



Структурирование, заключение и исполнение ЕРС и ЕРС(М)-контрактов

2015

СОДЕРЖАНИЕ

- 6 Контрактная стратегия при реализации крупных строительных проектов
- 20 Заключение ЕРС и ЕРС(М)-контрактов: условия, которым нужно уделить особое внимание
- 30 Споры и конфликты, возникающие при реализации ЕРС-проектов
- 38 Особенности формирования условий ЕРС контрактов в рамках проектов ГЧП
- 48 Некоторые аспекты исполнения договоров подряда по модели ЕРС с учетом правоприменительной практики
- 58 Изменение цены в ЕРС-контракте
- 62 Интервью с Константином Кряжевских
- 68 Программа Project Legal Support компании Ost Legal



В случае возникновения вопросов или комментариев Вы можете направлять их по адресу info@ostlegal.ru — все они будут с благодарностью рассмотрены.



В ходе более чем десятилетней работы в области промышленного строительства мы приобрели, проанализировали, систематизировали и обобщили опыт структурирования, подготовки, заключения и исполнения строительных договоров, предотвращения и разрешения различных споров и конфликтных ситуаций. Мы неоднократно делились этим опытом — в наших статьях, а также в ходе выступлений на различных конференциях и семинарах. В итоге, мы решили соединить и свести статьи, презентации и выступления в формате «белой книги» — сборника практиче-

ских материалов, которые, как мы надеемся, послужат подспорьем для российских компаний при работе с такими сравнительно новыми для отечественной практики инструментами, как EPC-, EPC(M)-контракты, а также помогут предотвратить часть споров и конфликтов в ходе реализации проектов. Помимо статей собственно Ost Legal, данный сборник также включает материалы, подготовленные юристами ЗАО «Русатом Оверсиз», — одной из компаний, которая имеет значимый опыт реализации EPC-проектов в области атомной энергетики.



Искренне Ваш,
Владимир Липавский,
управляющий партнер Ost Legal

Контрактная стратегия при реализации **крупных** строительных проектов



управляющий
партнер Ost Legal
**Владимир Борисович
Липавский**

При реализации инвестиционного строительного проекта на ранних стадиях важно определиться с контрактной стратегией, то есть выбрать договорную структуру (типы подрядчиков, виды, последовательность заключения и взаимосвязь договоров), которая позволит реализовать проект в кратчайшие сроки, с наименьшими затратами и с максимально эффективным управлением рисками. Важно помнить, что при оценке эффективности контрактной стратегии сроки, стоимость и риски необходимо оценивать в совокупности, поскольку, например, более высокая стоимость строительства может с лихвой компенсироваться более ранним вводом объекта в эксплуатацию и, как следствие, получением прибыли.

При определении контрактной стратегии учитывается множество факторов: место расположения строительной площадки, особенности отрасли, вид строящегося объекта, источник финансирования (собственные средства инвестора, строительный займ, проектное финансирование и т.д.), тип строительства («гринфилд», «браунфилд», реконструкция, расширение, модернизация), конъюнктура на рынке подрядных услуг, соотношений компетенций заказчика и подрядчика в области управления строительством, характеристики потенциальных контрагентов и др. Важность своевременного и комплексного анализа всех этих факторов сложно переоценить: например, в одном из известных нам случаев заказчик хотел осуществить реконструкцию и расширение электростанции с помощью крупного иностранного подрядчика на основе контракта и объявил соответствующий тендер не произведя предварительного изучения рынка. Однако никто из желательных для заказчика подрядчиков на тендер не заявился — иностранные инжиниринговые компании рассматривают Россию как стра-

ну с повышенными рисками и неохотно контрактуются по модели EPC lumpsum и, кроме того, крайне редко выбирают данную модель для проектов реконструкции или расширения (т.н. «браунфилд»).

Можно выделить следующие основные типы договорной структуры проекта:

- Заключение договоров с множеством отдельных подрядчиков и управление ими силами собственного внутреннего подразделения — то, что в России часто называется «строительство хозспособом», а на Западе — «multi lot» или «multi prime»;
- Сооружение объекта на основе договора EPC
- Сооружение объекта на основе договора EPC(M) и прямых договоров с отдельными подрядчиками



Мультилот

В схеме «мультилот» заказчик сам непосредственно выстраивает взаимоотношения с каждым подрядчиком (проектирование, строительно-монтажные работы, поставки, пуско-наладка), заключает с каждым в отдельности договор, контролирует исполнение, несет все риски. Каждый подрядчик отвечает только за свою часть работ, отсутствует единое лицо, которое бы отвечало за производственные показатели и сроки ввода всего объекта. Важно понимать, что нарушение сроков одним из подрядчиков, (например, проектировщик несвоевременно выдает рабочую документацию) дает право остальным затронутым подрядчикам требовать продления сроков выполнения их части работ, а также возмещения связанных с таким продлением расходов. К слову, исходя из нашей практики, во всех проектах, где заказчик отдельно нанимал проектировщика и строительно-монтажных подрядчиков/поставщиков, всегда имел место срыв сроков задержек в передаче рабочей документации от проектировщика — подрядчикам и исходных данных от поставщиков — проектировщику.

Вместе с тем, в ряде случаев управление проектом собственными силами заказчика (т.е. мультилот) может быть вполне оправданным, в частности, когда имеют место следующие факторы:

- 1 Заказчик располагает собственной службой капитального строительства, которая имеет достаточный опыт управления подобными проектами в прошлом;
- 2 Особенности площадки или проекта таковы, что заказчик может более эффективно управлять рисками, чем предполагаемый ЕРС-подрядчик;
- 3 В соответствующей нише рынка отсутствуют опытные и компетентные ЕРС-подрядчики с суммой ликвидных активов, достаточной для того, чтобы эффективно принять на себя предусмотренную ЕРС-контрактом ответственность; ЛИБО
- 4 Реализующийся проект характеризуется повышенной степенью неопределенности и рисков, что побуждает ЕРС подрядчиков закладывать высокую стоимость рисков в цену ЕРС-контракта;
- 5 Финансирование проекта осуществляется заказчиком за счет

собственных средств или корпоративных займов, т.е. отсутствуют требования займодавцев в отношении договорной структуры проекта;

- 6 Сроки ввода объекта в эксплуатацию не являются критическим фактором.

ЕРС-контракт

ЕРС представляет собой английскую аббревиатуру слов *engineering, procurement, construction* (инжиниринг, поставки, строительство) и представляет собой так называемый договор «полного цикла» — подрядчик отвечает за проектирование, поставки, строительство, пуско-наладку и ввод объекта в эксплуатацию.

Договор ЕРС часто используется в тех случаях, когда заказчик не располагает собственной службой, способной управлять строительным проектом, не желает вмешиваться в такое управление и принимать на себя соответствующие риски. Также ЕРС является одной из основных договорных форм в проектах, которые финансируются с помощью банков или иных финансовых институтов (в особенности это касается проектного финансирования), так как банки, предоставляя кредит, стремятся к тому, чтобы проектная компания брала на себя как можно меньшее количество рисков.

Для целей удобства классификации под термином «Договор ЕРС» или «ЕРС-контракт» мы будем понимать ЕРС-контракт с твердой ценой «под ключ» (ЕРС lumpsum turnkey), если иное не вытекает из контекста

Для договора ЕРС свойственны следующие характеристики:

- 1 Выполнение ЕРС-подрядчиком полного цикла работ: проектирование, поставки, строительство
- 2 Твердая цена, которая в большинстве случаев может являться паушальной. Следует отметить, что определение цены в качестве твердой и паушальной не исключает того обстоятельства, что в процессе проектирования может появиться разбивка цены или смета. Любое превышение стоимости работ, оборудования или материалов по сравнению с договорной ценой относится на ЕРС-подрядчика. Исключением является изменения в объеме или составе работ, инициированные заказчиком, события форс-мажора, неисполнение заказчиком своих обязательств, предусмотренных договором ЕРС;
- 3 Высокий предел ответственности подрядчика: часто предел

ответственности ограничен размером договорной цены, хотя встречаются случаи, когда такой предел ограничен лишь частью цены договора ЕРС;

- 4 подрядчик располагает большей самостоятельностью в осуществлении строительного процесса, а заказчик имеет минимум полномочий по управлению ЕРС-подрядчиком или субподрядчиками;
- 5 большинство рисков по договору, включая риски непредвиденных затрат и задержек, относятся на ЕРС-подрядчика.

ЕРС-контракт, разумеется, при правильном выборе ЕРС-подрядчика — это наиболее удобное и надежное решение для заказчика: ему необходимо администрировать только один договор, ответственность за сроки, качество и производственные показатели объекта строится по принципу «одного окна», нарушения со стороны одного или нескольких субподрядчиков не дают ЕРС-подрядчику права на продление сроков или освобождение от ответственности. Однако, как правило, это и самое дорогое решение: все вышеуказанные риски ЕРС-подрядчик расценивает и закладывает в цену.

По нашему опыту, на стадии контрактования стоимость ЕРС-контракта может быть на 25-35% выше по сравнению с контрактованием по принципу «мультилот». Вместе с тем, высокая стоимость может компенсироваться или даже перекрываться преимуществами более раннего ввода в эксплуатацию.

Сокращение сроков строительства часто бывает возможным за счет того, что ЕРС-подрядчик, будучи единственным ответственным перед заказчиком лицом, может осуществлять разработку и выдачу проектной и рабочей документации параллельно с закупками материалов и оборудования, а также выполнением СМР. Например, ЕРС-подрядчик может не дожидаться разработки и утверждения всей проектной документации для того, чтобы начать контрактование оборудования длительного цикла изготовления.

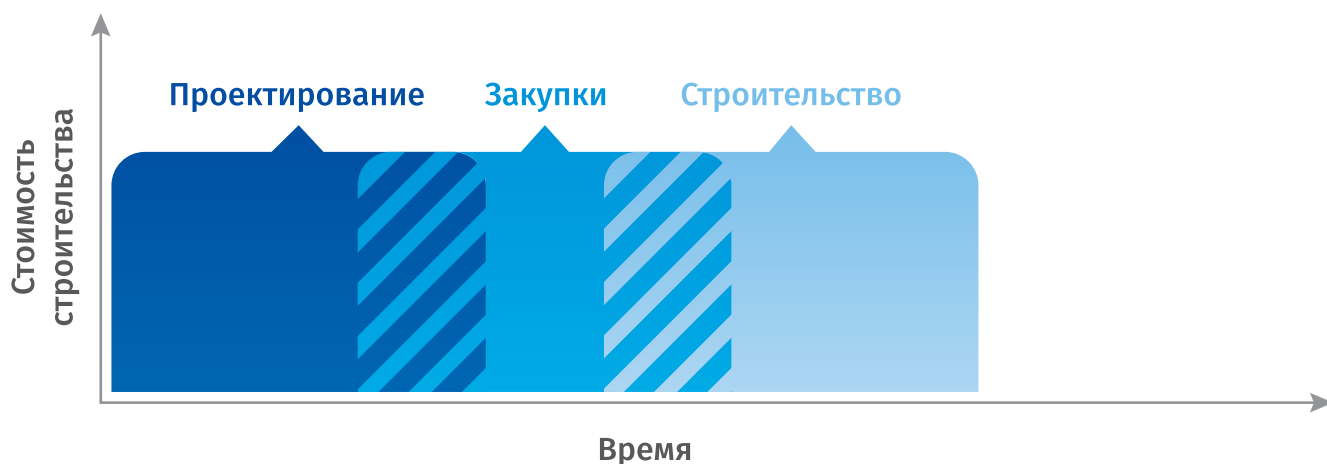
Эффективное применение параллельного проектирования позволяет в ряде случаев серьезно сократить общие сроки строительства. Это особенно актуально для некоторых газовых проектов, в особенности проектов по переработке/подготовке попутного нефтяного газа, где может быть пик добычи, к моменту которого обязательно нужно построить установку по подготовке газа,

в противном случае общая рентабельность проекта серьезно ухудшается. В таких случаях оправдано использование EPC-модели реализации проекта, которая, несмотря на более высокую стоимость позволяет завершить строительство в более сжатые сроки.

Управление силами заказчика (мультилот)



EPC-контракт



Каждая контрактная стратегия — «традиционная» модель управления силами заказчика и EPC-модель обладает сильными и слабыми своими сторонами. Для сравнения приводим таблицы, систематизирующие негативные и позитивные стороны каждой стратегии.

Сравнение позитивных и негативных сторон контрактных стратегий по модели управления силами заказчика и EPC-модели

	Плюсы	Минусы
Управление силами заказчика на основе множества договоров (Multi Lot)	<p>Полный контроль над процессом сооружения объекта</p> <p>Возможность оптимизации цены строительства объекта вследствие удачной конъюнктуры рынка</p> <p>Возможность легкой замены отдельных подрядчиков</p> <p>Тендеры на закупку через «собственные руки»</p>	<p>Длинные сроки строительства из-за того, что проектирование, закупки и строительство выполняются последовательно</p> <p>Сложности с администрированием большого количества договоров</p> <p>Отсутствие гарантий (каждый подрядчик отвечает за свой объем работ)</p> <p>Риск недостижения проектных (ожидаемых) показателей объекта</p> <p>Риск нарушения сроков реализации проекта по причинам, зависящим от заказчика (неисполнение одного подрядчика дает освобождение другим)</p>
Модель EPC (Single lot)	<p>Сокращенные сроки строительства за счет параллельного проектирования, закупок и строительства</p> <p>Простота администрирования (один договор и один генподрядчик)</p> <p>Минимизация риска недостижения проектных (ожидаемых) показателей объекта</p> <p>Снижение риска нарушения сроков реализации проекта</p> <p>Ответственность и гарантии по принципу «одного окна»</p>	<p>Более высокая цена контракта</p> <p>Ограниченное количество опытных генподрядчиков на рынке</p> <p>Отсутствие контроля на уровне субподрядчиков (при исполнении субподрядов)</p> <p>Сложности в замене субподрядчиков</p> <p>Высокий риск в случае выбора «плохого» генподрядчика</p>

ЕРС(М)-контракт

ЕРС(М) — структура является контрактным решением, которое, с точки зрения распределения рисков, лежит посередине между моделями мультитот и договора ЕРС. Следует сразу оговориться, что единого и однозначного понимания, что считать ЕРС(М) — контрактом не существует. Под таким договором могут понимать, например, ситуацию, когда ЕРСМ-подрядчик выступает исключительно как консультант, не заключающий никаких договоров субподряда от своего имени. Равным образом ЕРС(М)-контрактом может называться договор генерального подряда полного цикла, но в котором цена определена по принципу «открытой книги» (open book) или «возмещения» (cost + fee, reimbursable)¹. Сложность в терминологию привносит также то обстоятельство, что ни одна из ведущих международных организаций (FIDIC, ICC Orgalime) не выпустила проформы договора ЕРС(М).

