

КАКВО ТРЯБВА ДА ЗНАЕМ ЗА НОВИТЕ ДОГОВОРНИ ФОРМИ НА ФИДИК

Бояна МИЛЧЕВА, адвокат, съдружник в Адвокатско дружество „Димитров, Петров и Ко“

**Статията е публикувана първо в Дайджест „Собственост и право“, 2019г., кн. 02, 26.02.2019г. Рубрика: Устройство на територията и строителството*

В началото на декември 2017 г. ФИДИК1 публикува дългоочакваните нови издания на Червената, Жълтата и Сребърната книги2. Новите издания съдържат многобройни промени и са опит за модернизация на договорните форми на база на натрупания през последните 18 години опит3.

Докато индустрията ще продължи да прилага с предимство утвърдилите се вече форми от 1999 г. поне още известно време, подготовката на участниците в строителния процес за приложението на новите форми започва от сега. Това важи с особена сила за държавите - членки на ЕС, за които програмните периоди за използване на европейските механизми на финансиране ще приключат през 2020 г. и финансирането на големите проекти отново ще се насочи предимно към международните банки, които основно препоръчват използването на договорните форми на ФИДИК. С утвърждаването на новите форми (на което ФИДИК разчитат и се надяват) е много вероятно международните финансиращи банки да приемат и наложат именно тези форми.

Тенденцията в проекти, финансирани с публични средства, да се използват договорните форми на ФИДИК, вече започна и в България. На 04.09.2018 г. министърът на финансите одобри стандартни тръжни документи за водния сектор по оперативни програми „Околна среда 2014 - 2020“ и Развитие на селските региони „2014-2020“, базирани на Общите условия на Червената и Жълтата книга на ФИДИК, издания 1999 г.4 Възможното развитие на тази тенденция през следващите години неминуемо би следвало да доведе и до използването на новите договорни форми от 2017 г.

Новите договорни форми от 2017 г.

Първото, което прави впечатление, е, че новите книги са много по-дълги от предишните - всяка от тях съдържа с 50% повече думи (пр. Червена книга 1999 г. - 30 500 думи, а Червена книга 2017 - 49 000 думи), като изменения има във всяка клауза. Ориентацията в новите клаузи е доста по-лесна, тъй като термините вече са подредени по азбучен ред и подклаузите и параграфите са означени със заглавия и подзаглавия. Въпреки многото технически подобрения, големият обем е твърде вероятно да създаде проблеми на ползвателите на книгите.

Структурата на новите издания не се различава особено от най-използваните издания на книгите - тези от 1999 г. И новите договорни условия от 2017 г. включват:

1. Общи условия, към които са приложени общите условия на Договора за избягване/разрешаване на спорове и Процедурните правила на Комисията за избягване/разрешаване на спорове.

2. Ръководство за изготвяне на специфичните условия (Част А „Данни на договора“ и Част Б „Специални разпоредби“), което включва:

- a. бележки за изготвяне на тръжни документи;
- b. бележки за изготвяне на специални разпоредби;
- c. бележки относно използването на системи за строително-информационно моделиране (BIM); и
- d. образци на банкови гаранции и други обезпечения, и

3. Други образци (писмо към офертата, писмо за приемане, договорно споразумение и др.).

Общите условия вече съдържат 21 клаузи вместо досегашните 20, като процедурите, свързани с разрешаване на спорове, са отделени от исковете в нова клауза 21. Редът на клаузите се запазва, с изключение на клауза 18 и клауза 19.

В новите издания клауза 18 вече е посветена на извънредните обстоятелства (нов термин заместил непреодолима сила⁵), а клауза 19 е посветена на застраховките.

