

ВИКОРИСТАННЯ КОНТРАКТІВ МІЖНАРОДНОГО ЗРАЗКА FIDIC: ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАКТИЧНОГО ЗАСТОСУВАННЯ

USE OF INTERNATIONAL MODEL FIDIC CONTRACTS: THE CONCEPT, TYPES, AND PROSPECTS OF PRACTICAL USE

Новицька Н.Б., д.ю.н., старший науковий співробітник,
професор кафедри приватного права
Державний податковий університет

Новицький А.М., д.ю.н., професор,
заступник директора
Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України

Рябченко О.П., д.ю.н., професор,
завідувач кафедри адміністративного і господарського права та митної безпеки
Державний податковий університет

Стаття присвячена питанням використання контрактів міжнародного зразка FIDIC у господарській практиці. З позиції права України, ЕРС являє собою непоіменований, змішаний, типовий договір, що містить умови кількох договорів: надання послуг з інжинірингу, договору будівельного підряду, виконання проектних робіт та поставки. У співвідношенні з національною правовою системою договори FIDIC необхідно віднести до контрактів міжнародного зразка. Можна виділити два найбільш розповсюджених сучасних різновидів договорів FIDIC. Це ЕРС-контракт та ЕРСМ-контракт. Підкреслимо, що важливою особливістю всіх вищевказаних контрактів FIDIC є заборона внесення правок у стандартні форми. Будь-які поправки до Загальних умов FIDIC стосовно конкретного проекту повинні бути детально описані сторонами і не можуть суперечити Загальним умовам контракту. Максимальна деталізація передбачає, що на момент укладання контракту всі проблемні питання з'ясовані, пройшли через обговорення сторонами, і з них є єдина думка сторін. ЕРС-контракт – це такий контракт, за яким ЕРС-підрядник несе відповідальність за всі елементи проектування, за будівництво та закупівлю матеріалів та обладнання. На відміну від нього ЕРСМ-контракт – це договір на надання професійних послуг, з зовсім іншим рівнем ризиків та іншими юридичними наслідками. ЕРСМ-контрактинг це досить нова форма, і навіть у трактуванні терміну існують різні підходи: у деяких практиках буква «М» позначає Maintenance («обслуговування об'єкта») або Management з прив'язкою до діяльності з управління всім проектом, що перетворює ЕРСМ-контрактинг на модель ширшу за охопленням сфер діяльності, ніж ЕРС.

Ключові слова: ЕРС-контракт, ЕРСМ-контракт, форми FIDIC, відновлювальна енергетика, навколишнє природне середовище, проектна документація, договір міжнародного зразка, правове регулювання нагляду і контролю.

The paper is dedicated to issues on use of international model FIDIC contracts in economic practice. On the point of view of Ukrainian law, EPC is a nonnamed, mixed, and typical agreement that concludes conditions of few agreements. They are: provision of engineering services, construction contract, execution of project works and delivery. According to the national legal system, FIDIS agreements belong to contracts of the international model. Two the most expanded types of FIDIC contracts can be separated. They are the EPC-contract and the EPMC-contract. We outline that important peculiarity of all FIDIC contracts, mentioned above, is prohibition of making changes to standard forms. Any changes to General Conditions FIDIC of the specific project have to be detailed by the parties, and cannot be different with General Conditions of the contract. Maximal detailing provides all issues in the moment of conclusion of the contract are solved and discussed by the parties, and the single decision is achieved by the parties. The EPC-contract is a contract under of which the EPC-contractors is responsible for all projecting elements, constructing, and purchases of materials and equipment. Unlike it, the EPMC-contract is an agreement on providing professional services with the other level of risks and legal consequences. The EPMC-contracting is a new form, and there are different approaches even in defining of the concept. In some practice, the letter "M" means the "Maintenance" (services for a client) or "Management" as an activity on management of the whole project. It transforms the EPMC-contracting into the model that covers areas of activities wider, than the EPC.

Key words: EPC-contract, EPMC-contract, FIDIC forms, renewable energy, project documents, international model contract.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. У процесі реалізації інвестиційно-будівельних проектів в Україні все частіше застосовуються типові контракти (проформи), розроблені міжнародною федерацією інженерів-консультантів Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (далі – FIDIC). При цьому проформам FIDIC довіряють не лише замовники та виконавці проектів будівництва, але й інші гравці на ринку будівельних послуг у тому числі у сфері відновлювальної енергетики, без яких реалізація таких проектів часто неможлива (кредитні та міжнародні фінансові організації, в тому числі Європейський інвестиційний банк, ЄБРР, Світовий банк тощо).