ЕРС(М) представляет собой английскую аббревиатуру *Engineering Procurement Construction Management*. При этом корректным переводом данной аббревиатуры на русский язык является «Проектирование, Поставки, Управление Строительством». В ЕРС(М) модели слово management (управление) чаще всего относится именно к строительству в узком смысле слова, т.е. к выполнению строительно-монтажных и иных работ на площадке. С учетом ранее сделанных оговорок о неопределенности в терминологии, под ЕРСМ-контрактом чаще всего понимается такая структура, когда ЕРС(М)-подрядчик собственными силами или силами дочерней компании осуществляет проектирование, самостоятельно осуществляет контрактование оборудования и материалов, но в части строительно-монтажных работ осуществляет лишь управление, т.е. не нанимает от собственного имени строительно-монтажных подрядчиков, а лишь от имени заказчика управляет наhireнными заказчиком подрядчиками.

Принципиальным отличием договора ЕРС(М) от ЕРС-контракта является то, что ЕРС-контракт является соглашением о «принятии ответственности и рисков»: заключая ЕРС-контракт, заказчик в значительной степени перекладывает риски и ответственность на ЕРС-подрядчика, который должен эту ответственность обеспечивать ликвидным имуществом. ЕРС(М)-контракт — это соглашение о профессиональных услугах, заказчик «покупает» компе-

1) На наш взгляд, более правильно называть такие контракты ЕРС open book и ЕРС reimbursable либо cost plus fee соответственно

тенции, ответственность EPC(M)-подрядчика за сроки и бюджет проекта отсутствует либо ничтожно мала в сравнении со стоимостью проекта и носит, таким образом, исключительно стимулирующий характер.

Возможны различные варианты структурирования цены в EPC(M)-контракте, однако она никогда не является твердой. Часто цена представляет собой сочетание повременных ставок (в отношении тех функций, которые EPC(M)-подрядчик выполняет лично – проектирование, управление закупками, управление строительством) и принципа «открытой книги». Данный принцип означает, что (1) субконтрактование осуществляется прозрачным для заказчика способом и с участием его представителей; (2) подрядчик раскрывает структуру собственных накладных расходов, а также размер предполагаемой прибыли и такие накладные расходы/прибыль либо фиксируются в определенной сумме либо добавляются в виде процентной надбавки к стоимости каждого договора поставки.

Как уже отмечалось, ответственность EPC(M) – подрядчика сильно ограничена и больше напоминает ответственность инженера-консультанта (который отвечает лишь за недобросовестное или некомпетентное оказание собственных услуг), нежели чем ответственность генерального подрядчика. Вместе с тем довольно часто в договорах EPC(M) встречаются механизмы стимулирования подрядчика с использованием принципов бонуса/малуса (*т.н. gain sharing / pain sharing*). Например, договор может предусматривать, что вводе объекта в эксплуатацию в более ранний срок подрядчик получает дополнительное вознаграждение, при задержке подрядчик, наоборот, лишается части прибыли. Аналогичным образом может строиться стимулирование в отношении общей стоимости строительства: стороны могут установить некий целевой бюджет и если, эффективно управляя строительством, подрядчик добьется экономии, то такая экономия делится между сторонами в согласованной пропорции. Тем не менее, EPC(M) – подрядчик при согласовании бонуса/малуса обычно не готов рисковать всем вознаграждением и поэтому данный механизм не дает заказчику полного комфорта в отношении стоимости и сроков строительства, а лишь направлен на создание у подрядчика материальной заинтересованности в успешном реализации проекта.

Одним из преимуществ EPC(M)-контракта по сравнению с моделью EPC является то немаловажное обстоятельство, что тендер

по выбору ЕРСМ-подрядчика может быть подготовлен и проведен существенно быстрее, чем тендер на присуждение договора ЕРС lumpsum. Дело в том, что в первом случае от заказчика требуется меньший уровень определенности в отношении объема работ, границ поставки и рисков; и подрядчику необходимо подготовить лишь ценовое предложение в отношении повременных ставок, накладных расходов и собственной прибыли — от него не требуется подготовки твердого ценового предложения, касающегося общей стоимости проекта. При тендере по модели ЕРС lumpsum, наоборот, заказчику необходимо подготовить детальным образом проработанные техническое задание и требования (при недостаточном уровне проработки подрядчики могут либо вообще отказаться подавать предложения с твердой ценой либо оценить риски в очень большую величину); равным образом, подрядчику требуется на порядок больше времени для подготовки предложения с твердой ценой, учитывающей все риски.

Трансформация различных контрактных стратегий

Не так уже редко встречаются случаи, когда проект, начинавшийся реализовываться с использованием одной контрактной стратегии изменяет направление и продолжает осуществляться с применением уже других договорных моделей. Такие изменения могут быть запланированы изначально либо они могут происходить вследствие изменившихся обстоятельств.

В качестве примера запланированных изменений можно привести проект строительства очень крупной газоперерабатывающей установки. Для реализации данного проекта заказчик выбрал стратегию контрактования по принципу ЕРС «open book» (подрядчик получал повременные ставки за управление проектов, в оставшейся части ценообразование строилось по принципу «открытой книги», ответственность подрядчика была минимальной) с последующей (примерно по истечении 9 месяцев) конвертацией в ЕРС lumpsum согласно заранее согласованной формуле.

Причины такого выбора состояли в следующем:

- 1 Срок ввода был критическим фактором проекта;
- 1 подготовка и качественное проведение тендера на присуж-

дение договора EPC lumpsum заняли бы не менее 8 месяцев, при этом предварительные переговоры с подрядчиками показали, что они оценивают риски неопределенности в объемах существенно выше, чем была бюджетная оценка заказчика;

- 1 Реализовывать проект по модели Open book заказчик тоже не хотел, т.к. это означало ценовую неопределенность и риски, вместе с тем, предполагалось, что в течение 9 месяцев с момента заключения договора EPC open book будет разработана значительная часть рабочей документации, закуплено основное оборудование, что позволит снять неопределенность в объемах и даст подрядчику возможность оценить свои риски и адекватно конвертировать их в твердую цену.

В другом случае имела место незапланированная трансформация. Проект изначально реализовывался по модели EPC lumpsum. Между тем, в процессе строительства финансовое положение EPC-подрядчика существенно ухудшилось, кроме того, он, возможно, несколько ошибся в расчетах цены. Заказчик в данном случае располагал компетентной и опытной командой по управлению проектом, которая во многом превосходила команду EPC-подрядчика. В этой ситуации было принято решение о переходе на модель мультитот: EPC-контракт был расторгнут, все договоры субподряда и поставки переведены на заказчика, который продолжил управление проектом собственными силами.

Не запутаться в терминах

Как уже неоднократно отмечалось, единой стройной классификации строительных договоров не существует. Например, помимо договора EPC lumpsum turnkey существуют такие модели, как EPC open book или EPC reimbursable/cost+fee (договор EPC с ценообразованием по принципу «открытой книги» либо по принципу возмещаемых затрат, соответственно), что сближает такие договоры с моделью EPC(M). С другой стороны, часто встречаются договоры на управление проектом (Project Management Contract – PCM) и договор на оказание услуг инженера заказчика, которые бывает также непросто отличить от EPC(M).

Кроме того, в практике часто встречаются «усеченные» контрактные модели: EP — Engineering & Procurement (инжиниринг и поставки либо управление поставками); EP+CS — Engineering, Procurement & Construction Supervision (инжиниринг, поставки и

авторский надзор за управлением строительством); balance of the plant agreements (дословно — «остаток завода» — обычно описывает ситуацию, когда заказчик к моменту заключения договора подряда уже самостоятельно закупил все или часть основного оборудования и в объем обязательств подрядчика входит поставка всего остального необходимого для завода оборудования.

Как подготовить проект договора

При подготовке проекта строительного договора существует два основных варианта:

- 1 взять за основу готовую проформу договора, выпущенную одной из международных организаций
- 2 подготовить договор специально под проект (т.н. tailor-made контракт). В настоящее время целый пакет проформ разработали такие организации, как Международная ассоциация инженеров-консультантов (FIDIC), Международная торговая палата (ICC), Европейская ассоциация инжиниринговых отраслей Orgalime, а также ряд других международных и национальных организаций.

Наибольшую распространенность приобрели проформы FIDIC. Изначально FIDIC разработала 5 проформ:

- «Условия контракта на сооружение объектов гражданского строительства» 4-е издание 1987 г., исправленное и дополненное в 1988 и 1992 гг. («Красная» книга) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition 1987, reprinted with editorial amendments in 1988, reprinted with further amendment in 1992 (Red Book)
- «Условия контракта на электромонтажные работы и работы по монтажу механического оборудования», 3-е издание 1987 г. («Желтая» книга) Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition 1987 (Yellow Book)
- «Условия субдоговора на сооружение объектов гражданского строительства», 1-е издание 1994 г. Conditions of Subcontract for Civil Engineering Construction, First Edition 1994
- «Типовой договор между заказчиком и консультантом на оказание услуг» 3-е издание 1994 г. («Белая» книга) Client/Consultant

Model Services Agreement, Third Edition 1998 (White Book)

- «Условия контракта на проектирование, строительство и сдачу объектов «под ключ», 1-е издание 1995 г. («Оранжевая» книга) Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition 1995 (Orange Book).

На основе опыта применения первой группы проформ FIDIC был разработан ряд новых типовых контрактов:

- «Условия контракта на строительство», 1-е издание 1999 г. (новая «Красная» книга)
- *Conditions of Contract for Construction*, First Edition 1999 (New Red Book)
- «Условия контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство», 1-е издание 1999 г. (новая «Желтая» книга) *Conditions of Contract for Plant and Design and Build*, First Edition 1990 (New Yellow Book)
- Условия контрактов типа «ИПС» («инжиниринг-поставка-строительство») и проектов, выполняемых «под ключ», 1-е издание, 1999 г. («Серебряная» книга) *Conditions of Contract for EPS Turnkey*, First Edition 1999 (Silver Book)
- «Краткая форма контракта», 1-е издание 1999 г. («Зеленая» книга) *Short Form of Contract*, First Edition 1999 (Green Book).

В новых контрактах роль инженера-консультанта существенно изменилась, теперь он не является независимой и беспристрастной стороной, а представляет интересы Заказчика. Для доарбитражного урегулирования споров новыми контрактами предусмотрено назначение посредника между сторонами в лице Совета по урегулированию споров.

Несмотря на то, что новые типовые контракты издания 1999 года (за исключением «Краткой формы контракта», которая является первым документом такого рода) были призваны заменить соответствующие контракты, выпущенные до 1999 года, на практике этого не произошло. В настоящее время при выполнении международных строительных проектов стороны активно используют как контракты, выпущенные до 1999 года, так и новые контракты.

В 2008 году FIDIC разработала и выпустила новую проформу — *FIDIC Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (DBO)* — Условия контракта на Проектирование, Строительство и

Эксплуатацию. Данная проформа может быть использована в механизмах государственно-частного партнерства, в том числе как база для проектов «жизненного цикла».

Использование проформ FIDIC, как и проформ других организаций сопряжено с определенными преимуществами, так и с недостатками. К преимуществам данного подхода можно отнести универсальность (могут быть использованы для проектов в различных отраслях) и довольно широкую известность (как подрядчикам, так и финансовым организациям) проформ. Однако недостатки также существенны, во многом эти недостатки являются продолжением достоинств этих универсальных документов: 1) недостаточная степень индивидуализации (например, контракт на строительство газоперерабатывающего завода или электростанции будет серьезно отличаться от договора на строительство офисного комплекса); сложность в согласовании, а главное — в последующем использовании на стадии строительства (проформа состоит из 7 документов, поэтому уяснить, о чем договорились стороны бывает непросто уже на стадии подписания, не говоря уже про изменение контракта на стадии строительства), недостаточная адаптированность проформ к законодательству стран континентальной правовой системы. Кроме того, необходимо понимать, что несмотря на то, что ФИДИК позиционирует свои проформы, как пакет «на все случаи жизни», в действительности многие договорные формы в этом пакете просто отсутствуют. Например, EPC присутствует в единственном виде — с твердой ценой, переделка его в EPC open book, EPC target price или EPC cost + fee требует существенной модификации — проще подготовить абсолютно новый проект. Такие договоры как EPC(M), PCM, EP+CS вообще отсутствуют в пакете FIDIC, как и других организаций.

Наш опыт показал, что оптимальным способом подготовки договора, является его разработка специально под проект, но с использованием основных принципов и подходов, содержащихся в известных проформах FIDIC, ICC и других организаций. Кроме того, безусловно, строительные контракты должны учитывать отраслевые стандарты, требования законодательства, а также судебную практику Российской Федерации. Это позволит применять данные проформы на территории с учетом особенностей проекта и отрасли. ■

Заключение ЕРС и ЕРС(М)- контрактов: условия, которым следует уделить особое внимание



управляющий
партнер Ost Legal
**Владимир Борисович
Липавский**

ЕРС и ЕРС(М)-контракт — это объемный документ, по сути алгоритм, правила действий сторон проекта на ближайшие годы, поэтому крайне важно прописать все возможные вопросы заранее. Обнаружение «подводных камней» на этапе реализации может стоить значительных потерь как в материальном плане, так и в рамках установления сроков для той стороны, которая недостаточно внимательно отнеслась к формулировкам условий договора или их обсуждению.

Детальное и внимательное изучение всех условий при согласовании поможет минимизировать потенциальные риски и избавить от последующих споров. В этой статье приведены наиболее важные моменты, на которые нужно обратить внимание при заключении договоров ЕРС и ЕРС(М).

