

Biuletyn



KONSULTANT

Program konferencji

str. 2

Procedura czy człowiek?

str. 3

Modyfikacja warunków kontraktowych FIDIC w zamówieniach publicznych

str. 5

Zgodność warunków kontraktowych FIDIC z prawem polskim

str. 10

Czy zapisy w warunkach kontraktowych FIDIC prowadzą do sporów?

str. 13

„Legalne uwarunkowania rozjemstwa – prawne podstawy rozjemstwa”

str. 18

Inżynier & spory. Rola Inżyniera w zapobieganiu sporów

str. 20

Procedura rozjemstwa a procedura sądu arbitrażowego

str. 22

Tezy, klauzule rozjemcze i arbitrażowe

str. 24

Wykonalność decyzji Komisji rozjemczej w umowach

str. 26

FIDIC and the use of Dispute Adjudication Boards

str. 30

Dispute Boards – A General Introduction to a Promising Concept

str. 33

Dispute Boards (DBs) Resolution of construction disputes in real time

str. 36

Tsunami sporów przed nami

(rozjemstwo i arbitraż w kontraktach budowlanych)

21–22 Stycznia 2010 r.



Organizator:



Organizacje wspierające:



Polska

Patronat honorowy:



MINISTERSTWO INFRASTRUKTURY

program konferencji

Dzień 1 (międzynarodowy)

09.45–10.00:

Kawa powitalna

10.00–10.30:

Referat wprowadzający. (Krzysztof Woźnicki, Prezes SIDiR).

10.30–11.00:

Legalne uwarunkowania (umocowania) rozjemstwa. (Ryszard Stopa, Członek Zarządu SIDiR).

11.00–11.30:

Klauzule rozjemcze i arbitrażowe. (Krzysztof Czeszejko-Sochacki, Wiceprezes ICC Polska).

11.30–12.00:

Przerwa kawowa

12.00–12.30:

Arbitraż instytucjonalny czy *ad hoc* – doświadczenia ICC i KIG. (Piotr Nowaczyk, Salans, Reprezentant Polski w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym ICC).

12.30–13.00:

Wykonalność decyzji Komisji Rozjemczej. (Paweł Pietkiewicz, CMS Cameron-McKenna).

13.00–13.30:

Komisja Rozjemcza: Ogólne wprowadzenie do koncepcji. David Brown, Shadbolt LLP, UK.

13.30–14.30:

Obiad

14.30–15.00:

Rozstrzyganie sporów budowlanych przez Komisję Rozjemczą. (Volker Jurowich, Prezydent DRBF Region 2).

15.00–15.30:

FIDIC i Komisja Rozjemcza. (Enrico Vink, Dyrektor Zarządzający FIDIC).

15.30–16.00:

Zamknięcie pierwszego dnia obrad.

18.00–22.00:

Uroczysta kolacja

Dzień 2 (warsztaty)

09.45–10.00:

Kawa powitalna

10.00–10.30:

Zgodność Warunków Kontraktowych FIDIC z prawem polskim. (Ewa Wiktorowska, Prezes Fundacji Zamówień Publicznych – Inicjatywa Win-Win).

10.30–11.00:

Zapisy w Warunkach Kontraktowych FIDIC prowadzące do sporów. (Paweł Zejer, Członek Zarządu SIDiR).

11.00–11.30:

Pozytywne przykłady modyfikacji zapisów w Warunkach Kontraktowych. (Zbigniew J. Boczek, Wiceprezes SIDiR).

11.30–12.00:

Przerwa kawowa

12.00–12.30:

Zapobieganie sporom. Przygotowanie inwestycji. Przygotowanie przetargu. Prawa i obowiązki Inżyniera Kontraktu. (Krzysztof Woźnicki, Prezes SIDiR).

12.30–13.00:

Procedura rozjemstwa a procedura Sądu Arbitrażowego. (Robert Wysok, Wysok i Wysok Radcowie Prawni Spółka Partnerska).

13.00–13.30:

Dyskusja i zamknięcie obrad konferencji.

13.30–14.30:

Obiad



Biuletyn Informacyjny „Konsultant” Stowarzyszenia Inżynierów, Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR)

Adres: ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa, tel./fax.: +48 022 826 16 72, tel./fax.: +48 022 826 56 49, e-mail: biuro@sidir.pl

Kolegium redakcyjne: Zbigniew Boczek (redaktor naczelny),

Członkowie: Grażyna Łuka-Doktorska, Włodzimierz Kiemożycki, Tomasz Latawiec, Krzysztof Woźnicki.

