятие», которое проводило закупку.

Подрядчик указывает, что, исходя из п. 3.6.2 Договора уменьшение стоимости Договора предусмотрено только по результатам Дисконтных закупок.

**Таким образом, по мнению Подрядчика**, следует вывод, что поскольку в отношении статьи затрат на **«поставку топлива для судов»** закупочная процедура не проводилась, то правило п. 3.6.2 Договора об уменьшении стоимости работ не подлежит применению.

Письмо от 08.12.2017 г. № 13Р-12/2626 ответ Заказчика:

В п. 3.6 Договора предусмотрен механизм **распределения** между сторонами полученной Подрядчиком **экономии** от сметной стоимости по факту выполнения работ.

Заказчик указывает, что для расчета уменьшения стоимости работ необходимо получение от Подрядчика всей документации, предусмотренной п. 3.6.3 и п. 4.22 Договора.

По условиям Договора, п. 3.6.3 Договора предусматривает передачу Заказчику документации по результатам Дисконтной закупки; п. 4.22 Договора предусматривает передачу документации по договорам с Субподрядчиками.

*При этом отметим, что положения п. 4.22 Договора не предусматривают проведения закупочных процедур для привлечения субподрядных организаций.*

Кроме того, в приложенном к письму юридическом заключении Заказчик делает следующие выводы:

* Выводы Подрядчика о расчете стоимости товаров, работ, услуг по договорам с субисполнителями по ставкам, предусмотренным такими договорами, исходя из объема, согласованного в смете к Договору между Подрядчиком и Заказчиком, а не определенного в договорах с его субисполнителями, является ошибочным, т.к. буквальное толкование п. 3.6.2 Договора не позволяет сделать такого вывода.
* Исключение Подрядчиком стоимости судового топлива, а также масла для судов из состава его фактических затрат (стоимости товаров, услуг, работ) для целей уменьшения стоимости товаров, работ, услуг по Договору представляется неправомерным.

Обосновывая данный вывод, Заказчик указывает, что в Договоре Стороны предусмотрели, что уменьшение его стоимости происходит на фактические затраты в целом по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренде судов, поставке топлива для полевых нужд, а не по отдельным затратам, предусмотренным в смете к Договору.

Письмо от 12.12.2018 г. (исх.№ 4737) ответ Подрядчика:

Подрядчик указывает, что порядок уменьшения стоимости работ по условиям п. 3.6.2 Договора предусматривает заключение Сторонами Дополнительного соглашения.

По мнению Подрядчика, между Сторонами имеют место разногласия не относительно суммы, подлежащей оплате, а относительно условий заключения Дополнительного соглашения об уменьшении стоимости.

Договором не предусмотрено распределение полученной Подрядчиком экономии. Уменьшение стоимости этапов работ, предусмотренное п. 3.6 Договора, не должно толковаться как «механизм распределения экономии».

Кроме того, Подрядчик обращает внимание на то, что организации, предоставляющие морские суда по договорам аренды или оказывающие услуги по обеспечению, или организации, поставляющие топливо для нужд партии, не являются субподрядчиками, так как не выполняют часть работ, предусмотренных Договором.

В порядке п. 3.6.2 Договора возможно уменьшение только тех статей затрат, которые были произведены на основании договоров заключенных посредством проведения закупочных процедур.

Переговоры Сторон при личной встрече.

20.12.2017 г. № 13Р-12/2730 письмо Заказчика:

По тексту письма Заказчик указывает, что по результатам переговоров со стороны Подрядчика поступило предложение, где в числе прочих затрат, подлежащих снижению, будут указаны:

- затраты на топливо для судов;

- затраты по услугам сторонних организаций (аренда судов).

Согласно расчету Заказчика, цена Договора подлежит снижению на сумму 553 950 995 руб.

Письмо от 22.12.2017 г. № 4880 ответ Подрядчика:

Подрядчик возражает относительно снижения затрат на:

- топливо для судов;

- услуги сторонних организаций.

Подрядчик настаивает на установлении фиксированной цены в статье расходов «топливо для судов».

Письмо от 26.12.2017 г. (исх. № 13Р-12/2788) ответ Заказчика:

Заказчик настаивает на утверждении условий уменьшения цены, определенных сторонами на переговорах.

До настоящего времени взаимоотношения между сторонами по вопросу снижения стоимости Договора на основании п. 3.6.2 Договора не урегулированы.

**Сравнение позиций Сторон:**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **№** | **Предмет разногласий** | **ООО «РН-Шельф-Арктика» (Заказчик)** | **АО «Южморгеология» (Подрядчик)** |
|  | По вопросу толкования п. 3.6.2 Договора | Пункт 3.6.2 Договора понимается как механизм распределения между Сторонами полученной Подрядчиком экономии от сметной стоимости по факту выполнения работ. | Пункт 3.6.2 Договора понимается как механизм уменьшения стоимости этапов работ; распределение экономии Подрядчика Договором не предусмотрено. |
|  | По вопросу соотношения п. 3.5 и п.3.6 Договора при определении статьи затрат на поставку «топлива для судов» | Статья затрат на поставку «топлива для судов» подлежит снижению на основании п. 3.6.2 Договора. В договоре стороны предусмотрели, что уменьшение стоимости происходит на фактические затраты в целом по договорам «на оказание услуг по обеспечению работ судами…», а не по отдельным затратам, предусмотренным в смете к Договору. | Статья затрат на поставку «топлива для судов» является фиксированной и не подлежит изменению в течении всего срока действия Договора, предоставление договоров и дополнительных соглашений не предусмотрено Договором.  Статьи затрат подлежат изменению в порядке п. 3.6.2 Договора только по результатам проведения закупочных процедур и заключения договоров на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии  Иными словами, положения п. 3.6.2 Договора не применяется к договорам субподряда, заключенным вне закупочных процедур. |
|  | По вопросу соотношения п. 3.6 и п. 4.22 Договора в условиях уменьшения цены Договора при экономии Подрядчика | Пункт 3.6 Договора, в части уменьшения стоимости работ, применяется к договорам с субподрядными организациями, заключенными в порядке п. 4.22 Договора. | Пункт 3.6 Договора в части уменьшения стоимости работ не применяется к договорам субподряда, заключенным вне закупочных процедур. |
|  | Бесспорные положения | Затраты подрядчика по поставке топлива для полевых партий подлежат снижению в порядке п. 3.6.2 Договора. | |

**II. Задачи:**

1. Осуществить анализ положений договора №2100016/0239Д от 19.04.2016 г. на проведение полевых сейсморазведочных работ 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием в целях правовой оценки обстоятельств, являющихся основанием для корректировки стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ в порядке пункта 3.6 Договора.
2. Предоставить правовое заключение по вопросу толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов, являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора.
3. Оценить в рамках указанного правового заключения судебные перспективы защиты прав и законных интересов Подрядчика, нарушенных удержанием Заказчиком 553,9 млн. руб., в том числе с учетом сформированной правоприменительной практики.