I. Объем работ

Удачный договор по цене может не снижать стоимость самого объекта

Каждый подрядчик хочет победить в тендере, при этом получив максимальную прибыль от проекта. Для достижения этих целей многие подрядчики в ходе тендера стараются сделать привлека-

тельное по цене предложение, но при этом ограничивают объем выполняемых ими работ и обязательств. В таких случаях договор может включать ограничения, предположения, исключения и оговорки, причем это может осуществляться малозаметным для заказчика способом. В результате, если сложить стоимость того, что не входит в обязательства подрядчика, может оказаться, что стоимость реального объекта значительно выше, чем собственно цена, указанная в ЕРС-контракте. Таким образом, важно еще на стадии тендера, а затем и в ходе переговоров добиваться того, чтобы подрядчик расценил и включил в объем все обязательства и работы, которые хочет приобрести заказчик.

Все ли работы, указанные в проектной и рабочей документации, выполняет ЕРС-подрядчик?

Встречаются случаи, когда ЕРС-подрядчик отказывается делать какие-либо работы, указанные в подготовленной проектировщиком документации, ссылаясь на какое-либо исключение, содержащееся в ЕРС-контракте. Для того, чтобы избежать таких рисков, желательно включать в договор условие о том, что все работы, которые будут перечислены в проектной и рабочей документации, должны быть выполнены ЕРС-подрядчиком.

Рекомендуется включать в договор условие о том, что все работы, которые будут перечислены в проектной и рабочей документации, должны быть выполнены ЕРС-подрядчиком

Ответствен ли ЕРС-подрядчик за соответствие проекта обязательным техническим правилам?

ЕРС-подрядчик зачастую перекладывает данную ответственность на заказчика, ссылаясь на отсутствие указания необходимых работ в проектной документации и техническом задании. Исключить такую возможность маневра со стороны ЕРС-подрядчика, может включение в договор условия о том, что в объем работ подрядчика входит обеспечение соответствия работ и построенного объекта требованиям обязательных технических правил, действующих в Российской Федерации (независимо от того, перечислены ли конкретные работы в техническом задании и проектной документации). В таком случае, это освобождает заказчика от необходимости устранять предписания Ростехнадзора за свой счет.

II. Проектирование

В тех случаях, когда ЕРС-подрядчик — иностранная компания, следует помнить о том, что подходы к проектированию в западных странах существенно отличаются от российских.

В ЕРС-контракте необходимо четко описать состав разделов проектной документации, указать ссылку на требования, которым документация должна соответствовать (*например, Постановлению Правительства РФ от 16 февраля 2008 г. N 87*), описать порядок утверждения проектной документации и представления ее на государственную экспертизу, распределить обязанности сторон при прохождении такой экспертизы

Часто иностранный подрядчик иначе понимает объем и результат проектных работ, которые должны быть выполнены на основании ЕРС-контракта. Подрядчик может воспринимать проектирование как свое сугубо внутреннее дело и выполнять данные работы в том объеме, в котором считает необходимым для сдачи готового объекта. Для того, чтобы избежать возможных споров, необходимо в договоре ЕРС четко описать состав разделов проектной документации, указать ссылку на требования, которым документация должна соответствовать (*например, Постановлению Правительства РФ от 16 февраля 2008 г. N 87*), описать порядок утверждения проектной документации и представления ее на государственную экспертизу, распределить обязанности сторон при прохождении такой экспертизы ЕРС-подрядчику, который не имеет предшествующего опыта проектирования в России, порекомендовать нанять российский проектный институт для целей адаптации разрабатываемой ЕРС-подрядчиком документации к российским требованиям.

Должен ли подрядчик проверять исходные данные?

В ЕРС-контракте рекомендуется предусмотреть исчерпывающий перечень и сроки предоставления исходных данных со стороны заказчика — это ограничит возможности подрядчика по манипулированию сроками путем постоянных запросов дополнительных исходных данных у заказчика.

В ЕРС-проекте «под ключ» исходные данные рекомендуется разделять на те, которые подлежат проверке и информацию, на которую подрядчик может полагаться

В ЕРС-проекте «под ключ» (т.е. в проекте с минимальным участием заказчика) исходные данные рекомендуется разделять на те, которые подлежат проверке и информацию, на которую подрядчик может полагаться. Например, если повторное получение данных или их проверка возможны только при реализации сложных процедур (топографическая, геологическая экспертиза), то логично предоставить подрядчику возможность полагаться на результаты, уже полученные заказчиком. Что же касается интерпретации данных, различных вычислений и прочих сведений, которые могут быть проверены без повторных изысканий, то подрядчику необходимо предоставить определенный срок на проверку такой информации, по истечении которого ЕРС-подрядчик должен сообщить обо всех обнаруженных им ошибках, неточностях и пропусках. Ошибки, о которых подрядчик не сообщил заказчику, но которые могли быть обнаружены подрядчиком при внимательном и компетентном изучении исходных данных, должны быть риском подрядчика.

III. Поставка оборудования

На каком этапе принимать оборудование?

Существует два основных способа поставки оборудования в ЕРС-проектах: «подрядная» модель и «поставочная» модель. В первом случае заказчик не принимает оборудование как такое — оно принимается в составе законченного объекта в целом либо в составе завершённого этапа работ. Во втором случае заказчик принимает у подрядчика оборудование отдельно, а затем передает такое оборудование подрядчику «в монтаж».

	Недостатки	Преимущества
Подрядная модель	<p>Сложность при работе с иностранными подрядчиками, т.к. декларантом перемещаемых через таможенную границу грузов может являться только резидент РФ;</p> <p>В случае банкротства ЕРС-подрядчика или обращения взыскания на его имущество, такое взыскание потенциально может быть обращено на оборудование, еще не переданное в составе работ заказчику</p>	<p>Не требуется от заказчика каких-либо действий в ходе поставки (например, участия в таможенном оформлении);</p> <p>Заказчик не несет рисков случайной гибели оборудования.</p>
Поставочная модель	<p>Обязанность по таможенному оформлению оборудования лежит на заказчике;</p> <p>На заказчике риск случайной гибели и повреждения оборудования.</p>	<p>Оборудование раньше становится собственностью заказчика;</p> <p>Более раннее погашение авансов, уплаченных в счет оборудования.</p>

IV. Контроль заказчика за ходом выполнения работ

Российские заказчики, как правило, предпочитают контролиро-

вать строительный процесс, поэтому зачастую заказчик, либо нанятый им инженер осуществляет множество проверок, измерений и иных контрольных мероприятий. Между тем, не следует забывать об императивной норме, содержащейся в *части второй статьи 742 ГК РФ*: «Заказчик, обнаруживший при осуществлении контроля и надзора над выполнением работ отступления от условий договора строительного подряда, которые могут ухудшить качество работ или иные их недостатки, обязан немедленно заявить об этом подрядчику. Заказчик, не сделавший такого заявления, теряет право в дальнейшем ссылаться на обнаруженные им недостатки».

В качестве рекомендации:
1) не стоит перегружать договор ЕРС/ЕРСМ избыточными контрольно-надзорными мероприятиями;
2) результат каждого контрольного мероприятия необходимо фиксировать письменно.

Следует отметить, что указанная норма Гражданского кодекса коренным образом отличается от существующей международной практики. Так, большинство проформ ФИДИК исходят из обратного принципа: утверждение каких-либо работ либо отсутствие замечаний со стороны заказчика никаким образом не освобождает подрядчика от ответственности за допущенные нарушения.

V. Выбор субподрядчиков и заключение договоров субподряда

Кто выбирает субподрядчиков?

В договоре ЕРС (Lump Sum) подрядчик определяется с субподрядчиками по собственному усмотрению, так как подрядчик несет ответственность за результат в целом и ограничен твердой ценой. В известной нам российской практике в тех случаях, когда ЕРС Lump sum контракт заключается 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 такого оборудования влияет на стоимость дальнейшего владения заводом. В тех же случаях, когда заключается договор ЕРС с открытой ценой (например, ЕРС Open Book) или договор ЕРС(М) процедура выбора субподрядчиков должна быть принципиально иной. Поскольку цена является открытой, предоставление ЕРС-подрядчику права выбирать субподрядчиков по собственному усмотрению может выразиться в существенном удорожании проекта. В таких проектах, во-первых, субподрядчики должны выбираться в соответствии с тендерной или иной конкурентной процедурой на основе заранее согласован-

ной с заказчиком тендерной документацией, во-вторых, заказчик должен принимать участие в выборе и в определенных случаях иметь право вето.



Должны ли быть предусмотрены требования к договорам субподряда?

Договор EPC и, тем более, EPC(M) может предусматривать одну или несколько форм договоров субподряда, на основе которых EPC-подрядчик заключает договоры с субподрядчиками. При этом существенные отклонения от указанной формы должны быть согласованы с заказчиком.

EPC-договор должен предусматривать обязанность EPC-подрядчика включить в каждый договор субподряда следующие условия:

- Возможность расторжения договора субподряда в случае досрочного прекращения договора EPC/EPCM;
- Возможность перевода прав и обязанностей по договору субподряда в пользу заказчика в случае досрочного прекращения договора EPC/EPCM.

Полезной опцией при заключении договора EPCM может оказаться возможность предъявления заказчиком прямых требований к субподрядчикам, что допускается российским законодательством.

EPC-договор должен предусматривать обязанность EPC-подрядчика включить в каждый договор субподряда следующие условия:

- Возможность расторжения договора субподряда в случае досрочного прекращения договора EPC/EPCM;
- Возможность перевода прав и обязанностей по договору субподряда в пользу заказчика в случае досрочного прекращения договора EPC/EPCM.

VI. Приостановка работ

Заказчик имеет право на приостановку работ в следующих случаях:

- Нарушение подрядчиком определенных правил, к примеру, правил техники безопасности на площадке. В таком случае все связанные с задержкой риски несет подрядчик и ему не предоставляется право на продление сроков.
- Приостановка работ по собственному усмотрению, т.е. не в связи с нарушением подрядчика.

Этот пункт желательно включить в договор, так как наличие данного права может оказаться полезным, например, в случае задержек с внешним финансированием, изменением конъюнктуры рынка, планирующимся изменением технических решений строящегося объекта. Безусловно, расходы подрядчика в ходе такой приостановки должны быть возмещены, а сроки выполнения работ продлены, однако преимуществом для заказчика является то, что в течение установленного договором периода приостановки подрядчик не может расторгнуть договор.

Подрядчик, как правило, может приостановить работы в следующих случаях:

- Когда предлагаемые заказчиком решения или указания, предоставляемые материалы или оборудование создают угрозу безопасности выполняемых работ или качеству строящегося объекта (*ст. 716 ГК РФ*).
- Невыполнение заказчиком обязанностей, которые препятствуют выполнению подрядчиком работ (непредоставление исходных данных, строительной площадки, коммуникации и т.п.).
- Несвоевременная оплата работ заказчиком. Однако в данном случае рекомендуется

оговорить в договоре минимальную сумму задолженности и минимальный срок просрочки, которые предоставляют право подрядчику приостановить работы.

VII. Ответственность

Упущенная выгода — тоже убыток, считают российские заказчики, основываясь на положениях Гражданского кодекса РФ.

В случае нарушения договора ожидается, что подрядчик возмещает убытки в полном их объеме, включая как реальный ущерб, так и упущенную выгоду. В дополнение, чаще всего, заказчик настаивает на включении в договор неустоек, в основном, за нарушение сроков и за 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).

Иностранные подрядчики же в вопросах ответственности придерживаются принципиально других позиций. В качестве ключевых принципов, без которых ни один крупный иностранный подрядчик не заключит договор ЕРС/ЕРСМ можно указать следующие:

- Договор должен предусматривать безусловный «глобальный» лимит ответственности, т.е. тот 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 Lump sum контрактов¹ либо лимит, равный сумме вознаграждения, — в ЕРСМ-контрактах.
- Заранее оцененные убытки, предусмотренные договором, должны представлять собой единственные средства защиты для соответствующего нарушения (например, в случае просрочки или недостижения производственных показателей). Российским приближенным аналогом заранее оцененных убытков является исключительная неустойка. Общий размер таких заранее оцененных убытков также должен быть ограничен (например, лимит заранее оцененных убытков за просрочку обычно ограничивается суммой в 10% от цены договора).
- Не подлежат возмещению так называемые «косвенные убытки». Из известных российскому праву инструментов в данную категорию попадает упущенная выгода, убытки от простоя или

1) В больших проектах данный лимит может быть ниже

снижения производства, а также 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.

VIII. Право на Изменение

В каких случаях подрядчик имеет право на продление сроков выполнения работ и увеличение цены?

Перечень предусмотренных договором ЕРС, либо ЕРС(М) оснований, которые бы предоставляли подрядчику право на продление сроков и/или увеличение цены, должен быть исчерпывающим.

Перечень обстоятельств, предоставляющих подрядчику право на изменение, можно подразделить на три большие группы:

- 1 нарушения, иные действия/бездействия со стороны заказчика или помехи других лиц, нанятых заказчиком;
- 2 материализация рисков заказчика;
- 3 события форс-мажора (кроме нестрахуемых событий, которые обычно относятся к рискам заказчика, например, война и военные действия).

В договоре следует описать последствия наступления каждого из оснований, дающих подрядчику право на изменение.

В договоре следует описать последствия наступления каждого из оснований, дающих подрядчику право на изменение. Некоторые обстоятельства могут предоставлять подрядчику только право на возмещение расходов, некоторые — только право на продление сроков, есть обстоятельства, которые наделяют подрядчика правом и на то и на другое. Так, в случае события форс-мажора продлеваются сроки выполнения работ, но при этом, хотя бы в течение некоторого промежутка времени ЕРС-подрядчик может принять на себя собственные расходы, связанные с данным событием.

При обнаружении каких-то непредвиденных работ или увеличении объемов работ, если такие сложности можно преодолеть с помощью более высокой интенсивности работ, увеличения количества рабочих и строительной техники, ЕРС-подрядчику должны быть возмещены соответствующие расходы, но сроки могут остаться неизменными.

Насколько могут быть продлены сроки?

В планировании строительством используется термин «критический путь» — это взаимосвязь строительных мероприятий, которые не имеют с точки зрения графика запаса по времени (или имеют минимальный запас) и поэтому задержка любого из видов работ, составляющих критический путь с большой долей вероятности вызовет сдвигку срока окончания работ в целом. Но не все работы входят в «критический путь», многие процессы реализации проекта выполняются не последовательно, один за другим, а параллельно. При этом задержка в выполнении какого-либо одного вида работ, скажем, на 1 месяц, совсем необязательно должна выразиться в задержке ввода объекта в эксплуатацию на тот же месяц. Важно понимать, что «критический путь» — явление динамическое, например, работы, изначально имевшие запас по времени, при их существенной просрочке могут оказаться на критическом пути проекта.