Специфичните условия вече са разделени на две части - част А „Данни по договора“ (Contract Data) и част Б - „Специални условия“ (Special Provisions):

Част А „Данни по договора“ (Contract data) съдържа специфичната информация, която определени клаузи на Общите условия предвиждат да бъде предоставена от страните. Това по същество е информацията, която изданията от 1999 г. предвиждаха да се съдържа в приложението към офертата (Appendix to tender), но обхватът е значително разширен. Приложението към офертата (Appendix to tender) съдържа препратки към 33 клаузи и подклаузи на общите условия, докато данни по договора (Contract data) препраща към 66 клаузи и подклаузи на Общите условия;

Част Б „Специални условия“ (Special Provisions) - са като цяло Специфичните условия, част от договорните форми от 1999 г., но с няколко добавки.

Може би най-важното изменение от 2017 г. по отношение на Специфичните условия е изричното указание на ФИДИК към ползвателите на книгите при съставяне на Специфичните условия да се следват т. нар. „Златни принципи“ на ФИДИК:

- Правата, задълженията, ролята и отговорностите на страните по договора трябва като цяло да са съобразени с предвиденото в Общите договорни условия и със спецификите на конкретния проект.
- Специфичните условия трябва да са ясни и недвусмислени.
- Специфичните условия не трябва да променят баланса при разпределението на рисковете и възнагражденията, както са предвидени в общите условия.
- Сроковете, предвидени за изпълнение на задълженията на страните по договорите, трябва да са разумни.
- Всички спорове следва да бъдат отнасяни до Комисия за избягване и разрешаване на спорове (КПРС) като условие за отнасяне на спора към арбитраж.

Въпреки множеството дискусии при съставянето на новите издания, „Златните принципи“ не станаха част от самите Специфични условия, а бе прието да имат препоръчителен характер. Практиката предстои да покаже дали и доколко ползвателите на книгите ще се съобразят с посочената препоръка на ФИДИК.

Основните промени в Общите условия

1. Дефиниции

Новите книги съдържат 30 дефиниции повече спрямо старите, като вече са дефинирани и понятия като „Иск“ (Claim), „Обезщетение за забава“ (Delay Damages), „Известие“ (Notice), „Спор“ (Dispute), „Непредвидим“ (Unenforceable), „Разходи с Печалба“ (Cost Plus Profit), „Комисия за избягване/разрешаване на спорове“ или „КИРС“ (Dispute Avoidance/Adjudication Board or DAAB) и т.н.

По подобие на подхода, който ФИДИК винаги е имал, новите понятия са внимателно и подробно разписани и свързани с определени договорни последици, които може и да се различават от това, което практиката е възприемала на база на изданията на договорите от 1999 г. За пример можем да вземем определението за „Непредвидим“, при което моментът, към който се преценява дали едни обстоятелства са непредвидими се променя и това променя възможностите на изпълнителя да иска удължаване на срока и допълнителни разходи по реда на подклауза 4.12 (една от най-често използваните от изпълнителите).

2. Реципрочни права и задължения

ФИДИК винаги е изтъквал като основно достойнство на своите договорни условия балансираността и справедливото разпределение на рисковете между участниците в строителството (не случайно това е и един от „Златните принципи“). Тази балансираност е засилена при новите издания чрез включване на повече реципрочни права и задължения.

Най-добрият пример в тази насока е новата редакция на клауза 20, в която вече е уредена процедурата по спорове не само за изпълнителя, но и за възложителя, като условията са до голяма степен уеднаквени (клауза 20 ще бъде подробно разгледана по-долу). Друг пример е подклауза 1.13, която вече задължава и изпълнителя, и възложителя да спазват всички законови изисквания, като изпълнителят вече също има задължение да съдейства на възложителя при снабдяване с разрешителни и лицензии (допълнение в подклауза 1.13 със същия текст като подклауза 2.2).

Новото задължение по подклауза 8.4 за ранно предупреждаване за обстоятелства, които могат да доведат до забава или допълнителни разходи, е предвидено както за изпълнителя, така и за възложителя.

