

## Международные EPC контракты с иностранными подрядчиками

В последние годы увеличилось количество строительных проектов, реализуемых с привлечением подрядчиков из Китая, Турции и других стран.

Отношения между российскими заказчиками и иностранными подрядчиками все чаще регулируются EPC контрактами, основанными на проформах FIDIC и подчиненными иностранному праву.

Мы начинаем цикл выпусков, посвященных EPC контрактам. В первой публикации наши юристы расскажут о ключевых вопросах, возникающих при составлении контракта.

В дальнейшем мы поделимся своим опытом в области юридического сопровождения заключенного контракта, поговорим о строительных спорах, особенностях получения обеспечений и финансирования проектов в условиях санкций.

Мы приглашаем подписчиков направлять актуальные вопросы в сфере строительства по EPC контрактам на почту [Alyona.Kucher@kkmp.legal](mailto:Alyona.Kucher@kkmp.legal) и [Dmitry.Raev@kkmp.legal](mailto:Dmitry.Raev@kkmp.legal). Мы ответим на ваши вопросы и будем рады организовать для вашей команды отдельный семинар.

---

### Как защитить интересы заказчика при составлении EPC контракта

#### 1. Основные вопросы при составлении EPC контракта

В последнее время российские компании сталкиваются с необходимостью привлечения иностранных подрядчиков для строительства сложных инфраструктурных и промышленных объектов.

Как правило, такие строительные проекты реализуются на основании EPC контракта, заключаемого в соответствии с иностранным правом. Все чаще для регулирования своих отношений стороны выбирают право Гонконга, а местом разрешения споров - арбитражные центры в Гонконге или Дубае.

Большинство EPC контрактов готовятся на основании проформы ФИДИК Серебряная книга 2017, знакомой заказчикам, подрядчикам и финансирующим организациям. Однако на практике эта проформа существенно дорабатывается, чтобы учесть дополнительные требования заказчиков и предписания российского законодательства.

Для того, чтобы защитить интересы заказчика, а также привести контракт в соответствие с требованиями финансирующих организаций (*bankability*), при его разработке рекомендуется урегулировать в том числе следующие вопросы:

- Единый центр ответственности (*single point of responsibility*). Центр ответственности за проектирование и строительство объекта, а также за его комплектацию оборудованием и достижение гарантированных эксплуатационных показателей должен лежать на подрядчике. Однако на практике подрядчик не всегда готов принимать на себя

ответственность за эксплуатационные показатели объекта, если внедряемые технологические решения были разработаны третьими лицами (лицензиарами). Подробнее см. п. 2 ниже.

- Твердая цена (*lump sum*). В контракте рекомендуется предусмотреть твердую цену за выполненные работы. Однако подрядчик может настаивать на том, чтобы в контракте были применены различные ценовые механизмы, включая твердую цену, единичные расценки, возмещение фактических расходов и др. Подробнее см. п. 3 ниже;
- Ограничение на увеличение сроков работ (*extension of time / EoT*). Нарушение сроков строительства обычно приводит к дополнительным расходам заказчика на обслуживание кредитов, а также может повлечь ответственность перед покупателями будущей продукции, с которыми уже заключены договоры поставки. Для контроля за сроками в контракте необходимо предусмотреть закрытый перечень случаев, когда подрядчик вправе потребовать переноса даты завершения работ. При этом в некоторых случаях отказ заказчика от продления сроков может быть признан недопустимым. Подробнее см. п. 4 ниже;
- Заранее оцененные убытки (*liquidated damages*). Для защиты от нарушений со стороны подрядчика в контракте могут быть предусмотрены заранее оцененные убытки. Размер таких убытков должен быть разумным и обоснованным. В ином случае они могут быть расценены судом как штраф (*penalty*) и признаны недействительными. Также заказчику следует избегать условий об исключительном характере заранее оцененных убытков (*exclusive relief*). Подробнее см. п. 5 ниже;
- Обеспечения (*security*). В строительных проектах основным средством защиты для заказчика является банковская гарантия, выданная банком подрядчика. Однако в текущих условиях данное обеспечение может быть не предоставлено или его использование может быть затруднено (например, при применении обеспечительных мер (*injunction*) в юрисдикции гаранта). Подробнее см. п. 6 ниже.

