

КРАТКИЙ КОММЕНТАРИЙ

к русской версии Рамочного договора об альянсе FAC-1

В настоящем кратком комментарии мы остановимся лишь на концептуальных моментах, идеологии сотрудничества договорных моделей в строительстве и, прежде всего, «FAC-1 Framework Alliance Contract» (далее – FAC-1), без которых понимание последнего было бы в существенной части затруднено.

Появлению в последнее время различных сотрудничество договорных моделей в строительстве мы обязаны растущим издержкам на реализацию строительных проектов. Данное обстоятельство связано с известным кризисом в управлении строительным проектом, который традиционно основан на синергетических договорных конструкциях, предопределяющих различные интересы его участников. Так, договор строительного подряда по модели генерального подряда предполагает наличие лица работающего (генерального подрядчика) и контролирующего работу (заказчика), что само по себе предполагает некоторый конфликт, а при перенесении функций по организации строительства на генерального подрядчика (особенно в EPCM-моделях) напряжение переносится на взаимоотношения генерального подрядчика и субподрядчиков. В случае когда заказчик привлекает технического заказчика (инженера-консультанта, иное подобное лицо), последний, являясь агентом заказчика, лишь берет на себя натянутые вожжи проекта, снимая с заказчика *де-факто* активную роль в реализации строительства. К этому следует добавить часто слабо развитую на практике обязанность по сотрудничеству между сторонами договора строительного подряда, а также практическое отсутствие сотрудничества на преддоговорной стадии реализации проекта.

Такое положение приводит к замалчиванию проблем, возникающих в ходе строительства, а латентные проблемы приносят все возрастающие негативные последствия для логистики строительства, приводят к убыткам заказчика, нарушениям сроков строительства. Общее недоверие между участниками строительства порождает многочисленные арбитражные споры, что, в свою очередь, влечет за собой большие расходы, часто потерю темпа проведения работ, окончательную потерю доверия между подрядчиком и заказчиком.

Подобные тенденции в строительной отрасли поставили задачу смены парадигмы в управлении строительством, которую сэр Майкл Лэтэм в своем известном отчете 1994 г. видел в активном применении принципа сотрудничества в строительстве.

Модель FAC-1 является одной из самых успешных моделей сотрудничества в строительстве.

Главной характеристикой данной модели является то, что она представляет собой рамочный договор об управлении строительством, т.е. организационный договор, не порождающий собственно обязательств по поставке, выполнению строительно-монтажных и прочих работ. Последние обязательства возникают из так называемых проектных договоров, т.е. договоров поставки, строительного подряда и проч., которые заключаются в порядке, определенном FAC-1. Рамочный договор об Альянсе объединяет основных участников процесса строительства – заказчика, подрядчиков, поставщиков, управляющего альянса, деятельность которых организует и координирует альянс.

Договор по модели FAC-1 действует как на стадии, предшествующей заключению проектных договоров, так и на стадии их реализации. Именно на основании условий FAC-1 осуществляется отбор участников альянса, многие из которых впоследствии станут сторонами проектных договоров на стороне исполнителя. При этом деятельность альянса направлена на быстрое выявление и незамедлительное устранение общими усилиями любых

проблем, негативно влияющих на ход и результат строительства. Здесь ключевые места отводятся *управляющему альянса и основной группе* (п. 1.6–1.7), принимающей на себя, так сказать, функции своеобразного «штаба строительства». Важно, что функции указанных субъектов получают свое юридическое воплощение в обязывающих нормах FAC-1. При этом (что традиционно для системы общего права) обязательства участников альянса строятся на принципах добросовестности, справедливости, обязанности действовать с наивысшей степенью осмотрительности и заботливости.

Еще одна характеристика FAC-1 – гибкость предложенных решений, большинство из которых могут быть дополнены или изменены исходя из специфики юрисдикции применения или особенностей проекта. При этом FAC-1 практически не затрагивает *проектных договоров* – они могут получить свое развернутое регулирование с помощью других типовых форм – *FIDIC, NEC* или др.

Изучение FAC-1 применительно к российскому гражданскому законодательству поставило вопрос о *квалификации договора согласно положениям ГК РФ*.

Согласно ст. 421 ГК РФ в Российской Федерации действует принцип свободы договора, согласно которому среди прочего стороны могут заключить поименованный, смешанный (т.е. содержащий элементы различных поименованных) или непоименованный договор. С практической точки зрения данное различие сводится к тому, какие нормы ГК РФ подлежат применению к заключенному сторонами соглашению. Так, к поименованному договору применяются соответствующие правила ГК РФ (иного законодательного акта, в котором содержится правовое регулирование соответствующего договорного типа), к смешанному договору применяются правила о поименованных договорах, элементы которых он содержит, к непоименованному договору, в свою очередь, применяются только общие положения ГК РФ. При этом как нормы о поименованных договорах, так и общие положения ГК РФ содержат различные, в том числе императивные, нормы. Кроме того, данные нормы могут противоречить существу контракта FAC-1. В связи с этим вопрос о квалификации данного контракта по российскому праву выходит на первый план. При этом следует учитывать то обстоятельство, что английское право не знает свойственно континентальному правопорядку законодательного разделения договоров на типы, в связи с чем при решении вопроса о квалификации контракта FAC-1 следует исходить лишь из особенностей возникающих из данного контракта прав и обязанностей его сторон в их взаимосвязи с типизацией договоров, предложенных ГК РФ¹.