SIDiR jest członkiem:



Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils - FIDIC



European Federation of Engineering Consultancy Associations - EFCA



The Dispute Resolution Board Foundation - DRBE

Publikowane w Biuletynie „Konsultant” artykuły prezentują stanowiska, opinie i poglądy ich Autorów. Redakcja zastrzega sobie prawo do adiustacji tekstów i zmiany tytułów. Przedruki i wykorzystanie opublikowanych materiałów może odbywać się za zgodą Kolegium redakcyjnego. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść zamieszczanych reklam.

Projekt i druk: Vega design Jacek Milewski. www.vegadesign.pl

Procedura czy człowiek?



Krzysztof
WOŹNICKI
Prezes SIDiR

Przez lata, więcej – przez wieki słowo honor znaczyło bardzo wiele dla „ludzi honoru”. Sprzeniewierzenie się zasadom obowiązującym ludzi honoru skazywało daną osobę na ostracyzm środowiska, na banicję. Jeszcze w czasach wojny słowo to miało swoją wagę, nierzadko wagę ludzkiego życia.

W okresie powojennym władza ludowa skutecznie zdeza-uowała znaczenie tego słowa. Stało się niemodne, patetyczne, „passe”. Narzucane nam w to miejsce wartości socjalistyczne nie przyjęły się i w rezultacie wyładowały na śmietniku historii.

Hasła noszone na sztandarach przekładają się na całkiem praktyczne zasady funkcjonowania narodów, lokalnych społeczności czy poszczególnych ludzi. W krajach kultury protestanckiej na sztandarach umieszczono etos pracy. Mniej patetycznie, ale o ileż praktyczniej.

Tymczasem w Polsce, obecne ekipy próbują przywrócić znaczenie honoru i etosu pracy, ale wyłącznie w kontekście rocznic martyrologii polskiej. Uderzają w tak podniosłe tony, że trudno się tego słucha nawet tym, którzy takiej tonacji są przychylni.

Natomiast, żadna z ekip, nie podjęła skutecznej propagandy etosu pracy i zwykłej uczciwości w jej wykonywaniu. Moim zdaniem jest na to zapotrzebowanie społeczne, czego dowodem jest usunięcie z sejmu partii, która nie kryła pogardy dla wszelkich norm moralnych, a do władzy doszła warcholstwem.

Prawo zamówień publicznych stanowi, że „za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie odpowiada kierownik zamawiającego”.

Prawo obarcza osobę na stanowisku kierowniczym odpowiedzialnością, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do trafności i zasadności inwestycji. Oczywiście możemy znaleźć paragrafy mówiące o niegospodarności, działaniu na szkodę itp. Ale w przepisach regulujących dokonywanie zakupów i zlecanie usług determinuje się procedury, powo-

ływanie komisji przetargowych, a milczy się o uczciwym i sensownym wyborze przedmiotu zamówienia.

A propos komisji przetargowych. Chyba nie ma przetargu, dla którego nie powołano komisji przetargowej. To skuteczne rozmywanie odpowiedzialności. Kierownik, formalnie odpowiedzialny za zakup czy zlecenie, zawsze zasłoni się stanowiskiem komisji. Powszechnie uważa się, że ciało zbiorowe jest gwarantem uczciwości i rzetelności wyboru. Nie oszukujmy się, często jeden członek komisji dobrze zorientowany w procedurze i przepisach robi z resztą członków komisji co zechce. Nie potrzebna jest wiedza tajemna, aby manipulować urzędnikami/urzędniczkami, którzy zostali wyznaczeni do komisji, a którzy nie są biegli ani w prawie, ani w przedmiocie zlecenia. Na dodatek jest to dodatkowa, nudna praca w ramach standardowo opłacanych obowiązków.

