

Права и задължения на изпълнителя по FIDIC

инж. Асен Антонов

Публикувано в "Строителство Градът", бр. 21 / 30.05.2005

По същество задълженията на изпълнителя и възложителя при който и да е договор за строителство са прости – изпълнителят е длъжен да строи, възложителят е длъжен да плаща за построеното. Споровете, възникващи при изпълнение на договорите, произтичат най-често от неспазване на тези изначални задължения от някоя от страните. За възложителя това се изразява в късно плащане на аванс или извършена работа. За изпълнителя – слаб напредък на работите и невъзможност за завършване на проекта в срок. Към горните причини могат да бъдат добавени и споровете, причинени от закъсняло осигуряване на условия за извършване на строителството от страна на възложителя. Това са късно набавяне на разрешение за строеж, късно завършване на отчуждения, късно предаване на проектна документация и пр.

Настоящият материал разглежда правата и задълженията на изпълнителите по договорните условия на FIDIC за строителство, първо издание от 1999 (*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer, First Edition 1999*, популярно като Червена книга). Изложението е фокусирано върху действията на изпълнителя и възложителя. Задълженията на инженера не са детайлно разгледани, доколкото той е представител на възложителя и защитава неговите интереси, като в определени случаи е и арбитър между страните. Ролята на инженера по принцип е (или би трябвало да е) предвидима и неговите действия, ако са коректни, не изменят хода на договора. Действията на инженера следва да се пораждат единствено от действията на другите страни или от договорни събития.

Започване на строителството

Първите месеци след подписване на строителния договор са критични и за възложителя, и за изпълнителя. Често от тях започват конфликти, които продължават до приключване на договора. За фактичното започване на строителството е необходимо наличието на ред условия. Изпълнението на част от тях е задължение на възложителя, по-голямата част от тях са задължение на изпълнителя.

На първо място възложителят е длъжен да осигури на изпълнителя право на достъп и притежание на обекта (дефинирано в клауза 2.1 *Right of Access to the Site* и близко по смисъл с акт обр. 2 по ЗУТ). Правото на достъп се дава от възложителя в срок и по начин, определен в договора. Ако такъв няма – в срок и по начин, който позволява на изпълнителя да следва програмата си за строителство. Изрично е посочено, че при забавяне изпълнителят има основание да претендира за удължаване срока за завършване и възстановяване на възникналите разходи с разумна печалба.

Важно е да се отбележи, че изпълнителят трябва да докаже забавянето и загубите, за които претендира. Например, ако в програмата си за работа изпълнителят е посочил започване на строителство 3 месеца след началната дата, а получи право на достъп и притежание на обекта със закъснение, но в рамките на 3 месеца, то той няма основание да претендира за удължаване срока за завършване на обекта ("*Time for Completion*"). Не бива да се забравя и че възложителят има право да задържи правото на достъп до получаване на гаранцията за добро изпълнение. В такъв случай забавянето би било по вина на изпълнителя.

Доколкото проектната документация обичайно е част от договора, на този етап е невъзможно възложителят да закъснее с предаването и. Възможно е обаче възложителят да закъснее при осигуряването на разрешение за строеж. Въпреки, че разрешението за строеж не фигурира изрично в договорните условия, то е едно от необходимите условия за започване на строителство по българското законодателство. По тази причина изпълнителят има основание да претендира за удължаване срока за завършване и загуби. Отново тежестта на доказване е за изпълнителя.

С осигуряване на разрешение за строеж и даване право на достъп и притежание на обекта задълженията на възложителя при започване практически се изчерпват.

Задълженията на изпълнителя са значително повече на брой. На първо място изпълнителят трябва да представи гаранция за добро изпълнение (клауза 4.2 *Performance Security*). Оригиналът на гаранцията трябва да бъде предаден на възложителя в срок от 28 дни от подписване на договора. Стойността на гаранцията и конкретният и текст са част от договора. Представяне на коректна гаранция за добро изпълнение е едно от условията изпълнителят да получи което и да е плащане по договора.