**III. Вывод:**

* 1. **Касательно анализа положений договора №2100016/0239Д от 19.04.2016 г. на проведение полевых сейсморазведочных работ 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием в целях правовой оценки обстоятельств, являющихся основанием для корректировки стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ в порядке пункта 3.6 Договора.**

Основанием для корректировки стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ в порядке пункта 3.6 Договора является возникновение следующих условий:

- фактического снижения расходов Подрядчика по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии,

- фактическое снижение расходов предполагается, если стоимость товаров, работ, услуг, предусмотренная такими договорами, будет меньше стоимости указанной в Смете (приложение № 5а к Договору),

- фактическое снижение расходов должно произойти в результате проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения, по их итогам, договоров на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии и иных договоров, указанных в Смете,

- в отношении позиции об экономии подрядчика по статье «поставка топлива для нужд полевой партии», указанная поставка должна была производится именно для «нужд полевой партии».

* 1. **Касательно толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов, являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора.**

Соответствующие критерии (коэффициенты) относительно к составу расходов, определенных в Смете, можно представить в табличном формате. С учетом исследованных материалов к составу расходов, подлежащих корректировки в соответствии с п. 3.6 Договор относятся:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **№** | **Наименование статьи расходов** | **Соответствие статьи расходов видам расходов, названным в п. 3.6 Договора** | **Экономия по отношению к Смете** | **Заключение договора по результатам закупочных процедур** | **Поставка топлива для нужд полевой партии** | **Подлежит (не подлежит корректировке) по п. 3.6 Договора** |
| 1.1. | Расходные материалы (ДТ для нужд полевой партии)\* | Похожее изображение | Похожее изображение | **Х** | Похожее изображение | **Х** |
| 1.1. | Расходные материалы (бензин для нужд полевой партии) | Похожее изображение | Похожее изображение | Похожее изображение | Похожее изображение | Похожее изображение |
| 1.1. | Расходные материалы (топливо для судов)\*\* | Похожее изображение | Похожее изображение | **Х** | **Х** | **Х** |
| 1.2. | Расходные материалы (мелкое оборудование + прочие расходные материалы) | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 2 | Заработная плата исполнителей | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 3 | Страховые взносы во внебюджетные фонды | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 4 | Амортизация ОС и НМА | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 5 | Прочие расходы | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 6 | Накладные расходы | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 7 | Прибыль (8%) | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 8 | Командировочные расходы | **Х** | **-** | **-** | **-** | **Х** |
| 9 | Услуги сторонних организаций\*\*\* | Похожее изображение | Похожее изображение | Похожее изображение | **-** | Похожее изображение |

\* В приведенной таблице приведены критерии наличие которых, применительно к соответствующей статье расходов, является условием для ее корректировки в соответствии с положениями п. 3.6 Договора. Одним из таких критериев является «Заключение договора по результатам закупочных процедур».

При этом, согласно материалам, закупочная процедуры по поставке ДТ для нужд полевой партии в 2016 году не проводилась, что следует из письма ЮМГ от 13.10.2017 г. №3852. В 2017 году ДТ для нужд полевой партии приобреталось по результатам аукциона в соответствии с протоколом электронного аукциона №0572100000217000089 от 16.06.2017 г.

В этой связи в данной части уточнение, что ДТ для нужд полевой партии, которое приобреталось в 2016 году без проведения закупочных процедур, не подлежит корректировке в соответствии с п. 3.6 Договора.

В отношении бензина для нужд полевой партии закупочные процедуры проводились как в 2016, так и в 2017 годах.

\*\* В отношении условия о применении правила о снижении расходов в результате проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения договоров, указанных в п. 3.6 и в Смете, следует отметить следующее.

Исходя из буквального толкования Договора, для возникновения указанного условия необходимо наступление следующих обстоятельств:

- договоры на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии должны быть заключены по результатам проведения именно Подрядчиком закупочных процедур, то есть именно Подрядчик должен был выступать организатором соответствующих закупок.

- учитывая, что закупочные процедуры проводит Подрядчик, соответственно договоры на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии и иные договоры, указанные в Смете, должны быть заключены по результатам закупочных процедур именно между Подрядчиком и лицом, оказывающим услуги (выполняющим работы, поставляющим товар).

С указанной точки зрения, приобретение топлива третьим лицом, оказывающим услуги по обеспечению работ судами по результатам закупочных процедур, не соответствует вышеприведенным критериям. Иными словами, Подрядчика не должен интересовать источник приобретения лицом, оказывающим услуги по обеспечению работ судами, топлива для исполнения своих обязательств по договору оказания услуг.

\*\*\* Под услугами сторонних организаций стороны Договора понимают услуги оказываемые третьими лицами по обеспечению работ судами в соответствии с приложением №5а к Договору. Также, соответствующий термин стороны используют в своих расчетах, имеющихся в представленных материалах.

* 1. **Касательное оценки судебных перспектив защиты прав и законных интересов Подрядчика, нарушенных удержанием Заказчиком 553,9 млн. руб., в том числе с учетом сформированной правоприменительной практики**

По мнению консультанта, позиция Заказчика в рамках взаимоотношений сторон по договору № 2100016/0239Д от 19.04.2016 г. (далее – Договор) на проведение полевых сейсморазведочных работ на 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием является необоснованной.

