

# Заключение ЕРС-КОНТРАКТА



**Владимир Липавский**

управляющий партнер  
**Ost Legal**

ПРАКТИКА ПОКАЗЫВАЕТ, ЧТО В ТЕХ СЛУЧАЯХ, КОГДА КРУПНЫЙ ПРОЕКТ РОССИЙСКОГО ЗАКАЗЧИКА РЕАЛИЗУЕТСЯ ИНОСТРАННЫМ ПОДРЯДЧИКОМ, ПОСЛЕДНИЙ ИМЕЕТ ПРЕИМУЩЕСТВА, ПОСКОЛЬКУ СПЕЦИАЛИЗИРУЕТСЯ НА КОНТРАКТАХ ПОЛНОГО ЦИКЛА, ТАКИХ КАК ЕРС И ЕРС(М), А СЛЕДОВАТЕЛЬНО, МОЖЕТ СПРЯТАТЬ РЯД НЕВЫГОДНЫХ для КОНТРАГЕНТА ПОЛОЖЕНИЙ. НА ЧТО ЗАКАЗЧИКУ И ПОДРЯДЧИКУ СЛЕДУЕТ ОБРАТИТЬ ВНИМАНИЕ В МОМЕНТ ПРОВЕДЕНИЯ ПЕРЕГОВОРОВ?

## Объем работ

Часто за низкой ценой кроется меньший объем. Каждый подрядчик желает победить в тендере, но при этом, разумеется, он надеется получить максимальную прибыль от проекта. В погоне за двумя зайцами многие подрядчики в ходе тендера делают заказчику привлекательные по цене предложения, но при этом стараются ограничить объем выполняемых ими работ и своих обязательств. С этой целью в предложения включаются ограничения, предположения, исключения и оговорки, причем зачастую малозаметным для заказчика способом. Например, подвох может крыться в невинной инициативе дополнить договор еще одним приложением – коммерческим или техническим предложением подрядчика. В нем весьма аккуратно в нескольких местах будет указано, что не входит в объем работ, выполняемых подрядчиком. Таким образом, в результате сложения стоимости работ, не входящих в обязательства подрядчика, может оказаться, что реально объект стоит значительно больше, чем на это указано в ЕРС-контракте.

В этой связи заказчику на стадии тендера и в ходе переговоров необходимо добиваться того, чтобы подрядчик оценил и включил в свои обязательства все работы, которые намерен приобрести заказчик.

- ЕРС- И ЕРС(М)-КОНТРАКТЫ – договоры проектирования, поставки, строительства (менеджмента) (engineering, procurement and construction (management)).

---

## ? ВХОДИТ ЛИ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПОДРЯДЧИКА ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ЕРС-КОНТРАКТА ВЫПОЛНЕНИЕ ВСЕХ РАБОТ, УКАЗАННЫХ В ПРОЕКТНОЙ И РАБОЧЕЙ ДОКУМЕНТАЦИИ

Довольно часто проектировщик, нанятый ЕРС-подрядчиком, готовит проектную (рабочую) документацию, а ЕРС-подрядчик отказывается выполнять какие-либо работы или их часть, ссылаясь на исключения, содержащиеся в ЕРС-контракте. Для того чтобы избежать таких рисков, заказчику желательно включать в договор условие о том, что все работы, перечисленные в проектной и рабочей документации, должны быть выполнены.

---

## ? ВХОДИТ ЛИ В ОБЪЕМ РАБОТ, ВЫПОЛНЯЕМЫХ ПОДРЯДЧИКОМ, ОБЕСПЕЧЕНИЕ СООТВЕТСТВИЯ ТРЕБОВАНИЯМ ОБЯЗАТЕЛЬНЫХ ТЕХНИЧЕСКИХ ПРАВИЛ

Заказчик должен настаивать на включении в договор условия о том, что в объем работ, выполняемых подрядчиком, входит обеспечение их соответствия, а также построенного объекта требованиям обязательных технических правил, действующих в Российской Федерации, независимо от того, указаны ли конкретные работы в техническом задании и проектной документации. В противном случае заказчик может быть поставлен перед необходимостью устранять нарушения, выявленные Ростехнадзором, за свой счет.