3. Инженерът

Клауза 3 е между клаузите с най-много изменения в новите издания. Някои от измененията имат само уточняващ характер и възпроизвеждат положения, които практиката е наложила с годините. Такива са например уточнението, че инженерът може да е юридическо лице, че трябва да е квалифициран като инженер и трябва да говори водещия език на договора. Вече изрично е предвидено, че инженерът може да назначи свой представител (а не асистент, каквато възможност съществуваше съгласно изданията от 1999 г.).

Съществените изменения са свързани с основните пълномощия на инженера по договора - да дава решения по въпросите, свързани с изпълнение на договора, които са първа фаза в четирифазния процес на производство по исковете.

В новата редакция на подклауза 3.5. е уредена процедура при инструкция на инженера, която не е изрично указано, че е изменение, но изпълнителят смята, че има изменение. В тези случаи изпълнителят трябва да даде незабавно и преди започване на работата уведомление до

инженера, което да бъде мотивирано. Счита се, че инженерът е отменил инструкцията си, ако в 7-дневен срок не даде уведомление за потвърждаване, отмяна или изменение на инструкцията.

Значително е разширена и детайлизирана разпоредбата относно решенията на инженера, която вече е подклауза 3.7, а не подклауза 3.5. Процедурата е разписана в множество стъпки с включени срокове. Тази процедура ще се прилага не само по отношение на искове, но и в други случаи като измерване на работите, в случай че изпълнителят не е съгласен с измерването, направено от инженера (подклауза 12.1 от Червената книга), относно правата на изпълнителя в случай на вариация по подклауза 13.3 и т.н.

В подклауза 3.7. изрично вече се предвижда, че „Когато действа по тази подклауза, инженерът трябва да третира и двете страни безпристрастно, по справедлив и непредубеден начин“ и да не действа за възложителя.

Съгласно новата процедура, ако възниква въпрос или иск, който е отнесен до инженера, инженерът се консултира със страните с цел да постигне споразумение в срок от 42 дни (или друг срок, предложен от инженера и одобрен от страните). Ако не бъде постигнато споразумение, инженерът има допълнителни 42 дни да вземе „справедливо решение“.

В случай че инженерът не даде уведомление относно споразумението или решението си в срок:

в случай на иск - искът се счита отхвърлен; предявяващата страна трябва да даде уведомление за несъгласие в срок от 28 дни, иначе искът се счита за окончателно отхвърлен;

в случай на въпрос (който не е иск) - възниква спор, който може да бъде отнесен до КИРС, без да е необходимо да се дава уведомление за несъгласие.

Новите издания изискват още по-активна роля на инженера, като случаите, в които трябва да действа в точно определени срокове, са повече, включително ако инженерът не издаде сертификат за приемане по подклауза 10.1 или сертификат за изпълнение по подклауза 11.9 в указаните срокове, тези сертификати се считат за издадени.

4. Проектиране и изисквания за извършване на работите

Новите издания предвиждат няколко промени, свързани с разпоредбите за проектиране и предназначението на които трябва да отговарят работите - предмет на съответния договор.

Най-важните от тях са свързани с изискването работите да отговарят на определено предназначение. Подклауза 4.1. от Жълтата книга - 1999 предвижда такова задължение, което е запазено и в новите издания, но изрично се предвижда в техническата спецификация (изискванията на възложителя) да се посочи изискваното договорно предназначение и резултатът, който трябва да се постигне с проекта. Ако такова предназначение не е посочено, то работите трябва да отговарят на тяхното обикновено предназначение.

Тази разпоредба (идентична с правното разрешение, което се съдържа в чл. 261 от Закона за задълженията и договорите) е включена в новите издания на Жълтата и Сребърната книги. При Червената книга се запазва изискването работите да отговарят на предназначението, „определено в договора“, и ако такова няма - то изпълнителят и в частност проектантът на изпълнителя би изпълнил точно и само при полагането на определени усилия дори и да не е постигнат точен резултат.