Będąc młodym inżynierem wyładowałem służbowo w Anglii, aby uzgodnić projekt i dostawy dla jednego z pierwszych warszawskich wieżowców. Kierownik działu firmy w pewnym momencie stwierdził, że „niezależnie od wyboru firmy dostarczającej sprzęt on i tak swoją prowinę dostanie”. Widząc wyraz mojej twarzy szybko wyjaśnił, że to jest legalne, on ma to wpisane w kontrakt i płaci od tego podatki. Pomyślałem sobie, że na tym zgniłym zachodzie korupcję podnieśli do rangi prawa. Z biegiem lat rozumiałem, jak mądry to system. Temu panu powierzono obowiązki związane z podejmowaniem decyzji. Jako element wynagrodzenia ustanowiono prowizję od wartości zawartych kontraktów. Zawarcie złego kontraktu to koniec jego kariery i wysokich zarobków. Musiałby być idiotą, aby połaścić się na dodatkową, nielegalną gratyfikację od słabego kontrahenta.

Rządowa propozycja zmian w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (z 14 grudnia 2009 r.) zawiera znamienne sformułowanie: „W trosce o interes społeczny użytkowników ważne jest zaproponowane w ustawie wzmocnienie personalnej odpowiedzialności uczestników procesu inwestycyjnego oraz zdolności po stronie władzy publicznej do oceny merytorycznej przedkładanych dokumentów”.

Rzadko spotkana zbieżność postulatów środowisk inżynierskich z kierunkiem zmian legislacyjnych organów rządowych. Przeniesienie decyzyjności na poziom władz lokalnych może, oprócz korzystnych, również mało ciekawe skutki. Zanim się zorientuje zaspane, lokalne społeczeństwo, wójt czy burmistrz może wydać pozwolenie na fabrykę w środku zabytkowej zabudowy lub na inny podobny absurd. Według zapewnień Ministra Olgerda Dziekońskiego proponowane zmiany w przepisach wprowadzą równocześnie standardy ograniczające swobodę urbanistyczną czy inwestycyjną lokalnych władców.

Zwolennicy zbiorowego podejmowania decyzji i miłośnicy węgownia nam procedur wskażą na rolę organów

Procedura czy człowiek?

kontrolnych. Jeśli chodzi o organy kontrolne to jest to częściej straszak, a nie miecz. Sama obawa przed kontrolą przynosi potężne szkody gospodarcze. Prawie każdy urzędnik na wszelki wypadek tłumaczy: „najkorzystniejsza oferta” na „najtątsza oferta”. Ten sam urzędnik nie korzysta prywatnie z najtańszego prawnika ani lekarza. Nie zamawia ślubnego garnituru u najtańszego krawca. To jego pieniądze i jego decyzja.