Ниже мы рассмотрим указанные вопросы и связанные с ними риски более подробно.

## 2. Единый центр ответственности

Одним из принципов EPC контрактов является наличие единого центра ответственности. В силу этого принципа ответственность за создание объекта, его комплектацию оборудованием и достижение эксплуатационных показателей лежит на подрядчике.

Иная ситуация может сложиться, если для создания объекта требуется приобретение запатентованной комплексной технологии у ее разработчика (лицензиара). В этом случае, если подрядчик одновременно не является лицензиаром, то он редко соглашается принимать на себя ответственность за выбранное технологическое решение и достижение объектом эксплуатационных показателей (*performance guarantees*).

В такой ситуации заказчик заключает два договора:

- Лицензионное соглашение об использовании запатентованной технологии (*Process License Agreement*); и
- EPC контракт на строительство.

В этом случае у заказчика появятся два центра ответственности: лицензиар будет отвечать за технологическое решение и достижение эксплуатационных показателей, а подрядчик – за качество выполненных работ и поставленного оборудования.

При таком разделении может возникнуть сложность с согласованием размера ответственности лицензиара. Как правило, стоимость лицензии на внедряемое технологическое решение существенно меньше, чем потенциальные убытки, которые может получить заказчик, если такое решение окажется ошибочным и объект не достигнет гарантированных эксплуатационных показателей. Поскольку лицензиар обычно не готов брать на себя ответственность, существенно

превышающую получаемое им вознаграждение, риски ошибочного технологического решения могут полностью лечь на заказчика.

Еще одним случаем отклонения от принципа единого центра ответственности является заключение двух контрактов с группой подрядчика: один – с иностранной компанией подрядчика (*offshore*), второй – с компанией подрядчика, учрежденной в РФ (*onshore*). Такое разделение может быть связано с особенностями налогового и таможенного режима, лицензионными требованиями и иными условиями. В случае заключения двух контрактов материнская компания подрядчика должна предоставить гарантию в отношении каждого из подрядчиков (*wrap-around guarantee*). Кроме того, у подрядчика не должно быть права ссылаться на нарушения, допущенные другим подрядчиком или на нарушения заказчика, связанные с действиями (бездействием) другого подрядчика (*horizontal defense*). Разделение контракта на *onshore* и *offshore* является рискованным для заказчика и желательно его избегать.

### 3. Твердая цена

Контракты обычно предусматривают один из указанных ниже механизмов ценообразования или их комбинацию:

- Твердая цена (*lump sum / fixed price*);
- Твердые единичные расценки (*pre-agreed rates and prices*);
- Расходы плюс вознаграждение (*cost plus fee / cost plus fixed percentage*); или
- Расходы плюс вознаграждение в пределах согласованного лимита (*cost plus fixed fee with guaranteed maximum price*).

Обычно заказчики и финансирующие организации не готовы принимать на себя риск неконтролируемого увеличения цены работ и необоснованных платежей. В этой связи в контракте рекомендуется предусмотреть твердую цену за выполненные работы. Если в отношении отдельных работ невозможно согласовать твердую цену, то желательно установить фиксированные единичные расценки, что снимает с заказчика риск увеличения соответствующих расценок, однако оставляет на нем (в отличие от механизма твердой цены) риск увеличения общего объема работ.

Отметим, что в некоторых случаях подрядчики не готовы соглашаться на твердую цену или закладывают в нее повышенные непредвиденные расходы из-за того, что отсутствуют подробные исходные данные о проекте. В такой ситуации заказчику может быть целесообразно разделить проект на два этапа: вначале подготовить предпроектную или проектную документацию (*FEED - front-end design documentation*), а затем на базе FEED документации провести тендер на выбор ЕРС подрядчика. Такой подход может способствовать получению более сбалансированных ценовых предложений от участников тендера, хотя приводит к увеличению общих сроков проекта.