Задължението за постигане на определен резултат вече е гарантирано и със задължение на изпълнителя да обезщети възложителя за вредите, ако резултатът не е постигнат. Това ново задължение за обезщетяване е твърде вероятно да се превърне в една от най-проблемните клаузи за изпълнителите, които те ще се опитват да променят и облекчават чрез изменение в специфичните условия. Изпълнителите трябва да внимават и за възможностите в данните по договора да се изиска специална застраховка, която да покрива вредите от непостигане на договорното предназначение на работите.

Друга важна промяна е свързана с това, че ФИДИК е разработил и брошура относно BIM, която включва упътвания кои общи условия ще трябва да се ревизират чрез промени в специфичните условия, ако в съответния проект ще се използва BIM.

5. Финансови ангажименти на възложителя

Подклауза 2.4, една от най-дискусионните и със сигурност най-нехаресваната от възложителите, е запазена с промени в новите издания. Начините на осигуряване на финансирането от възложителя вече се заявяват в данните по договора, т. е. още в търговата фаза, за да се осигури възможност на изпълнителя да прецени тяхната задоволителност и съответно желанието си да се ангажира със съответната поръчка. Ако възложителят възнамерява да прави сериозни промени във финансирането, той е длъжен да уведоми изпълнителя.

На изпълнителя е дадена възможност да изисква доказателства за възможностите за заплащане на цената по договора, в случай че е дадена инструкция за изменение на стойност повече от 10% от стойността по договора, в случай че не получава плащане, или в случай че има данни за промяна в начина на финансиране. Ако възложителят не представи достатъчни доказателства, изпълнителят има право да спре изпълнението и да развали договора (подклаузи 16.1 и 16.2). Кои доказателства са „достатъчни“ предстои да определи практиката, която несъмнено ще се натрупа по тези клаузи, които са от най-често използваните от изпълнителите за излизане от договора.

6. Плащания

Структурата на клауза 14 „Плащания“ остава непроменена, но новите издания предвиждат някои важни промени.

Новата формулировка на подклауза 14.2 изяснява въпрос, който досега е бил дискуссионен в практиката в смисъл, че авансово плащане се дължи само ако изрично е предвидено в данните по договора.

Подклауза 14.6. въвежда ново изискване за изискуемост на плащанията към изпълнителя - той да е назначил своя представител по договора.

Предвиждат се нови изисквания към съдържанието на междинните сертификати за плащане - инженерът вече е задължен да посочи всички разлики между сумите, включени като искане от изпълнителя, и тези, признати от инженера, както и основанията за тези разлики. Изпълнителят има право отново да поиска непризнатите суми в следващия сертификат и ако повторно не бъдат признати, да отнесе спора за разрешаване от инженера по реда на подклауза 3.7.

Важни промени за изпълнителите има и по отношение на сертификата за финално плащане. Вече не е достатъчно изпълнителят да включи всички суми, които претендира в искането за издаване на сертификата за финално плащане, а трябва и да предяви иск за тях в срок от 56 дни

от получаване на сертификата за финално плащане. Ако изпълнителят пропусне този срок, се смята, че е приел сумите, които са включени в сертификата за финално плащане.

7. Изменения

Запазва се принципът, че изпълнителят може да възрази срещу инструкция за изменение на лимитиран брой основания, но основанията вече са различни спрямо редакциите от 1999 г. и включват:

Факта, че изменените работи са непредвидими, като се вземе предвид характеристиката на работите, съгласно техническата спецификация.

Изменението ще затрудни възможностите на изпълнителя да изпълни задълженията си, свързани с безопасността и опазването на околната среда.

Изменението ще затрудни възможностите на изпълнителя да извърши работите, съгласно договорното им предназначение.

Новите договорни форми вече разрешават по съгласие на страните изменението да води до отпадане на част от работите, за да може те да бъдат изпълнени от друг изпълнител. В този случай обаче изпълнителят ще има право да претендира всички вреди, включително пропуснатите ползи.

Подклауза 13.3.1. вече изрично казва, че изпълнителят не е длъжен да мине по реда на процедурата за искове по клауза 20, ако претендира удължаване на времето и разноски вследствие на изменение.