В то же время оценка правомерности поведения Заказчика является оценочным критерием, то есть устанавливается судом на основании своего внутреннего убеждения, которое должно основываться на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств (ст. 71 АПК РФ). При принятии решения арбитражный суд оценивает доказательства и доводы, приведенные лицами, участвующими в деле, в обоснование своих требований и возражений; определяет, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены и какие обстоятельства не установлены, какие законы и иные нормативные правовые акты следует применить по данному делу; устанавливает права и обязанности лиц, участвующих в деле; решает, подлежит ли иск удовлетворению (ст. 168 АПК РФ).

Кроме того, успех судебного разбирательства зависит от целого ряд условий:

- качество правовой позиции сторон,

- качестве доведения правовой позиции до суда каждой из сторон,

- состав и качество (относимость, допустимость, достоверность) доказательственной базы,

- личные взгляды и симпатии судьи, рассматривающего дело.

Совокупность указанных элементов образует судебное усмотрение, предсказать которое невозможно до начала судебного разбирательства.

В этой связи, при принятии решения об инициировании судебного разбирательства следует учитывать вероятность отклонения судом предлагаемой позиции и вынесение негативного решения.

**VI. Анализ:**

* 1. **Касательно анализа положений договора №2100016/0239Д от 19.04.2016 г. на проведение полевых сейсморазведочных работ 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием в целях правовой оценки обстоятельств, являющихся основанием для корректировки стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ в порядке пункта 3.6 Договора.**

Проведение анализа положений договора предполагает следующие этапы исследования:

- буквальное толкование анализируемых положений договора,

- оценка соответствия анализируемых положений договора нормам закона, регулирующего исследуемые правоотношения,

- выявление действительной общей воли в части анализируемых положений договора.

* + 1. **Касательно буквального толкования положений п. 3.6 Договора:**

Согласно п. 3.5 Договора, с учетом положений п. 3.6 Договора, стоимость отдельных видов Работ, стоимость отдельных Этапов Работ, максимальная стоимость Работ и максимальная стоимость Полевых Работ по Договору являются фиксированными, не подлежат изменению в течение всего срока действия Договора и включают в себя всё причитающееся Подрядчику вознаграждение и все расходы Подрядчика, связанные с выполнением Работ по Договору.

В соответствии с п. 3.6 Договора условие о твердой цене, содержащееся в п. 3.5 Договора, не распространяется и не применяется к случаям уменьшения фактических расходов Подрядчика по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии, в случае такого уменьшения применяются положения настоящего пункта 3.6.

В свою очередь, согласно п. 3.6.2 Договора, в случае если по результатам проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения договоров, указанных в п. 3.6 и в Смете (приложение № 5а к Договору), что стоимость товаров, работ, услуг предусмотренная такими договорами, будет меньше стоимости указанной в Смете (далее указанные услуги – «Дисконтные закупки), то

1. Стоимость отдельных видов Работ и Этапов Работ по Договору включающих в себя Дисконтные закупки, а также
2. Максимальная стоимость Работ по Договору, установленная в п. 3.1 Договора и
3. Максимальная стоимость Полевых Работ по Договору, установленная в п. 3.2 Договора,

подлежат соответствующему изменению.

В этом случае Стороны обязуются заключить дополнительное соглашение к Договору об уменьшении стоимости соответствующих Работ и Этапов Работ.

Как следует из содержания положений п. 3.6 Договора, данные положения регулируют особенности правоотношений сторон, связанных с экономией подрядчика.[[1]](#footnote-1)

Правила о буквальном толковании условий Договора установлены в ст. 431 ГК РФ. В соответствии с абз. 1 названной нормы, при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Исходя из содержания положений п. 3.5 Договора, стороны установили твердую цену. Условия п. 3.6 Договора содержат исключение из правила о твердой цене.

Условием применения указанного исключения является наступление следующих условий:

- уменьшение фактических расходов Подрядчика по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии» (п. 3.6 Договора) в случае, если по результатам проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения договоров на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии, стоимость товаров, работ, услуг, предусмотренная такими договорами, будет меньше стоимости указанной в Смете (п. 3.6.2).

Указанные положения устанавливают правило о распределении экономии подрядчика (ст. 710 ГК РФ).

При этом, как следует из содержания указанных положений Договора, экономия возникает в случае:

- фактического снижения расходов Подрядчика по договорам на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии,

- фактическое снижение расходов предполагается, если стоимость товаров, работ, услуг, предусмотренная такими договорами, будет меньше стоимости указанной в Смете (приложение № 5а к Договору),

- фактическое снижение расходов должно произойти в результате проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения, по их итогам, договоров на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии и иных договоров, указанных в Смете,

- в отношении позиции об экономии подрядчика по статье «поставка топлива для нужд полевой партии», указанная поставка должна была производится именно для «нужд полевой партии».

В отношении условия о применении правила о снижении расходов в результате проведения Подрядчиком закупочных процедур и заключения договоров, указанных в п. 3.6 и в Смете, следует отметить следующее.

Исходя из буквального толкования Договора, для возникновения указанного условия необходимо наступление следующих обстоятельств:

- договоры на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии должны быть заключены по результатам проведения именно Подрядчиком закупочных процедур, то есть именно Подрядчик должен был выступать организатором соответствующих закупок.

- учитывая, что закупочные процедуры проводит Подрядчик, соответственно договоры на оказание услуг по обеспечению работ судами, аренды судов, поставки топлива для нужд полевой партии и иные договоры, указанные в Смете, должны быть заключены по результатам закупочных процедур именно между Подрядчиком и лицом, оказывающим услуги (выполняющим работы, поставляющим товар).

С указанной точки зрения, приобретение топлива третьим лицом, оказывающим услуги по обеспечению работ судами по результатам закупочных процедур, не соответствует вышеприведенным критериям. Иными словами, Подрядчика не должен интересовать источник приобретения лицом, оказывающим услуги по обеспечению работ судами, топлива для исполнения своих обязательств по договору оказания услуг.

Заказчик может занять позицию, что подобные особенности взаимоотношений Подрядчика с лицами, оказывающими услуги по обеспечению работ судами, при которых поставка топлива осуществляется не самим Подрядчиком, а лицом, оказывающим услуги по обеспечению работ судами, следует расценивать как злоупотребление правом со стороны Подрядчика, поскольку злоупотребление правом является самым распространенным аргументом защиты когда в ходе судебного спора сторона пытается толковать положения договора в свою пользу.