## Проектирование. Разница в подходах

В тех случаях, когда ЕРС-подрядчик – иностранная компания, следует помнить о том, что подходы к проектированию в западных странах существенно отличаются от российских. В Европе и США при исполнении уже заключенного ЕРС-контракта не готовится задание на проектирование, а проектная документация не утверждается заказчиком. Более того, состав, структура, содержание и объем проектной документации, разрабатываемой при строительстве объектов на Западе, не соответствуют требованиям к проектной

и рабочей документации, предъявляемым в России. Сложности возникают даже с правильным переводом терминов «проектная документация» и «рабочая документация», т. к. стороны по-разному понимают их смысл. Например, термин «проектная документация» часто переводится на английский язык как Basic Design или, что еще хуже, как Feasibility Study. Между тем пакет документов, составляющий Basic Design на Западе, будет в несколько раз меньше, чем объем проектной документации в России в отношении сопоставимого объекта. Проектная документация сложных промышленных объектов в России, как правило, подлежит государственной экспертизе, на основе положительного заключения которой орган местного самоуправления выдает разрешение на строительство. Государственной экспертизы проектной документации в привычном нам понимании не существует в большинстве стран Европы, США и Канаде.

Таким образом, подрядчик и заказчик зачастую имеют различные представления относительно объема и результата проектных работ, которые должны быть выполнены на основании ЕРС-контракта. Как правило, последний является договором под ключ, в соответствии с которым подрядчик передает заказчику полностью готовый к эксплуатации объект, и в такой ситуации иностранный подрядчик может воспринимать проектирование как сугубо внутреннее дело (т. е. он проектирует завод в том объеме, в каком это необходимо ему самому, для того чтобы построить и сдать заказчику предприятие, соответствующее техническим характеристикам, предусмотренным договором). Как следствие, возникают споры об увеличении цены или сроков. Для того чтобы этого избежать, необходимо в ЕРС-контракте:

- четко описать состав разделов проектной документации;
- дать ссылку на нормативные требования, которым должна соответствовать проектная документация (например, на Постановление Правительства РФ от 16.02.2008 № 87 «О составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию»);
- определить порядок утверждения проектной документации и ее представления на госу-

дарственную экспертизу, а также распределить обязанности сторон при прохождении такой экспертизы.

ЕРС-подрядчику, не имеющему опыта проектирования в России, настоятельно рекомендуется привлечь к работе российский проектный институт, как минимум для целей адаптации разрабатываемой им документации к национальным требованиям.

**?** ГАРАНТИРУЕТ ЛИ ЗАКАЗЧИК ТОЧНОСТЬ И ПРАВИЛЬНОСТЬ ПРЕДОСТАВЛЕННЫХ ИМ ИСХОДНЫХ ДАННЫХ, ИЛИ ЖЕ ЕРС-ПОДРЯДЧИК НЕ МОЖЕТ НА НИХ ПОЛАГАТЬСЯ И ДОЛЖЕН ПРЕДВАРИТЕЛЬНО ИХ ПРОВЕРИТЬ

В ЕРС-контракте рекомендуется предусмотреть исчерпывающий перечень и сроки предоставления заказчиком исходных данных. Это снизит риск манипулирования подрядчиком сроками строительства путем регулярного направления заказчику запросов дополнительных исходных данных.

В ЕРС-проекте под ключ (т. е. в проекте, где подрядчик берет на себя большинство рисков, а участие заказчика минимально) справедливым является решение, предполагающее разделение исходных данных на те, что подлежат проверке, и те, на которые подрядчик может полагаться. Например, физические параметры, определенные в ходе топографических и геологических изысканий, подрядчик может проверить, только повторив последние, поэтому если такие изыскания уже были выполнены заказчиком, то логично предоставить подрядчику возможность полагаться на их итоги. Что же касается интерпретации данных, результатов различных вычислений и прочих сведений, которые могут быть проверены без осуществления повторных изысканий, то заказчик должен предоставить подрядчику срок для их проверки, по истечении которого тот обязан сообщить обо всех обнаруженных ошибках, неточностях и пропусках. Ошибки, о которых подрядчик не сообщил заказчику и которые могли быть выявлены им при внимательном и компетентном изучении исходных данных, должны быть риском подрядчика.