Таким образом, при формировании условий договора важно указать, что ЕРС-подрядчик не получает «автоматического», «день за день» продления сроков вследствие обстоятельств, дающих ему право на изменений. Продление предоставляется лишь в той степени, в которой такие обстоятельства оказали влияние на критический путь проекта. ■

Критический путь — это взаимосвязь строительных мероприятий (работ, поставок), которые не имеют с точки зрения графика запаса по времени (или имеют минимальный запас) и поэтому задержка любого из видов работ, составляющих критический путь с большой долей вероятности вызовет сдвигку срока окончания работ в целом.

Споры и конфликты, возникающие при реализации EPC-проектов



Старший юрист
Ost Legal
**Анна Сергеевна
Кожушко**

Практика осуществления строительных проектов на основе EPC или EPCM показывает, что значительная часть споров и конфликтов между заказчиком и подрядчиком имеют повторяющийся характер и типичны для большинства проектов, независимо от индустрии, в которой они реализуются: электроэнергетика, нефть и газ, нефтехимия, микроэлектроника.

В настоящей статье приведен обзор и анализ сложностей исполнения условий договора по модели EPC. Среди наиболее часто встречающихся спорных вопросов, можно назвать риски относительно объема работ, риски, связанные с обстоятельствами, возникшими со стороны заказчика, риски, касающиеся языка документации, а также риски, связанные с обеспечением банковской гарантии.

I. Споры относительно объема работ

1) Возникновение непредвиденных работ, которые невозможно было предвидеть (иные геологические условия, форс-мажор)

Примером таких работ может послужить обнаружение искусственных объектов, о которых не было изначально известно, в результате которых подрядчику приходится выполнять дополнительные работы. Предусмотреть данные вопросы, равно как и стоимость последующих работ, представляется невозможным на стадии заключения договора. Необходимо заранее прописать, какие риски несет каждая из сторон.

2) Возникновение непредвиденных работ, которые можно было предвидеть (недостатки проектирования, упущения при заключении договора, упущения подрядчика)

В соответствии с договором ЕРС подрядчик отвечает за выполнение всего комплекса работ и часто его обязанностью является передача заказчику полностью готового и введенного в эксплуатацию промышленного объекта. Техническая спецификация предусматривает, скорее, описание и характеристики готового объекта, который предстоит построить подрядчику, а не подробное перечисление всех видов работ, которые нужно будет выполнить. В такой ситуации для заказчика логичным решением является возложение в договоре на подрядчика ответственности за то, что при заключении договора или при разработке проектной документации не будут учтены некоторые виды работ, которые необходимы для завершения объекта и которые могли бы быть предвидены квалифицированным и опытным подрядчиком.

Рекомендовано к включению в договор:

«... при заключении договора или при разработке проектной документации не будут учтены некоторые работы, которые необходимы для завершения объекта и которые могли быть предвидены квалифицированным и опытным подрядчиком».

3) Возникновение не включенных в объем договора работ вследствие требований обязательных технических правил и органов государственной власти

Нередко соблюдение требований законодательства о промышленной и пожарной безопасности, технических регламентов и СНиПов выражается в необходимости выполнения работ, которые не были учтены на стадии заключения договора. В связи с этим часто возникают споры относительно ответственности за соблюдение обязательных технических правил, проведения работ, а также их влияния на изначально оговоренные сроки и стоимость проекта. Минимизировать указанные риски позволяет включение в договор оговорки о том, что подрядчик должен выполнить все работы и поставки для соответствия объекта обязательным техническим правилам, действующим на момент заключения договора в счет стоимости. При введении новых, либо изменении действующих обязательных технических правил, в договор вводится условие о том, что вызванные данным обстоятельством работы считаются дополнительными, и подрядчик имеет право на увеличение цены

Рекомендовано к включению в договор:

«Подрядчик в счет цены должен выполнить все работы и поставки, которые необходимы для того, чтобы объект соответствовал обязательным техническим правилам, действующим на момент заключения договора»

4) Возникновение дополнительных работ вследствие изменения требований заказчика

Реализация проекта редко обходится без изменений, инициируемых со стороны заказчика. Изменения могут носить как объективный, так и субъективный характер, однако последствия в таких

случаях одинаковы: подрядчик должен получить право на увеличение сроков и изменение цены в той степени, в которой изменения влекут для него дополнительные расходы.

II. Споры, связанные с обязательствами со стороны заказчика

1) Продление сроков в связи с непредоставлением заказчиком технического задания и исходных данных.

За исключением случаев, когда договором подряда предусмотрено, что подрядчиком осуществляется подготовка задания на выполнение проектных работ и сбор исходных данных, обязательство по предоставлению указанных технического задания и исходных данных лежит на заказчике.



В соответствии с *пунктом 1 статьи 760 Гражданского кодекса Российской Федерации* по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ подрядчик обязан:

- 1 Выполнять работы в соответствии с заданием и иными исходными данными на проектирование и договором;
- 2 Согласовывать готовую техническую документацию с заказчиком, а при необходимости вместе с заказчиком — с компетентными государственными органами и органами местного самоуправления;
- 3 Передать заказчику готовую техническую документацию и результаты изыскательских работ.

Как следует из *пункта 1 статьи 719 Гражданского кодекса Российской Федерации*, подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда заказчик нарушает свои обязанности по договору подряда, в частности не предоставляет материал, оборудование, техническую документацию, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (*статья 328 Гражданского кодекса Российской Федерации*).

Соответственно, при нарушении заказчиком сроков предоставления технического задания на проектирование и проведение ин-

женерных изысканий и исходных данных по общему правилу риски увеличения сроков выполнения работ по договору подряда лежат на заказчике

Пример из судебной практики



Условиями договора подряда было предусмотрено право заказчика заявить отказ от договора в случае нарушения сроков выполнения и сдачи этапов работ на определенный срок. Полагая, что подрядчик нарушил сроки реализации различных этапов работ, заказчик отказался от исполнения договора, направив подрядчику уведомление о расторжении договора ЕРС.

Рассматривая дело, арбитражный суд пришел к выводу о необходимости установления следующих юридически значимых обстоятельств:

- 1 Допустил ли подрядчик по договору подряда задержку (нарушение) сроков выполнения этапов работ;
- 2 Могла бы допущенная просрочка явиться основанием для расторжения договора подряда.

При рассмотрении дела арбитражным судом было установлено, что:

- 1 Заказчик не передавал подрядчику техническое задание на проведение инженерных изысканий;
- 2 В договоре подряда стороны не определили состав и объем изысканий, подлежащих выполнению подрядчиком;
- 3 Условиями договора подряда не было предусмотрено обязательство подрядчика по подготовке технического задания на проведение инженерных изысканий.

На основании норм *статей 758, 759, 769 Гражданского кодекса Российской Федерации* арбитражный суд указал, что:

- 1 Техническое задание является основным документом, без которого выполнение подрядчиком строительных, проектных и изыскательских работ невозможно;
- 2 По общему правилу обязанность по предоставлению подрядчику технического задания на выполнение работ лежит на заказчике.

В связи с чем арбитражный суд пришел к выводу о том, что заказчик должен был предоставить подрядчику техническое задание и иные исходные данные, необходимые для выполнения инженерных изысканий в сроки, установленные договором подряда. Неисполнение данного встречного обязательства повлекло за собой в соответствии со статьей 719 Гражданского кодекса Российской Федерации сдвиг исполнения работ по инженерным изысканиям на время просрочки заказчика.

Рекомендовано к включению в договор:

«Подрядчик, в случае задержки заказчика, получает право на продление общих сроков выполнения работ только в той степени, в которой задержка заказчика оказывает влияние на критический путь проекта»

Неисполнение заказчиком обязательств по договору подряда, которые повлекли за собой нарушение сроков выполнения работ, может привести к тому, что риск, связанный с нарушением конечного срока строительства объекта будет нести заказчик. С целью снижения вышеуказанного риска, рекомендуется включать в договор подряда по модели ЕРС оговорку о том, что подрядчик, в случае задержки заказчика, получает право на продление общих сроков выполнения работ только в той степени, в которой задержка заказчика оказывает влияние на критический путь проекта («критический путь» — совокупность последовательных этапов работ, не имеющих «запаса по времени» или имеющих минимальный такой запас; сдвигка любого такого этапа неизбежно вызовет просрочку завершения работ в целом).

2) Увеличение сроков как следствие несвоевременного предоставления строительной площадки заказчиком

В соответствии с пунктом 1 статьи 747 Гражданского кодекса Российской Федерации заказчик обязан своевременно предоставить для строительства земельный участок. Площадь и состояние предоставляемого земельного участка должны соответствовать содержащимся в договоре строительного подряда условиям, а при отсутствии таких условий обеспечивать своевременное начало работ, нормальное их ведение и завершение в срок.



Пример из судебной практики

Заказчик отказался от исполнения договора подряда на основании статьи 715 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с неисполнением подрядчиком указаний заказчика и существенной задержкой исполнения работ. Подрядчик не согласился с доводами заказчика о расторжении договора, признав право заказчика в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора в соответствии со статьей 717 Гражданского кодекса РФ.

После расторжения договора подряда подрядчик обратился в арбитражный суд с требованием о взыскании с заказчика:

- 1 Задолженности за выполненные проектно-изыскательские работы и фактически выполненные строительные-монтажные работы;
- 2 Фактически понесенные расходы в ходе реализации проекта и поставкой оборудования и материалов;
- 3 Убытков, связанных с расторжением договора.

Арбитражный суд согласился с позицией подрядчика о том, что отказ заказчика следует квалифицировать как осуществленный в соответствии со статьей 717 Гражданского кодекса РФ, указав, что договор подряда был расторгнут заказчиком без наличия оснований, предусмотренных договором подряда и положениями статьи 715 Гражданского кодекса РФ, в соответствии с которой, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

Арбитражным судом было установлено, что согласно содержанию акта о передаче площадки под строительство при передаче строительной площадке на земельном участке имелись обременения и недостатки, в частности:

- 1 Согласно кадастровому плану категория земли под строительство парогазовой электростанции представлена как «земли населенных пунктов»;
- 2 Часть площадки не была освобождена от деревьев;
- 3 Отсутствовало решение по организации временных подъездных дорог;
- 4 Геоподоснова площадки просрочена.

Арбитражный суд пришел к выводу о том, что поскольку заказчик в срок вышеуказанные обременения не устранил, передав строительную площадку подрядчику, не соответствующую критериям, определенным условиями договора подряда с существенной просрочкой, что привело к невозможности начала работ в срок, определенный в договоре подряда.

Следовательно, при неисполнении заказчиком обязательства по предоставлению строительной площадки в срок, а также предоставление строительной площадки с обременениями (при условии, что наличие таких обременений не было оговорено сторонами по условиям договора подряда), заказчик несет риски, связанные с увеличением сроков выполнения работ по договору подряда, а также возмещению возникших у подрядчика убытков.

3) Споры, связанные с утверждением документации

В процессе реализации проекта подрядчик направляет заказчику для рассмотрения и утверждения большое количество документов: рабочие чертежи, заказные спецификации, проекты дополнительных соглашений. Согласование заказчиком документов может затягиваться в силу различных причин, среди которых: ненадлежащее качество самих представленных документов, не учтены пожелания заказчика, слишком широкий круг визирующих лиц

в компании заказчика. Заказчику следует иметь ввиду, что договор ЕРС может предусматривать конкретные сроки утверждения того или иного документа, и выход за пределы такого срока без предоставления действительно обоснованного отказа будет потенциально предоставлять подрядчику право на продление сроков.

III. Споры относительно языка документации

Обсуждение того, какие документы предоставляются на каком языке, в случае заключения ЕРС-контракта с иностранным подрядчиком, может являться предметом длительной дискуссии. Заказчику следует отнестись к такому обсуждению с самым серьезным вниманием. Важно определить:

- Приоритетность языков по отношению друг к другу;
- Сроки предоставления текстов для каждого языка в отдельности.



Пример из практики

В одном из ЕРС-договоров, виденных нами, было включено условие том, что всяготавливаемая подрядчиком документация (т.е рабочая, исполнительная, эксплуатационная и т.д.) представлялась заказчику на утверждение на английском языке, после чего у заказчика было 10 дней на ее утверждение. Если заказчик не утверждал представленную ему документацию в течение указанного периода, подрядчик имел право на продление сроков выполнения работ. Разумеется, каждый раз получая внушительный пакет документации на английском языке, за 10 дней заказчик не всегда успевал ее просто перевести на русский, не то, чтобы рассмотреть.

IV. Риск утраты обеспечительной функции банковских гарантий

Как правило, при строительстве крупных объектов по договору подряда по модели ЕРС подрядчик в счет обеспечения своих обязательств по исполнению договора подряда, а также возврата авансового платежа предоставляет банковские гарантии. Однако, существует риск признания в судебном порядке предоставленных подрядчиком банковских гарантий недействительными.

Арбитражный суд может прийти к выводу, на основании *статьи*

168 Гражданского кодекса Российской Федерации, банковская гарантия является недействительной, если срок исполнения обязательства наступает позже, чем истекает срок действия гарантии.

К примеру, большим риском для заказчика может являться условие о том, что данная банковская гарантия вступает в силу с момента зачисления авансового платежа. Неопределенность этого момента лишает банковскую гарантию ее обеспечительной силы, что является нарушением *статьей 369, 373 Гражданского кодекса Российской Федерации*.

В соответствии с Постановлением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.03.2012 года № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» даны разъяснения о том, что положения пункта 1 статьи 369 Гражданского кодекса Российской Федерации об указании в банковской гарантии обеспеченного обязательства следует считать соблюденным и в том случае, если из содержания гарантии можно установить:



- Кто является должником по обеспеченному обязательству;
- Указана сумма, подлежащая уплате гарантом при предъявлении бенефициаром соответствующего требования;
- В гарантии содержится отсылка к договору, являющемуся основанием возникновения обязательств принципала перед бенефициаром, либо указан характер обеспеченного гарантией обязательства.