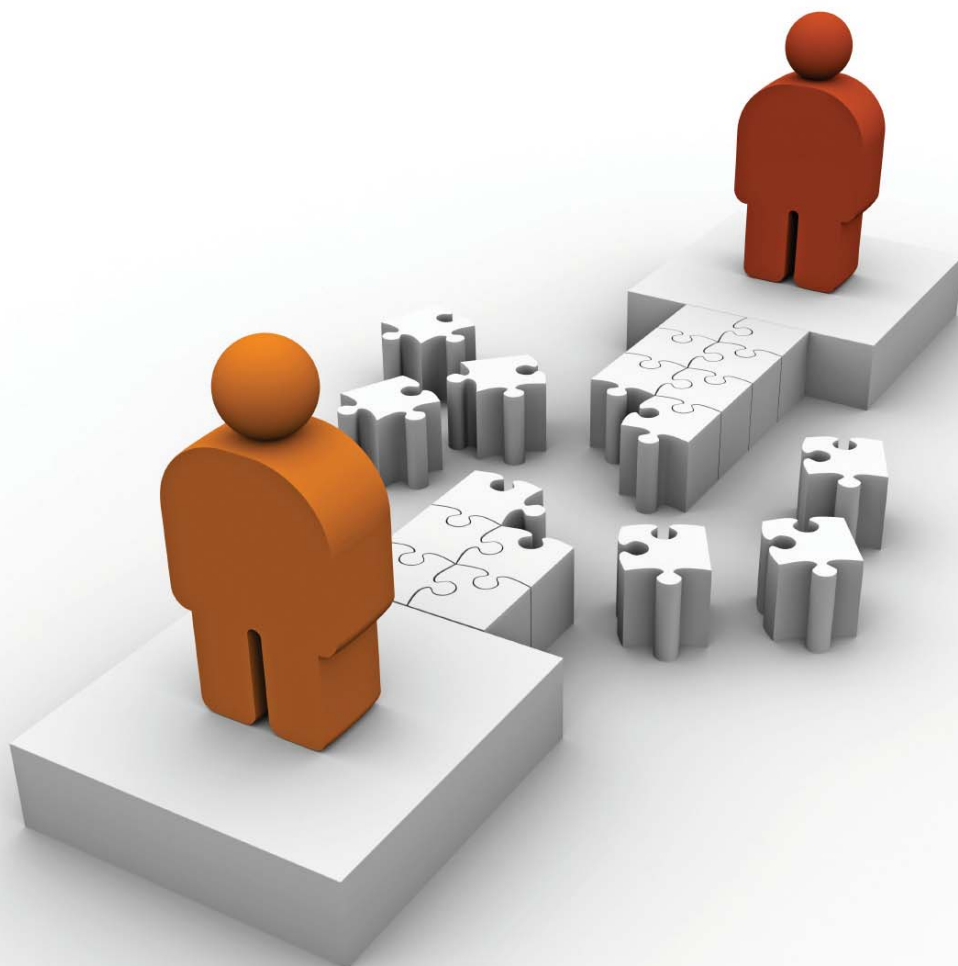
A gdy zły sen o kontroli się spełnia, to zwykle wygląda na wizytę młodych, często ładnych panienek z dyplomem mgr prawa, bez doświadczenia, bez wiedzy praktycznej, ale z olbrzymim bagażem wiedzy teoretycznej i dogłębną znajomością wszelkich obowiązujących procedur. Zespół kontrolny słusznie bada zgodność przedmiotu inwestycji z założeniami z okresu ubiegania się o środki finansowe. Beneficjenci bywają przerażająco beztroscy. Natomiast, kiedy w pryncypiach nie ma rażących błędów zaczyna się szukanie

tychże gdzie popadnie. Zawsze sprawozdanie z kontroli lepiej wygląda, gdy kontrolerzy wykryją (choćby groszową) „afere”, niż kiedy wytkną kilka drobnych pomyłek do usunięcia.

Dokładnie pamiętam sytuację grożącą zatrzymaniem budowy Terminala 2 na Okęciu w Warszawie tylko dlatego, że funkcjonariusze szacownej instytucji trzyliterowej „chcieli przeczytać dzienniki budowy”, więc przyszli i je zabrali. Nie mieli wiedzy, że Prawo Budowlane zabrania kontynuowania budowy bez dziennika budowy. A czego szukali w lekturze dzienników budowy? To ich słodka tajemnica.

Wracając do słowa honor – zostawmy je politykom od świąt i rocznic narodowych. Nam, na codzień przyda się przypomnieć określenia bardziej prozaiczne jak: uczciwość, odpowiedzialność, profesjonalizm.

Decyzje powinni podejmować konkretni ludzie i oni powinni być z tych decyzji rozliczani. Czego Państwu i sobie życzę.



Modyfikacja warunków kontraktowych FIDIC w zamówieniach publicznych



Zbigniew J. **BOCZEK**
Wiceprezes SIDiR

FIDIC został utworzony w roku 1913 jako Międzynarodowa Federacja (Niezależnych) Inżynierów Konsultantów. Celem utworzenia tej federacji, było wspólne popieranie interesów zawodowych stowarzyszeń członkowskich niezależnych inżynierów konsultantów, oraz rozpowszechnianie informacji użytecznych dla członków stowarzyszeń tworzących federację. Obecnie, stowarzyszenia członkowskie FIDIC reprezentują ponad 70 krajów ze wszystkich kontynentów. Federacja reprezentuje większość niezależnych inżynierów konsultantów działających w świecie. FIDIC zajmuje się organizacją seminariów, konferencji i podejmuje działania dla utrzymania wysokiego poziomu etycznego i zawodowego swoich członków, wspierając rozwój zawodu inżynierskiego w krajach rozwijających się. FIDIC publikuje różne informacje dla inżynierów konsultantów, inwestorów i banków, znormalizowane formularze przetargowe, wzory dokumentów kontraktowych, oraz wzór umowy między klientem a konsultantem. W Polsce tłumaczeniem i wydawaniem dokumentów FIDIC zajmuje się Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR) (www.sidir.pl).