## Поставка оборудования

Существует два основных способа приемки оборудования в ЕРС-проектах:

- «подрядная» модель;
- «поставочная» модель.

В первом случае заказчик не принимает оборудование как таковое – оно принимается в составе законченного объекта в целом либо завершено этапа работ. Во втором случае заказчик принимает у подрядчика оборудование отдельно, например на основании товарной накладной по форме № ТОРГ-12 (утв. Постановлением Госкомстата России от 25.12.1998 № 132 «Об утверждении унифицированных форм первичной учетной документации по учету торговых операций») (что, в принципе, близко к отношениям по поставке), а затем передает его подрядчику «в монтаж».

В случае, когда ЕРС-подрядчиком является иностранная компания – нерезидент России, использование «подрядной» модели в отношении импортного оборудования может оказаться проблематичным в силу требований таможенного законодательства, согласно которым декларантом перемещаемых через таможенную границу грузов может являться только резидент РФ. Вместе с тем, как показывает практика, крупные иностранные компании, давно работающие в России, нашли способ применения «подрядной» модели, используя для этой цели собственные дочерние российские компании либо филиалы.

Преимуществом «подрядной» схемы приемки оборудования для заказчика является тот факт, что от него не требуется предпринимать каких-либо действий в ходе поставки (например, участвовать в таможенном оформлении). Кроме того, заказчик даже в течение короткого промежутка времени не несет рисков случайной гибели оборудования. Недостатком же данной модели является то обстоятельство, что в случае банкротства ЕРС-подрядчика или обращения взыскания на его имущество третьи лица потенциально могут претендовать и на оборудование, еще не переданное в составе работ заказчику.

«Поставочная» модель, в свою очередь, также имеет недостатки. Так, при любом базисе поставки, кроме DDP (Delivered Duty Paid – по-

ставка с оплатой пошлины)<sup>1</sup>, обязанность по таможенному оформлению оборудования лежит на покупателе (заказчике). Кроме того, в тот период времени, когда заказчик принял оборудование от подрядчика и еще не передал его обратно в монтаж, риск случайной гибели и повреждения оборудования лежит на заказчике (в этой связи рекомендуется осуществлять такую передачу одновременно с приемкой оборудования от подрядчика). Преимуществом же данной модели является тот факт, что оборудование раньше становится собственностью заказчика. Также к ее плюсам можно отнести более раннее погашение авансов, уплаченных в счет поставки оборудования.

В тех случаях, когда ЕРС-контракт заключается с иностранным подрядчиком и стороны выбрали «поставочную» модель приемки оборудования, нередко разгорается серьезный спор по поводу выбора базиса поставки – DDP или DAP (Delivered at Place – поставка в пункт назначения). Суть такого спора заключается в определении ответственного за таможенное оформление оборудования в Российской Федерации (будет ли им заказчик или подрядчик). С точки зрения распределения рисков для заказчика, безусловно, DAP менее предпочтителен, поскольку его использование на практике почти всегда сопровождается взаимными обвинениями: подрядчик заявляет, что заказчик несвоевременно осуществил таможенное оформление оборудования, а заказчик, в свою очередь, оправдывает задержки в оформлении тем, что сам подрядчик не предоставил ему в срок и в полном объеме документы, необходимые для подачи декларации в таможенные органы. Базис поставки DDP снимает данные риски с заказчика, однако в ряде случаев его применение может быть серьезно осложнено тем, что, как уже указывалось выше, согласно российскому таможенному законодательству в качестве декларанта может выступать только резидент РФ.

<sup>1</sup> В терминологии Международных правил толкования торговых терминов «Инкотермс 2010» (публикация Международной торговой палаты № 715) (ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms).