Высший Арбитражный Суд РФ указал, что суды, рассматривая споры по банковским гарантиям, не вправе оценивать действительность соответствующих сделок только с точки зрения наличия или отсутствия у них обеспечительных функций, так как, выдавая и принимая гарантию, гарант и бенефициар действуют своей волей и в своем интересе, свободны в установлении своих гражданских прав и обязанностей (*пункт 2 статьи 1, статьи 156, статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации*). Даны разъяснения, что банковская гарантия, выданная на срок, меньший срока исполнения обеспеченного обязательства, не может быть признана недействительной по названному основанию, так как обеспечивает иные обязательства, которые могут возникнуть между принципалом и бенефициаром до наступления срока исполнения основного обязательства (например, в связи с односторонним отказом от исполнения договора, расторжением договора, которые влекут возникновение у кредитора права требовать возмещения убытков, возврата предварительной оплаты). ■

Особенности формирования условий EPC контрактов в рамках проектов ГЧП



Юрист АО «Русатом
Оверсиз»
Елена Стюарт



Партнер
Stuart's Legal LLC
Ирина Невская

В данной статье хотелось бы рассмотреть особенности формирования условий EPC контрактов или контрактов на проектирование, закупку и строительство, так как подобного рода контракты являются неотъемлемым звеном любого ГЧП проекта и, в отличие, например, от концессионных соглашений, регулируемых ФЗ «О концессионных соглашениях»¹, имеют более диспозитивную природу, что дает сторонам больше свободы для согласования договорных условий. Однако, данная свобода, учитывая специфику проектов ГЧП и их нередко международную направленность, а также привлечение международного финансирования, не должна нарушать требования императивных норм российского права, учитывая сложившуюся практику в области ГЧП по включению в договоры строительного подряда и EPC контракты норм международных договоров по стандартам FIDIC

Отличие EPC контракта от договора строительного подряда заключается в так называемой «turnkey responsibility» подрядчика, что, в свою очередь, формирует раздел ответственности в контракте отнюдь не в пользу подрядчика, где последний несет практически все риски, связанные с проектированием, инжинирингом, поставкой, строительством, гарантийными показателями, вводом в эксплуатацию, соблюдением графика проекта, качеством работ. Однако именно EPC контракт позволяет подрядчику предложить заказчику полную интегрированную цепочку услуг и произвести оптимизацию прибыли за счет технологии производства работ. Тем не менее, любой EPC контракт — это всегда завышенная сто-

имость, высокие финансовые риски, но данный факт отнюдь не останавливает стороны от его заключения. Ведь задачей сторон и/или их юристов, работающих на сделке, является именно включение в ЕРС контракт таких условий, которые сделали бы его финансируемым (*bankable*). К таким условиям относятся:

- распределение рисков, включая технические риски, устраивающее кредиторов;
- обеспечение по контракту (гарантия материнской компании/ банковская гарантия, гарантирующая обеспечения выполнения обязательств подрядчиком);
- четкий срок окончания работ;
- неустойка за нарушения обязательств по срокам;
- ограничение ответственности;
- ограничение прав подрядчика требовать увеличения цены договора или времени для выполнения работ (*однако, следует учитывать требования ст. 709 ГК РФ и помнить о невозможности отказа от прав в российском праве*).

Преследуя цель получить финансирование под ЕРС контракт и, включая в него нормы, в частности «Серебряной книги» FIDIC в случае проекта «под ключ», не стоит забывать, что не все нормы «Серебряной книги» можно включать в условия ЕРС контракта, заключаемого сторонами по российскому праву, так как, угождая банкам с составлением ЕРС контракта по международным строительным нормам, рано или поздно мы столкнемся с неисполнимостью такого контракта на территории Российской Федерации, поэтому задачей юристов в ходе ЕРС проекта является составление ЕРС контракта таким образом, чтобы получить финансирование под проект, проследить, чтобы согласованные сторонами условия не привели к неисполнимости ЕРС контракта на территории РФ, а также не забывать о сохранении коммерческого подхода к сделке, что позволяет лучше понимать интересы своего клиента.

Правовая природа ЕРС контракта

Условия для признания ЕРС контракта заключенным.

ЕРС контракт является смешанным контрактом, который соединяет в себе условия договора на оказание услуг по проектированию (инжинирингу), условия договора поставки оборудования и

условия договора строительного подряда. При формулировании и согласовании условий ЕРС контракта необходимо учитывать это и определять существенные условия для каждого из перечисленных выше договоров, как они определены в российском праве. Мы понимаем, что в основу ЕРС контракта положена типовая форма контракта, разработанная международной организацией FIDIC. При разработке типовой формы, конечно же, не учитывались требования и положения российского права, но ввиду того, что наша системы весьма специфична, нам необходимо адаптировать типовую форму к российским бизнес — условиям и к российскому праву. Это необходимо, прежде всего для того, чтобы в дальнейшем у сторон не было проблем с исполнением договора в России. При этом не важно, каким правом регулируется контракт: российским или английским. Для минимизации рисков мы настоятельно рекомендуем включать все существенные условия указанных в вашем договоре в соответствии с российским правом:

- для оказания услуг по проектированию — это техническое задание, которое определяет точно, что должен сделать подрядчик, а также качественные, количественные характеристики объекта строительства и иные необходимые для проектирования условия, а также сроки оказания услуг, хотя ВАС РФ Информационном Письме № 51 указал, что отсутствие технической документации не является безусловным основанием для признания договора незаключенным, однако рекомендуем данную правовую позицию понимать ограничительно;
- для поставки — это наименование и количество поставляемого оборудования, сроки поставки, базис поставки;
- для договора строительного подряда — техническая документация, которая определяет предмет договора, земельный участок, на котором будет вестись строительство, сроки выполнения работ и цена работ.

Как было указано выше, в ЕРС контракте должны быть определены все существенные условия, в противном случае, есть риск, что контракт будет признан незаключенным по причине несогласованности сторонами существенных условий. Необходимо обратить внимание на то, что незаключенность договора трактуется российскими судами весьма своеобразно. Кому, как ни сторонам должно быть известно, есть ли между ними договорные отношения или нет. Если обе стороны исполняют свои обязательства по договору, то должно быть, что договор между ними заключен и действует. Часть российских судов с этим согласны, но другая часть

признает исполненные сторонами договоры незаключенными в тот момент, когда между сторонами возникают споры по условиям таких договоров, например, по цене, по убыткам и т.д. Договор сторонами исполнен, однако это не мешает судам указать, что договор не был вообще заключен и потребовать двустороннюю реституцию. Таким образом, заключая договор, особенно, когда при этом используется, какая-то международная форма договора, необходимо внимательно проверять, согласованы ли сторонами и указаны ли в договоре все существенные условия по российскому праву. При этом, о таких условиях необходимо помнить на протяжении всего процесса переговоров и в финальном тексте контракта еще раз проверять, указаны ли все существенные условия или нет.

Императивные нормы ГК vs FIDIC

Ниже приводится перечень условий EPC контракта, при согласовании которых следует помнить об императивных нормах российского законодательства, несоблюдение которых повлечет очень печальные последствия для сторон

	ГК РФ	FIDIC
Возмещение убытков	Возмещение убытков (ст. 15 ГК РФ) Неустойка (снижения при несоразмерности по ст. 333 ГК РФ)	Заранее оцененные убытки (<i>liquidated damages</i>)
Риск случайной гибели	Несет подрядчик до приемки объекта или отдельного этапа работ заказчиком (п.1. ст. 741 ГК РФ) При просрочке сдачи/приемки работ, РСГ несет сторона, допустившая просрочку (п.2. ст. 705)	«Желтая книга» и «Красная книга»: РСГ переходит после любой приемки работ, включая незавершенные работы
Приемка работ	Акт сдачи-приемки подписывается обеими сторонами. Применяются типовые формы КС-2, КС-11 и др.	Акт сдачи-приемки выдается заказчиком и его нельзя оспорить.

	ГК РФ	FIDIC
Отступление от технической документации	Подрядчик не несет ответственность за мелкие отступления от технической документации	Отступления от технической документации невозможны
Изменение технической документации	Изменения в техническую документацию без согласования доп. сметы могут вноситься, если стоимость соответствующих работ не превышает 10% сметы (п.1. ст. 744)	Заказчик вправе в любое время изменить техническую документацию, а подрядчик обязан следовать таким изменениям
Возможность изменения цены	<p>Подрядчик вправе указать на необходимость увеличения цены для проведения дополнительных работ (п. 5 ст. 709 ГК РФ)</p> <p>Подрядчик вправе требовать увеличения цены при существенном росте стоимости материалов, которое нельзя было предусмотреть (п.6. ст. 709).</p>	Устанавливается твердая цена, не подлежащая изменению (за исключением изменения законодательства, повлиявшего на расходы подрядчика).
Последствия расторжения договора заказчиком	Недействительность отказа от прав	Запрет заказчику, расторгнувшему договор строить объект самому или с помощью другого подрядчика
Размер убытков при одностороннем расторжении договора заказчиком	Ограничен разницей между ценой договора и частью цены, выплаченной за выполненную работу (ст. 717)	
Роль технического заказчика	Инженер является представителем заказчика, осуществляет технический надзор	Инженер действует в качестве арбитра и медиатора между сторонами

Анализ существенных условий ерс контракта

1.1. Предмет ЕРС контракта

Предмет ЕРС контракта — вещь более или менее понятная. Необходимо учитывать, что в соответствии с условиями ЕРС контракта проектная документация разрабатывается подрядчиком. При этом в техническом задании четко должен быть описан объект, его характеристики, которые важны для заказчика. Спецификации и техническое задание должны быть четкими и ясными для обеих сторон. Если у заказчика есть какие-то специфические требования к объекту (цель использования, производительность или др.), необходимо сразу указывать это в техническом задании.

Кроме того, при заключении договора стороны должны сразу определить участок земли, на котором будут вестись строительные работы. Условия в контракте о том, что координаты участка будут согласованы сторонами позднее или после проектирования, не пройдут, потому что земельный участок — это часть предмета, а обязанность по предоставлению земельного участка под строительство — это, наряду с обязанностью по оплате, две базовые обязанности заказчика, без которых договор не может существовать.

1.2. Сроки

Отсутствие согласования условия о начальном и конечном сроке является безусловным основанием для признания договора незаключенным (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 51*).

В ЕРС контракте необходимо точно определять сроки выполнения работ. В английском праве сроки указываются в программе, в России мы называем программу календарным планом и для этого есть своя причина. Законодатель отдает предпочтение именно календарным срокам. Если в контракте указаны не календарные сроки, а например, срок отсчитывает от даты уплаты аванса или от даты сдачи объекта в эксплуатацию или др., возникает вопрос: насколько корректно сформулировано условие о сроках выполнения работ и, соответственно, возникает вопрос о заключенности самого контракта. Есть прямое разрешение ВАС на использование в качестве точки отсчета сроков, даты уплаты аванса, однако на все остальные подобные формулировки сроков разрешения ВАС нет. Чем более точно определены сроки выполнения работ

в контракте, тем меньше рисков признания контракта незаключённым. Кроме того, необходимо учитывать, что стороны всегда сами могут изменить сроки, указанные в договоре путем подписания дополнительного соглашения к контракту.

При определении сроков возникает еще одна проблема. В большинстве контрактов начала течение срока выполнения работ ставится в зависимость от уплаты аванса, а это условие, которое целиком зависит от воли одной из сторон, а именно от заказчика. Заказчик может и не платить авансовый платеж по контракту, при этом очень часто у него не предусмотрено за это никакой ответственности. Возникает вопрос: насколько корректна формулировка условий, когда наступление условия или его существенной части зависит от воли сторон? В случае выплаты аванса, ВАС уже высказался, что по его мнению можно привязывать начало отсчета срока строительного подряда к выплате аванса (*Постановление Президиума ВАС РФ №1404/10 от 18.05.2010г.*). Тем не менее, есть более ранняя судебная практика об обратном и мотивировка решения ВАСа, несколько поверхностная, что на наш взгляд вопрос далеко еще не решен.



Постановление Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1404/10

Заказчик обратился в арбитражный суд с иском к подрядчику о неустойки за нарушение сроков выполнения работ по договору подряда. В первой инстанции заявленное требование было удовлетворено частично. Апелляционный суд решение суда первой инстанции отменил, в удовлетворении иска отказал. Кассационная инстанция оставила решение суда апелляционной инстанции без изменения. В заявлении, поданном в ВАС РФ, о пересмотре постановлений судов апелляционной и кассационной инстанций в порядке надзора заказчик просил их отменить. Президиум решения апелляционной и кассационной инстанций отменил и оставил в силе решение первой инстанции.

Между заказчиком и подрядчиком был подписан договор подряда, предметом которого являлась модернизация двух лифтов, включающая в себя замену купе кабин лифтов вместе с каркасом. В пункте 9.2 договора указано: «Работы должны быть выполнены в течение шестнадцати рабочих недель с момента получения подтверждения с завода о приемке заказа в производство и получения подтверждения Подрядчиком авансового платежа при условии соблюдения Заказчиком пп. 2.2.2 - 3; четырех рабочих недель после начала работ по замене купе кабин лифтов». Суд первой инстанции счел недоказанным факт своевременного выполнения подрядчиком работ и взыскал с него неустойку с учетом условия соглашения об ограничении ее размера тридцатью процентами от цены договора.

Суд апелляционной инстанции, несмотря на отсутствие заявлений сторон о том, что договор является незаключенным, рассмотрел вопрос о заключении сторонами договора подряда, признал его незаключенным и отказал в иске. Суд кассационной инстанции согласился с выводами суда апелляционной инстанции.

Отказывая в удовлетворении иска, суды апелляционной и кассационной инстанций руководствовались п.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 №57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств». Согласно ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. В соответствии со ст. 708 ГК РФ в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы. Ст. 190 ГК РФ предусматривает, что установленный законом, иными правовыми актами, сделкой или назначаемый судом срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами, а также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить. Суды апелляционной и кассационной инстанций полагали, что начало течения срока может быть установлено указанием на событие, которое неизбежно должно наступить или на событие, которое уже наступило. Условие договора подряда, согласно которому работы должны быть выполнены в течение 16 недель с момента получения подтверждения с завода о приеме заказа в производство и получения подрядчиком авансового платежа при условии соблюдения заказчиком пп. 2.2.2 - 3 без указания точной даты совершения этих действий, не может быть признано событием, которое неизбежно должно наступить, поэтому в упомянутом договоре подряда, по мнению судов, не установлен момент, с которого должен исчисляться срок, определяемый истечением периода времени, то есть в договоре не согласованы начальный и конечный сроки выполнения работ.