При составлении контракта рекомендуется включать в него следующие механизмы, направленные на контроль за изменением цены и обоснованностью платежей:

- Ограничение на увеличение цены. Предусмотреть закрытый перечень обстоятельств, при наступлении которых у подрядчика появляется право предлагать увеличение цены. Как правило, к таким обстоятельствам относятся нарушения заказчика, изменения объема работ по инициативе заказчика, изменение законодательства, форс-мажорные обстоятельства.

В контракте следует предусмотреть, что предложения подрядчика об увеличении цены не являются обязательными для заказчика и решения по ним принимаются заказчиком по собственному усмотрению. В противном случае суды могут посчитать, что любое разумное и обоснованное требование подрядчика об увеличении цены работ, заявленное при наступлении оговоренных в контракте обстоятельств, должно быть удовлетворено.

- Порядок выставления счетов. Обычно в контрактах предусматривается ежемесячная оплата выполненных работ (*progress payments*) или оплата за выполненные элементы (*payments for milestones*).

В контракте должны быть указаны требования к порядку выставления и согласования счетов подрядчика, включая состав сопровождающих документов. К таким документам могут относиться в том числе акты и справки, предусмотренные применимым российским законодательством (КС-2, КС-3), акты освидетельствования промежуточных работ и/или элементов заказчиком или его представителем и иные документы.

Контракт должен предусматривать право заказчика на предъявление возражений и приостановку платежей, если он считает, что направленные ему счета и сопроводительные документы некорректны. При этом справедливым считается подход, при котором заказчик приостанавливает только спорные платежи, а в остальной части оплачивает работы, прошедшие освидетельствование.

#### 4. Ограничение на увеличение сроков работ

Соблюдение подрядчиком сроков выполнения работ является крайне важным для проекта. Просрочка завершения работ приводит к дополнительным расходам заказчика на обслуживание кредита, уплату неустойки покупателям продукции, уплату страховых премий, срыву бизнес-плана реализации проекта (неполучение прибыли от реализации продукции в сроки, заложенные в бизнес-плане) и пр.

Для контроля за сроками в контракте могут быть предусмотрены следующие механизмы:

- Фиксированная дата завершения работ;
- График выполнения работ и график критического пути; и
- Заранее оцененные убытки за нарушение сроков.

В контракте рекомендуется ограничить право подрядчика на продление сроков и приостановку работ. Как правило, право подрядчика на продление срока ограничивается следующими случаями:

- Нарушение встречных обязательств заказчиком;
- Приостановление работ заказчиком (по причинам, не связанным с нарушениями подрядчика);
- Изменения по инициативе заказчика (по причинам, не связанным с нарушениями подрядчика);
- Изменения законодательства после заключения контракта; и
- Форс мажор.

Отметим, что при полном исключении прав подрядчика на продление сроков работ может быть нарушен *prevention principle*, согласно которому не допускаются недобросовестные действия заказчика, направленные на создание ситуации, в которой подрядчик нарушит сроки (хотя, имеются разумные основания для их продления) и будет обязан уплачивать заранее оцененные убытки. Заметим, что указанный подход аналогичен правилам, содержащимся в российском законодательстве, согласно которым подрядчик при наступлении определенных обстоятельств обязан приостановить работы до получения дальнейших указаний от заказчика (см. ст. 716 ГК).

При составлении условий контракта о сроках необходимо учитывать риски параллельной просрочки (*concurrent delay*). Так, если просрочка подрядчика и просрочка заказчика накладываются друг на друга по времени и каждая из них, взятая в отдельности, может привести к нарушению сроков подрядчиком, возникает вопрос, может ли подрядчик быть освобожден от ответственности из-за параллельной просрочки заказчика. Мы рекомендуем заказчику настаивать на включении в контракт условий о том, что подрядчик не вправе продлевать срок выполнения работ при наличии параллельной просрочки со стороны заказчика.

## 5. Заранее оцененные убытки

В странах общего права (*common law jurisdiction*) запрещено устанавливать неустойку за нарушение обязательства, если она носит штрафной характер (*penalty*). Однако стороны могут определить заранее оцененные убытки, которые носят компенсационный характер.