## Контроль за выполнением работ

Российские заказчики предпочитают контролировать каждый этап строительного процесса, поэтому как по условиям договора, так и в процессе его фактической реализации заказчик либо нанятый им инженер осуществляют множество проверок, измерений и иных контрольных мероприятий. Между тем не следует забывать об императивной норме ч. 2 ст. 742 ГК РФ, согласно которой заказчик, обнаруживший отступления от условий договора, обязан немедленно заявить об этом подрядчику, а заказчик, не сделавший такого заявления, теряет право в дальнейшем ссылаться на обнаруженные им недостатки.

Следует отметить, указанная норма коренным образом отличается от существующей международной практики. Так, большинство типовых форм международных строительных контрактов ФИДИК (FIDIC, Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – Международная федерация инженеров-консультантов) исходят из иного принципа: утверждение заказчиком каких-либо работ либо отсутствие с его стороны не освобождает подрядчика от ответственности за допущенные нарушения.

## Выбор субподрядчиков

«Классический» ЕРС-контракт с твердой ценой (Lump Sum) предполагает, что выбор субподрядчиков осуществляется ЕРС-подрядчиком по собственному усмотрению, поскольку именно он несет ответственность за результат в целом и при этом ограничен твердой ценой. В российской практике в случае заключения ЕРС-контракта с твердой ценой с крупным иностранным подрядчиком право заказчика влиять на выбор субподрядчиков и поставщиков ограничено в основном правом согласования поставщиков и производителей основного технологического оборудования, т. к. выбор последнего влияет на стоимость дальнейшего владения объектом строительства.

Принципиально иной процедура выбора субподрядчиков должна быть в случае, если:

- заключается ЕРС-контракт с российским подрядчиком, не располагающим ликвидными активами достаточной величины;
- заключается ЕРС-контракт с открытой ценой (Open Book) или ЕРС(М)-контракт.

В подобных обстоятельствах, поскольку цена является открытой, предоставление ЕРС-подрядчику права выбирать субподрядчиков по собственному усмотрению может обернуться существенным удорожанием проекта. В таких проектах субподрядчики должны выбираться в соответствии с тендерной или иной конкурентной процедурой на основе заранее согласованной с заказчиком тендерной документации, и последний должен принимать участие в выборе и иметь право вето.

### ? ДОЛЖЕН ЛИ ЕРС-КОНТРАКТ СОДЕРЖАТЬ ТРЕБОВАНИЯ К ДОГОВОРАМ СУБПОДРЯДА

ЕРС-контракт может предусматривать одну или несколько форм договоров субподряда. При этом существенные отклонения от соответствующей формы должны быть согласованы с заказчиком. Как минимум ЕРС-контракт должен предусматривать обязанность ЕРС-подрядчика включить в каждый договор субподряда следующие условия:

- возможность расторжения договора субподряда в случае досрочного прекращения ЕРС-контракта;
- возможность перевода прав и обязанностей по договору субподряда в пользу заказчика в случае досрочного прекращения ЕРС-контракта.

## Платежи и приемка работ

В западной практике типичным является осуществление платежей по графику или по факту завершения подрядчиком определенных этапов строительства (Milestone). Приемка же как таковая осуществляется один раз – по факту окончания строительства.

В российском законодательстве ничего не препятствует согласованию такой платежной модели, однако в соответствии с национальными правилами бухгалтерского учета платежи, предшествующие

приемке работ, расцениваются как авансы. Согласно корпоративной политике большинства крупных российских компаний каждый выданный аванс должен обеспечиваться банковской гарантией – разумеется, ни один подрядчик не в состоянии предоставить банковские гарантии на сумму, равную полной цене договора. Более традиционной системой оплаты в России является сочетание одного или нескольких авансовых платежей, а также платежей, равных стоимости выполненных этапов работ. При этом под этапом должен пониматься некий заверченный комплекс работ.

Проблемой при использовании данной схемы в отношениях с иностранным подрядчиком является тот факт, что она не всегда способна обеспечить ему положительный или хотя бы нейтральный денежный поток (Cash Flow), который обычно служит условием участия в проекте крупного зарубежного подрядчика. Способом достижения данной цели является многостадийное дробление этапов на более мелкие, вплоть до функционального узла. В конечном итоге количество этапов может достигать нескольких тысяч. Другие недостатки данной схемы заключаются в сложности ее администрирования и необходимости многочисленных согласований сторон, т. к. каждая новая разбивка цены в соответствии с этапами выполнения работ представляет собой изменение условий договора.