Запазват се разпоредбите относно изменения в резултат на промени в законодателството, като се предвижда, че промени в изискванията за снабдяване с разрешения по реда на подклауза 1.13 също е такова изменение.

8. Време и програма

Подклауза 8.3. е разширена и предвижда в много по-големи детайли съдържанието на програмата на изпълнителя, включително изисквания за връзки между активностите и критичния път.

Основанията, на които изпълнителят може да иска удължаване на времето, вече са посочени в подклауза 8.5, но остават почти непроменени (има нови критерии за наличието на „изключително неблагоприятни атмосферни условия“, както и възможност да се иска удължаване за забавяния от властите и доставчиците на комунални услуги).

Нов момент е разпоредбата, касаеща едновременната забава на изпълнител и възложител - последният параграф на подклауза 8.5 предвижда в този случай да се прилагат процедурите, определени в специфичните условия, а ако няма такива „според обстоятелствата в конкретния случай“. Тази твърде лаконична разпоредба е твърде вероятно да предизвика доста спорове, тъй като не дава отговор на основни въпроси, свързани с едновременната забава, като това, дали събитията трябва да са критичният път, дали трябва да имат еднакъв потенциал да предизвикат забава и т. н.

На практика най-често използваните процедури при едновременна забава на изпълнителя и възложителя са тези от протокола относно забава и дезорганизация на Британското общество по строително право. Твърде е възможно тези процедури отново да се използват и при

действието на новите договорни форми, които не предвиждат никакви конкретни правила. Второто издание на протокола от 2017 г. предвижда, че:

изпълнителят има право на удължаване на времето за забавата, причинена от възложителя; забавата на изпълнителя не засяга това право;

изпълнителят може да претендира обезщетение единствено за вреди, които са претърпени в резултат на забавата на възложителя.

9. Ограничаване на отговорността

Разпоредбите относно ограничаване на отговорността вече са в клауза 1, а не в клауза 17, за да се подчертае по-генералния им характер.

Изключването на отговорността за пропуснати ползи и за непреки вреди вече е разширено и по отношение на вредите за забава, измененията и вредите от нарушения на авторското право.

Изключва се отговорността за „пропуснати ползи, загуби от договор или и за непреки и косвени загуби или вреди“, освен в следните случаи (изключенията са повече от тези в ЧК/1999 г.):

Подклауза 8.8 Обезщетение за забава

Параграф (с) на подклауза 13.3.1 Вариация чрез инструкция

Подклауза 15.7 Плащане след прекратяване по преценка на възложителя

Подклауза 16.4 Плащане след прекратяване от изпълнителя

Подклауза 17.3 Интелектуална и индустриална собственост

Първият параграф на подклауза 17.4 Обезщетения от изпълнителя, и

Подклауза 17.5 Обезщетения от възложителя.

Пропуснатите ползи са изключени независимо от характера им.

Лимитът на общата отговорност на изпълнителя към възложителя е сумата, посочена в данните на договора или (ако не е посочена сума) приетата договорна сума (с изключение на подклаузите, посочени във втория параграф). Отговорността обаче не се ограничава в случаи на „измама, груба небрежност, умисъл или безразсъдно поведение.

10. Прекратяване

Промените в клаузите за прекратяване са многобройни. В клауза 15 „Прекратяване от възложителя“ са включени нови основания за прекратяване:

Неизпълнение от страна на изпълнителя на влязло в сила и окончателно решение на инженера (при положение че това неизпълнение е и съществено неизпълнение на договора).

Неизпълнение на решение на КИРС (при положение че това неизпълнение е и съществено неизпълнение на договора).

Ако горната граница на обезщетението за забава е достигната поради забава на изпълнителя (ако такава горна граница е била уговорена в данните по договора).

Установено е на база на разумни доказателства, че изпълнителят е участвал в корупционни или измамни практики във връзка с договора.

Възможностите на възложителя да развали без предизвестие са допълнение с нарушение на задълженията на изпълнителя относно подизпълнителите и прехвърлянето на права.

