



Гарантии качества и производительности в EPC- и EPC(M)-контрактах: ключевые моменты и подводные камни

Владимир Липавский,

управляющий партнер юридической фирмы Ost Legal

В EPC- и EPC(M) – контрактах с участием западных компаний условия, касающиеся гарантий качества и производительности работ и их результата по своей структуре, содержанию, арсеналу средств защиты существенно отличаются от норм Гражданского кодекса РФ, к которым привыкли большинство российских заказчиков и подрядчиков. Без глубокого понимания западного подхода к гарантиям качества российская сторона рискует оказаться беззащитной даже в ситуации, когда, например, вина за дефект на 100% лежит на иностранном подрядчике. С другой стороны, российским подрядчикам весьма небесполезно изучить западный опыт распределения рисков в данной области и взять его на вооружение при реализации крупных строительных проектов как в России, так и за рубежом.

1. Гарантии качества vs Гарантии производительности.

EPC и EPC(M)¹ – контракты относятся к типу договоров «Спроектируй и Построй» (Design – Build). Для такого рода договоров свойственно наличие как чисто

¹ Для целей данной статьи под EPC(M)-контрактом мы понимаем такой договор, когда EPC(M)-подрядчик, действуя как генеральный подрядчик, принимает на себя обязательства от своего имени выполнить проектирование, поставки оборудования и материалов, а в отношении строительно-монтажных работ осуществляет «управление» деятельностью прямых подрядчиков Заказчика – см. более подробно статью «Контрактная стратегия при реализации крупных строительных проектов».

«качественных» гарантий (qualitative warranties), так и гарантий производительности² (performance warranties).

Под гарантией качества (qualitative warranty) чаще всего понимается заверение подрядчика в том, что используемые им при строительстве материалы и оборудование не будут иметь дефектов проектирования или изготовления и будут соответствовать требованиям договора³, а работы и услуги будут выполняться компетентным, профессиональным и добросовестным образом согласно условиям договора. В контрактах, регулируемых правом англо-саксонской правовой семьи, такого рода гарантии постольку, поскольку они прямо предусмотрены текстом договора, называются явно выраженными гарантиями (explicit warranties) – как противопоставление подразумеваемым гарантиям (implied warranties). Подразумеваемые гарантии – это устанавливаемые применимым законодательством или судебной практикой гарантии качества, которые применяются к договору, если только они прямо не исключены им. Следует отметить, что практически во всех известных нам случаях тексты EPC- и EPC(M)-контрактов исключают применение implied warranties, ограничиваясь перечислением явно выраженных гарантий качества.

Гарантии производительности (performance warranties) представляют собой заверение подрядчика в том, что построенный объект будет соответствовать определенному уровню производительности (мощность, КПД, расход сырья и пр.). В большинстве случаев подрядчик гарантирует, что *результат работ успешно пройдет эксплуатационный тест* по завершении работ, т.е. в ходе такого теста будут достигнуты определенные производственные показатели. Например, в EPC-контракте на строительство электростанции будет предусматриваться, что в ходе эксплуатационных испытаний должно быть продемонстрировано достижение генерирующим оборудованием, среди прочего, выходной электрической мощности в XXX МВ. Значительно реже можно встретить длящиеся гарантии производительности, когда подрядчик отвечает за соответствие построенного завода гарантированным производственным показателям *в течение определенного периода времени* («срок гарантии»), а не только за их однократное достижение в рамках эксплуатационного теста. Подрядчики крайне неохотно предоставляют длящиеся гарантии производительности, поскольку на длинном отрезке

² С формально-юридической точки зрения гарантии производительности – это тоже гарантии качества. Тем не менее, данные гарантии имеют свои особенности по сравнению с «механическими» гарантиями качества.

³ Часто гарантия может также включать заверение в том, что предоставляемые материалы и оборудование будут новыми и не использованными ранее, а также и более экзотичные заверения: например, что оборудование будет представлять собой «новейшую технологию» и др.