## Приостановка работ

Заказчик должен иметь право приостанавливать выполнение работ в случае нарушения подрядчиком определенных правил, например правил техники безопасности на строительной площадке. В таком случае все связанные с задержкой строительства риски несет подрядчик, и ему не предоставляется право на продление сроков. Кроме того, желательно включить в договор право заказчика на приостановку работ по собственному усмотрению. Наличие данного права может оказаться полезным, например, в ситуации задержки с внешним финансированием, изменения конъюнктуры рынка, планирующей корректировки технических решений строящегося объекта и т. п. Безусловно, расходы подрядчика в ходе такой

## ВЫЛОВЛЕНО В СЕТИ

приостановки должны быть возмещены, а сроки выполнения работ – продлены, однако преимуществом для заказчика является тот факт, что в течение установленного договором периода приостановки подрядчик не может его расторгнуть.

## ? В КАКИХ СЛУЧАЯХ ПОДРЯДЧИК МОЖЕТ ПРИОСТАНОВИТЬ РАБОТЫ

Подрядчик может приостановить выполнение работ в следующих случаях:

- при создании предлагаемыми заказчиком решениями или указаниями, предоставляемыми материалами или оборудованием угрозы безопасности результатам выполняемых работ либо качеству строящегося объекта (ст. 716 ГК РФ);
- при невыполнении заказчиком обязанностей в ситуации, когда это препятствует выполнению подрядчиком работ (непредоставление исходных данных, строительной площадки, коммуникаций и т. п.);
- при несвоевременной оплате работ заказчиком (в данном случае рекомендуется прописать в ЕРС-контракте минимальную сумму задолженности и минимальный срок просрочки, предоставляющие подрядчику право приостановить работы).

## Ответственность

Российские заказчики обычно основывают свою позицию на положениях ГК РФ, в соответствии с которым при нарушении обязательств лицо должно возместить убытки в полном объеме, включая как реальный ущерб, так и упущенную выгоду. Разумеется, помимо убытков заказчик настаивает на включении в договор неустоек, в основном за нарушение сроков и недостижение производственных показателей объекта. При этом заказчик желает видеть такие неустойки зачетными (т. е. в части, не покрытой неустойкой, могут быть взысканы еще и убытки), а еще лучше – штрафными (убытки взыскиваются в полной сумме сверх неустойки). Что касается неустойки за несоблюдение сроков строительства, то заказчик обычно настаивает на том, что-



### Долана Бегзи

Коллеги просят выложить все секреты борьбы с Банками! Выкладываю!

1. ждем иски от банков
  2. подаем жалобу в банк
  3. естественно нас Банки "послали"
  4. подаем встречный иск, предварительно отложив первое слушание
  5. нас "послали" уже суды)
  6. получаем Решение суда. а оно естественно(что очень жаль,п.к. не законно) в пользу Банков.
  7. обжалуем в Верховном суде
  8. тут уже славо богу Определение в нашу пользу!!!!!! (принимаю всех юристов на договорной основе или продаю отдельным юр.компаниям всю технологию)
  9. дальше уже прощете,т.к. все идет в нашу пользу)
- Предложение коллегам-юристам остается на этой стадии еще в силе. Дальше смысла нет впускать кого-то в долю!!!!!!  
Пошевелитесь,т.к.всегда найдется более умный и смысленый!  
и не забываем о СИЛЕ ДУХА!!!! С уважением. ДОЛАНА БЕГЗИ

Стиль, орфография и пунктуация автора сохранены

бы штрафы были увязаны не только с конечным, но и промежуточными сроками.

Почти все, что было указано выше, является категорически неприемлемым для иностранного подрядчика. Существует несколько ключевых принципов, без которых ни один крупный иностранный подрядчик не заключит ЕРС-контракт.

