

Семинар

«Международные ЕРС контракты»



*Москва, 19 мая 2012
«Арарат Парк Хаятт»*

0 семинаре

Дата: 19 мая 2012.

Место: «Арагат Парк Хаятт», Москва, ул. Неглинная, д. 4.

В ходе семинара будут рассмотрены следующие вопросы:

- Распределение рисков в EPC контрактах в российской и международной практике.
- Анализ EPC контрактов по форме FIDIC: применимость в российской практике.
- Split EPC и multi-prime (несколько генеральных подрядчиков): разделение работ по видам для каждого подрядчика.
- Обеспечение в EPC контрактах: (банковские гарантии, поручительства, гарантии материнских компаний).
- Финансируемость (bankability) EPC контрактов.
- Применимое право в EPC контрактах: риски применения иностранного права и соблюдение требований о применении императивных норм российского права к проектам на территории Российской Федерации.

График семинара:

12:00 Регистрация участников.

12:15 Приветственное слово.

12:30 **Елена Стюарт:** «Распределение рисков в EPC контрактах в российской и международной практике. Анализ EPC контрактов по форме FIDIC: применимость в российской практике. Применимое право в EPC контрактах: риски применения иностранного права и соблюдение требований о применении императивных норм российского права к проектам на территории Российской Федерации».

13:30 Перерыв.

13:45 **Ирина Невская:** «Обеспечение в EPC контрактах: (банковские гарантии, поручительства, гарантии материнских компаний)».

14:15 **Илья Семенов:** «Финансируемость (bankability) EPC контрактов».

14:45 Подведение итогов. Окончание семинара.

- **Распределение рисков в EPC контрактах**
- **Анализ EPC контрактов по форме FIDIC**

Докладчик:



Елена Стюарт

Управляющий Партнер,
глава инфраструктурной/ГЧП практики

elena.stuart@stuartslgal.com

+7 (495) 627 60 48

+7 (903) 743 94 27

EPC = договор проектирования, закупки и строительства

- EPC контракт — наиболее часто используемая форма контрактов в международных инфраструктурных проектах.
- EPC контракты привлекательны для заказчиков решением «под ключ» / «turnkey responsibility», степенью риска, приемлемой для клиента и банков.
- Большинство контрактов составляются по форме «Серебряной книги» Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC Silver Book).
- EPC контракт предусматривает фиксированную цену (“lump sum”).

Реализация проекта через EPC контракт



Ключевые риски Подрядчика в EPC контракте

- Подрядчик отвечает за проектирование, инжиниринг, поставку, строительство, гарантийные показатели, ввод в эксплуатацию, график проекта, качество работ.
- Фиксированная цена усложняет для Подрядчика процесс обсуждения с Заказчиком дополнительных расходов.
- Фиксированная дата сдачи объекта: нарушение этой даты влечет негативные последствия в виде убытков.

Преимущества ЕРС контракта для Подрядчика

- Возможность предоставления Заказчику полной интегрированной цепочки услуг.
- Оптимизация прибыли за счет технологии производства работ.

Необходимо предусмотреть

Ограничение/исключение ответственности по:

- размерам неустоек;
- реальному ущербу;
- упущенной выгоде.

EPC vs not EPC

Преимущества EPC контракта:

- Финансируемость (bankability).
- Ответственность подрядчика «под ключ» (“turnkey responsibility”).
- Определенность (certainty).

Недостатки EPC контракта:

- Завышенная стоимость проекта.
- Высокие финансовые риски.
- В проектах реконструкции нет возможности оценки полного объема работ.

FIDIC: **Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils**

- Международная федерация инженеров-консультантов.
- Год учреждения — 1913.
- Членами ФИДИК являются национальные ассоциации 75 стран.

Контрактные документы FIDIC

Контракты, разработанные до 1999 года:

- «Условия контракта на сооружения объектов гражданского строительства» («Красная книга»).
- «Типовой договор между заказчиком и консультантом на оказание услуг («Белая книга»).
- «Условия контракта на проектирование, строительство и сдачу объектов “под ключ”» («Оранжевая книга»).