Клаузата за прекратяване от възложителя без причина

(т. е. без неизпълнение от страна на изпълнителя) е съществено изменена и възложителят вече трябва да плати всички вреди на изпълнителя, включително пропуснати ползи - обхватът е много по-широк в сравнение с разпоредбата на предишните редакции, които предвиждаха покриване само на плащане на извършената работа, разходите за демобилизация и разходите, направени в очакване да се завърши работата. Така последствията при прекратяване от възложителя без причина вече на практика не се различават от прекратявания поради неизпълнение от възложителя.

Нови основания за прекратяване са включени в клауза 16 „Прекратяване от изпълнителя“:

Неизпълнение от страна на изпълнителя на влязло в сила и окончателно решение на инженера (при положение, че това неизпълнение е и съществено неизпълнение на договора).

Неизпълнение на решение на КИРС (при положение че това неизпълнение е и съществено неизпълнение на договора).

Установено е на база на разумни доказателства, че възложителят е участвал в корупционни или измамни практики във връзка с договора.

Прехвърляне на правата и задълженията по договора без съгласието на другата страна.

Ако изпълнителят не получи известие за започване на работите в срок от 84 дни от получаване на писмото за приемане на офертата.

11. Грижа за работата и обезщетения

Старата Клауза 17, посветена на рисковете на възложителя и обезщетенията, е изцяло реструктурирана, но разпределението на рисковете е запазено.

Списъкът с рисковете на възложителя е разширен и вече обхваща и нарушавания на право на преминаване или други сервитути, свързани с договора, както и обща клауза за актове и нарушения на персонала на възложителя или други изпълнители на възложителя.

Задълженията на изпълнителя да обезщети възложителя са разширени и със случаите, в които работите не отговарят на тяхното договорно предназначение.

Задълженията на възложителя да обезщети изпълнителя също са променени и изпълнителят има право на обезщетение за вреди, нанесени на имущество на изпълнителя (извън работите, предмет на договора) в резултат от небрежност, умисъл, неизпълнение от страна на възложителя или в резултат на други рискове на възложителя.

12. Застраховки

Клаузата за застраховките е изцяло изменена. В допълнение към застраховките, които се изискват от изпълнителите в момента, изпълнителят вече ще трябва да поддържа и застраховка „Професионална отговорност“, като лимитите ще се предвиждат в данните по договора и ще покриват и задълженията на изпълнителя да постигне определен резултат и работите да отговарят на тяхното договорно предназначение.

Изпълнителят е задължен да застрахова и всички стоки, което трябва да покрие рисковете, свързани с оборудването на изпълнителя и временните работи.

Б.Р. В следващия брой ще бъдат разгледани въпроси, свързани с отправяне на искове и разрешаване на спорове по договорите ФИДИК.

1 „Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils“ (Международна Федерация на инженерите - консултанти) - международна неправителствена организация, основана през 1933 г., която представлява интересите на инженерите - консултанти в глобален мащаб и нейни членове са националните асоциации на инженерите - консултанти, които в момента са повече от 100 асоциации, 40 000 фирми и повече от 1 милион инженери. Българският член е Българска асоциация на архитектите консултанти (БАИИК).

2 Договорни условия за строителство - за строителни и инженерни проекти, проектирани от възложителя (Червена книга), Договорни условия за проектиране и строителство на технологично оборудване - за електро и машинно-монтажни работи и за строителни и инженерни проекти, проектирани от изпълнителя (Жълта книга), договорни условия за проектиране, доставка и строителство „до ключ“ (Сребърна книга).

3 Предишните издания са публикувани през 1999 г.

4 Достъпни на следния интернет адрес:

http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/obraztzi/razpechatvane2/Zapoved_04092018.pdf
(последно посетен на 30.11.2018 г.)

5 Термините се използват със същото съдържание като в изданията на договорните форми на ФИДИК и съответно са изписани с главни букви по начина, по който се изписват в договорните форми.