ЕРС контракт (аббревіатура утворена словами Engineering, Procurement, Construction) це договір, укладений між замовником і підрядником. Згідно з цим договором, підрядник виконує повний цикл робіт та відповідальний за ризики, пов'язані з будівництвом. ЕРС це лише один із можливих типів контракту. Наприклад, якщо замовника цікавить можливість участі в управлінні на

різних стадіях будівельного процесу (у виборі проектною організації, постачальників, будівельних підрядників), він може укласти інший тип угоди – ЕРСМ-контракт (ЕРС + Management).

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. Актуальність використання зазначених договорів буде лише зростати в період відбудови зруйнованих війною промислових об'єктів. Нажаль, нормативно-правове регулювання ЕРСМ- та ЕРС-контрактів та інших подібних до них правових конструкцій в українському законодавстві відсутнє.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. Проблематика правової природи, нормативного регулювання укладання та виконання ЕРСМ- та ЕРС-контрактів у господарсько-правовій та цивільно-галузях вітчизняної науки залишається досі мало дослідженою. Наголосимо, що на рівні науково-теоретичного аналізу було здійснено лише декілька вдалих спроб

дослідженням походження чи правової природи ЕРС-контрактів. До числа таких авторів необхідно віднести: О. Акулижина, Н. Никитченко, В. Остринського, С. Оберковича, М. Лебедева [1; 2; 3; 4; 5].

Водночас, в умовах економічної глобалізації та зростання попиту на різноманітні будівельні проекти ЕРСМ-та ЕРС-контракти відіграють значну роль у регулюванні правовідносин між учасниками таких проектів у тому числі і у сфері відновлювальної енергетики.

Формулювання цілей статті (постановка завдання).

Здійснити комплексний аналіз перспектив використання контрактів міжнародного зразка FIDIC, визначення їх поняття та різновиди.

Виклад основного матеріалу дослідження. Зважаючи на довготривалу історію застосування, зрозумілість та добру комерційну репутацію, проформи ЕРСМ- та ЕРС контрактів підвищують шанси залучення кредитного фінансування та підвищує інвестиційну привабливість проекту будівництва. Аббревіатура ЕРС – Engineering, Procurement, Construction – поєднує три основні етапи в процесі будівництва (інжиніринг, постачання та безпосередньо будівництво).

ЕРС – це загальна назва для договорів будівельного підряду, які застосовуються для реалізації комплексних будівельних проектів у міжнародній будівельній індустрії. Традиційно контракти ЕРС розглядаються як засіб управління ризиками при реалізації будівельних проектів, а також як забезпечення балансу інтересів сторін у будівельному проекті.

Відмітною ознакою контрактів ЕРС є так званий комплексний підхід, що забезпечує сукупність зусиль усіх учасників будівельного проекту. Такий підхід включає координацію зусиль учасників проекту однією особою – інженером, супервайзером або менеджером проекту, про роль якого більш докладно буде описано нижче. Їх появі та по справжньому триумфальній ході у правовій сфері ми завдячуємо міжнародній організації – FIDIC, історія якої починається у першій половині ХХ століття.

22 липня 1913 року було офіційно заснувано Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, пізніше відому як Міжнародна федерація інженерів-консультантів (International Federation of Consulting Engineers). Початковими цілями діяльності організації було створення уніфікованої міжнародної методологічної бази, яка визначає порядок діяльності інженерів-консультантів [6].

В умовах економічної глобалізації, яка також з часом торкнулася і правових процесів, в тому числі в частині регулювання правовідносин в галузі міжнародного будівництва, напрям діяльності Міжнародної Федерації інженерів-консультантів змінився. Основною метою організації стала розробка типових умов контрактів для регулювання відносин учасників міжнародної інвестиційно-будівельної діяльності.

Через дві світові війни та інші великі політичні повенні збудження розвиток FIDIC був повільним до кінця 1940-х років. Кількість країн-учасниць постійно змінювалася. Нарешті у 1959 році до них приєдналися Австралія, Канада, ПАР та США. Це зробило FIDIC справді міжнародною федерацією [6].

В основі ідеології контрактів міжнародного зразка FIDIC покладена відповідальність за підвищення якості надання послуг та уникнення спорів і судових конфліктів. FIDIC давно виступає за якість у індустрії консалтингового інжинірингу та тривалий час інвестувала значні ресурси у розробку практичного керівництва з управління якістю та найкращої практики у сфері виконання комплексних будівельних робіт [6].