Контракты, разработанные после 1999 года:

- «Условия контракта на строительство» («Новая красная книга»).
- «Условия контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство» («Новая желтая книга»).
- «Условия контракта для проектирования типа ИПС и проектов, выполненных “под ключ”» («Серебряная книга»).

Нормы ГК РФ vs FIDIC

- Не все положения «Серебряной книги» можно использовать при составлении EPC контракта по российскому праву.
- Следует принимать во внимание требования императивных и сверхимперативных норм ГК РФ.

При составлении EPC контракта по российскому праву, следует помнить:

- Применении императивных норм права РФ.
- Невозможности отказа от прав (п. 2. ст. 9 ГК РФ).
- Ограниченном применении условных механизмов в договорах (сделки под условием, ст. 157 ГК РФ).
- Существенное значение судебной практики.

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

Возмещение убытков

ГК РФ	FIDIC
<ul style="list-style-type: none">• Возмещение убытков (ст. 15 ГК РФ).• Неустойка (с возможностью снижения при несоразмерности по ст. 333 ГК РФ).	<ul style="list-style-type: none">• Заранее оцененные убытки (liquidated damages).

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

Риск случайной гибели (РСГ)

ГК РФ	FIDIC
<ul style="list-style-type: none">• РСГ объекта 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).• В ГК РФ «отдельный этап» — отдельный вид работ, закрепленный в проектной документации.	<ul style="list-style-type: none">• «Желтая книга» и «Красная книга»: РСГ переходит после любой приемки работ, включая незавершенные работы.• Некоторые риски лежат на обеих сторонах (e.g. Волны от самолетов), что противоречит ГК РФ.

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

Твердая цена и возможность ее изменения

ГК РФ (ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ)	FIDIC
<ul style="list-style-type: none">• Подрядчик вправе требовать увеличения цены при существенном росте стоимости материалов, которое нельзя было предусмотреть (п. 6. ст. 709).• Подрядчик вправе указать на необходимость увеличения цены для проведения дополнительных работ (п. 5 ст. 709 ГК РФ).	<ul style="list-style-type: none">• Устанавливается твердая цена, не подлежащая изменению (за исключением изменения законодательства, повлиявшее на расходы подрядчика).

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

	ГК РФ (ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ)	FIDIC
Гарантийный срок	<ul style="list-style-type: none">• Подрядчик несет ответственность за недостатки в пределах 5 лет с начала течения гарантийного срока (ст. 756).	<ul style="list-style-type: none">• Гарантийный срок определяется сторонами, в «Серебряной книги» гарантийный срок составляет 1 год.
Приемка работ	<ul style="list-style-type: none">• Акт сдачи-приемки подписывается обеими сторонами.• Применяются типовые формы КС-2, КС-11 и др.	<ul style="list-style-type: none">• Акт сдачи-приемки выдается заказчиком и его нельзя оспорить.

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

	ГК РФ (ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ)	FIDIC
Отступление от технической документации	<ul style="list-style-type: none">Отступления от технической документации невозможны.	<ul style="list-style-type: none">Подрядчик не несет ответственность за мелкие отступления от технической документации.
Изменение технической документации	<ul style="list-style-type: none">Изменения в техническую документацию без согласования доп. сметы могут вноситься, если стоимость соответствующих работ не превышает 10% сметы (п. 1. ст. 744).	<ul style="list-style-type: none">Заказчик вправе в любое время изменить техническую документацию, а подрядчик обязан следовать таким изменениям.

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

	ГК РФ (ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ)	FIDIC
Размер убытков при одностороннем расторжении договора заказчиком	<ul style="list-style-type: none">Ограничен разницей между ценой договора и частью цены, выплаченной за выполненную работу (ст. 717).	<ul style="list-style-type: none">Определяется сторонами и ничем не ограничивается.
Последствия расторжения договора заказчиком	<ul style="list-style-type: none">Недействительность отказа от прав.	<ul style="list-style-type: none">Запрет заказчику, расторгнувшему договор строить объект самому или с помощью другого подрядчика.