В то же время, указанный возможный довод будет являться несостоятельным по следующим причинам. По договору аренды судна арендатор получает в пользование объект, который он эксплуатирует собственными силами. По договору по обеспечению работ судами заказчик получает услуги и не принимает участие в эксплуатации судна.

В случае если бы Подрядчик арендовал суда, а не привлекал третьих лиц для обеспечения работ судами, то вопрос с экономией был бы очевиден. В таком случае Подрядчик сам бы производил закупки топлива и к таким расходам подлежали бы применению положения об экономии подрядчика. Учитывая, что Заказчик согласовал привлечение третьих лиц для обеспечения работ судами, он должен был понимать правовые последствия в виде невозможности применения соответствующего положения.

Иными словами, поскольку привлечение указанных лиц осуществлялось по согласованию с Заказчиком, который также был осведомлен о содержании конкурсной документации, указанный возможный довод Заказчика следует расценивать как несостоятельный.

Расчет экономии Подрядчика должен осуществляться по результатам приемки каждого этапа работ в соответствии с п. 5.1.1 Договора и до проведения расчета за выполненные работы в соответствии с п. 5.4.1 Договора.

Считаем, что указанный в замечании вариант расчета экономии применяться не может. Экономия и перерасход имеют разные правовые последствия. Экономия влечет возникновение права Заказчика на перерасчет (п. 2 ст. 710 ГК РФ, с учетом положений Договора). Перерасход, при определенных условиях, влечет возникновение права Подрядчика, требовать увеличения суммы выплаты (абз 2 п. 6 ст. 709 ГК РФ).

Неисполнение Подрядчиком обязанности выплатить соответствующую сумму, при наличии согласия на превышение сметы, позволяет:

- потребовать расторжения договора до момента его исполнения (ст. 451 ГК РФ),

- взыскать сумму выплаты, если договор был исполнен (ст. 15 ГК РФ),

- приостановить исполнение встречного обязательства (п. 2 ст. 328 ГК РФ),

- произвести зачет встречного требования на соответствующую сумму (ст. 410 ГК РФ).

Соответственно, вычесть из суммы экономии сумму перерасхода, чтобы утверждать, что сумма экономии стала меньше, представляется неверным.

|  |
| --- |
| Таким образом, снижение расходов по результатам закупочных процедур будет иметь место в случае проведения указанных процедур именно Подрядчиком и заключения договоров между Подрядчиком и победителем соответствующих закупочных процедур. |

В отношении условия о применении правила о последствиях возникновения экономии подрядчика относительно поставки топлива для нужд полевой партии следует дополнительно отметить следующее.

Понятие полевой партии не содержится в тексте Договора.

В то же время, в соответствии с абз. 1 ст. 431 ГК РФ, буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Словосочетание «Полевая партия» периодически встречается по тексту Договора. В частности, в п. 4.18.3 Договора, стороны установили, что готовность отдельной полевой партии к выполнению полевых работ подтверждается Актом готовности, подписанным начальником партии (техническим руководителем) и представителем Заказчика (супервайзером). Состав полевой партии формировался Подрядчиком на основании внутреннего приказа АО «Южморгеология» №960-п от 08.06.2017 г. в соответствии с которым состав сейсмической партии определялся как группа профильных специалистов.

В случае неоднозначности содержания актов о готовности полевых партий, следует руководствоваться абз. 2 ст. 431 ГК РФ, в соответствии с которым если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи 431 ГК РФ, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, [обычаи](consultantplus://offline/ref=F3657E251401C4E739163E1AF5C02017EB85FD042B0F4791232A7E6D0EBE89734E43BE0A2C72B2C9U5r6U), последующее поведение сторон.

Учитывая отсутствие определения понятия «Полевая партия» в тексте Договора, а также в связи с отсутствием легального определения данного термина, следует исходить из того, что, включая указанный термин в текст Договора, стороны исходили из общепринятого его толкования.

Согласно п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», под обычаем, который в силу статьи 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении гражданско-правового спора, следует понимать не предусмотренное законодательством, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и иной деятельности, например, определение гражданами порядка пользования общим имуществом, исполнение тех или иных обязательств.

Из указанных разъяснений ВС РФ можно вывести тезис о том, что, оценивая содержание понятия полевой партии, следует принимать во внимание толкование данного термина, принятое в соответствующем профессиональном сообществе.

В целях выявления общепринятого толкования понятия полевой сейсморазведочной партии консультантом была также проанализирована профессиональная литература, касающаяся исследуемой темы.

Исходя из проведенного исследования было выявлено, что под составом партии понимается определенная организационная структура, состоящая из профильных специалистов. В частности, в диссертационном исследовании Шумского Б.В. «Технология сейсморазведочных работ МОВ ОГТ 2D на предельном мелководье и в транзитных зонах», автор, который также является подписантом по Договору со стороны ЮМГ, приводя организационную структуру полевой партии, исходит из того, что в состав указанной партии входят руководящие специалисты и специалисты в составе определенных функциональных отрядов (отряд возбуждения сейсмических колебаний, отряд регистрации сейсмической информации, косарский отряд, навигационный отряд, отряд обработки и контроля качества сейсмической информации, отряд механиков-судоводителей) (стр. 122 диссертации). Аналогичные выводы содержатся также в общедоступных публикациях в сети Интернет.

|  |
| --- |
| ***Таким образом, под полевой партией, в контексте исследуемых правоотношений, следует понимать определенную организационную структуру, состоящую из профильных специалистов в сфере сейсморазведки.*** |

Как уже было отмечено, в состав расходов, учитываемых при определении экономии Подрядчика по статье «поставка топлива для нужд полевой партии», входит поставка топлива именно для нужд полевой партии.

Исходя из приведенного определения полевой партии следует сделать вывод, что поставкой топлива для нужд полевой партии является поставка топлива для нужд группы лиц, входящих в определенную организационную структуру, состоящую из профильных специалистов в сфере сейсморазведки.

|  |
| --- |
| *Таким образом, поставкой топлива для нужд полевой партии является поставка топлива для нужд группы лиц, входящих в определенную организационную структуру, состоящую из профильных специалистов в сфере сейсморазведки.* |

Следует отметить, что определить содержание понятия «топливо для нужд полевой партии», исходя из приведенного толкования понятия «полевой партии» затруднительно, поскольку указанное понятие может толковаться крайне широко. В этой связи обоснованным представляется следующий подход к определению понятия «топливо для нужд полевой партии».