**1** Договор должен предусматривать безусловный «глобальный» лимит ответственности, т. е. лимит, который не может быть превышен при осуществлении выплат по любым предусмотренным договором или законом основаниям. Справедливым является лимит в 100% от договорной цены для ЕРС-контрактов с твердой ценой либо лимит, равный сумме вознаграждения, – для ЕРС(М)-контрактов.

**2** Заранее оцененные убытки, предусмотренные договором, должны представлять собой единственные средства защиты при соответствующем нарушении его условий (например, в случае просрочки или недостижения производственных показателей). Российским аналогом данному подходу является исключительная неустойка. Кроме того, общий размер таких заранее оцененных

убытков также должен быть ограничен (10% от цены договора).

**3** Не подлежат возмещению так называемые косвенные убытки. Из известных российскому праву инструментов в данную категорию попадают:

- упущенная выгода;
- убытки от простоя или снижения производства;
- штрафы, связанные с такими убытками.

Кроме того, серьезные споры возникают по поводу возмещения вреда, причиненного подрядчиком имуществу заказчика. Нормальной западной практикой считается страхование «от всех рисков» как на стадии строительства, так и на стадии эксплуатации предприятия, причем с отказом страховщика от суброгации, поэтому западные подрядчики готовы компенсировать такой вред только в пределах суммы франшизы, предусмотренной страховым полисом. Такой подход, конечно же, является непривычным для российских компаний.

### Право на изменение

Если смотреть на договор с позиции заказчика, то перечень оснований, предоставляющих подрядчику право на продление сроков строительства или увеличение его цены, должен быть исчерпывающим. При формировании данного перечня желательно избегать включения в него оснований, которые сами по себе «оставляют дверь открытой», например таких как «любые иные обстоятельства вне контроля подрядчика, которые оказывают влияние на ход работ».

Перечень обстоятельств, предоставляющих подрядчику право на изменение условий договора, можно разделить на группы:

- нарушения условий договора, иные действия (бездействие) со стороны заказчика или помехи со стороны других лиц, нанятых заказчиком;
- материализация рисков заказчика;
- форс-мажор (кроме нестрахуемых событий, которые обычно относятся к рискам заказчика, например война и военные действия).

В договоре желательно прописать последствия наступления каждого из оснований, да-

ющих подрядчику право на изменение сроков строительства или его стоимости. Некоторые обстоятельства могут предоставлять подрядчику только право на возмещение расходов, другие – только право на продление сроков. Разумеется, существуют и обстоятельства, наделяющие подрядчика правом и на то и на другое. Так, в случае форс-мажора продлеваются сроки выполнения работ, но при этом хотя бы в течение некоторого промежутка времени ЕРС-подрядчик может принять на себя свои расходы, связанные с данным событием. При обнаружении каких-то непредвиденных работ или увеличении объемов строительства, если такие сложности можно преодолеть с помощью более интенсивной деятельности, увеличения количества рабочих и строительной техники, ЕРС-подрядчику должны быть возмещены соответствующие расходы, но сроки строительства остаются неизменными.

### ? КАК ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ ПРОДЛЕНИЕ СРОКОВ СТРОИТЕЛЬСТВА ОБЪЕКТА

Как известно, многие работы и поставки выполняются не последовательно (одна за другой), а параллельно. При этом задержка в осуществлении какого-либо одного вида работ, скажем, на один месяц совсем необязательно должна привести к задержке ввода объекта в эксплуатацию на этот же срок.

В планировании строительства используется термин «критический путь», под которым понимается взаимосвязь строительных мероприятий (работ, поставок), не имеющих с точки зрения графика запаса по времени. В связи с этим задержка при выполнении любого из видов работ, составляющих критический путь, с большой долей вероятности вызовет сдвиги в сроке окончания строительства в целом.

Таким образом, при формировании условий договора важно указать, что ЕРС-подрядчик не вправе претендовать на «автоматическое» – «день за день» продление сроков строительства вследствие наступления обстоятельств, дающих ему право на их изменение. Продление сроков применяется лишь в той степени, в какой такие обстоятельства оказали влияние на критический путь проекта.