FIDIC також має спеціалізований Комітет з управління доброчесністю (ІМС), який займається розробкою політики, інструкцій і процесів, спрямованих на краще

розуміння та системи управління ризиками. Серед організацій, з якими співпрацює FIDIC, є World Federation of Engineering Organisations, Transparency International, Organisation for Economic Co-operation and Development, World Economic Forum, International Organization for Standardisation, Confederation of International Contractors' Associations and the United Nations. Також FIDIC співпрацює з міжнародними фінансовими установами для доповнення та підтримки їхніх антикорупційних ініціатив у сфері будівництва [6].

Комітет з управління доброчесністю FIDIC розробляє та актуалізує посібники з «найкращих практик» і рекомендує сторонам договірних зобов'язань ефективні механізми реалізації викладених у цих документах настанов щодо управління ризиками, тенденцій страхування, управління якістю тощо.

Типові контракти FIDIC спрямовані на усунення зазначених протиріч у підходах до регулювання будівельного підряду. Представляючи собою уніфіковані правила, контракти FIDIC зближують і спрощують правове регулювання правовідносин, які з міжнародного будівельного підряду.

Разом з тим, різноманітність видів контрактів FIDIC, кожен із яких має свої особливості та конкретні завдання, дозволяє застосовувати типові контракти під конкретні ситуації з урахуванням національних особливостей законодавства учасників міжнародного будівельного проекту.

Перший типовий контракт FIDIC був опублікований ще у 1957 році під назвою «Умови контракту (міжнародного) на роботи у сфері цивільного будівництва» (Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction).

Цей контракт згодом став відомим під назвою «Червона книга» (Red book) через його червону обкладинку, назва якої досі використовується для його оновлених, актуалізованих редакцій. В даний час FIDIC пропонує умови контрактів для:

- Будівництва «Червона книга» та її доповнена редакція «Рожева книга»;
- Проектування «Жовта книга»;
- Будівництва «Під ключ» (Turnkey Projects або «Срібна книга»);
- Проектування, будівництво та експлуатація проектів «Золота книга»;
- Коротка форма «Зелена книга».

Розглянемо більш детально окремі з цих контрактів міжнародного зразка. Так, відповідно до умов контракту на будівництво («Червона книга») – проектування здійснюється в основному Замовником (як правило, не Замовником самостійно, а консультантами та проєктувальниками, що залучаються Замовником, які мають відповідні ліцензії). Також, обов'язково залучається такий спеціаліст, як «Інженер», який є представником Замовника та координує взаємодію Замовника та Виконавця, а також контролює відповідність процесу будівництва вимогам проекту. При цьому в деяких випадках, залежно від ситуації та за бажанням Замовника, Виконавець може відповідати за проектування окремих елементів будівельних робіт – механічних, електричних і так далі. Роль Інженера в даному випадку особливо важлива в плані оцінки та вимірювання результатів робіт, оскільки оплата відповідно до Червоної книги здійснюється на підставі фактично виконаних та підтверджених Інженером робіт. Червона книга значно еволюціонувала з моменту її першого видання у 1957 році. Так звана «Рожева книга» опублікована в 2005 стала, по суті новою редакцією до «Червоної книги». У 2010 році «Рожева книга» замінила раніше видання 2005 і 2007 року [7].

Інженер-консультант (супервайзер, контрактний адміністратор та ін.) – невід'ємний учасник проектів, що

реалізуються за контрактами FIDIC. Винятком є «Зелена книга» (Коротка форма контракту), призначена для короткострокових чи простих проектів із малим обсягом інвестицій. Інженер є сполучною ланкою між замовником та виконавцем. Хоч він і представляє інтереси замовника, але має зберігати нейтральність у своїх судженнях. Його основна місія – оцінка робіт. Роль та повноваження інженера-консультанта визначає замовник, що знайшло відображення у різних видах книг FIDIC [8].

Другий тип контракту FIDIC, так званий FIDIC «Жовта книга», є стандартним договором, в якому проєкт виконується підрядником. «Жовта книга» також відома як контракт на будівництво та проєктування. Підряднику зазвичай платять одноразово. Жовта книга була опублікована вперше в 1963 році, з наступними змінами. У відповідності до умов контракту на постачання обладнання, проєктування та будівництва або «Жовта книга» Виконавець проєктує та здійснює, відповідно до вимог Замовника, будівельні роботи за проєктом, які можуть включати будь-які поєднання механічних, електричних та будь-яких інших будівельних робіт. «Інженер» забезпечує управління проєктом (узгоджуючи свої дії із Замовником), а також підтверджує виставлені Виконавцем рахунки, що відповідають вартості робіт, яка, як передбачається, не повинна перевищувати суму, спочатку визначену сторонами контракту, незалежно від того, скільки та яких робіт необхідно буде здійснити Виконавцю для виконання своїх зобов'язань [7].