Основные отличия FIDIC от норм ГК РФ

Роль технического заказчика (инженера)

ГК РФ	FIDIC
<ul style="list-style-type: none">• Инженер является представителем заказчика, осуществляет технический надзор.	<ul style="list-style-type: none">• Инженер действует в качестве арбитра между сторонами.

- **Существенные условия EPC контракта**
- **Обеспечение по EPC контрактам**

Докладчик:



Ирина Невская

Партнер коммерческой
практики

irina.nevskaya@stuartslgal.com

+7 (495) 627 60 48

+7 (926) 463 21 81

Существенные условия ЕРС контракта

По российскому праву смешанный договор включает в себя условия нескольких договоров:

- 1.** Договор на оказание услуг по проектированию («инжиниринг»).
- 2.** Договор поставки оборудования.
- 3.** Договор строительного подряда.

При заключении ЕРС контракта необходимо помнить об этом и прописывать в контракте существенные условия для каждого из указанных выше договоров.

Существенные условия ЕРС контракта

1. Детальное описание предмета контракта (проектная, техническая документация, участок земли).
2. Четкие сроки выполнения работ по контракту (программа, календарный план).
3. Цена договора (твердая смета, приблизительная смета): не забывать, что ГК РФ предусматривает право на увеличение цены подрядчиком.

Способы обеспечения исполнения обязательств по российскому праву

По ГК РФ возможны следующие способы обеспечения обязательств:

1. Неустойка — ст. 330–333 ГК РФ.
2. Залог — ст. 334–358 ГК РФ.
3. Удержание — ст. 359–360 ГК РФ.
4. Поручительство — ст. 361–367 ГК РФ.
5. Банковская гарантия — ст. 368–379 ГК РФ.
6. Задаток — ст. 380–381 ГК РФ.

ГК РФ также упоминает в ст. 329 ГК РФ другие способы, предусмотренные законом или договором.

Неустойка

Обеспечение соблюдения надлежащего исполнения следующих обязательств:

Для подрядчика:

- установленных в договоре сроков выполнения работ/строительства;
- своевременности разработки и предоставления документации;
- своевременности поставок строительных материалов и конструкций, а также оборудования для строящегося объекта;
- качества выполненных работ;
- качества строительных материалов и конструкций, использованных в строительстве;
- своевременности приемки и оплаты надлежаще выполненных субподрядных работ.

Для заказчика:

- своевременности и полноты финансирования выполнения работ по контракту;
- своевременности приемки выполненных работ.

Залог (проблемы использования)

1. Проблема стороны в договоре.
2. Проблема существенных условий договора.

Удержание (проблемы использования)

- Можно ли удержать **результат строительных работ**?
На практике — нет, в теории — да (ст. 712 ГК РФ).

Почему «НЕТ»?

- Объект находится на земле заказчика.
- Нельзя зарегистрировать удержание в качестве обременения.
- Момент возникновения права собственности и возникновения объекта как вещи — государственная регистрация.

Поручительство и банковская гарантия

Для подрядчика:

1. За надлежащее качество выполненных работ.
2. За соблюдение установленных сроков завершения проектирования, производства и завершения строительно-монтажных работ, ввода в эксплуатацию, сроков поставки оборудования.
3. За качество выполненной проектно-сметной и технической документации.
4. За гибель и повреждение незавершенного строительством объекта (и его частей) в период производства строительно-монтажных работ (до передачи заказчику), имущества, принадлежащего заказчику и переданного им на период строительства подрядчику.
5. За качество поставленного оборудования.
6. За причинение вреда третьим лицам.

Поручительство и банковская гарантия

Для заказчика:

1. За своевременную приемку и оплату надлежаще выполненных проектирования, строительно-монтажных работ (построенного объекта или его частей);
2. За своевременность и полноту финансирования строительства;
3. За надлежащее оформление всех разрешений на производство строительных работ.

Поручительство

1. Поручительство может обеспечивать исполнение обязательств не только по уплате денежной суммы, но также, например, обязательство по выполнению работ.
2. Поручительство выдается на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения стороной своих обязательств, при этом поручительство не является условной сделкой.
3. Поручительство может выдаваться без согласия и уведомления должника.
4. Если поручительство обеспечивает исполнение неденежных обязательств, то суд не может принудить такого поручителя исполнить обязательство в натуре.