Президиум ВАС указал, что требования гражданского законодательства об определении периода выполнения работ по договору подряда как существенного условия этого договора установлены с целью недопущения неопределенности в правоотношениях сторон и если начальный момент периода определен указанием на действие стороны или иных лиц, в том числе на момент уплаты аванса, и такие действия совершены в разумный срок, неопределенность в определении срока производства работ устраняется.

Таким образом, чем более точно определены сроки выполнения работ в контракте, тем меньше рисков признания контракта незаключенным. Кроме того, необходимо учитывать, что стороны всегда сами могут изменить сроки, указанные в договоре путем подписания дополнительного соглашения к контракту.

1.3. Цена контракта

Цена в ЕРС контракте должна быть указана в твердой или приблизительной смете. Не совсем ясно, что же является приблизительной сметой. В любом случае, если вы заключаете контракт на условиях cost plus, т.е. при открытой смете, определимость цены должна быть четкой и ясной. ЕРС контракты по способу определения цены можно разделить следующим образом:

- контракты с фиксированной ценой — договоры, по которым подрядчик соглашается на фиксированную цену контракта или на фиксированную ставку по каждой единице продукции, которая может повышаться в связи с ростом затрат;
- контракты «затраты плюс» (cost plus) — договоры, в соответствии с которыми подрядчику возмещаются все затраты, плюс процент от этих затрат или фиксированное вознаграждение.

Необходимо отметить, что на практике распространена смешанная форма, позволяющая отразить в них гибкий механизм ценообразования, который удовлетворял бы интересам как заказчика, так и подрядчика. Тем не менее, если вы делаете смешанную схему или выбираете схему «затраты плюс» определимость цены должна быть четкой и ясной для обеих сторон.

При этом стоит помнить о том, что при недежной форме обязанности заказчика договор может быть квалифицирован как договор простого товарищества (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 56*).

ЕРС контракт по английскому праву?

На этот вопрос в современной практике нет однозначного ответа, однако содержание норм *ст. 1213 ГК РФ*, устанавливающих, что в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества применяется российское право, все же, заставляет дать отрицательный ответ на этот вопрос. Говорить о том, что в ходе реализации ЕРС контракта нет как такового зарегистрированного объекта недвижимости, а есть только строительные материалы было не правильно, так как ввод в эксплуатацию — это все-таки стадия строительства, которая делает объект объектом недвижимого имущества.

Подчинить раздел контракта по строительству объекта российскому праву, а все остальное — английскому — рискованно, не факт что суд не сочтет, что к договору в целом нельзя применять иностранное право.

Самым правильным решением, на наш взгляд, является разделение контракта на строительные работы с подчинением его российскому праву, а все остальное (поставку, инжиниринг) подчинить действию любого иного права.

Таким образом, EPC контракт при правильном его составлении позволяет привлечь значительные финансовые средства под проект, соблюсти международные строительные нормы, что важно для банков и иностранной стороны в контракте, однако, в погоне за международными стандартами строительства, вопрос об исполнимости EPC контракта должен отслеживаться сторонами в первую очередь. ■

Некоторые аспекты исполнения договоров подряда по модели EPC с учетом правоприменительной практики



Старший юрист
Ost Legal
**Анна Сергеевна
Кожушко**

В последние несколько лет в сфере промышленного строительства (особенно в области электроэнергетики) наблюдается распространение практики заключения договоров подряда на строительство объектов «под ключ» по модели EPC (аббревиатура от английских слов: «engineering, procurement, construction» — инжиниринг, поставка, строительство).

В российском праве отсутствует отдельное регулирование договоров «под ключ» по модели EPC. Исходя из нашего опыта сопровождения строительных проектов, можно утверждать, что в российской практике договоры по модели EPC, как правило, включают в себя:

- 1 Работы по инженерным изысканиям и проектированию;
- 2 Поставку необходимого оборудования и материалов;
- 3 Строительство объекта;
- 4 Пуско-наладку, испытания и ввод объекта в эксплуатацию

Анализируя условия заключенных в России договоров по модели ЕРС, можно прийти к выводу, что согласно положениям пункта 3 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации данный договор является смешанным договором, включающим в себя договор подряда, поставки и оказания услуг, и, соответственно, к отношениям сторон по договору по модели ЕРС применяются положения Гражданского кодекса Российской Федерации о договорах подряда (глава 37 Гражданского кодекса Российской Федерации), поставки (глава 30 Гражданского кодекса Российской Федерации) и оказания услуг (глава 37 Гражданского кодекса Российской Федерации).

К настоящему моменту специальная правоприменительная практика по таким сделкам незначительная. В настоящей статье приведен обзор наиболее часто возникающих рисков заказчика в связи с исполнением договоров по модели ЕРС с учетом правоприменительной практики.

I. Непредоставление заказчиком технического задания и иных исходных данных, необходимых для выполнения инженерных изысканий в определенные договором подряда сроки, предоставляет подрядчику право на продление сроков по договору подряда.

Согласно статье 758 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ подрядчик (проектировщик, изыскатель) обязуется по заданию заказчика разработать техническую документацию и (или) выполнить изыскательские работы, а заказчик обязуется принять и оплатить их результат.

По договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ заказчик обязан передать подрядчику задание на проектирование, а также иные исходные данные, необходимые для составления технической документации. Задание на выполнение проектных работ может быть по поручению заказчика подготовлено подрядчиком. В этом случае задание становится обязательным для сторон с момента его утверждения заказчиком (пункт 1 статьи 759 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В соответствии с пунктом 1 статьи 760 Гражданского кодекса

Российской Федерации по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ обязан:

- 1 Выполнять работы в соответствии с заданием и иными исходными данными на проектирование и договором;
- 2 Согласовывать готовую техническую документацию с заказчиком, а при необходимости вместе с заказчиком — с компетентными государственными органами и органами местного самоуправления;
- 3 Передать заказчику готовую техническую документацию и результаты изыскательских работ.

Таким образом, за исключением случаев, когда договором подряда предусмотрено, что подрядчиком осуществляется подготовка задания на выполнение проектных работ и сбор исходных данных, обязательство по предоставлению указанных технического задания и исходных данных лежит на заказчике.

Как следует из пункта 1 статьи 719 Гражданского кодекса Российской Федерации, подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (статья 328 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Соответственно, риски увеличения сроков выполнения работ по договору подряда при нарушении заказчиком сроков предоставления технического задания на проектирование и проведение инженерных изысканий и исходных данных по общему правилу лежат на заказчике. Данный вывод подтверждается судебными актами¹, анализ которых приведен ниже.

Условиями договора подряда было предусмотрено право заказчика заявить отказ от договора в случае нарушения сроков вы-

1) Решение Арбитражного суда Ставропольского края от 16.10.2009 года по делу № А63-3832/09-С3-18

полнения и сдачи этапов работ на определенный срок. Полагая, что подрядчик допустил нарушение сроков выполнения различных этапов работ, заказчик отказался от исполнения договора, направив подрядчику уведомление о расторжении договора ЕРС.

Рассматривая дело, арбитражный суд пришел к выводу о необходимости установления следующих юридически значимых обстоятельств:

- 1 Допустил ли подрядчик по договору подряда задержку (нарушение) сроков выполнения этапов работ;
- 2 Могла бы допущенная просрочка явиться основанием для расторжения договора подряда.

При рассмотрении дела арбитражным судом было установлено, что:

- 1 Заказчик не передавал подрядчику техническое задание на проведение инженерных изысканий;
- 2 В договоре подряда стороны не определили состав и объем изысканий, подлежащих выполнению подрядчиком;
- 3 Условиями договора подряда не было предусмотрено обязательство подрядчика по подготовке технического задания на проведения инженерных изысканий.

На основании норм *статей 758, 759, 769 Гражданского кодекса Российской Федерации* арбитражный суд указал, что:

- 1 Техническое задание является основным документом, без которого выполнение подрядчиком строительных, проектных и изыскательских работ невозможно;
- 2 По общему правилу обязанность по предоставлению подрядчику технического задания на выполнение работ лежит на заказчике.

В связи с чем арбитражный суд пришел к выводу о том, что заказчик должен был предоставить подрядчику техническое задание и иных исходных данных, необходимых для выполнения инженерных изысканий в сроки, установленные договором подряда, и неисполнение данного встречного обязательства повлекло за собой

в соответствии со *статьей 719 Гражданского кодекса Российской Федерации* сдвиг исполнения работ по инженерным изысканиям на время просрочки заказчика.

II. Предоставление заказчиком строительной площадки с обременениями предоставляет подрядчику право на продление сроков по договору подряда, а также требовать возмещения убытков.

В соответствии с *пунктом 1 статьи 747 Гражданского кодекса Российской Федерации* заказчик обязан своевременно предоставить для строительства земельный участок. Площадь и состояние предоставляемого земельного участка должны соответствовать содержащимся в договоре строительного подряда условиям, а при отсутствии таких условий обеспечивать своевременное начало работ, нормальное их ведение и завершение в срок.

Согласно *пункту 1 статьи 405 Гражданского кодекса Российской Федерации* должник, просрочивший исполнение, отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой, и за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения.

Следовательно, при неисполнении заказчиком обязательства по предоставлению строительной площадки в срок, а также предоставление строительной площадки с обременениями (при условии, что наличие таких обременений не было оговорено сторонами по условиям договора подряда), заказчик несет риски, связанные с увеличением сроков выполнения работ по договору подряда, а также возмещению возникших у подрядчика убытков.

Вышеуказанный вывод подтверждается судебной практикой.

Заказчик отказался от исполнения договора подряда на основании *статьи 715 Гражданского кодекса Российской Федерации* в связи с неисполнением подрядчиком указаний заказчика и существенной задержкой исполнения работ. Подрядчик не согласился с доводами заказчика о расторжении договора, признав право заказчика в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора в соответствии со *статьей 717 Гражданского кодекса РФ*.

После расторжения договора подряда подрядчик обратился в арбитражный суд в требованием о взыскании с заказчика:

- 1 Задолженности за выполненные проектно-изыскательские работы и фактически выполненные строительно-монтажные работы;
- 2 Фактически понесенные расходы в ходе реализации проекта и поставкой оборудования и материалов;
- 3 Убытков, связанных с расторжением договора.

Арбитражный суд согласился с позицией подрядчика о том, что отказ заказчика следует квалифицировать как осуществленный в соответствии со *статьей 717 Гражданского кодекса РФ*, указав, что договор подряда был расторгнут заказчиком без наличия оснований, предусмотренных договором подряда и положениями *статьи 715 Гражданского кодекса РФ*, в соответствии с которой, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

Арбитражным судом было установлено, что согласно содержанию акта о передаче площадки под строительство при передаче строительной площадке на земельном участке имелись обременения и недостатки, в частности:

- 1 Согласно кадастровому плану категория земли под строительство парогазовой электростанции представлена как «земли населенных пунктов»;
- 2 Часть площадки не была освобождена от деревьев;
- 3 отсутствовало решение по организации временных подъездных дорог;
- 4 Геоподоснова площадки просрочена.

Арбитражный суд пришел к выводу о том, что поскольку заказчик в срок в срок вышеуказанные обременения не устранил, передав строительную площадку подрядчику, не соответствующую критериям, определенным условиям договора подряда с существенной

В соответствии со статьей 717 Гражданского кодекса РФ

Если иное не предусмотрено договором подряда, заказчик может в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора, уплатив подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до получения извещения об отказе заказчика от исполнения договора. Заказчик также обязан возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора подряда, в пределах разницы между ценой, определенной за всю работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу

просрочкой, что привело к невозможности начала работ в срок, определенный в договоре подряда.

III. Неисполнение заказчиком встречных обязательств, которые повлекли увеличение сроков по одному из этапов работ, предоставляет право подрядчику на продление сроков выполнения работ по последующим этапам работы

Технический алгоритм выполнения работ по договорам подряда по модели ЕРС, как правило, построен таким образом, что при нарушении сроков выполнения работ по одному этапу влечет нарушение сроков выполнения работ по последующим этапам «по принципу домино».

В случае, если нарушение сроков выполнения работ по одному из этапов возникло в результате неисполнения заказчиком встречных обязательств по договору подряда, риск увеличения сроков выполнения работ по последующим этапам и, как следствие, конечных сроков выполнения работ по договору подряда, лежит на заказчике. Данный вывод подтверждается судебными актами¹.

При рассмотрении дела, описание которого приведено в *пункте 1* настоящей статьи, оценивая факт просрочки исполнения подрядчиком работ по технико-экономическому обоснованию, пришел к выводу об отсутствии нарушений со стороны подрядчика поскольку данное нарушение было вызвано несвоевременным предоставлением со стороны заказчика техническое задание и иных исходных данных, необходимых для выполнения инженерных изысканий. При этом арбитражный суд указал, что исполнение договора подряда по строительству энергоблоков представляет собой сложный многоэтапный проект, в котором каждый из этапов не может быть осуществлен в нарушение технологического порядка и временной последовательности, которая обусловлена градостроительными нормами и правилами технологическим процессом. При этом арбитражным судом в соответствии с положениями *частей 1 и 2 статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации* было принято во внимание все поведение сторон, направленное на исполнение обязательств в совокупности.

1) Решение Арбитражного суда Ставропольского края от 16.10.2009 года по делу № А63-3832/09-С3-18

IV. Неисполнение заказчиком обязательств по договору подряда, которые повлекли за собой нарушение сроков выполнения работ, которые не влияют на критический путь проекта, может привести к тому, что риск, связанный с нарушением конечного срока строительства объекта будет нести заказчик

Работы по договору подряда по модели EPC по критерию влияния на конечный строительства объекта можно разделить на два вида:

- 1 Работы, срок выполнения которых влияет на критический путь проекта;
- 2 Работы, которые такого влияния не оказывают.

Следует иметь в виду, что процесс строительства крупного промышленного объекта состоит из множества — сотен и иногда даже тысяч этапов работ. Значительная их часть не составляет критический путь проекта и поэтому какая-либо задержка в их выполнении не должна выражаться в сдвиге общих сроков проекта. Опять-таки, говоря упрощенно, если подрядчик, например, из-за задержки заказчика не может выполнять работы на каком-либо вспомогательном объекте инфраструктуры строящегося завода, это необязательно должно сдвигать сроки ввода в эксплуатацию самого завода, т.к. задержка данного вспомогательного объекта еще не мешает строить весь завод.