Ако в договора се предвижда авансово плащане, изпълнителят трябва да представи и гаранция за сумата му (клауза 14.2 *Advance Payment*). Условията на договора не предвиждат конкретен срок за извършване на авансовото плащане – това става само след като изпълнителят осигури гаранциите за добро изпълнение и авансовото плащане.

Изпълнителят е длъжен да застрахова работите, оборудването и персонала си, посещаващия служебно обекта персонал на инженера и възложителя, както и трети лица преди началната дата на строителство. Изискванията към застраховките са описани в клауза 18 *Insurances*. Всъщност строителството може да започне и преди представяне на застраховките, но липсата им неизбежно води до изостряне на отношенията между страните. Начинът на застраховане и застрахователят подлежат на одобрение от страна на възложителя. На практика е добре преди фактическото застраховане изпълнителят да е съгласувал условията на застраховане и да е получил такова одобрение.

Изпълнителят е длъжен във възможно най-кратък срок след подписване на договора и преди датата за започване на строителството да предложи свой представител на обекта (заедно с всички необходими данни за оценяване на компетентността му). Често име и биография на такъв представител фигурира в офертата на изпълнителя и от там и в договора – тогава той се счита за одобрен. Още по-често обаче изпълнителят решава да смени първоначално предложения представител с друг. Какъвто и да е конкретният случай, в интерес на изпълнителя е негов представител да бъде одобрен възможно най-бързо. Доколкото представителят е упълномощен да получава инструкции от инженера от името на изпълнителя, без одобрен представител строителството строго погледнато не може да започне.

Може би най-важно за изпълнителя е предаването на програма за работа (клауза 8.3 *Programme*). Подробността и съдържанието на програмата са описани в договорните условия. Програмата подлежи на одобрение от страна на инженера само като съответствие с договора, но не и като конкретна последователност на работите. Често изпълнителите възприемат разработването на детайлна програма като на ненужно задължение. Трябва да се отчете, че подробна и коректна програма е единственото и най-силно оръжие на изпълнителя за обосновка на искове. Как изпълнителят би доказал, че късното получаване на чертеж с пропуснат детайл го е забавило, ако от програмата му не е ясно кога е трябвало да бъде извършена работата?

Важно е не само началното предаване на програмата, но и постоянното и актуализиране. Изпълнителят е длъжен да извършва актуализациите и без изрична инструкция, винаги,

когато напредъкът не съответства на наличната програма. Това предполага регулярна оценка на актуалността и евентуално актуализация на програмата.

От голямо значение за изпълнителя е възможността ясно и еднозначно да идентифицира и обоснове забавянията, възникващи не по негова вина. Подобни забавяния не са рядкост – при промени в проектите новите чертежи често биват предавани на изпълнителя със закъснение. Клауза 1.9 за закъснели чертежи или инструкции (*Delayed Drawings or Instructions*) изрично дава основание на изпълнителя да претендира за удължаване срока за завършване и възстановяване на загуби с разумна печалба. Задача на изпълнителя е да докаже забавянето и загубите. Практически единственият начин за това е чрез програмата за работа.

Забавяния

Ако някое от задължителните условия за започване на строителство не е изпълнено, вината за последващото забавяне е в съответната страната – възложител или изпълнител. Същият подход е валиден и при всички останали събития, които предизвикват забавяне на работа и евентуално по-късно завършване. Ако възложителят е виновната страна, изпълнителят има основание за подаване на иск за удължаване на срока за завършване на работите и евентуално изплащане на компенсация и печалба. Ако изпълнителят е виновната страна, възложителят има основание за удържане на неустойки за закъснение (клауза 8.7 *Delay Damages*) и в някои случаи за подаване на иск срещу изпълнителя за загуби (клауза 2.5 *Employer's Claims*).