времени поддержание гарантированных показателей зависит от многих факторов, которые подрядчик не контролирует: условия эксплуатации, режим работы, качество сырья и т.п. Понятно, что данные факторы во всех случаях будут представлять собой исключения из гарантии подрядчика, однако на практике установление действительных причин несоответствия оборудования гарантированным показателям: конструктивный недостаток, за который отвечает подрядчик, либо ошибки эксплуатации в зоне ответственности заказчика, может представлять собой известную сложность.

Две указанные категории - гарантии качества (в ЕРС-контрактах иногда такие гарантии еще называют «механическими») и гарантии производительности - очень часто смешиваются как в заключаемых договорах, так и в практике судов и научной литературе. Этому есть свое объяснение. Гарантии производительности по своей сути – это тоже гарантии качества, т.к. они представляют собой заверение подрядчика, что объект будет соответствовать определенным функциональным (т.е. качественным) характеристикам. Основные практические отличия между производственными гарантиями (performance warranties) и гарантиями качества (qualitative warranties) заключаются в сроке действия (как отмечалось, в большинстве случаев производственные гарантии не являются длящимися) и в средствах защиты в случае нарушения гарантий, о чем подробнее будет сказано ниже.

2. Начало течения и продолжительность гарантий.

Как отмечалось выше, чаще всего предоставляемые подрядчиками гарантии производительности являются моментальными, т.е. представляют собой гарантию успешного прохождения эксплуатационного текста, поэтому они не имеют какой-либо «длительности»⁴. Поэтому в большинстве случаев, при обсуждении начала течения и длительности гарантий, имеются в виду гарантии качества или «механические» гарантии.

⁴ Длящиеся гарантии производительности встречаются, например, в проектах строительства атомных электростанций, которые реализуются с применением модели ЕРС «под ключ» (ЕРС turnkey). В таких проектах подрядчик может давать так называемую «гарантию располагаемой мощности» (availability guarantee), суть которой сводится к гарантии коэффициента полезного использования установленной мощности оборудования в течение срока действия гарантии. Говоря упрощенно, подрядчик гарантирует непрерывность работы оборудования на установленной мощности и отсутствие незапланированных остановов.

С какого момента должно начинаться течение гарантии?

Обычно начало течения гарантии качества связывается с моментом приемки результата работ и передачей его заказчику. Однако приемка крупных промышленных объектов, таких, как электростанции, нефте- и газоперерабатывающие заводы, химические комбинаты и т.п. может включать несколько стадий завершения (completion): механическое завершение (mechanical completion), существенное завершение (substantial completion), финальное завершение (final completion). Сбалансированным решением является привязка начала течения срока гарантии к тому событию или стадии, когда завод переходит под контроль заказчика, и может быть начата его эксплуатация (хотя бы и с недоделками, которые подрядчику еще предстоит устранить). Часто такой стадией является существенное завершение,⁵ которое подразумевает, что:

- i. Объект завершен механически и конструкционно, подключен к внешней инфраструктуре;
- ii. Успешно проведена пуско-наладка и эксплуатационные тесты, в ходе которых достигнуты минимальные производственные показатели;⁶
- iii. Подрядчиком предоставлен определенный пакет документов: исполнительная, эксплуатационная документация и пр.

Предполагается, что с наступлением существенного завершения объект передается во владение и контроль заказчика, который начинает нести риск случайной гибели объекта и может начать его эксплуатировать⁷. Важно отметить, что наполнение указанных терминов (механическое завершение, существенное завершение, финальное завершение), а также условия и последствия достижения каждой из стадий завершения различаются от контракта к контракту и являются предметом ожесточенных переговоров сторон. Подрядчик заинтересован в как можно более раннем начале течения гарантийного срока – с тем, чтобы этот срок, определяемый периодом времени (12, 24, 36 мес. и т.д.), как можно раньше истек. Поэтому подрядчик часто пытается увязать начало течения гарантии с механическим завершением. В случае с EPC(M) контрактом, где подрядчик поставляет оборудование, но не отвечает, а только координирует строительство в целом, это может быть оправдано. В проектах EPC turnkey, напротив, привязка начала течения гарантийного

⁵ Контрактная терминология может различаться: например, в некоторых контрактах вместо «Существенного Завершения» используется термин «Предварительная Приемка» (Provisional Acceptance).