Споры могут возникнуть, если расчет заранее оцененных убытков не может быть обоснован или их размер чрезмерно высок. В этом случае суд может посчитать, что в контракте установлена неустойка, носящая штрафной характер, и признать ее недействительной.

В этой связи рекомендуется:

- Устанавливать различные размеры заранее оцененных убытков за разные виды нарушений. Например, одни убытки могут быть предусмотрены за нарушение сроков завершения работ, другие за недостижение показателей по выпуску продукции, третьи за недостижение показателей эффективности и пр.

Размер каждого заранее оцененного убытка должен быть экономически обоснован и представлять собой компенсацию убытков заказчика. Например, при установлении размера заранее оцененных убытков за нарушение сроков (*delay liquidated damages*) обычно учитываются ущерб, причиняемый заказчику (расходы на обслуживание кредита, уплату неустойки покупателям продукции, уплату страховых премий и пр.) и неполученная прибыль. Заметим, что концепция заранее оцененных убытков отличается от концепции неустойки, используемой в российском законодательстве, поскольку размер неустойки не обязательно должен быть соразмерен сумме понесенных убытков (п. 1 ст. 330 ГК РФ).

Контракт может допускать возврат/утрату заказчиком права на взыскание указанных сумм подрядчику при соблюдении итогового срока завершения работ

- Предусмотреть, что заранее оцененные убытки не являются единственным видом ответственности подрядчика (*exclusive remedies*). Такая оговорка будет означать, что если заранее оцененные убытки будут признаны недействительными, то заказчик вправе воспользоваться иными мерами защиты, включая возмещение убытков в общем порядке (*general damages*).

Если же стороны включили в контракт условие *exclusive remedies*, то заказчику рекомендуется добавить оговорку о том, что если заранее оцененные убытки будут признаны недействительными, то у заказчика возникает право потребовать возмещения убытков в общем порядке (*general damages*).

Обращаем внимание, что в контрактах стороны часто исключают ответственность за косвенные потери (*consequential or indirect loss*). Однако косвенные потери во многих случаях являются базой для расчета заранее оцененных убытков (например, при недостижении эксплуатационных показателей и, как следствие, снижении объема производства и продаж продукции). В этой связи, при исключении ответственности подрядчика за косвенные потери заказчика необходимо включать соответствующие оговорки о том, что это не должно затрагивать расчет заранее оцененных убытков.

## 6. Обеспечения

При нарушении контракта подрядчиком основным средством защиты для заказчика будет являться предоставленное обеспечение. Как правило, в контрактах предусматриваются следующие виды обеспечений:

- Банковская гарантия возврата аванса;
- Банковская гарантия исполнения контракта;
- Банковская гарантия на период исправления недостатков;
- Удержание;
- Гарантия материнской компании подрядчика; и

- Право заказчика на зачет.

Из-за санкционных рисков на текущий момент предоставление гарантий и контргарантий иностранными банками может быть затруднительно. Так, банки могут отказать в предоставлении гарантий, если в отношении проекта или его участника распространяются санкционные ограничения.

Также перед получением гарантии от иностранного гаранта рекомендуется уточнять, насколько велика вероятность, что в случае спора судом могут быть приняты обеспечительные меры, запрещающие выплаты по такой гарантии (injunction). В некоторых юрисдикциях риск принятия таких мер высокий, что снижает возможности для заказчика получить своевременную выплату по гарантии.

В этой связи все большее внимание уделяется другим видам обеспечений (удержание, гарантии материнской компании подрядчика из приемлемых юрисдикций), а также уменьшению размера авансовых платежей и зачету встречных обязательств. Отметим при этом, что если в российском праве зачет по встречным обязательствам допускается, если он не запрещен договором (ст. 410 ГК РФ), то в английском праве возможность зачета следует прямо предусмотреть в контракте.

\* \* \*

Мы будем рады ответить на ваши вопросы по данной тематике.



**Алёна Кучер**  
Старший партнер  
[Alyona.Kucher@kkmp.legal](mailto:Alyona.Kucher@kkmp.legal)



**Дмитрий Раев**  
Старший юрист  
[Dmitry.Raev@kkmp.legal](mailto:Dmitry.Raev@kkmp.legal)