Често се случва не едно, а няколко събития да предизвикват забавяне, като част от тях да са риск или по вина на възложителя, а друга част – на изпълнителя. В такъв случай забавянето е едновременно (*concurrent delay*). При едновременно забавяне изпълнителят има право да получи удължение на срока за завършване, но по принцип няма основание да претендира за материална компенсация. Това е възможно само, ако изпълнителят успее недвусмислено да отдели загубите от забавянето по вина на възложителя от загубите по своя вина. За целта е необходимо изпълнителят да подготви:

- програмата за работа с критичен път, както е била планирана преди забавянето;
- действителната последователност на работите с критичен път;
- идентифициране на дейностите с времетраенето им, които не са били първоначално планирани;
- определяне загубите за не планираните дейности, причинени от забавянето на възложителя.

Освен поддържането на подробна и актуална програма за изпълнителя е важно и надеждното регистриране на множеството събития по договора. Такова изискване по начало е заложено в договора – клауза 4.21 (*Progress Reports*), която описва данните, които изпълнителят трябва да представя ежемесечно, и клауза 6.10 (*Records of Contractor's Personnel and Equipment*), която задължава изпълнителя да регистрира персонала и механизацията си. Доброто поддържане на тази документация дава възможност на изпълнителя да докаже в определени случаи, че дадено забавяне не е по негова вина. Например ако изпълнителят не е имал достъп до участък от обекта, чрез програмата и регистрите си той може да докаже, че:

- работи в участъка са били планирани и поради недостъпността му са закъснели;
- механизацията и персоналот са били налични на обекта и е нямало други пречки за извършване на работите.

Винаги при забавяне изпълнителят трябва да има готовност да покаже не само, че дадено забавянето е по вина на възложителя, но и че е имал готовност да извърши забавените дейности.

Удължаване на срока, компенсации и печалба

Договорното значение на удължаване на срока за завършване е ясно – то предпазва изпълнителя от предявяване на иск от страна на възложителя за неустойки (клауза 8.7 *Delay Damages*). Удължаване на срока за завършване не означава автоматично, че изпълнителят трябва да получи и парична компенсация – това е така само при доказана и “остойностена” вина на възложителя.

Начинът за изчисление на компенсациите за загубите от забавяне по вина на възложителя (prolongation costs) съвсем естествено предизвиква интерес и от двете страни. Има два принципа за определянето им – чрез изчисляване на пропуснати ползи (lost opportunity approach) или действителни разходи (actual cost approach), като по-популярен сред изпълнителите е първия подход.

Най-проста е така наречената формула Hudson. Приема се, че доколкото определен процент от всяка единична цена се използва за издръжка на главния офис на изпълнителя (head office overhead), невъзможността за извършване на дадени работи го лишава от част от тези средства. Разходите за издръжка са постоянни и не зависят от извършените на обекта работи. Така се изчислява средния паричен поток към изпълнителя за месец и се умножава по процента за издръжка на главния офис и месеците забавяне.

Проблем представлява постигането на съгласие за точния процент от паричния поток, който се използва за издръжка, ако такъв не е записан по някакъв начин в договора. Теоретично в този случай формула не би следвало да се използва. Понякога обаче страните предпочитат да се договорят за процента за издръжка, вместо да прибегват към друг метод за оценка. Принципен недостатък на тази формула е именно и използването на процент, предварително обявен от изпълнителя, или договорен такъв, който може да няма нищо общо с действителните разходи. Предимствата на тази формула е простотата и, по тази причина тя е приемана и от някои консултанти.

Формула Hudson:

$$\frac{\% \text{ за издръжка на главен офис от договора}}{100} \times \frac{\text{стойност на работите}}{\text{продълж. на договора}} \times \text{забавяне}$$

Друг популярен начин за изчисляване на компенсациите, който коригира споменатия недостатък, е формулата Emden. Тя е аналогична на предходната, но вместо абстрактен процент, се използва отношението между разходите за издръжка на офиса и оборота на изпълнителя. Така получената цифра има своята логика и се приема за по-реалистична.

Може би най-коректен, но същевременно най-неудобен за изпълнителя, е методът на директното определяне на загубите от забавянето.