В соответствии с п. 1.1 Договора, «Работы» – это полевые сейсморазведочные работы 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием. Согласно п. 2.1.18 Договора, «Полевые Работы» – это Работы, выполняемые Подрядчиком в Районе Работ. «Район Работ» (п. 2.1.25) – это лицензионный участок недр федерального значения Хатангский, в отношении которого Заказчик выступает в качестве агента от имени ОАО «НК «Роснефть», являющегося держателем Лицензии, и в отношении которого Заказчик привлекает Подрядчика для выполнения Работ по договору.

Исходя из содержания Договора, в частности приложения № 2 к Договору «Календарный план» следует, что полевые сейсморазведочные работы – это работы, выполняемые Подрядчиком после завершения Подготовительного этапа, связанного с подготовкой проектной и иной документации, и этапа Мобилизации судов, оборудования и персонала (включая переход, развертывание, тестирование в Районе Работ, отработка первого профиля) в Районе Работ и до этапа Демобилизации судов.

Отсюда представляется обоснованным утверждение, что топливо для нужд полевой партии – это топливо необходимое для выполнения полевой сейсморазведочной партией Полевых работ после завершений Подготовительного этапа и этапа Мобилизации судов в Районе работ. Указанные работы должны быть непосредственно направлены на достижение геологических задач (п. 2.1 Приложения № 1 к Договору «Геологическое задание»), под которыми понимается изучение геологического строения района, уточнения строения и пространственного местоположения перспективных объектов, выявленных по результатам предшествующих профильных сейсмических исследований, а также поиск новых нефтегазоперспективных объектов в пределах участка планируемой съемки.

|  |
| --- |
| ***Таким образом, топливом для нужд полевой партии является топливо необходимое для выполнения полевой сейсморазведочной партией Полевых работ после завершений Подготовительного этапа и этапа Мобилизации судов в Районе работ и до этапа Демобилизации судов.*** |

С указанной точки зрения, включение в состав понятия «топливо для нужд полевой партии» также понятия «топливо для судов» представляется необоснованным, поскольку топливо для судов требуется именно на этапах мобилизации и демобилизации судов, а не на этапе Полевых работ в Районе работ.

* + 1. **Касательно оценки соответствия анализируемых положений договора нормам закона, регулирующего исследуемые правоотношения**

В соответствии с п. 1 ст. 710 ГК РФ, в случаях, когда фактические расходы подрядчика оказались меньше тех, которые учитывались при определении цены работы, подрядчик сохраняет право на оплату работ по цене, предусмотренной договором подряда, если заказчик не докажет, что полученная подрядчиком экономия повлияла на качество выполненных работ. Согласно п. 2 ст. 710 ГК РФ в договоре подряда может быть предусмотрено распределение полученной подрядчиком экономии между сторонами.

Понятие «распределение» в экономике означает разделение материальных благ между субъектами экономических отношений. Указанная формулировка не предполагает существование каких-либо определенных пропорций распределения, однако не исключает необходимость наличия соответствующих пропорций.

В соответствии с п. 1 ст. 1 ГК РФ, гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

В договорных правоотношениях принцип равенства воплощается в тезисе, что равенство участников данных правоотношений должно обеспечивать баланс их имущественных интересов. Принцип равенства предполагает соразмерность прав и обязанностей сторон гражданско-правового обязательства, т.е. соответствие прав и обязанностей одной его стороны правам и обязанностям другой. Явное несоответствие прав и обязанностей сторон свидетельствует о нарушении баланса интересов сторон и, как следствие, принципа равенства.

Установленное нормой ст. 710 ГК РФ правило об экономии направлено на стимулирование подрядчика к поиску путей, удешевляющих работу[[2]](#footnote-2).

С указанных позиций, положение Договора о распределении экономии путем уменьшения цены Договора на сумму экономии, без материального стимулирования подрядчика, может расцениваться как нарушение основополагающего принципа гражданского права поскольку не предполагает соблюдение баланса интересов сторон при возникновении экономии подрядчика.

Подход, связанный с толкованием условий договора о распределении экономии подрядчика путем уменьшения цены договора, как противоречащий закону, является неоднозначным.

Практика, связанная с толкованием положений п. 2 ст. 710 ГК РФ, не является обширной. В ходе анализа было выявлено 26 судебных актов по делам, в которых суды исследовали вопрос о применении указанной нормы. Было выявлено, что в практике встречаются две противоположные позиции.

В частности, как отмечается в постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.02.2015 №Ф07-1379/2014 по делу №А56-22625/2014, который оценивал аналогичные положения договора, «в данном случае стороны не предусмотрели в контракте такого распределения экономии.

В пункте 3.10 контракта и пункте 2 соглашения фактически закреплено условие о невыплате экономии, что противоречит положениям ст. 710 ГК РФ.

В силу абзаца 1 пункта 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

В силу ст. 168 ГК РФ (в редакции, действовавшей в спорный период) сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

Согласно пункту 2 ст. 168 ГК РФ (в новой редакции), если из закона не следует иное, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые интересы третьих лиц, ничтожна.

Злоупотребление правом при совершении сделки нарушает запрет, установленный [статьей 10](consultantplus://offline/ref=DE4443745DF9B1C532E241D5C1928579657AAFFF837904C16AD3274E4B406F107427C5666EHAUAK) ГК РФ, поэтому такая сделка признается недействительной на основании [статей 10](consultantplus://offline/ref=DE4443745DF9B1C532E241D5C1928579657AAFFF837904C16AD3274E4B406F107427C5666EHAUAK) и [168](consultantplus://offline/ref=DE4443745DF9B1C532E241D5C1928579657AAFFF837904C16AD3274E4B406F107427C5676EHAUDK) ГК РФ.

Поскольку соглашение сторон о распределении экономии отсутствует, а оспариваемые положения контракта и соглашения к контракту противоречат Гражданскому [кодексу](consultantplus://offline/ref=DE4443745DF9B1C532E241D5C1928579657AAFFF837904C16AD3274E4BH4U0K) Российской Федерации, то суды пришли к правильному выводу об обоснованности требований Общества...»