Исследование контракта FAC-1 выявило следующие его характерные черты:

- многосторонность (контракт предполагает множественность участников альянса – *заказчик, управляющий альянсом, участники альянса, независимый консультант* (п. 1.1, 1.6, 1.7, 1.11 контракта FAC-1). Участники альянса заключают *Рамочный договор об Альянсе*;

- у каждого участника альянса возникают права и обязанности, отличные от прав и обязанностей других участников (группы участников), например, *заказчик* обязан уплатить цену *управляющему альянсом, участнику альянса* (п. 8), вправе инициировать заключение договора с *участниками альянса*, назначать членов *основной группы*², *Управляющий альянсом* является представителем *заказчика*, координирует работу *альянса* и т.д. Имеются и общие обязанности всех *участников альянса* (например, по информированию). При этом синаллагматической связи между всеми участниками не прослеживается (юридическим основанием для возникновения обязанности *заказчика* по платежам являются *проектные договоры*, FAC-1 лишь указывает на источник финансирования строительства);

- в целом *альянс* выполняет функции по организации, координации и контролю за деятельностью *альянса* (управлению строительством, включая поставку материалов, страхование рисков *участниками альянса* и проч.);

- из контракта FAC-1 не возникает обязательств его участников по выполнению работ, поставки и проч., эти обязательства возникают из *проектных договоров*;

- *альянс* не является *партнерством* (п. 13.1), под которым понимается хозяйствующий субъект, создающий солидарную ответственность между своими членами (см. Приложение 1 к контракту FAC-1);

- основное содержание контракта FAC-1 определяется *рамочными документами*, в частности, *описанием проекта, графиком, рамочными ценами, реестрами рисков* (п. 1.3–1.5 контракта);

- при банкротстве участника альянса, помимо последнего или единственного *заказчика (дополнительного заказчика)*, обанкротившийся участник выбывает из *альянса*, при банкротстве последнего или единственного *заказчика (дополнительного заказчика)* альянс прекращает свое существование (п. 14.3);

¹ Английскому праву не свойственно законодательное регулирование гражданско-правовых, в том числе договорных, отношений (за не которыми исключениями, например, договоры с потребителями), исторически оно построено на прецедентной системе. Это привело к тому, что в сфере договорного права практически отсутствуют императивные нормы, касающиеся того или иного договорного типа (большинство ограничений касается любых волеизъявлений – недопущения насилия, наличие дееспособности и проч.). При формулировании договора стороны исходят из принципа свободы договора, который понимается весьма широко, и практически не рискуют, выйдя за рамки договорного типа, сформулировать недопустимое условие. См.: *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] A.S. 827 at 848; *Chitty on Contract*. 2008. V. 1. P. 11–13.

² Основная группа – лица, указанные в Рамочном соглашении об альянсе или в Соглашении о присоединении в качестве членов Основной группы, при условии согласования в каждом случае изменений и заместителей в соответствии с п. 1.6.1.

– выход участника альянса из альянса не прекращает его (за исключением выхода единственного или последнего заказчика (дополнительного заказчика)).

Указанные черты контракта FAC-1 позволяют выдвинуть следующие гипотезы в отношении его квалификации.

А. Следует рассмотреть вопрос о допустимости квалификации контракта FAC-1 как рамочного договора. Такое предположение основывается на наименовании самого контракта как рамочного, а также на том, что существенная часть условий контракта FAC-1 (*описание проекта, график, рамочные цены* и проч.) касается проектных договоров.

Согласно ст. 429.1 ГК РФ рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора. При этом к отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в том числе в случае незаключения сторонами отдельных договоров, подлежат применению общие условия, содержащиеся в рамочном договоре, если иное не указано в отдельных договорах или не вытекает из существа обязательства.

Однако контракт FAC-1, как было показано, содержит в себе не условия будущих *Проектных договоров*, а условия, касающиеся либо отношений на стадии, предшествующей заключению проектных договоров, либо отношений по управлению строительным проектом. В связи с этим в полной мере отнести контракт FAC-1 к рамочным договорам не представляется возможным.

Б. Отсутствие в целом в контракте FAC-1 встречных синаллагматических обязательств, его многосторонность, самостоятельные функции каждого из участников, направленные на достижение единых целей (см. *цели*) позволяет предполагать, что данный контракт приближен к договору о совместной деятельности (простому товариществу).

Согласно ст. 1041 ГК РФ по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели.

Вместе с тем сомнения вызывает сформулированный как императивная норма п. 2 ст. 1047 ГК РФ, в силу которого если договор простого товарищества связан с осуществлением его участниками предпринимательской деятельности, товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения. Между тем солидарность ответственности *участников альянса*, как было показано, исключена.