Когато загубите е трудно или непрактично да се идентифицират пряко, но по някаква причина изпълнителят не може да използва някой от горните методи, е уместно да се приложи формулата Eichleay. В този случай се определя точно каква част от разходите за издръжка изпълнителят би покрил от конкретния обект.

Формула Eichleay:

$$\frac{\text{стойност на работите}}{\text{обща стойност на работите за фирмата през периода}} \times \text{разходи за офис през периода} \times \frac{\text{забавяне}}{\text{продълж. на договора}}$$

Когато освен компенсации на изпълнителя е дължима и печалба, интерес представлява въпросът на каква сума трябва да възлиза тя – в договорните условия е записано просто “разумна печалба” (reasonable profit). На практика се прилагат два подхода за определянето и. При някои договори от изпълнителя се изисква при започване да представи анализите на всички единични цени. Проценти за печалба, риск и разходи за издръжка на главния офис фигурират в тях в явен вид. В този случай е естествено именно процентът от анализите да бъде използван. Ако печалбата не е явно определена в договора, следва да бъде взета за основа средната печалба от дейността на изпълнителя за последните години. Възложителят обаче би имал основание да настоява за известно редуциране на тази стойност, доколкото печалбата, която се изплаща при удължаване на срока по негова вина, не е натоварена с никакъв риск.

Доколкото разликите в стойността на дължимите компенсации и печалба могат да бъдат сериозни, очевидно е полезно изпълнителят предварително да е наясно с различните начини на определянето им. Изглежда добра идея (в случай, че проценти за печалба, издръжка на офис и риск не са записани в договорните документи и анализи на цени не се изискват) изпълнителят да направи целенасочен опит за съгласуване на стойностите им с възложителя преди възникване на спор.

Основанията и съответните клаузи за подаване на искове за удължаване срока за завършване и неустойки са представени в таблицата. От нея е видно, че за да получи удължаване на срока за завършване и/или компенсации изпълнителят практически винаги трябва да подаде иск. Учудващо често изпълнителите поставят на риск безспорни като стойност и причина удължения на времето, поради недооценяването на този факт.

Освен по посочените в таблицата клаузи изпълнителят има право на допълнително плащане без подаване на иск при някои условия. Това са най-вече закъсняване на плащане (по клауза 14.8 *Delayed Payment*) и промени в цените на някои материали (по клауза 13.8 *Adjustments for Changes in Cost*). При закъсняло плащане изпълнителят трябва да получи чрез следващия сертификат за плащане компенсация. Размерът на компенсацията е 3 % над годишния лихвен процент за централната банка на страната, в чиято валута се плаща (например при плащане в евро – по лихвения процент на European Central Bank).

Текстът на клаузата гласи, че сумата е платима на изпълнителя без изрично поискване. Някои инженери обаче са на мнение, че изпълнителят трябва да включи тази сума в своето искане за междинно плащане и в противен случай не са задължени да я сертифицират.

Клауза 13.8 (*Adjustments for Changes in Cost*) дефинира начина, по който изпълнителят бива компенсирани при промени в цените на горива, материали, цена на труд или промени във валутни курсове. За да е приложима обаче, е необходимо наличието на таблица за корекциите с базови цени включена в договора. По принцип е препоръчително такава таблица да се разработва и прилага за договори с продължителност над 2 години. Все пак в България не е обичайно това да се прави и при повечето договори клауза 13.8 не е в сила.

Клауза	Събитие	Срок за известяване	Компенсация
1.9 Delayed drawings or Instructions	Късно предаване на чертеж или инструкция	искане за издаване на документа в разумен срок, последвано от прилагане на клауза 20.1	загуби + печалба
2.1 Right of Access to	Късно даване на право на достъп	по клауза 20.1	загуби +