⁶ Минимальные производственные показатели – пример гарантии производительности. Некоторые гарантии производительности могут предусматривать номинальную и минимально приемлемую величину: например, гарантированная установленная электрическая мощность энергоблока 100 МВ, минимальная установленная электрическая мощность – 95 МВ.

⁷ Отдельной статьи заслуживает вопрос, каким образом должны распределяться обязанности и риски в связи с получением разрешений государственных органов, необходимых для эксплуатации объекта.

срока к механическому завершению будет де-факто означать укорачивание гарантии: завод находится во владении и под контролем подрядчика, который продолжает его доделывать, а гарантийный срок уже начал течь. К тому моменту, когда заказчик получит возможность эксплуатировать объект, от срока действия гарантии может остаться только малая часть. Заказчик, в свою очередь, в ходе переговоров по заключению контракта также пытается тянуть одеяло на себя и увязывать начало гарантийного срока с финальным завершением, к моменту достижения которого завод, возможно, эксплуатируется уже несколько лет. Для устранения данного риска опытные подрядчики включают в контракт оговорку о том, что, невзирая на иные условия, гарантийный срок начинается течь во всяком случае, когда заказчик начинает эксплуатацию объекта.

Какой должен быть срок действия гарантии?

Срок действия гарантии или гарантийный срок – коммерческое условие, зависящее исключительно от того, у какой из сторон изначально более сильная позиция, а также от упорства, настойчивости и длительности переговоров. Каких-либо единых стандартов относительно длительности гарантии качества (12, 18, 24 месяца и пр.) в мире не существует. Даже императивно устанавливаемые законодательством гарантийные сроки (т.н. *statutory warranty*) различаются в разных странах. Подрядчик, конечно, будет предлагать минимальный гарантийный срок - как правило, 12 месяцев, аргументируя это «сложившейся практикой», «политикой компании», длительностью корреспондирующих гарантий субподрядчиков и поставщиков и пр. Однако если внимательно посмотреть на суть гарантии качества – заверение в том, что «оборудование и материалы будут соответствовать требованиям договора и не будут содержать дефектов проектирования, материала или изготовления», а «работы будут выполняться добросовестно, компетентным и квалифицированным образом в соответствии с требованиями договора», становится очевидно, что оно не зависит от времени, поскольку от подрядчика требуется обеспечить вышеуказанное *на момент включения материалов и оборудования в состав строящегося объекта и выполнения работ соответственно*. На момент монтажа материал либо дефектен, либо нет, и это обстоятельство не зависит от времени, когда данный дефект обнаружен. Таким образом, ЕРС-подрядчик, заявляющий, что он не может дать гарантию более 12 месяцев, на самом деле руководствуется исключительно коммерческими соображениями и, как правило, готов увеличить продолжительность действия гарантии за дополнительное вознаграждение.

В каких случаях гарантийный срок должен продляться?

Продление гарантийного срока – это чисто договорное условие, которое будет применяться если и в том виде, в котором оно сформулировано в контракте. Если контракт не содержит положений по этому поводу – высока вероятность того, что с истечением первоначального гарантийного срока обязанность подрядчика по устранению гарантийных дефектов прекратится⁸. Гарантийный срок должен продляться, если требуется исправление выявленного дефекта путем ремонта или замены каких-либо частей объекта, повторного выполнения работ.

