



NAVIGATING COMPLEXITIES, DELIVERING RESULTS

***Rely upon*** или ***non rely upon*** information: кто отвечает за ошибки в FEED документации и проектной документации в EPC проектах, и как это все связано с финансированием EPC проекта

#простоосложном\_EPC

Автор: **Елена Стюарт**

[elena.stuart@stuartslgal.com](mailto:elena.stuart@stuartslgal.com)

Управляющий партнер

Глава практики «Промышленное строительство»

**Stuarts Legal LLC**

[www.stuartslgal.com](http://www.stuartslgal.com)

---

Итак, заказчик строит фабрику, например, шоколадную, ну а почему нет. Заказчик нанимает EPC подрядчика, чтобы иметь в проекте *turnkey liability*, то есть ответственность под ключ в лице EPC подрядчика.

Во-первых, потому что это удобно, а, во-вторых, потому что проектные кредиторы не всегда готовы предоставлять финансирование, если завод строится по схеме *multi lot*, то есть с множеством подрядчиков. Почему? Потому что для проектных кредиторов, то есть банков, это риски: чем больше подрядчиков в проекте, тем больше вероятность, что кто-то из них нарушит сроки работ или не выполнит иные договорные обязательства, следовательно риск задержки ввода шоколадной фабрики в эксплуатацию повышается, а за ним и риск дефолта заемщика, то есть владельца фабрики, потому что не запущенный вовремя объект — это неполученная вовремя выручка от продажи продукции, которая в 90% случаев по кредитному соглашению находится в залоге у кредиторов, а это заставляет банки нервничать, и небезосновательно, надо отметить.

*Проектирование шоколадной фабрики*

В части проектирования фабрики возможны несколько векторов. Давайте рассмотрим каждый из них как в плоскости российского права, так и английского права, применяемого к EPC договору.

**Вектор 1.** Сам себе проектировщик

ЕРС подрядчик проектирует собственными силами, что бывает редко, но бывает. То есть ЕРС подрядчик не берет на субподряд проектный институт, в его штате есть проектировщики. Это идеальный вариант для всех сторон ЕРС контракта, потому что, если ЕРС подрядчик допускает ошибку в расчетах при разработке FEED документации или проектной документации, ввиду чего завод не выходит на гарантированные показатели либо в ходе 72-часовых тестов, либо в иной срок, установленный ЕРС контрактом, это целиком ответственность ЕРС подрядчика.

### **Вектор 2.** ЕРС подрядчик нанимает проектировщиков

На практике чаще всего встречается ситуация, когда ЕРС подрядчик заключает договор субподряда с одним или несколькими проектировщиками.

В зависимости от технологической сложности ЕРС проекта проектировщик (как правило — иностранный) может разрабатывать только FEED пакет (*front end engineering design*), то есть базовое или предварительное проектирование, куда заложена технология производства, сам ЕРС подрядчик адаптирует базовый пакет под российские проектные нормы согласно Постановлению 87 «О составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию» от 16 февраля 2008 года.

Либо ЕРС подрядчик отдает базовый проект на субподряд российскому проектировщику для целей адаптации под российские проектные нормы и получает от него пакет проектной документации, соответствующий российским нормам.

### **Вектор 3.** Заказчик отдает FEED документацию как исходные данные

Бывает так, что заказчик заключает договор на разработку базового проектирования с лицензиаром (владельцем технологии) напрямую и потом отдает FEED пакет как исходные данные ЕРС подрядчику для целей включения в состав российской проектной документации в адаптированном виде.

### **Что такое *rely upon* и *non rely upon information* в проекте**

Иногда ЕРС подрядчик не хочет нести ответственность за технологические решения, которые «сидят» в проекте. Как так может получиться?