Клауза	Събитие	Срок за известяване	Компенсация
the Site	и притежание на обекта		печалба
4.7 Setting-Out	При грешка в геодезическите данни, която не може да бъде открита от опитен изпълнител	по клауза 20.1	загуби + печалба
4.12 Unforeseeable Physical Conditions	Неблагоприятни и непредвидими физически условия	в разумен срок + клауза 20.1 (може и повече от 28 дни ?)	загуби (и/или стойност на вариация)
4.24 Fossils	Съобразяване с инструкции за изкопаемите	възможно най-скоро + клауза 20.1	загуби
7.4 Testing	Инструкция за допълнителен тест, който е успешен, или забавяне по вина на възложителя	по клауза 20.1	загуби + печалба
8.4 Extension of time for Completion	Няколко вида събития	по клауза 20.1	-
8.5 Delays caused by Authorities	Забавяния по вина на властите	по клауза 20.1 (през клауза 8.4)	загуби + печалба (?)
8.9 Consequences of Suspension	Спиране на работа, а също и последствия от възстановяване	по клауза 20.1	загуби
10.2 Taking over of Parts of the Works	Използване от възложителя на част от работите без съгласието на изпълнителя	по клауза 20.1	загуби + печалба
10.3 Interference with Tests on Completion	Предотвратяване на тестове	по клауза 20.1	загуби + печалба
11.2 Cost of Remedying Defects	Дефекти, които не са възникнали по вина на изпълнителя	при искане за отстраняване от възложителя + 20.1 (?)	стойност на допълнителните работи
11.8 Contractor to Search	Дефекти, които не са възникнали по вина на изпълнителя	20.1 (?), би трябвало да става и без иск	загуби + печалба
12.4 Omissions	Изключване на работи	известие с доказателства (последвано от решение по кл. 3.5)	загуби
13.2 Value Engineering	Одобрени намаления, предложени от изпълнителя	20.1 (?), би трябвало да става и без иск	50% от нетната икономия
13.3 Variation Procedure	Издаване на вариацията	по клаузи 12 + 20.1	стойност на допълнителните работи
13.7 Adjustments or Changes in Legislation	Промени в законодателството	по клауза 20.1	загуби
15.5 Employer's Entitlement to Termination	Прекратяване по желание на възложителя	по клауза 16.3 / 19.6	стойност на работите + загуби
16.1 Contractor's Entitlement to Suspend Work	Спиране на работа от изпълнителя по вина на възложителя	21 или повече дни предварително + клауза 20.1	загуби + печалба
16.4 Payment on Termination	Прекратяване на работа от изпълнителя по вина на възложителя по клауза 16.2	14 дни предварително (или незабавно в два от случаите)	връщане на гаранции, стойност на

Клауза	Събитие	Срок за известяване	Компенсация
			работите + загуби, печалба и вреди
17.4 Consequences of Employer's Risks	Повреди или загуба на работите, вследствие от риск на възложителя по клауза 17.3	възможно най-скоро / по клауза 20.1	загуби (+ печалба в два от случаите)
19.4 Consequences of Force Majeure	Невъзможност за изпълнение на задълженията, в следствие на <i>force majeure</i>	14 дни / 20.1	загуби (освен при природни бедствия)
19.6 Optional Termination, Payment and Release	Прекалено дълга невъзможност за извършване на работите	прекратяване 7 дни след подаване на известие	стойност на работите + загуби
19.7 Release from Performance under the Law	Освобождаване на някоя от страните от задълженията и поради възникване на невъзможност или незаконност на изпълнението им, или в следствие от закон	няма срок	стойност на работите + загуби
20.1 Contractor's Claims	Изпълнителят смята, че има право на удължение на времето или допълнително заплащане	28 дни (42 дни за подробен иск)	-

Спиране на работа и прекратяване на договора

За изпълнителя представляват интерес възможностите, давани му от клауза 16 за спиране или прекратяване на работа (*Suspension or Termination by Contractor*) при закъсняване на плащания или невъзможност за финансиране на договора от страна на възложителя. При закъсняване на плащане изпълнителят има право да намали темпа на работа или въобще да я прекрати. Това става след най-малко 21 дни от даване на съответното известие от негова страна. Вследствие от последващото забавяне, изпълнителят има право за подаване на иск за удължаване срока за завършване, загуби и печалба. Както и при всички други случаи, тежестта за доказване на забавянето и загубите е на изпълнителя. Това означава, че в случай на намаляване интензивността на работа, изпълнителят трябва точно да регистрира конкретните дейности, които не се извършват, и в следствие да демонстрира с актуализирана програма забавянето.