В отношении вопроса о возможности применения указанной практики к исследуемым правоотношениям, учитывая, что в приведенной практике рассматривался спор между сторонами госконтракта, полагаем, что субъектный состав договора не влияет на возможность применения к спорным правоотношениям положений ст. 710 ГК РФ. Условие о твердой ценей, предусматриваемое в госконтрактах, не влияет на возможность применения положений ГК РФ об экономии подрядчика.

В рассматриваемом случае судебной практики суд, несмотря на субъектный состав и применение к отношениям сторон Закона о гозакупках, встал на строну подрядчика и защитил его прав на распределение экономиии.

Следует учитывать также, что приведенная судебная практика связана с применением к спорным правоотношениям нормы ст. 168 ГК РФ в редакции до внесения в нее изменений на основании Федерального [закона](consultantplus://offline/ref=B667DFB0B5107A56A7BC9B96F82A73DA305C5D7A30610C96DE277A4CD79278C2ED7BF0F2ECBC8D8Bo9E8L) от 07.05.2013 № 100-ФЗ.

В соответствии со ст. 168 ГК РФ, в ранее действовавшей редакции, сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

В соответствии с п. 1 ст. 168 ГК РФ в редакции, применимой к исследуемым правоотношениям, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи или иным законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки. Согласно п. 2 названной нормы, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

Учитывая, что рассматриваемый Договор был заключен в период действия новой редакции ГК РФ, для обоснования довода о ничтожности договора следует обосновать возможность применения п. 2 ст. 168 ГК РФ.

При этом, в соответствии со сложившейся судебной практикой применения положений п. 2 ст. 168 ГК РФ, наличие в действиях стороны признаков злоупотребления правом также позволяет суду квалифицировать сделку как ничтожную (см., например, п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 №54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»).

В соответствии с иным подходом, выраженным в [постановлении](consultantplus://offline/ref=A1306AE69E01C07FF1033D2A4ECC5000C93944436485E356FD3D33CCB2qFa5K) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.09.2015 по делу №А56-40587/2014 ([Определением](consultantplus://offline/ref=A1306AE69E01C07FF1032F2B56CC5000CC3A4F47638DE356FD3D33CCB2qFa5K) Верховного Суда РФ от 22.12.2015 N 307-ЭС15-16688 отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ), «норма пункта 1 ст. 710 ГК РФ не содержит оговорку о ее природе, однако [пункт 2](consultantplus://offline/ref=5928DA76C88CA3903200E18A622A6A8045AC532E1FD7FA941822663E05B9F4FDED3B181584A88FA5T0W2N) указывает на допустимость одного из вариантов (наиболее типичного) отступления от норм [пункта 1](consultantplus://offline/ref=5928DA76C88CA3903200E18A622A6A8045AC532E1FD7FA941822663E05B9F4FDED3B181584A88FA5T0W3N) об экономии подрядчика, а именно – распределение образовавшейся экономии между сторонами. В то же время, системное толкование не оставляет сомнений в том, что стороны могут согласовывать и иные варианты девиации от установленных в пункте 1 правил. Например, не распределение экономии между сторонами, а уменьшение цены на всю величину обнаруженной экономии»[[3]](#footnote-3). Исходя из разъяснений, изложенных в [пункте 4](consultantplus://offline/ref=42CAEFC4FC6B53DB16DD9AAA5293EA1E718E5F64B02EE330609E828FA15089BA5AEBE8DCD726B7A2t2C3P) постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в [пункте 3](consultantplus://offline/ref=42CAEFC4FC6B53DB16DD9AAA5293EA1E718E5F64B02EE330609E828FA15089BA5AEBE8DCD726B7A1t2C1P) названного постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная. В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по [статье 168](consultantplus://offline/ref=42CAEFC4FC6B53DB16DD9AAA5293EA1E71815665B725E330609E828FA15089BA5AEBE8DED1t2C1P) ГК РФ».[[4]](#footnote-4)

В этой связи, возможным является подход о квалификации п. 3.6.2 Договора, как устанавливающего необоснованное распределение экономии подрядчика в форме невыплаты суммы экономии Подрядчику, как ничтожного. При этом следует отметить, квалифицировать соответствующее положение Договора как ничтожное можно не только в рамках самостоятельного иска, но и в рамках процесса по делу о взыскании задолженности по Договору. В таком случае инициирование самостотельного судебного разбирательства об оспариваниии сделки не требуется.

При этом учитывая неоднозначность судебной практики по данному вопросу есть вероятность отклонения судом данной позиции. Также следует учитывать, что судебная практика в пользу негативного для Подрядчика подхода, была подтверждена на уровне ВС РФ.

|  |
| --- |
| *Таким образом, положения п. 3.6 Договора могут быть квалифицированы как ничтожные на основании ст. 10, 168 ГК РФ. При этом учитывая неоднозначность судебной практики, есть вероятность отклонения судом соответствующей позиции.* |

* 1. **Касательно толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов, являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора и выявления действительной общей воли в части анализируемых положений договора и толкования Договора в части условий о корректировке стоимости отдельных видов Работ и Этапов Работ с указанием коэффициентов (критериев), являющихся переменными при определении окончательной стоимости Работ, и порядка расчета окончательной стоимости Работ с учетом правового смысла и содержания п. 3.6. Договора**

Экономия подрядчика, в рассматриваемом примере, может возникать в следующих случаях:

- в случае закупки товаров (работ, услуг) по цене меньше сметных благодаря проведению аукциона (как это предусмотрено в п. 3.6.2 Договора),

- в случае более эффективного расходования ресурсов (работы выполнены с опережением графика, что повлекло снижение потребления топлива).

В первом случае сумма экономии определяется как разница между сметной стоимостью и стоимостью закупки.

Распределение экономии подрядчика при возникновении экономии по второму варианту не урегулировано в Договоре. В этой связи к отношениям сторон в данной части применяются положения п. 1 ст. 710 ГК РФ. В соответствии с указанной нормой, в случаях, когда фактические расходы подрядчика оказались меньше тех, которые учитывались при определении цены работы, подрядчик сохраняет право на оплату работ по цене, предусмотренной договором подряда, если заказчик не докажет, что полученная подрядчиком экономия повлияла на качество выполненных работ.