Поручительство

5. Если в договоре поручительства указано, что он обеспечивает исполнение всех обязательств, необходимо учитывать, что после расторжения основного договора поручительство продолжает обеспечивать те обязательства, которые не были исполнены и продолжают действовать.
6. Договор поручительства может обеспечивать не только обязательства из договора, но и требования о возврате полученного по такому договору в случае признания его недействительным.
7. В случае изменения обеспеченного поручительством обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя без его согласия, такое поручительство прекращается.
8. Если договор поручительства будет признан недействительным, то суд применит двустороннюю реституцию и кредитор будет обязан вернуть все полученное от поручителя.

Банковская гарантия

- 1.** Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта не зависит от основного обязательства, даже если в гарантии сделана на него ссылка.
- 2.** Банковская гарантия, выданная на срок меньший, чем срок исполнения обеспеченного ей обязательства, не может быть признана недействительной.
- 3.** Письменная форма гарантии.
- 4.** Рекомендуется при получении банковской гарантии проверять, чтобы полученный документ являлся оригиналом банковской гарантии.
- 5.** Для защиты бенефициара банковская гарантия должна быть предоставлена до оплаты авансового платежа, если банковская гарантия выдается как гарантия за возврат авансового платежа, либо до начала исполнения бенефициаром обязательства по договору, если гарантия выдается как гарантия исполнения такого обязательства.

Банковская гарантия

6. Не рекомендуется вступление в силу банковской гарантии ставить в зависимость от действий третьих лиц, действия (бездействие) которых находятся вне зоны контроля и влияния бенефициара.
7. Указывать срок действия банковской гарантии равный сроку действия обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия, плюс несколько дней календарных дней.
8. Если планируется передавать права по гарантии третьим лицам, рекомендуется в текст банковской гарантии включать такое условие.
9. В тексте банковской гарантии должен быть указан четкий перечень обеспечиваемых обязательств Принципала, нарушение которых влечет возникновение обязательств Гаранта с указанием конкретного перечня документов, которые Бенефициар должен предоставить Гаранту.

Банковская гарантия

- 10.** Требование по уплате по банковской гарантии необходимо направлять заблаговременно до истечения срока действия банковской гарантии средствами связи, позволяющими обеспечить получение требования Гаранта в срок до истечения срока действия гарантии.
- 11.** Из текста банковской гарантии необходимо исключать обязательства Бенефициара доказывать обращение с требованием к Принципалу, а также исключать из списка предоставляемых документов документы, подтверждающие обращение Бенефициара к Принципалу до момента направления требования к Гаранту.
- 12.** При согласовании текста гарантии включить условие о сроке рассмотрения требования бенефициара, который не должен превышать 5 (пяти) рабочих дней с даты получения Гарантом требования бенефициара и приложенных к нему документов.
- 13.** В случае выдачи банковской гарантии Гарантом — нерезидентом РФ, рекомендуется по тексту банковской гарантии специально предусматривать применимое право и порядок разрешения споров.

Аккредитив

Для подрядчика аккредитив удобен тем, что он снимает риск неплатежеспособности заказчика, т. к. аккредитив — безусловное обязательство банка произвести оплату вне зависимости от наличия, либо отсутствия у банка средств от заявителя аккредитива. Таким образом, аккредитив обеспечивает более высокую степень защиты интересов подрядчика.

Для заказчика аккредитив удобен тем, что он обеспечивает более высокую степень защиты интересов заказчика по сравнению с авансовым платежом, а также снимает риск недобросовестности подрядчика, т. к. по аккредитиву могут требоваться, среди прочих документов, документы, выписанные третьими независимыми сторонами.