Анализ немногочисленной имеющейся судебной практики показывает, что суды, к сожалению, не вполне понимают вышеуказанную специфику строительного процесса — им не знакомо понятие «критического пути проекта» и они в большинстве случаев не оценивают степень влияния задержки одного из этапов на другие этапы и на ход строительства в целом. Существует отчетливая тенденция «механического» увеличения сроков строительства в целом на период задержки одного из этапов.

Преодоление такой тенденции требует качественной аргументации в ходе судебного заседания. Кроме того, поскольку вопрос определения того, какие этапы составляют критический путь проекта, является техническим и требует специальных познаний, рекомендуется заявить ходатайство о назначении соответствующей экспертизы.

Критический путь проекта — это совокупность последовательных этапов работ, сдвигка любого из которых неизбежно вызовет просрочку завершения работ в целом.

Этапы, расположенные на критическом пути, не имеют «запаса по времени» или имеют минимальный такой запас. При этом следует понимать, что критический путь проекта может меняться — например, после полного «сброса» запаса времени по какому-либо из этапов он может начать оказывать влияние на критический путь проекта, хотя ранее такого влияния не оказывал

Также, с целью снижения вышеуказанного риска, рекомендуется включать в договор подряда по модели ЕРС оговорку о том, что подрядчик, в случае задержки заказчика, получает право на продление общих сроков выполнения работ только в той степени, в которой задержка заказчика оказывает влияние на критический путь проекта.

V. Риск утраты обеспечительной функции банковских гарантий

Как правило, при строительстве крупных объектов по договору подряда по модели ЕРС подрядчик в счет обеспечения своих обязательств по исполнению договора подряда, а также возврату авансового платежа предоставляет банковские гарантии.

Однако следует иметь в виду, что существует риск признания в судебном порядке предоставленных подрядчиком банковских гарантий недействительными.

Так арбитражный суд¹ признал банковскую гарантию недействительной сделкой на основании *статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации*, так как арбитражный суд пришел к выводу о том, что при выдаче банковской гарантии изначально отсутствовала ее обеспечительная функция по отношению к основному обязательству, срок исполнения которого наступал позже, чем истек срок действия гарантии, что противоречит существу банковской гарантии.

Рассматривая вопрос о действительности банковской гарантии с условием о том, что данная банковская гарантия вступает в силу с момента зачисления авансового платежа, арбитражный суд² пришел к выводу о том, что в связи с тем, что неопределенность момента вступления банковской гарантии в силу (перечисление аванса, то есть условия, которое неизвестно наступит или нет) лишает ее обеспечительной силы, что является нарушением *статей 369, 373 Гражданского кодекса Российской Федерации*.

1) Постановление Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.11.2004 года по делу № Ф04-7520/2004(5587-А70-24), постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 31.05.2005 года № 929/05

2) Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.08.2009 года по делу № А40-46194/09-159-431

Следует отметить, что в соответствии с *Постановлением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.03.2012 года № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий»* даны разъяснения о том, что положения *пункта 1 статьи 369 Гражданского кодекса Российской Федерации* об указании в банковской гарантии обеспеченного обязательства следует считать соблюденным и в том случае, если из содержания гарантии можно установить¹:

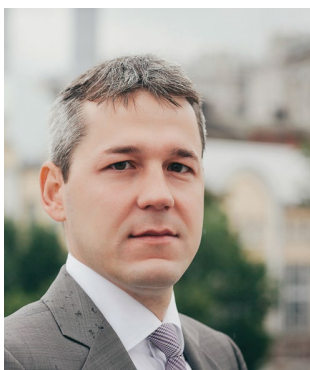
- 1 Кто является должником по обеспеченному обязательству;
- 2 Указана сумма, подлежащая уплате гарантом при предъявлении бенефициаром соответствующего требования;
- 3 В гарантии содержится отсылка к договору, являющемуся основанием возникновения обязательств принципала перед бенефициаром либо указан характер обеспеченного гарантией обязательства.

Кроме того, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации указал, что суды, рассматривая споры по банковским гарантиям не вправе оценивать действительность соответствующих сделок только с точки зрения наличия или отсутствия у них обеспечительных функций, так как, выдавая и принимая гарантию, гарант и бенефициар действуют своей волей и в своем интересе, они свободны в установлении своих гражданских прав и обязанностей (*пункт 2 статьи 1, статьи 156, статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации*). При этом Высший Арбитражный Суд Российской Федерации дал разъяснения² о том, что банковская гарантия, выданная на срок, меньший, чем срок исполнения обеспеченного обязательства, не может быть признана недействительной на названному основанию, так как она обеспечивает иные обязательства, которые могут возникнуть между принципалом и бенефициаром до наступления срока исполнения основного обязательства (например, в связи с односторонним отказом от исполнения договора, расторжения договора, которые влекут возникновения у кредитора права требовать возмещения убытков, возврата предварительной оплаты и прочее). ■

1) Пункт 1 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.03.2012 года № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий»

2) Пункт 2 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.03.2012 года № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий».

Изменение цены в EPC-контракте



Старший юрист
Ost Legal,
канд. юрид. наук,
**Вадим Андреевич
Фогель**

С каждым днем EPC-контракты становятся все более востребованными, в т. ч. и на национальном уровне. Однако у сторон нередко возникают вопросы о соотношении их условий с положениями действующего гражданского законодательства. Как известно, цена EPC-контракта не подлежит корректировке в связи с любыми непредвиденными трудностями или расходами. Есть ли исключения из этого правила? Всегда ли риск увеличения стоимости работ возлагается на подрядчика? Оказывается, ограничений для использования условий, предусмотренных моделью ерс-контракта, в России нет.

Типовые условия

Для составления договора строительного подряда участники проекта часто прибегают к помощи разработанных FIDIC типовых условий контрактов.

На сегодняшний день типовые контракты FIDIC применяются, в основном, в строительных проектах:

- финансирующихся международными финансовыми и кредитными учреждениями (Всемирным банком, Европейским банком реконструкции и развития, Азиатским банком реконструкции и развития);
- носящих международный характер и финансируемых за счет частных инвесторов;
- носящих международный характер и финансируемых полностью или частично из государственных средств и др.

При построении отношений сторон по модели ЕРС-контракта (от англ. engineering, procurement, construction), предложенной в «Серебряной книге» FIDIC — «Условия контракта для проектов типа ЕРС и выполняемых “под ключ”» (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, First Edition, 1999*), цена является паушальной (фиксированной) и не предусматривает составление сметы. В контракте содержится минимальный, исчерпывающий перечень оснований по ее изменению. Подрядчик отвечает за все аспекты строительства и принимает на себя практически все риски, связанные с наступлением обстоятельств, влияющих на сроки и объемы работ. Исключения составляют риски, обусловленные началом военных действий и совершением террористических актов, а также иные риски, связанные с действием непреодолимой силы.

ЦЕНА ЕРС-КОНТРАКТА:

Является фиксированной;

Покрывает все обязательства подрядчика и все затраты, необходимые для проектирования, сооружения и завершения объектов, а также устранения всех недостатков;

Не подлежит корректировке в связи с любыми непредвиденными трудностями или расходами, за исключением прямо предусмотренных договором случаев.

Существует ли возможность ограничения прав подрядчика по изменению цены прав подрядчика по изменению цены ЕРС-контракта?



В российском законодательстве подрядчик вправе требовать в соответствии со *ст. 450 ГК РФ* пересмотра сметы, если по независящим от него причинам стоимость работ превысила смету не менее чем на 10% (*п. 3 ст. 744 ГК РФ*). В рамках строительного подряда данное положение является специальной нормой по отношению к п. 6 ст. 709 ГК РФ.

При этом следует отметить, что согласно существующей доктрине гражданского права *ст. 744 ГК РФ* является императивной нормой, поскольку не предусматривает оговорки «в случае, если договором не предусмотрено иное». Действующее гражданское законодательство не содержит презумпции диспозитивности гражданско-правовых норм. В связи с этим нормы, не содержащие оговорки о своем действии, рассматриваются, как правило, в качестве императивных.

Таким образом, на первый взгляд, положения *ст. 744 ГК РФ* могут применяться к отношениям сторон, возникшим из договора, составленного по модели ЕРС-контракта, несмотря на предусмотренное им иное регулирование для данного случая. Однако при таком подходе использование модели ЕРС-контракта в России в целях установления фиксированной цены договора и возложения риска увеличения стоимости работ на подрядчика было бы весьма проблематичным.

Значительная часть споров связана именно с последствиями увеличения стоимости работ, выполняемых подрядчиком, на сумму более чем 10% от первоначальной цены договора.

Между тем при тщательном анализе *ст. 744 ГК РФ* обращает

на себя внимание тот факт, что предметом ее регулирования являются отношения сторон, складывающиеся в связи с внесением изменений в согласованную сторонами смету, определяющую цену работ. В то же время отношения, построенные на основе ЕРС-контракта, не предполагают сметное ценообразование (что, по смыслу п. 3 ст. 709 ГК РФ, допускается действующим гражданским законодательством), а предполагают установление паушальной (фиксированной) цены. В связи с этим представляется, что предметом действия анализируемой нормы не охватываются отношения сторон в рамках ЕРС-контракта и правила последнего не должны признаваться противоречащими ей.

Норма о порядке изменения условия договора о твердой цене содержится также в п. 6 ст. 709 ГК РФ.

Так, подрядчик не вправе требовать увеличения твердой цены, а заказчик – ее уменьшения, в т. ч. в случае, при котором в момент заключения договора подряда исключалась возможность предусмотреть полный объем подлежащих выполнению работ или необходимых для этого расходов.

При существенном возрастании стоимости материалов и оборудования, предоставленных подрядчиком, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, которое нельзя было предусмотреть при заключении договора, подрядчик может требовать увеличения установленной цены, а при отказе заказчика выполнить это требование – расторжения договора в соответствии со ст. 451 ГК РФ.

Данная норма содержит исчерпывающий перечень оснований для изменения твердой цены договора. К их числу не относится увеличение стоимости выполняемых работ, что соответствует режиму ценообразования, предусмотренного в договорах, составленных по модели ЕРС-контрактов.

Изменение твердой цены возможно лишь при существенном возрастании стоимости материалов и оборудования, предоставленных подрядчиком, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, которое нельзя было предусмотреть при заключении договора.

Между тем на уровне последствий наступления перечисленных в указанной норме обстоятельств законодатель предусмотрел отсылку к ст. 451 ГК РФ, устанавливающей право на расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств, из

которых стороны исходили при заключении договора.

При этом данная ссылка по своему содержанию не просто указывает на наличие у подрядчика соответствующего права, а предполагает обязательное наступление всех обстоятельств, перечисленных в норме и необходимых для реализации права, содержащегося в *ст. 451 ГК РФ*.

Согласно п. 2 ст. 451 ГК РФ договор может быть расторгнут при одновременном наличии следующих условий:



- в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет;
- изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота;
- исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора;
- из обычаев делового оборота или существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона.

Как уже указывалось выше, при заключении договора по модели ЕРС-контракта подрядчик выражает свое согласие и принимает на себя риск наступления любых неблагоприятных обстоятельств, влияющих на его цену, за исключением случаев, прямо прописанных в договоре. В связи с этим отсутствует необходимая предпосылка, предусмотренная *подп. 4 п. 2 ст. 451 ГК РФ*, что приводит к парализации действия *абз. 2 п. 6 ст. 709 ГК РФ*.

Анализ действующего гражданского законодательства в части порядка изменения твердой цены договора подряда позволяет сделать вывод о возможности использования условий, предусмотренных моделью ЕРС-контракта, в России.

Вместе с тем, существует риск расширительного толкования *п. 3 ст. 744 ГК РФ*, предоставляющего подрядчику право требования пересмотра сметы, если по независящим от него причинам стоимость работ превысила ее не менее чем на 10% ■

Интервью с Константином Кряжевских



Константин, расскажите, пожалуйста, вкратце, какую должность Вы сейчас занимаетесь и какими вопросами занимаетесь?

Я являюсь заместителем генерального директора по правовым и корпоративным вопросам АО «Русатом Оверсиз», а также советником Президента АО «Атомстройэкспорт».

Российская атомная отрасль бурно развивается, причем это одна из немногих экспорто-ориентированных промышленных отраслей. В каких проектах строительства атомных электростанций Вам приходилось участвовать?

Компании Росатома ведут переговоры о строительстве большого количества энергоблоков как в России, так и за рубежом. В частности, есть планы по строительству атомных электростанций в Турции, Аргентине, Иордании, Египте, Китае, Иране.... Многие проекты, например АЭС «Ханхикиви» в Финляндии и АЭС «ПАКШ II» в Венгрии, находятся в стадии активной реализации — подписаны контракты, разворачиваются работы. В подготовке и заключении договоров на строительство в Венгрии и Финляндии я принимал самое активное участие.

Какого рода договоры на строительство заключались в финском и венгерском проектах?

В финском и в венгерском проектах были заключены договоры EPC turnkey — Engineering, Procurement, Construction, т.е. договоры, в которых подрядчик, российская компания, выполняет весь цикл работ, от проектирования до ввода блока в эксплуатацию. Кроме того, в финском проекте Росатом участвует в проекте также как софинансирующая сторона и совладелец станции.

Что Вы брали за основу при подготовке проектов договоров EPC? Была ли это какая-то унифицированная проформа контракта (например, FIDIC, ICC) либо же это была внутренняя форма, принятая в атомной отрасли?

В обоих случаях было решено отказаться от использования стандартизированных готовых проформ по ряду причин. Во-первых, атомный энергоблок — это все-таки очень специфичный объект и условия договора должны это учитывать. Существующие доступные проформы, например, FIDIC, ICC, являются слишком универсальными и не содержат нужной нам конкретики, в т.ч. не предназначены для строительства атомных блоков, которые находятся в совершенно специфичном правовом поле, краеугольным камнем которого являются условия ядерной безопасности и ядерной ответственности, принцип *intelligent customer*, применимый к заказчику. Кроме того, проформы FIDIC, состоящие из множества документов (общие условия, специальные условия и т.д), достаточно сложны в использовании — все-таки гораздо проще иметь дело с договором, который составлен в виде единого документа. Некоторые конкретные проформы, такие как FIDIC Silver book, не вполне подходят для нашей ситуации, поскольку концентрируют подавляющее большинство рисков на подрядчике (что не применимо к финансированию в атомной энергетике, где редко встречается проектное финансирование отсутствуют, поскольку в большинстве проектов поставщик является финансирующей стороной), нам бы хотелось иметь более сбалансированный контракт.