Соответственно, даже если исходить из позиции, что топливо для судов подлежит корректировке в соответствтии со ст. 3.6.2 Договора, то в данном случае следует руководствоваться следующим подходом.

При формировании сметы по Договору стороны исходили из средней расчетной величины статей расходов и расчетного количество единиц товаров (работ, услуг) необходимых для выполнения работ.

Соответственно, если по результатам закупочных процедур указанная расчетная величина за единицу товара (работы, услуги) отличается от сметной, то стоимость работ подлежит корректировке на соответствующую величину.

При этом, если в ходе выполнения работ Подрядчик обеспечил более эффективное расходование ресурсов (например, топлива), что привело к возникновению экономии, то разница между сметной и фактической величиной расходов подлежит выплате ему в качестве экономии подрядчика в соответствии с п. 1 ст. 710 ГК РФ.

При расчете указанной разницы между сметной и фактической величиной расходов в расчет принимается стоимость соответствующих ресурсов определенная по результатам закупочных процедур.

Например, если смета предусматривала приобретение 100 тонн топлива за 100 руб., но подрядчик обеспечил использование 80 тонн за 50 руб., благодаря эффективному расходу и закупочным процедурам, то оплата по договору осуществляется исходя из стоимости 100 тонн топлива по цене 50 руб.

* 1. **Касательное оценки судебных перспектив защиты прав и законных интересов Подрядчика, нарушенных удержанием Заказчиком 553,9 млн. руб., в том числе с учетом сформированной правоприменительной практики**

Оценка судебных перспектив основывается на методики моделирования спорного охранительного правоотношения возникающего в результате нарушения субъективного права лица, являющегося участником базовых регулятивных правоотношений.

Возникновение охранительного правоотношения обусловлено прежде всего наличием охранительной правовой нормы, предусматривающей право на защиту нарушенного регулятивного права (право на иск) и определяющей способ защиты нарушенного права.

Универсальные способы защиты перечислены в ст. 12 ГК РФ, и представляют собой унифицированные варианты возможного поведения управомоченного лица, направленные на защиту и восстановление нарушенного субъективного права.

В рамках исследуемых правоотношений по договору № 2100016/0239Д от 19.04.2016 г. (далее – Договор) на проведение полевых сейсморазведочных работ на 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием было нарушено субъективное право Подрядчика на оплату выполненных и принятых Заказчиком работ, предусмотренное в п. 1 ст. 702 ГК РФ.

Охранительной правовой нормой, обеспечивающей защиту нарушенного субъективного права Подрядчика в рамках взаимоотношений сторон по договору подряда, является взыскание убытков (абз. 9 ст. 12 ГК РФ). Иными словами, для защиты права Подрядчика на получение оплаты по договору подряда Подрядчик должен обратится с требование о взыскании убытков с Заказчика.

Общепринятым в практике, хотя и не зафиксированным в правовой норме, является подход, при котором для применения к спорным правоотношениям нормы о взыскании убытков (ст. 15 ГК РФ) необходимо установление следующих фактических обстоятельств:

- противоправность поведения контрагента,

- факт возникновения убытков,

- наличие причинно-следственной связи между действиями контрагента и наступившими неблагоприятными для истца последствиями,

- размер ущерба.

Указанный состав фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, представляет собой набор условий, при которых такой способ защиты как взыскание убытков, может быть применен.

Учитывая очевидность наличия таких обстоятельств как факт возникновения убытков, наличие причинно-следственной связи и размер ущерба остановимся на оценки поведения контрагента, повлекших возникновение убытков у Подрядчика.

Обосновывая свою позицию Заказчик указывает на реализацию им правомочий, предусмотренных в п. 5.4.4 Договора, в соответствии с которым в случае если у Заказчика возникает обоснованное сомнение в правильности суммы, выставленной Подрядчиком в счете на оплату выполненных Работ, либо в случае возникновения у Сторон разногласий относительно суммы, подлежащей оплате Заказчиком, Заказчик вправе в установленный в п. 5.1.1 Договора срок оплатить выставленный Подрядчиком счет за вычетом спорных сумм и направить Подрядчику уведомление о возникших разногласий. По результатам рассмотрения такого уведомления Подрядчик должен выставить новый счет с учетом ранее оплаченных Заказчиком сумм, который подлежит проверке и оплате Заказчиком в течение 65 календарных дней с момента его получения.

Как следует из указанного положения, основанием для реализации Заказчиком соответствующих правомочий является:

- возникновение обоснованного сомнения у Заказчика в правильности суммы, выставленной Подрядчиком в счете на оплату выполненных Работ, либо

- возникновение у Сторон разногласий относительно суммы, подлежащей оплате Заказчиком.

Оценивая соответствующее положение Договора следует отметить, что данное правомочие Заказчика относится к порядку оплаты по договору и не является формой реализации права на встречное приостановление исполнение обязательства, предусмотренное в п. 2 ст. 328 ГК РФ. Соответствующее правомочие следует квалифицировать как способ обеспечения исполнения обязательств в форме удержания вещи (абз. 2 п. 1 ст. 359 ГК РФ). В то же время, данное правомочие было реализовано Заказчиком в связи с необоснованным (по его мнению) неисполнением Подрядчиком обязанности по подписанию дополнительного соглашения к Договору об уменьшении стоимости работ и этапов работ в связи с возникновением экономии Подрядчика, что может быть квалифицировано как встречное приостановление.

В этой связи, при оценки судом соответствующего обстоятельства, во внимание должно приниматься обоснованность позиции Заказчика связанной с предъявлением к Подрядчику требования об уменьшении цены договора и подписания соответствующего дополнительного соглашения.

Анализирую позицию Заказчика можно выделить следующие основные доводы, изложенные в переписке стороны, которые подлежат оценки на основании проведенного исследования.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **№** | **Тезис** | **Оценка** |
|  | Статья затрат на поставку «топлива для судов» подлежит снижению на основании п. 3.6.2 Договора. | Включение в состав «топлива для нужд полевой партии» также «топлива для судов» для целей применения положений п. 3.6.2 Договора, представляется необоснованным ввиду различного содержания указанных определений. |
|  | В договоре стороны предусмотрели, что уменьшение стоимости происходит на фактические затраты в целом по договорам «на оказание услуг по обеспечению работ судами…», а не по отдельным затратам, предусмотренным в смете к Договору. | В действительности стороны предусмотрели в Договоре, что уменьшение стоимости происходит при наличии определенных критериев, которым должны соответствовать указанные затраты. В этой связи приобретение топлива лицами, оказывающими услуги по обеспечению работ судами, не влечет возникновение экономии Подрядчика |
|  | Пункт 3.6 Договора, в части уменьшения стоимости работ, применяется к договорам с субподрядными организациями, заключенными в порядке п. 4.22 Договора | Пункт 3.6 Договора в части уменьшения стоимости работ не применяется к договорам субподряда, заключенным вне закупочных процедур |

При анализе правоприменительной практики консультантом был выявлен также следующий подход, который может быть применен к исследуемым правоотношения.