Аккредитив

Что необходимо проверять в аккредитиве:

- 1.** Полноту и правильность написания наименований и адресов приказодателя, получателя и, если применимо, грузополучателя и других организаций / лиц / компаний, которые должны быть указаны в документах.
- 2.** Условия аккредитива не должны противоречить условиям договора.
- 3.** Достаточность срока действия и правильность указания места истечения аккредитива.
- 4.** Достаточность суммы аккредитива и допустимые пределы ее отклонения.
- 5.** Возможность предоставления документов в сроки, указанные в аккредитиве.
- 6.** Наличие в аккредитиве неясных или неисполнимых условий.

Страхование

Страхование не является одной из форм обеспечения обязательств, однако по выполняемым функциям близко к ним.

Виды страхования, которые могут использоваться при заключении EPC контрактов:

- 1.** Страхование строительно-монтажных рисков;
- 2.** Страхование послепусковых гарантий подрядчика может использоваться для обеспечения гарантий подрядчика по качеству выполнения работ и гарантийному обслуживанию объекта в период гарантийной эксплуатации;
- 3.** Страхование ответственности подрядчика и заказчика перед третьими лицами (за нанесение ущерба при выполнении подрядных работ и в гарантийный период).

Suretyship

Соглашение, по которому одна сторона (surety) обязуется отвечать за существующие или будущие обязательства другой стороны (принципала) перед третьей стороной (кредитором) и по которому ответственность surety является дополнительной, а не основной.

Существует две категории suretyship:

- 1. Contracts of guarantee** (Гарант обязуется перед кредитором отвечать дополнительно с принципалом за надлежащее исполнение принципалом существующих или будущих обязательств перед кредитором, если принципал не выполняет свои обязательства).
- 2. Contracts of indemnity** (Обязательство возместить убытки, причиненные третьим лицам: в отличие от гарантии сторона, дающая indemnity (indemnifier) берет на себя основное обязательства, полностью независимое от отношений между принципалом и кредитором).

• Финансируемость (bankability) EPC контрактов

Докладчик:



Илья Семенов

Партнер финансовой
и корпоративной практики

ilya.semenov@stuartslgal.com

+7 (495) 627 60 48

+7 (915) 323 50 49

Доступные источники финансирования

1. Государство.
2. Экспортные кредитные агентства.
3. Стратегические инвесторы.
4. Рыночное финансирование.
5. Собственные средства.

Проектное финансирование (Project Finance)

Что такое проектное финансирование?

Долгосрочное финансирование инфраструктурного проекта, предоставляемое специально созданной проектной компанией.

Основные участники проекта:

- Проектная компания.
- Спонсоры.
- Банки.

Виды проектного финансирования:

- Ограниченная ответственность спонсоров:
 - 1) финансовые гарантии до ввода в эксплуатацию;
 - 2) освобождение от ответственности после ввода в эксплуатацию.
- Отсутствие финансовых гарантий со стороны спонсоров.

Когда используется проектное финансирование

- Спонсор не хочет нести долгосрочный риск, связанный с проектом.
- Несколько проектов с большим объемом капиталовложений.
- Совместное предприятие: неравное финансовое положение партнеров совместного предприятия или отсутствие возможности привлечь необходимое финансирование без обеспечения.

Общая структура проектного финансирования



Документация в проектном финансировании

Проектная документация:

- Уставные документы проектной компании, проектное соглашение.
- Договор строительного подряда.
- Договор купли-продажи сырья.
- Лицензии.

Финансовая документация:

- Кредитный договор.
- Обеспечительные сделки (залог, поручительство, гарантии).
- Договоры о режиме ведения банковских счетов.
- Договоры между кредиторами.

Финансируемость (bankability)

- EPC контракт должен предусматривать распределение рисков, устраивающее кредиторов.
- Кредиторы обращают внимание на возможности обеспечения подрядчика (гарантия материнской компании/банковская гарантия, гарантирующая обеспечения выполнения обязательств подрядчиком).
- Кредиторов должны устраивать технические риски.
- Цена также влияет на вопрос финансируемости.

Ключевые положения ЕРС контракта для его финансируемости

- Четкий срок окончания работ.
- Неустойка за нарушения обязательств по срокам.
- Наличие обеспечения со стороны подрядчика.
- 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).