Что касается собственных внутренних форм договоров, то данную задачу нам еще предстоит решить — дело в том, что стандарты, принятые в отрасли для российских проектов серьезно отличаются от тех форм EPC и EPC(M)-контрактов, которые используются на международном уровне. С учетом того, что компании группы «Росатом» все чаще участвуют в международных проектах, Роса-

том в прошлом году начал проект по подготовке соответствующей базы собственных договоров, входящих в состав интегрированного предложения Росатом.

Как проходили переговоры по заключению ЕРС-контрактов с заказчиками в Финляндии и в Венгрии: как долго они длились, в чем были основные камни преткновения?

В обоих случаях переговоры проходили очень нелегко. Во-первых, обычно согласование условий подобных ЕРС-контрактов занимает, как минимум, один год. В финском и венгерском проектах у нас этого времени не было. Во-вторых, эти договорные модели, являются новыми для многих российских специалистов и компаний. Подходы, стандартные для международного ЕРС-контрактования, зачастую весьма отличаются от привычных российских практик. В третьих, надо учитывать, что ЕРС-контракт на строительство атомной электростанции — это огромный документ, состоящий из нескольких тысяч страниц и включающий юридическую, коммерческую, финансовую и, конечно же, самую объемную — техническую части. Подготовкой разных частей занимаются разные группы, общий состав переговорной команды может включать сотни людей.

Выработка единой позиции, координация различных групп, согласование и установление приоритета различных частей контракта, применение единых подходов и устранение противоречий, — вот основные задачи, которые приходится решать в подобных проектах. Это непросто. Кроме того, в каждом конкретном случае переговоры имеют свои особенности. Например в финском проекте мы неготирировали пакет документов по ВОО проекту с акционерами проектной компании в увязке с проектными соглашениями, одобряли проект в Финском парламенте, в Венгрии участвовали в изменении национального законодательства, которое должно было быть гармонизировано под проект и заключении пакета межправительственных соглашений.

Переговоры в Венгрии были исключительно тяжелыми. Венгерская сторона изначально заняла, на наш взгляд, необоснованно жесткую позицию по ряду ключевых вопросов, таких как ответственность подрядчика, распределение рисков, гарантий, непредвиденные условия площадки и т.д. В результате, на протяжении довольно длительного времени движение сторон навстречу друг к другу было, по сути, минимальным. Лишь в последние три неде-

ли перед подписанием обозначились усилия по достижению компромисса — в результате интенсивность работы в эти три недели была запредельной.

Какие рекомендации по заключению ЕРС-контрактов и ведению переговоров, исходя из полученного опыта? Каким вопросам следует уделить отдельное внимание?

Безусловно, опыт уже реализованных проектов позволяет провести «работу над ошибками» и сделать определенные выводы на будущее. Я бы выделил следующие общие рекомендации, которые применимы как для заказчиков, так и для подрядчиков.

- 1** Необходимо, чтобы с обеих сторон в переговорах участвовали специалисты, хорошо знакомые с практикой заключения ЕРС-контрактов в конкретной индустрии. Желательно, чтобы такие специалисты, будь-то внутренние юристы или внешние консультанты, имели за плечами опыт, как минимум, нескольких подобных проектов с международной составляющей. Наличие этих людей в команде заказчика и подрядчика даст сторонам возможность разговаривать на одном языке и не ломать копья по поводу вещей, которые невозможны в принципе. Приведу пример: на переговорах в Венгрии венгерскую сторону представлял юрист, специализирующийся, в основном, в судебных процессах. Согласование условий ЕРС-контракта было его первым проектом подобного рода. В результате, данный юрист требовал от российской стороны согласиться на условия, которые заведомо не являются приемлемыми для любого крупного подрядчика, — неограниченная ответственность, например. Участие опытных и компетентных специалистов с обеих сторон позволяет существенно сократить время переговоров и поиск решений.
- 2** Определить и стандартизировать внутренние подходы компании к основным условиям ЕРС-контракта: лимиты и виды ответственности, порядок оплаты, инструменты обеспечения, страхование, распределение рисков, применимое право, арбитраж и пр., определить допустимые отклонения от этих подходов в переговорах и, главное, обеспечить понимание и единообразное применение этих подходов задействованными в переговорах сотрудниками компании. Излишне говорить, что данные подходы должны быть реалистичными и основываться на международных практиках.


- 3 Сформировать переговорную команду и наделить ее необходимыми полномочиями по принятию решений. Безусловно, по ключевым вопросам решения обычно принимает высший менеджмент, однако непродуктивно выносить всякий спорный вопрос на рассмотрение генерального директора или руководства отрасли.
- 4 Даже если компания располагает собственными компетентными специалистами в области ЕРС-контрактов, желательно иметь под рукой консультантов со специфическим опытом или работающими в определенной юрисдикции. Дело в том, что ЕРС-контракт — это не просто «еще один договор». Собственно «общеправовая» часть в договоре ЕРС — это процентов 15 от силы. Остальные 85% — это знание коммерческих, финансовых и технических условий, а также, что самое важное, — понимание того, где должен находиться разумный баланс интересов сторон по каждому из вопросов.

ЕРС и ЕРС(М)-контракты — это сравнительно новые договорные модели для российской строительной отрасли, которая исторически базировалась на сметном ценообразовании и строительстве «хозспособом». Не происходит ли отторжения этих новых форм среди российских компаний и стоит ли отходить от наработанных традиций?

Действительно, еще с советских времен строительная отрасль базируется на несколько иных подходах — сметное ценообразование, единичные расценки, отдельное контрактное проектирование, СМР-подрядчик, поставщиков оборудования. Приходится время от времени слышать мнения о ненужности, чрезмерной дороговизне и иных недостатках ЕРС-контрактования. Между тем, ЕРС — это не то понятие, к которому могут быть применены термины «хорошо» или «плохо», «дорого» или «дешево». Это инструмент, который может быть использован по назначению, а может — нет. Бывают проекты, в которых использование ЕРС-подхода совершенно неоправданно. Тем не менее, бывают и обратные ситуации: например, в мировой атомной промышленности строительство на основе ЕРС-контракта — это практически стандарт. Поэтому, если российские компании хотят быть конкурентными на этом рынке, им придется привыкать к новым подходам.

Много ли на сегодняшний день в России специалистов, знающих тонкости заключения ЕРС-контрактов и насколько они востребованы

К сожалению, очень мало. Проблема в том, что этому не учат в юридических вузах — соответствующие компетенции можно приобрести только в результате практического опыта. Из-за отсутствия квалифицированных специалистов-переговорщиков российские компании зачастую оказываются в проигрышной ситуации и заключают договоры на невыгодных для себя условиях, причем даже не всегда об этом подозревают. Степень востребованности определяется тем, насколько руководство российских компаний осознает важность компетентного совета относительно условий ЕРС-контракта. К сожалению, как я уже говорил, важность этого вопроса часто недооценивается. ■



Программа **Project Legal Support** компании Ost Legal

Анализ опыта консультирования компании Ost Legal по более чем 30 крупнейшим строительным проектам показал, что значительная часть споров при реализации проектов возникала вследствие причин, которых можно было избежать, как то: незнание или неправильное толкование положений договора, несоблюдение формальных процедур, предусмотренных договором, несвоевременное направление уведомлений, неоптимальное выстраивание правовой позиции и ведение претензионной работы при споре, отсутствие прогнозирования последствий юридических действий. Результатом таких споров практически всегда являлись задержка реализации проекта и существенные дополнительные расходы для обеих сторон.

В течение десяти лет, работая в данной области, подробно изучая детали проектов, судебные акты по конкретным делам, которые вела наша компания, и судебную практику в области строительства в целом, мы пытались понять, каким образом можно было бы кардинально улучшить эффективность реализации строительных проектов.

Мы сформулировали наиболее важные вопросы, на которые необходимо найти ответы.

- ❓ Какие риски наиболее часто материализуются в ходе реализации строительных проектов? С помощью каких решений можно предотвратить эти риски или минимизировать их последствия?
- ❓ Возможно ли радикально снизить количество споров между подрядчиком и заказчиком путем их раннего предупреждения?
- ❓ Какие обстоятельства, помимо непредвиденных технических сложностей и коммерческих рисков, наиболее часто являются причиной задержек реализации и возникновения дополнительных расходов? Как можно предотвратить данные обстоятельства?
- ❓ Какие типичные ошибки допускают участники проектов и могут ли они быть исключены?
- ❓ Может ли быть выработан алгоритм действий при возникновении спора, выполнение которого позволит обеспечить разрешение такого спора в свою пользу?
- ❓ Каким образом может быть построено оптимальное взаимодействие между юристами, осуществляющими правовую поддержку, и профильной проектной командой?

Найденные решения мы пытались апробировать на текущих проектах. Поскольку многие проекты на сегодняшний день уже завершились, мы проанализировали экономический эффект использованных решений и их влияние на конечный результат.

Результатом данной работы стала подготовка и применение на практике нового продукта — программы **Project Legal Support**.

Project Legal Support — это комплексное технологичное решение по текущей правовой поддержке крупных строительных проектов, направленное на достижение конкретного положительного результата: предотвращение, снижение количества и оптимизация разрешения споров в ходе реализации проекта.

Project Legal Support — предоставляемый за фиксированную ежемесячную плату набор услуг, которые подбираются индивидуально в зависимости от особенностей конкретного проекта.

Однако **Project Legal Support** не просто набор услуг, это опробованная на множестве проектов технология совершенствования юридически значимых коммуникаций между участниками проекта и управления требованиями (претензиями).

Преимущества Project Legal Support:

- + Системность и технологичность программы. Мы не просто оказываем юридические услуги — мы разработали технологию правовой поддержки проекта;
- + Нацеленность на экономический результат. Главная цель Project Legal Support — максимизация прибыли заказчика за счет правильного управления издержками и раннего запуска объекта в эксплуатацию;
- + Основанность на обширном практическом опыте. Мы предоставляем в распоряжение клиента наши знания о практически любых видах спорных ситуаций, которые мы приобрели в ходе нашей десятилетней практики;
- + Фиксированная цена, легко поддающаяся планированию и бюджетированию.

В данную программу, как правило, входят следующие услуги:

- ✓ Разработка эффективного механизма повседневного взаимодействия между Ost Legal, внутренней юридической службой компании и профильной командой проекта;
- ✓ Оптимизация договорной документации по проекту (например, в случае с проформами ФИДИК, состоящими из множества документов, мы сводим все части договора в единый документ, с которым удобно работать проектной команде);
- ✓ Подготовка карты основных действий и событий по договору. Строительные договоры — это многостраничные, сложно структурированные документы. Карта основных действий и событий — это простое табличное представление наиболее важных действий и событий, предусмотренных договором, с указанием сроков их выполнения;
- ✓ Регулярные встречи с проектной командой и участие в важных совещаниях по проекту. Это позволяет нам постоянно быть в курсе событий, а также обнаруживать и предотвращать проблемы на ранних стадиях, в том числе такие, которые не всегда может отследить проектная команда;
- ✓ Взаимодействие с заказчиком в управлении претензиями (claim management) — подготовка уведомлений, писем и претензий, имеющих правовой характер, формирование правовой позиции;
- ✓ Участие в переговорах с подрядчиком (заказчиком) с целью урегулирования споров;
- ✓ Подготовка дополнительных соглашений, изменений к договорам подряда;
- ✓ Юридическая экспертиза договоров субподряда и поставки;
- ✓ Правовой аудит отношений между заказчиком и подрядчиком;
- ✓ Представление интересов в арбитражном, третейском суде, международном коммерческом арбитраже (на основании отдельной договоренности).

Примеры проектов, реализованных либо реализуемых с применением услуг, входящих в программу Project Legal Support:

Березовская ГРЭС.

Строительство энергоблока 800 МВт. Клиент — Е.Оп;

Сургутская ГРЭС. Строительство двух энергоблоков по 400 МВт. Клиент — Е.Оп;

Шатурская ГРЭС. Строительство энергоблока 400 МВт. Клиент — Е.Оп;

Яйвинская ГРЭС. Строительство энергоблока 400 МВт. Клиент — Е.Оп;

Высокотехнологичная фабрика по производству пластин для микрочипов. Клиент — M+W Germany GmbH (генеральный подрядчик);

Нижневартовская ГРЭС. Строительство энергоблока № 3 400 МВт. Клиент — ЗАО «Нижневартовская ГРЭС»;

Ноябрьская ПГЭ 160 МВт. Клиент — «Интертехэлектро — Новая Генерация»;

Курганская ТЭЦ — 3 222 МВт. Клиент — «Интертехэлектро — Новая Генерация»;

Нижневартовская ГРЭС. Строительство энергоблока № 2 800 МВт. Клиент — ОАО «Компания ЭМК — Инжиниринг».



Мы специализируемся на предоставлении юридических услуг, соответствующих самым высоким западным стандартам качества и сервиса, в таких областях, как промышленное строительство, недвижимость, энергетика, сопровождение проектов (включая финансирование), корпоративное право, судебная практика.

В своей работе мы основываемся на таких принципах, как качество, компетентность, конфиденциальность, ответственность и актуальность. Мы экономим деньги клиентов, поскольку не ограничиваемся решением уже существующих проблем — мы стараемся их предупредить.

Честность и конфиденциальность являются определяющими в отношениях с нашими партнерами. Мы никогда не забываем о доверии, которое оказывают нам клиенты, и не обещаем невозможного, поскольку несем профессиональную ответственность за свои действия.

**В случае возникновения вопросов или комментариев
Вы можете направлять их по адресу info@ostlegal.ru —
все они будут с благодарностью рассмотрены.**

Юридическая фирма Ost Legal

117105, Россия, Москва,
Варшавское шоссе, д. 1, офис В-108
Тел. +7 (495) 269 44 91
info@ostlegal.ru