Рассмотрим на примере нашей шоколадной фабрики. ЕРС подрядчик чаще всего не лицензиар, то есть он знает как построить фабрику, но не знает, какие технологические решения надо заложить в проект, чтобы фабрика выпускала шоколад с определенными характеристиками в определенном количестве в год, которые ожидает ЕРС заказчик и кредиторы.

Поэтому ЕРС подрядчик нанимает лицензиара, то есть лицо, которое обладает технологией выпуска шоколада с требуемыми характеристиками. Лицензиар выполняет *pre-FEED* или FEED проектирование, то есть базовое проектирование, куда закладывает технологию производства шоколада, а ЕРС подрядчик дорабатывает базовый проект под российские нормы, получая из него полноценную проектную документацию.

Однако в ходе согласования условий ЕРС контракта с заказчиком ЕРС подрядчик может сказать примерно следующее: “Я, разумеется, готов отвечать за недостижение шоколадной фабрикой согласованных в контракте гарантированных показателей, за исключением случаев, если такие гарантированные показатели не достиглись ввиду ошибки в FEED (базовом проекте). Потому что я не обладаю квалификацией для проверки FEED пакета на ошибки за лицензиаром. Базовый проект лицензиара для меня это *rely upon information*, то есть информация, на которую я полагаюсь как на достоверную и не обязан ее проверять”.

Что с этим делать?

История с тем, являются ли какие-либо исходные данные *rely upon information* или *non rely upon information* в большинстве случаев — вопрос коммерческих переговоров, но есть и ряд технических аспектов, на которые сложно повлиять.

Особенно чувствительна и важна данная тема для ЕРС подрядчиков при приемке исходных данных от заказчика перед началом проекта. ЕРС подрядчик должен четко понимать и письменно фиксировать в ЕРС контракте, какие переданные заказчиком исходные данные, могут быть проверены ЕРС подрядчиком, а какие — нет. В случаях, когда часть исходных данных может быть проверена ЕРС подрядчиком на предмет корректности, мы ведем речь о *non rely upon information*, то есть об информации, на которую нельзя полагаться и надо проверять.

В случаях, когда часть исходных данных не может быть проверена ЕРС подрядчиком на предмет корректности, мы ведем речь о *rely upon information*, то есть об информации, на которую следует полагаться и не надо проверять.

Для чего это нужно? Любая ошибка в исходных данных от заказчика, выявленная в ходе реализации проекта, может повлечь существенное увеличение сроков строительства той самой шоколадной фабрики. И если в ЕРС контракте подрядчик не зафиксировал за корректность каких исходных данных он отвечает, то де-юре он будет отвечать за все, особенно если к ЕРС контракту будет применяться английское право.

Например, заказчик передал ЕРС подрядчику результаты изысканий (геология, геодезия), которые выполнены отдельным подрядчиком. При начале строительных работ ЕРС подрядчик обнаружил древнее поселение, которое не было найдено подрядчиком, выполнявшим изыскания. Что это значит для проекта? Верно, приостановка работ до года. Да, это так называемые *subsurface risks*, которые заслуживают отдельной статьи, но кто будет отвечать за просрочку сроков строительства в случае, если в ЕРС контракте ничего не сказано, обязан ли ЕРС подрядчик проверять исходные данные на корректность. В приведенном примере ЕРС подрядчик — в очень плохой ситуации.

Когда мы представляем ЕРС подрядчика в проектах, мы обязательно садимся с его технической командой и поясняем им, почему нужно делать приложение, где четко будет разграничено, какие исходные данные подлежат проверке ЕРС подрядчиком, какие — нет. Например, все результаты изысканий мы относим к *rely upon information*, то есть к информации, на которую подрядчик полагается, как на достоверную. И если в ходе свайных работ найдут древнее поселение, то ЕРС подрядчик не отвечает за задержку работ и не платит заказчику заранее оцененные убытки за просрочку работ (*delay liquidated damages*).