Кроме того, в соответствии со ст. 1046 ГК РФ порядок покрытия расходов и убытков, связанных с совместной деятельностью товарищей, определяется их соглашением. При отсутствии такого соглашения каждый товарищ несет расходы и убытки пропорционально стоимости его вклада в общее дело. Соглашение, полностью освобождающее кого-либо из товарищей от участия в покрытии общих расходов или убытков, ничтожно. Как видится, такой подход не согласуется с идеей контракта FAC-1, согласно которому *заказчик (дополнительный заказчик)* оплачивает другим участникам альянса цену соответствующего *проектного договора*.

В. Учитывая изложенное, FAC-1 следует рассматривать как многосторонний непоименованный договор, который не порождает права и обязанности участников *проектных договоров* (подряд, поставка и проч.). Вместе с тем, как может показаться, контракт FAC-1 может содержать в себе элементы поименованных договоров. В частности, такой вывод может касаться уполномочивания *заказчиком (дополнительным заказчиком) управляющего альянсом* действовать от имени и в интересах соответствующего *заказчика* по вопросам, указанным в *рамочном соглашении* (п. 3.2). Здесь можно проследить элементы договора поручения и представительства. Равным образом в отдельных отношениях между *заказчиком* и *управляющим альянсом* можно найти элементы договора возмездного оказания услуг (п. 1.3.2, приложение 1). Данные выводы основаны на том, что в рассматриваемых отношениях можно найти встречность обязательств (например, *управляющий альянсом* обязан осуществлять представительство по отдельным вопросам, а *заказчик (дополнительный заказчик)* – выплачивать ему соответствующее вознаграждение).

Однако мы не разделяем такой гипотезы. FAC-1 ничего не говорит о договоре, заключаемом между *заказчиком* и *управляющим альянсом*, между тем отдельные обязательства, возникшие из этого договора, прослеживаются, как было показано, в тексте FAC-1. Исходя из систематического и телеологического толкования условий FAC-1, следует сделать вывод, что одновременно с заключением контракта FAC-1 заказчик заключает с *управляющим альянсом* договор (возмездного оказания услуг) по правилам заключения *проектных договоров*.

FAC-1 в своей оригинальной версии предполагает две процедуры заключения договоров: прямую (для выбора *участников альянса*) и конкурентную (для заключения *проектных договоров*). Есть все основания полагать, что *прямая процедура заключения договоров* носит неконкурентный характер, что может противоречить российскому законодательству (федеральным законам от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»).

В связи с этим FAC-1 претерпел следующую адаптацию.

Исключено указание на *прямую процедуру заключения соглашений*. Тендерные процедуры разделены на два условных этапа, оба из которых носят конкурентный характер. Первый этап. Выбор участников альянса осуществляется на основании конкурентной процедуры с **неценовым** критерием выбора победителя (опыт работы, компетенции и проч.) и назван *квалификационной конкурентной процедурой заключения договоров*. Второй этап. Заключение проектных договоров. Выбор контрагентов по *проектным договорам* среди участников альянса на основании исключительно **ценового** критерия. Данная процедура названа *ценовой конкурентной процедурой заключения договоров*. Такой подход при принципиальности модели FAC-1 о выборе контрагентов по *проектным договорам* только среди изначально отобранных участников альянса является единственным путем адаптации указанной модели к российскому законодательству.

5. При адаптации FAC-1 возник вопрос о соответствии структуры договорных связей по FAC-1 нормам Градостроительного кодекса РФ, т.е. публичного законодательства. Данный вопрос касается, прежде всего, статуса *управляющего альянсом* и его соотношения со статусом технического заказчика (консультанта, инженера-консультанта). Прямого противоречия императивным нормам в данной сфере не выявлено, вместе с тем следует четко сопоставить функции *управляющего альянсом*, технического заказчика, инженера-консультанта.

Изучение показало, что функции технического заказчика (п. 22 ч. 1 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ) лишь частично пересекаются с функциями *управляющего альянсом* (п. 3. 1). Так, *управляющий альянсом* не осуществляет контроль и надзор за строительством, не осуществляет взаимодействие с государственными органами по вопросам строительства, однако осуществляет управление рисками, стимулами, платежами, возглавляет *основную группу*. Учитывая, что FAC-1 является договором об управлении строительством, *управляющий альянсом* выполняет особую функцию по управлению и координации строительства, объединяя усилия всех основных участников процесса. Это подтверждает и то, что согласно FAC-1 возможно привлечение *независимого консультанта* как самостоятельного участника альянса. При этом в общем плане функции *управляющего альянсом*, *независимого консультанта* и технического заказчика имеют общие цели содействия строительству, а положения FAC-1 о функциях *управляющего альянсом* носят диспозитивный характер. Следовательно, *управляющего альянсом* можно наделить дополнительными функциями, свойственными техническому заказчику.

Н.Б. Щербаков,
автор русской версии FAC-1,
преподаватель кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
член правления Международной ассоциации строительного права
(ICLA, Stuttgart)