Ключевых вопросов в данной ситуации несколько:

- i. Если дефектна только часть завода, должен ли продлеваться гарантийный срок только на дефектную деталь или же на весь завод? Обычно продлевается гарантия в отношении дефектной части, однако если из-за дефектной детали простаивает более крупный узел или же весь завод, то в таком случае гарантийный срок должен продляться в отношении всего узла или завода соответственно.
- ii. В случае замены какой - либо детали / части оборудования на новую - каким должен быть гарантийный срок на эту новую деталь? Например, первоначальный гарантийный срок составлял 24 месяца, на 18-м месяце в результате дефекта деталь была заменена, должен ли гарантийный срок на заменяющую деталь течь заново, т.е. быть равным 24 месяцам, или он должен составлять остаток первоначального срока, т.е. 6 месяцев? Если исходить из позиции «новая деталь – новый гарантийный срок», это может означать бесконечную, так называемую «вечнозеленую» (evergreen) гарантию, что невыгодно для подрядчика. Кроме того, подрядчики справедливо замечают, что в таком случае заказчик получает БОЛЬШОЙ объем гарантий по сравнению с первоначальным обязательством. С другой стороны, если принять позицию подрядчика об остатке гарантийного срока, то в тех случаях, когда дефект был обнаружен, скажем, на 24-м месяце двухгодичного гарантийного срока, оказывается, что на заменяющую деталь гарантийного срока практически нет. В такой ситуации у подрядчика может возникнуть соблазн поставить некачественную заменяющую деталь. Компромиссным и сбалансированным решением можно признать подход, когда гарантийный срок

⁸ Если статья контракта про гарантии имеет исчерпывающий и исключительный характер, а применимое право не содержит императивных норм по этому поводу.

на заменяющую деталь определяется более длинным из а) $\frac{1}{2}$ первоначального гарантийного срока или б) остаток первоначального гарантийного срока. Даже такого рода продления могут по факту превратиться в «вечнозеленую» гарантию, поэтому ЕРС- или ЕРС(М)-контракт в большинстве случаев содержит абсолютный лимит продлений. Например, если общий гарантийный срок составляет 24 месяца, контракт может включать положение о том, что *«невзирая на любые иные противоречащие положения любые гарантии качества, включая возможные продления, заканчиваются по истечении 48 месяцев с даты начала первоначального гарантийного срока»*.

3. Условия действия и исключения из гарантии.

Гарантии качества и гарантии производительности не являются абсолютными и безусловными: их действие обычно зависит многих факторов, которые подрядчик не контролирует. Обычным условием действия гарантии является надлежащее использование (эксплуатация) объекта заказчиком (собственником), а также своевременное и правильное техобслуживание. Надлежащая эксплуатация и техническое обслуживание включают в себя большое количество аспектов: параметры сырья, квалификация и количество эксплуатационного персонала, режимы работы оборудования, периодичность и состав операций по техническому обслуживанию и плановым ремонтам и др. При обсуждении условий гарантий в ЕРС- или ЕРС(М)-контракте заказчику необходимо обеспечить предельную конкретность и предметность требований, которые он должен выполнять, чтобы действие гарантий не оказалось затронутым. В частности, можно ссылаться на предоставленную подрядчиком эксплуатационную документацию: если эксплуатация завода осуществляется в соответствии с требованиями такой эксплуатационной документации (т.е. не противоречит ей), то это означает, что заказчик (собственник) использует объект правильно. Такого рода условие будет, среди прочего, стимулировать подрядчика разрабатывать и предоставлять максимально полную эксплуатационную документацию.

Каковы последствия несоблюдения условий гарантии?

В проекте контракта, подготовленном опытным подрядчиком, будет, скорее всего, указано, что действие гарантий качества обусловлено соблюдением определенных требований и условий со стороны заказчика (см выше – надлежащая эксплуатация,

техобслуживание и т.д.) и что несоблюдение таких требований / условий влечет недействительность гарантии. Заказчику не стоит соглашаться с таким подходом: даже при нарушении какого-либо эксплуатационного требования, выявившийся дефект может не иметь с таким нарушением никакой причинно-следственной связи. Заказчик может предложить альтернативное решение: подрядчик освобождается от ответственности за устранение дефекта в той степени, в которой такой дефект вызван несоблюдением гарантийных условий и требований со стороны заказчика.