Так, Договор был заключен между сторонами по результатам закупочной процедуры, проводимой ОАО «НК «Роснефть».

В этой связи, при толковании положений Договора следует принимать во внимание позицию ВАС РФ выраженную в постановлении Президиума ВАС РФ от 15.07.2014 N 5467/14 по делу N А53-10062/2013. В частности, ВАС РФ указывает, что включая в проект государственного контракта заведомо невыгодное для контрагента условие, от которого победитель размещения заказа не может отказаться, заказчик нарушает закон. Однако победитель размещения заказа, будучи введенным в заблуждение авторитетом заказчика, внешней правомерностью этого требования и невозможностью от него отказаться, мог посчитать себя связанным им и добросовестно действовать вопреки своим интересам.

Приведенная концепция защиты слабой стороны договора применяется как к отношениям с государственным заказчиком, так и к отношениям не обремененным публичным элементом. Основным в данном случае является возможность стороны влиять на возможность изменения условий договора.

В частности, в соответствии с п. 9 Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 №16 «О свободе договора и ее пределах», при рассмотрении споров, возникающих из договоров, включая те, исполнение которых связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, судам следует принимать во внимание следующее. В тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения [пункта 2 статьи 428](consultantplus://offline/ref=4D7F9B76C8CDCCAD6B9B37D984FD14C326849F235AE1EC3405A1D267CCD5001B5AAE3374AB99CD61hCr4A) ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента. В то же время, поскольку согласно [пункту 4 статьи 1](consultantplus://offline/ref=4D7F9B76C8CDCCAD6B9B37D984FD14C326849F235AE1EC3405A1D267CCD5001B5AAE3377A8h9r9A) ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании [статьи 10](consultantplus://offline/ref=4D7F9B76C8CDCCAD6B9B37D984FD14C326849F235AE1EC3405A1D267CCD5001B5AAE3377ADh9rBA) ГК РФ или о ничтожности таких условий по [статье 169](consultantplus://offline/ref=4D7F9B76C8CDCCAD6B9B37D984FD14C326849F235AE1EC3405A1D267CCD5001B5AAE3376ACh9rBA) ГК РФ.

Как видно из приведенных положений, статус заказчика (государственный либо частный) в данном случае правового значения не имеет.

Данный принцип толкования Договора (contra proferentem) состоит в том, что неясное договорное условие толкуется против того, кто при заключении договора его предложил, и, соответственно, в пользу того, кто его принял.

В этой связи если будет доказано, что Подрядчик не мог изменить условия заключаемого контракта, то любые сомнения в толковании соответствующих положений Договора следует толковать в пользу более слабой стороны Договора – Подрядчика.

Таким образом, по мнению консультанта, позиция Заказчика в рамках взаимоотношений сторон по договору № 2100016/0239Д от 19.04.2016 г. (далее – Договор) на проведение полевых сейсморазведочных работ на 2D на Хатангском участке недр (море Лаптевых) с донным оборудованием является необоснованной.

Следует отметить, что оценка правомерности поведения является оценочным критерием, то есть устанавливается судом на основании своего внутреннего убеждения, которое должно основываться на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств (ст. 71 АПК РФ). При принятии решения арбитражный суд оценивает доказательства и доводы, приведенные лицами, участвующими в деле, в обоснование своих требований и возражений; определяет, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены и какие обстоятельства не установлены, какие законы и иные нормативные правовые акты следует применить по данному делу; устанавливает права и обязанности лиц, участвующих в деле; решает, подлежит ли иск удовлетворению (ст. 168 АПК РФ).

В этой связи, при принятии решения об инициировании судебного разбирательства следует учитывать вероятность отклонения судом предлагаемой позиции и вынесение негативного решения.

В отношении оптимального для Заказчика способа зашиты нарушенного права следует отметить следующее.

Определение надлежащего способа защиты нарушенного права обусловлен тем какое именно регулятивное субъективное право управомоченного лица было нарушено в результате неправомерным действий другого лица. В данном случае единственным нарушенным субъективным правом Подрядчика является право на оплату результатов выполненны работ (п. 1 ст. 702 ГК РФ).

Неисполнение стороной договора обязанности по оплате по договору влечет возникновение у управомоченного лица права на требовать взыскания задолженности по договору.

1. Следует отметить, что в ходе подготовки Заключения мы исследовали возможность иной правовой квалификации соответствующего положения Договора. В дополнении к Заключению мы также пытались оценить возможность квалификации соответствующих положений Договора как условия о твердой цене, не предусматривающей права Заказчика на уменьшение цены договора. Однако мы пришли к выводу, что суд, при рассмотрении дела, не воспримет сколько-нибудь сложную позицию при наличии удобной для применения правовой конструкции, предусмотренной в законе – «экономии подрядчика», которая может применяться к исследуемым спорным правоотношениям. [↑](#footnote-ref-1)
2. См., например, постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 06.02.2013 N 05АП-11694/2012 по делу N А51-14294/2011 [↑](#footnote-ref-2)
3. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.09.2015 по делу N А56-40587/2014 (Определением Верховного Суда РФ от 22.12.2015 N 307-ЭС15-16688 отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ) [↑](#footnote-ref-3)
4. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.01.2017 N Ф07-12643/2016 по делу N А56-48442/2015 ([Определением](consultantplus://offline/ref=6CA7931362C2D90C9213EB4CE62FBF10149A1551F649372DADDC8B4239s7D0P) Верховного Суда РФ от 24.04.2017 N 307-ЭС17-4330 отказано в передаче дела N А56-48442/2015 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления) [↑](#footnote-ref-4)