Тут еще важен критерий разумности и здравого смысла. Ясно, что подрядчик в теории может проверить результаты изысканий, если пойдет и заново раскопает всю площадку, но это не разумно, именно поэтому в мировой практике реализации ЕРС проектов, так называемые *subsurface risks*, то есть риски, связанные с недрами, лежат на ЕРС заказчике как владельце площадки.

Но кроме изысканий есть еще много других исходных данных, некорректность которых может повлиять на сроки выполнения работ, но проверить которые ЕРС подрядчик действительно не может: например, различные технические условия на подключение, состав сырья для тестов если его дает заказчик и т.д.

Техническая команда подрядчика должна проделать важную работу, чтобы определить за достоверность каких исходных данных ЕРС подрядчик не отвечает и прямо прописать, что такие исходные данные рассматриваются сторонами ЕРС контракта как *rely upon information*, то есть информация, на которую подрядчик полагается.

Когда мы представляем заказчика в ЕРС проекте, вопрос *rely upon information* также играет важную роль как для заказчика, так и для проектных кредиторов. Часто

акционеры компании — заказчика не в курсе, что выбрали ЕРС подрядчика, которые спустя три-четыре месяца переговоров как бы невзначай на кофе-брейке говорит, что отвечает только за свою часть проектирования, российскую. А тот базовый пакет проектирования, что сделал иностранный лицензиар, которого сам же ЕРС подрядчик и нанял, он проверять не будет, потому что он не владелец технологии и не может проверить базовый проект за лицензиаром.

Поэтому если шоколадная фабрика будет производить меньше шоколада, чем было согласовано в техническом задании, и экспертиза скажет, что ошибка «сидит» в *FEED* пакете, который «лег» в основу российской проектной документации, то заранее оцененные убытки за невыход на гарантированные показатели (*performance liquidated damages*) взыскивать будет не с кого.

Кроме того, кредиторы, прочитав такое условие в ЕРС контракте, скажут, что подобное условие делает ЕРС контракт ***non bankable*** (небанкуемым), проще говоря, денег на строительство шоколадной фабрики с таким условием в ЕРС контракте, не дадут. Потому что ценность реализации строительных проектов по схеме ЕРС и их более дорогая стоимость для заказчика состоит как раз в ответственности ЕРС подрядчика под ключ, что в свою очередь дает комфорт кредиторам и заказчику, так как они понимают, что проект, управляемый одним лицом, который за все отвечает, и для кредиторов это менее рискованно, чем строительство фабрики тридцатью разными подрядчиками.

### **Прямой договор между заказчиком и лицензиаром на FEED пакет**

Как мы писали выше, бывают случаи, когда заказчик нанимает иностранного проектировщика напрямую для разработки базового пакета проектирования, а затем отдает данный базовый пакет ЕРС подрядчику для адаптации под российские проектные нормы. И если при такой схеме ЕРС подрядчик говорит, что он не будет проверять *FEED* пакет на корректность, по тому, что у него нет экспертизы, то в таком варианте заказчик может пойти с требованиями о взыскании убытков к иностранному проектировщику.

Однако такой вариант не понравится кредиторам и коммерчески плох для заказчика тем, что *лимит ответственности иностранного проектировщика будет рассчитываться от цены контракта с таким иностранным проектировщиком, которая априори будет меньше цены ЕРС контракта*, следовательно заказчик получит меньшую сумму убытков, чем мог бы получить с ЕРС подрядчика.

Подводя итог вышесказанному, следует помнить о том, что прежде, чем потратить месяцы на подготовку и согласование условий ЕРС контракта, включите в тендерный пакет или в *term-sheet* (основные условия контракта) *условие о том, за корректность каких исходных данных ЕРС подрядчик должен отвечать по мнению заказчика, уделив особое внимание проверке базового проектирования от лицензиара*.

ЕРС подрядчикам также рекомендуется крайне ответственно относиться к данному вопросу, чтобы потом не нести многомиллионные убытки за чужие ошибки, проверить которые не представлялось возможным.

#всебудетЕРС