Еще одной уловкой, которую может попробовать опытный подрядчик, является смешивание условий гарантии качества и гарантии производительности. Гарантии производительности могут справедливо обуславливаться соблюдением определенных режимов эксплуатации объекта. Например, подрядчик может гарантировать показатель удельного расхода тепла⁹ в энергоблоке при условии, что энергоблок работает в базовом, а не в пиковом режиме. При этом гарантии производительности и гарантии качества могут располагаться в одном разделе контракта и содержать общее положение о том, что их действие обусловлено соблюдением определенных предположений (assumptions). В другом разделе такие assumptions будут, среди прочего, предусматривать эксплуатацию энергоблока в базовом режиме. Таким образом, даже разовая эксплуатация в пиковом режиме будет угрожать действию не только гарантий производительности, но и гарантий качества.

Какие могут быть исключения из гарантии качества?

Обычными исключениями (т.е. случаями, когда на возникшие повреждения не распространяется гарантия качества) являются последствия нормального износа (normal wear and tear), а также повреждения в результате воздействия внешних факторов. Здесь тоже есть свои подводные камни. Так, в одном из контрактов в глоссарии было указано, что дефектной считается только первоначальная дефектная деталь или элемент, а повреждения, причиненные сопряженным элементам оборудования, являются так называемым «сопутствующим ущербом», на который не распространяется гарантия качества. В итоге, имел место инцидент, когда незначительная по стоимости деталь турбины оторвалась от своего основания и нанесла значительные повреждения всей турбине. Подрядчик любезно заменил данную недорогую деталь по гарантии, а за замену всего остального поврежденного оборудования потребовал дополнительного

⁹ Гарантия производительности, характеризующая эффективность работы энергоблока.

вознаграждения. Хотя такого рода каверзы чаще можно встретить в договорах поставки и сервисного обслуживания, ЕРС- и ЕРС(М)-контракты также бывают не лишены их.

4. Средства защиты при нарушении гарантий качества и гарантий производительности.

Рассмотрим типичную формулировку о последствиях нарушения гарантии качества, которые обычно предлагаются подрядчиками.

«В случае нарушения гарантии Заказчик, в качестве исключительного средства правовой защиты, имеет право предъявить требование об устранении дефекта к Подрядчику. Подрядчик, в случае признания дефекта гарантийным, должен отремонтировать или заменить (по выбору Подрядчика) дефектную часть Объекта...»

Кроме того, раздел о гарантиях будет содержать оговорку следующего содержания:

«Предыдущие параграфы настоящей статьи [--] содержат исключительные средства юридической защиты в отношении дефектов в Работы, предоставляемых по настоящему Договору, вне зависимости от того, возникает ли ошибка или дефект до или во время гарантийного периода, и основано ли требование на договоре, гарантии, возмещении, деликте (включая небрежность), и любых иных основаниях, и заменяют собой все другие гарантии – письменные, устные, основанные на законе, явные или подразумевающиеся....».

Если заказчик примет такой подход, при обнаружении гарантийного дефекта подрядчик отремонтирует или заменит дефектную деталь или часть работ, однако все сопутствующие расходы: раскрытие и закрытие оборудования, демонтаж дефектной детали, ее транспортировка к месту ремонта, повторный монтаж отремонтированной/замененной детали, возможные испытания и пр. будут относиться на счет заказчика, что, очевидно не может считаться справедливым и сбалансированным решением. Другой крайностью, встречающейся, как правило, в договорах между российскими контрагентами, является возложение на подрядчика обязанности, в случае обнаружения гарантийного дефекта, возместить заказчику все убытки (включая недополученную выгоду от реализации продукции) и заплатить штрафную неустойку сверх убытков. В западной практике взыскание так называемых косвенных убытков (упущенная выгода,

убытки от простоев в производстве, санкции от третьих лиц), как правило, исключается в силу прямых указаний договора: размер таких убытков может быть несоизмеримо выше стоимости работ, поэтому разумные подрядчики отказываются принимать на себя непропорциональные риски.

Можно ли использовать неустойку (заранее оцененные убытки – liquidated damages) в качестве средства защиты?