Умови контракту на інжиніринг, постачання та будівництво за умови «під ключ» або «Срібна книга» рекомендується в тих випадках, коли одна особа (Виконавець) бере на себе відповідальність за проєктування та подальшу реалізацію будівельного проєкту, включаючи необхідний інжиніринг, постачання, постачання обладнання, будь-яке додаткове проєктування тощо, тобто. здійснює будівництво за умови «під ключ». Ця форма не передбачає наявності «Інженера», тому що головною функцією «Інженера» є координація діяльності між різними учасниками будівельного проєкту, а в даному випадку всю координацію здійснює Виконавець і надає Замовнику кінцевий результат. Як правило, і вартість таких проєктів передбачається як фіксована, хоча протягом реалізації проєкту сторони можуть вносити у вартість необхідні корективи. Можливі ризики, відповідно до цієї форми контракту, переважно лежать на Виконавці [7].

«Червона», «Жовта» та «Срібна» книги FIDIC були опубліковані разом у вересні 1999 року, у тому, що відомо як FIDIC Rainbow Suite. FIDIC Rainbow Suite був перекладений кількома різними мовами, щоб уникнути проблем з неофіційними та неточними перекладами. Мови, на які було переведено FIDIC Rainbow Suite, включають французьку, китайську, арабську, польську, португальську, румунську, російську, іспанську мову, турецьку та в'єтнамську мову [7].

Коротка форма договору для будівництва або «Зелена книга» стосується проєктів з невеликою вартістю, чи найпростіших видів робіт, виконуваних протягом невеликого терміну (наприклад, земляні роботи). Ця форма також не передбачає наявності «Інженера», оскільки при реалізації такого простого проєкту відпадає потреба у складній структурі проєкту та його координації. Відповідно до рекомендації FIDIC, ця форма може бути практично використана при ціні договору не більше 500,000 доларів США та терміну до 6 місяців, що вважається розумним обмеженням капіталу та тривалості для проєктів, у яких використовуються форми «Зеленої книги» [7].

Ще одна форма контракту FIDIC – це так звана «Золота книга». Перше видання «Золотої Книги» відбулось у 2008 році. «Золота книга» передбачає типову форму контракту на проєктування та будівництво, умови якого включають період експлуатації та технічного обслугову-

вання. «Золота книга» включає комплекс різних додаткових експлуатаційних послуг і розрахована на період, що перевищує 20 років.

Важливою особливістю всіх вищевказаних контрактів FIDIC є заборона внесення правок у стандартні форми – Загальні умови контрактів. Будь-які поправки до Загальних умов FIDIC стосовно конкретного проєкту повинні бути детально описані сторонами в Особливих умовах, які не можуть суперечити Загальним умовам контракту.

Прикладом офіційного внесення змін до Загальних умов типового контракту FIDIC може бути поява у 2005 р. «Узгодженого видання MDB Умови контракту на будівництво FIDIC» (MDB Harmonised Edition of Conditions of Conditions for FIDIC), яке стало наслідком того, що міжнародні банки розвитку, що фінансують великі міжнародні будівельні проєкти по всьому світу, почали пред'являти особливі вимоги до будівельних проєктів, що фінансуються ними, що змусило їх домовитися з FIDIC про зміну Загальних умов [6].

Окремо необхідно наголосити на відмінностях між формами ЕРСМ- та ЕРС-контракту FIDIC. Основна плутанина виникає через те, що хоча буква «С» у абревіатурі ЕРСМ означає construction («будівництво»), тут будівництво згадується у контексті «управління будівництвом» – «СМ», Construction Management. За такої контрактної моделі сам контрактор (ЕРСМ-підрядник) не виконує будівельних робіт, а займається проєктними роботами та керує процесом будівництва від імені власника/замовника. Плутанина в розумінні моделі ЕРСМ сприяє і те, що встановлення типових форм для таких контрактів поки не існує.

Причинами зміни пріоритетів і поступового відходу від ЕРС-контрактів з фіксованою ціною стає складність міжнародних будівельних проєктів і стан інжинірингового ринку, де підходять ЕРС-підрядників відносно небагато, тому вони занадто жорстко диктують свої цінові умови. Наприклад, у нафтохімічній промисловості не так багато підрядників з відповідним досвідом та необхідними фінансовими показниками, здатними взятися за здійснення великих інвестиційних проєктів.