Често изпълнителят забавя темпа на работа с коректно известие, но не регистрира адекватно самото забавяне. Резултатът от това е изцяло в негова вреда – забавянето е възникнало по вина на възложителя, но е трудно да бъде околичествено. По този начин, ако забавянето се отрази на срока за завършване, изпълнителят е с трудно защитими позиции и е оставен на добрата воля на възложителя.

Освен забавяне на плащане, намаляване темпа или прекратяване на работа може да бъде предизвикано и от клауза 2.4 (*Employer's Financial Arrangements*). Възложителят е длъжен да даде разумни доказателства за способността си да изплати цената на договора при искане за това от страна на изпълнителя. На пръв поглед клаузата изглежда екзотична и безобидна, но при определени условия може да бъде и силно средство за влияние. Разбира се въпросът

какво именно може да бъде прието за “разумни доказателства” е открит и практически не може да получи общовалиден отговор – преценява се според случая.

Процедура за подаване на искове на изпълнителя

Изпълнителят може да подаде иск, винаги когато смята, че има основание за получаване на удължаване срока за завършване или допълнително плащане (клауза 20.1 *Contractor's Claims*). Основанията за това не се ограничават само с изрично изброените в договора. Важно е искът да бъде подаден в 28 дневен срок от момента, в който изпълнителят е научил (или е трябвало да научи!) за събитието, което му дава основание за иск (за разлика от предходното издание на договорните условия, където отброяването става от възникване на събитието). Ако това не бъде направено, изпълнителят губи правото си на удължение и компенсация. Не е необходимо в 28 дневен срок да бъде изпратен подробен иск – на този етап е нужно само известие за намерението на изпълнителя. Срокът за подаване на подробен иск е 42 дни от момента, в който изпълнителят е научил или е трябвало да научи за събитието.

По принцип изпълнителите предпочитат да избягват, когато е възможно, подаване на искове в самото начало на договорите. Целта е запазване на добрите отношения между страните възможно най-дълго. Краткият срок във FIDIC 1999 обаче налага преосмисляне на тази политика. Изпълнителят няма друг избор, освен да подава исковете си възможно най-бързо.

Инженерът от своя страна е задължен да одобри или отхвърли по същество иска в срок от 42 дни след подаването му (подробна оценка може да бъде дадена и по-късно). Следващият етап е постигане на съгласие между страните или издаване на решение от инженера (по клауза 3.5 *Determinations*). Въпросът какво следва, ако инженерът не успее да се произнесе в посочения срок не е решен в договорните условия и “наказание” за инженера не се предвижда. Изглежда изпълнителят е свободен да търси разрешение както в рамките на договора (при разбирателство с възложителя), така и извън тях – по съдебен път.

При несъгласие с решение на инженера всяка от страните има право да отнесе въпроса към комисия за разрешаване на спорове (*Dispute Adjudication Board*). До произнасяне на комисията обаче, предшестващото решение на инженера трябва да бъде изпълнено (или да продължи да се изпълнява). Важно е да се отбележи, че във всеки един момент, дори след издаване на решение на комисията, е възможно възложител и изпълнител да се споразумеят.

Заклучение

Изпълнителят е натоварен с може би най-отговорната задача от инвестиционния процес – осъществяване на строителството и материализиране на усилията на останалите страни. Почти винаги изпълнителите пренебрегват воденето на договорната документация като маловажен проблем и не отделят достатъчно ресурси за нея. Макар и на пръв поглед второстепенна, изрядната и пълна документация, съчетана с познаване на договорните условия, значително намалява рисковете от загуби за изпълнителя. Загубите са неизбежни при непознаване на правата и задълженията на страните.

FIDIC дава на изпълнителя множество инструменти за влияние върху хода на договора. Доброто им разбиране и използване от страна на изпълнителя е предпоставка за успешно завършване на строителството.