Неустойка, либо ее условный западный аналог – заранее оцененные убытки, хорошо сочетается как средство защиты с гарантиями производительности. Например, ЕРС-подрядчик гарантировал, что в ходе эксплуатационного теста электростанция продемонстрирует установленную электрическую мощность 100 МВ, а фактическая мощность оказалась равной 98 МВ. Для таких случаев ЕРС- или ЕРС(М)-контракт может предусматривать уплату заранее оцененных убытков за МВ или кВт недостающей мощности¹⁰. При согласовании условий о неустойке / заранее оцененных убытках внимание нужно обратить на следующее.

- i. Является ли неустойка исключительным средством защиты? В западной и международной практике уплата заранее оцененных убытков исключает возмещение иных убытков и обычно освобождает подрядчика от необходимости достигать гарантию производительности, в отношении которой была произведена уплата. Однако ЕРС-контракт, как правило, устанавливает минимально приемлемый уровень гарантии производительности («минимальные производственные показатели») с дифференциацией средств защиты: если фактическая производительность в момент теста оказывается ниже минимальных производственных показателей, приемка не наступает, и подрядчик должен устранить недостатки и повторно провести тест. При этом если подрядчик оказывается неспособен достичь минимальных производственных показателей по истечении определенного периода времени (или определенного количества попыток), заказчику может быть предоставлено право отказаться от оборудования (т.н. “rejection”) и потребовать полного возврата цены и возмещения убытков.

¹⁰ Варианты расчета заранее оцененных убытков могут быть разными: например, часто встречается расчет, где за каждый недостающий 1% мощности уплачивается в качестве заранее оцененных убытков 1% от контрактной цены.

Пример:

В ЕРС-контракте установлена гарантия производительности электростанции, равная 100 МВ, а также минимально приемлемый уровень такой гарантии в размере 95 МВ. Если фактическая мощность, достигнутая в ходе теста, составляет 97 МВ, подрядчик может уплатить заранее оцененные убытки за недостающие 3МВ и тем самым будет освобожден от необходимости выполнять гарантию. Если же фактическая мощность составляет, например, 92 МВ, то подрядчик должен устранить недостатки (принцип “take good”) и повторно провести тест; условие о заранее оцененных убытках в таком случае не применяется.

В российской практике нам встречались, довольно часто, договоры подряда (включая такие, которые можно было бы, исходя из предусмотренного ими объема работ, отнести к ЕРС-контрактам), когда неустойка за недостижение гарантии производительности классифицировалась как зачетная (заказчик вправе взыскать убытки, в части, не покрытой неустойкой) или даже как штрафная (убытки подлежат взысканию в полном объеме сверх неустойки).

Пример (из договора, заключенного между российскими сторонами и регулируемого российским правом):

Неустойка за недостижение Объектом Гарантированных Эксплуатационных Показателей будет составлять:

- при недостижении Гарантированного Эксплуатационного Показателя по установленной электрической мощности – [●] российских рублей за каждый недостающий кВт электрической мощности, но не свыше 10% от Договорной Цены;

.....

Все вышеуказанные неустойки являются зачетными, т.е. Заказчик вправе взыскать с Подрядчика сумму причиненных Заказчику убытков в части, не покрытой неустойкой.

Как можно заметить, ограничение неустойки десятью процентами от договорной цены само по себе мало что дает – заказчик все равно имеет право на взыскание убытков, превышающих такой лимит.

Подрядчик, соглашаясь на зачетную или штрафную неустойку в качестве санкции за несоблюдение гарантии производительности, принимает на себя непропорционально большие риски: убытки заказчика, например, от недовыработки продукции¹¹ могут многократно превышать стоимость устранения недостатков, а иногда – и стоимость работ в целом. Заказчику тоже не стоит слишком обольщаться тем, что он, реализовав свою более сильную переговорную позицию, сумел включить в договор условие о полном возмещении убытков с зачетом или сверх неустойки. Во-первых, подрядчик может не располагать достаточным количеством ликвидных активов, за счет которых можно было бы удовлетворить требование заказчика,¹² а, во-вторых, суды (как государственные, так и третейские) исходят из компенсаторной функции средств защиты и в большинстве случаев существенно уменьшают запрашиваемую к взысканию с подрядчика сумму.

ii. Кто принимает решение об уплате заранее оцененных убытков/неустойки?