Через таку малу кількість ЕРС-підрядників, які мають необхідні знання, ресурси та досвід, в умовах, коли ціни за ЕРС-підряд зростають, інвестори змушені шукати нові способи роботи, часом погоджуючись зі збільшенням ризиків.

При цьому фінансування проєкту із залученням ЕРС-підрядника, який не надав історію успішно виконаних проєктів, зазвичай не вітається банками. В результаті великі ЕРС-підрядники почали ще впевненіше диктувати свої умови на ринку, таким чином підвищуючи рівень свого прибутку, а ризики все частіше стали перекладатися на інвесторів, що призвело до відносного відходу від контрактів, в яких вказано фіксовану ціну за реалізацію всього проєкту. На окремих ринках (особливо в нафтопереробному та у гірничодобувному секторах) укладання контракту з одним ЕРС-підрядником і зазначенням фіксованої ціни за реалізацію проєкту під ключ тепер більше вважається винятком, ніж правилом.

Зазначене відкриває широкі перспективи до використання ЕРСМ-контрактів у багатьох галузях, у тому числі і у енергетичному секторі економіки.

Висновки та пропозиції дослідження. У підсумку наголосимо, що в українському законодавстві немає окремого аналога ЕРС- або ЕРСМ-контрактів. З позиції права України, ЕРС- або ЕРСМ-контракти є непоіменованим, змішаним, типовим договором, що містить умови принаймні кількох договорів: надання послуг з інжинірингу, договору будівельного підряду, виконання проєктних робіт та поставки. У співвідношенні з національною правовою системою договори FIDIC необхідно віднести

до контрактів міжнародного зразка. Можна виділити два найбільш розповсюджених сучасних різновидів договорів FIDIC. Це ЕРС-контракт та ЕРСМ-контракт.

Підкреслимо, що важливою особливістю всіх вищевказаних контрактів FIDIC є заборона внесення правок у стандартні форми. Будь-які поправки до Загальних умов FIDIC стосовно конкретного проекту повинні бути детально описані сторонами і не можуть суперечити Загальним умовам контракту.

ЕРС-контракт – це такий контракт, за яким ЕРС-підрядник несе відповідальність за всі елементи проекту-

вання, за будівництво та закупівлю матеріалів та обладнання. На відміну від нього ЕРСМ-контракт – це договір на надання професійних послуг, з зовсім іншим рівнем ризиків та іншими юридичними наслідками.

ЕРСМ-контрактинг це досить нова форма, і навіть у трактуванні терміну існують різні підходи: у деяких практиках буква «М» позначає Maintenance («обслуговування об'єкта») або Management з прив'язкою до діяльності з управління всім проектом, що перетворює ЕРСМ-контрактинг на модель ширшу за охопленням сфер діяльності, ніж ЕРС.

ЛІТЕРАТУРА

1. Акулижин А. ЕРС контракт. URL.: <https://finswin.com/projects/dokumenty/ers-kontrakt.html> (дата звернення 07.09.2022 року)
2. Никитченко Н. Остринський В. Генеза поняття ЕРС-контракт як особливого виду змішаного договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 113–118.
3. Никитченко Н. В., Остринський В. О.. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЕРС-контрактів. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 218–223.
4. Остринський В. О. Проблеми правового регулювання розділення ЕРС-контрактів у сфері відновлювальних джерел енергії. *Правотворчість та правозастосування у демократичній державі: теорія і практика*. Київ: Редакція «ТПУ», 2019. С. 79–82
5. Оберкович С., Лебедев М. ЕРС контракт в Україні: ризики та нюанси реалізації. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodne-pravo-investiciyi/ers-kontrakt-v-ukrayini-riziki-ta-nyuansi-realizaciyi.html> (дата звернення 07.09.2022 року)
6. FIDIC Establishment. URL: <https://fidic.org/history> (дата звернення 07.09.2022 року).
7. FIDIC контракти: Огляд FIDIC Suite. URL: <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/fidic-contracts-overview-of-the-fidic-suite> (дата звернення 07.09.2022 року).
8. Простота та уніфікація: 7 питань про стандарти FIDIC. URL.: https://cfts.org.ua/spetsproekty/prostota_i_unifikatsiya_7_voprosov_o_standartakh_fidic (дата звернення 07.09.2022 року).