В большинстве случаев право первоначального выбора: продолжать наладку завода с надеждой достичь всех гарантий производительности или уплатить неустойку и, тем самым, освободиться от соответствующего обязательства (при условии, что достигнуты все минимальные производственные показатели), принадлежит ЕРС-подрядчику. Однако это не является догмой, и за такое право нужно бороться в ходе переговоров: нам довольно часто встречались ЕРС- и ЕРС(М) контракты, в которых право выбора было предоставлено Заказчику. В таких случаях подрядчик может оказаться в ситуации, когда отклонение от гарантии минимально, но «доведение» оборудования до 100% номинала является затратным и долгим мероприятием; подрядчику было бы проще и дешевле заплатить незначительную сумму неустойки и заняться следующими проектами, однако заказчик заставляет его продолжать наладочные работы.

¹¹ Применимо, если договор не содержит ограничения косвенных убытков. Исходя из наших наблюдений, в тех случаях, когда договор определяет неустойку за несоблюдение производственной гарантии как зачетную или штрафную, такой договор, как правило, не содержит ограничения косвенных убытков.

¹² Как правило, на такие сверхобременительные условия, соглашаются как раз те подрядчики, у которых нет значительных активов: такие подрядчики мало чем рискуют.

Можно ли использовать неустойку как средство защиты от нарушения «механических» гарантий качества?

Использование заранее оцененных убытков или неустойки в качестве средства защиты за нарушение «механических» гарантий качества, на наш взгляд, не является удачным решением: в момент заключения договора невозможно предвидеть, какие именно возникнут дефекты качества. Соответственно, в момент согласования размера заранее оцененных убытков/неустойки, стороны не знают ни стоимости, ни сроков устранения недостатков. В нашей практике случалось встречать договорные условия, где неустойка определялась в виде процента от стоимости дефектного оборудования. Однако в таких случаях неясно, что считать «дефектным оборудованием»: только его дефектную часть/узел, либо все оборудование, в котором содержится дефектная деталь. Кроме того, такой порядок расчета неустойки никак не коррелирует ни со стоимостью ремонта, ни с убытками заказчика от простоя оборудования. Также иногда встречаются договоры, где неустойка рассчитывается за каждый день, в течение которого подрядчик устраняет дефект качества. Цель такой неустойки очевидна - стимулировать подрядчика к скорейшему устранению дефекта. Этот подход тоже не лишен недостатков. Во-первых, как правильно рассчитать сумму такой неустойки, принимая во внимание, что масштабы дефектов могут быть совершенно разными? Во-вторых, устранение некоторых дефектов (например, повторное изготовление ротора газовой турбины) может занимать очень долгое время, даже если подрядчик немедленно приступит к устранению дефекта¹³. Финансовые риски для подрядчика в таком случае высоки, и он будет противиться их принятию, если только не получит существенной премии к цене.

В строительных контрактах, не являющихся, в отличие от EPC и EPC(M), договорами полного цикла (например, EP, Balance of the plant, строительство по проекту заказчика и др.) положения о гарантиях еще более усложняются наличием нескольких независимых подрядчиков и поставщиков, каждый из которых не отвечает друг за друга. Как следствие, дополнительное внимание следует уделять сопряжению гарантий разных контрагентов и минимизации разрывов ответственности и средств защиты. Данным вопросам будет посвящена следующая статья.

¹³ В таких случаях, если велики последствия простоя оборудования из-за возможного дефекта заказчик может согласовать с подрядчиком availability guarantee – длянущую гарантию производительности, о которой говорилось выше либо (i) организовать собственный склад запчастей или (ii) договориться с подрядчиком / поставщиком об организации последним собственного склада запчастей (с обязательством поддерживать наличие деталей определенного ассортимента) в стране расположения завода заказчика.