Ogólne zasady realizacji przedsięwzięć według procedur FIDIC

Procedury FIDIC powstały w wyniku wielu lat doświadczeń oraz systematycznie wprowadzanych zmian, uściśleń i poprawek. To pozwoliło na stworzenie procedur, w których zamawiający oczekuje od wykonawcy „porządnie” wykonanego przedsięwzięcia, w założonym czasie i koszcie. Wykonawca oczekuje natomiast odpowiednich warunków do wykonania robót, uczciwego i zrównoważonego zastosowania kontraktu i szybkiej zapłaty tego, co ma prawo otrzymać. **Zakłada się, że wykonawca nie będzie uwzględniał w proponowanej cenie kontraktowej warunków, które mogą wystąpić, ale nie muszą, na które wykonawca nie ma wpływu.** To pozwala nie uwzględniać sum rezerwowych na niemożliwe do przewidzenia niebezpieczeństwa. Tak więc, wszystkie strony muszą

zachowywać się odpowiedzialnie i rozsądnie, bo to gwarantuje sukces.

Kontrakt to zbiór dokumentów, na które składają się najczęściej oferta, umowa, Warunki kontraktowe (dalej „WK”), specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, rysunki (dokumentacja projektowa), przedmiar robót określający kwotę (cenę) kontraktową, oraz takie dokumenty jak ubezpieczenia, gwarancje, poręczenia itd. Powstały w ten sposób jednolite procedury realizacji inwestycji na całym świecie, stanowiące ułatwienie dla zaangażowanego w realizację inwestycji personelu. **Istotą Warunków kontraktowych jest utrzymanie rozsądnej równowagi między wymaganiami i interesami zainteresowanych stron, oraz sprawiedliwy podział ryzyka, zagrożeń i odpowiedzialności.** Warunki kontraktowe to wynik wieloletnich doświadczeń najlepszych fachowców FIDIC i dlatego uznawane są za powszechne przy zawieraniu kontraktów międzynarodowych. Warunki te razem stanowią zbiór praw, oraz obowiązków stron i wprowadzone zostały również do stosowania w kontraktach finansowanych, lub współfinansowanych przez Bank Światowy oraz inne agendy ONZ.

Istotną częścią kontraktu, a wcześniej dokumentów przetargowych, są wydawane przez FIDIC Warunki kontraktowe – część ogólna. **Warunki dla robót budowlanych projektowanych przez zamawiającego, mają popularną nazwę „Czerwona książka”.** Część ogólna nie podlega żadnym modyfikacjom i jest załączana do dokumentacji ofertowej w wersji wydanej przez FIDIC, najczęściej w tłumaczeniu SIDiR na język polski. Dla oficjalnego użytku FIDIC uznaje jednak jako autentyczny tekst, tylko angielską wersję tych warunków. **Część szczególna Warunków kontraktowych powstaje jako dokument uściślający część ogólną dla konkretnego zamierzenia inwestycyjnego i zawiera klauzule dostosowywane każdorazowo do indywidualnego kontraktu.** W ten sposób powstały na świecie jednolite i powszechnie znane zasady postępowania dla wyboru wykonawcy w procesie przetargowym w oparciu o standardowe dokumenty. **Powoduje to stosunkowo łatwy wybór wykonawcy i łatwość porozumienia pomiędzy fachowcami zaangażowanymi w proces inwestycji, bez względu na miejsce jej realizacji.**

Rola Niezależnego Inżyniera w procedurach FIDIC

W realizacji przedsięwzięć opartych na procedurach FIDIC występują dwie strony: zamawiający i wykonawca. Szczególną rolę spełnia tzw. Inżynier (osoba lub firma) podczas realizacji kontraktu w procesie zarządzania, kontrolowania, sprawdzania i nadzorowania realizacji przed-

Modyfikacja warunków kontraktowych FIDIC w zamówieniach publicznych

siewzięcia (kontraktu). Inżyniera powołuje się dla zapewnienia przestrzegania procedur. **Inżynier nie jest stroną i powinien działać bezstronnie**, bez względu na status zatrudnienia, **zgodnie z zawartym między stronami kontraktem**. Wymagana jest współpraca i zespołowe działanie zamawiającego, wykonawcy i Inżyniera w ramach kontraktu. **Inżynier może interpretować kontrakt tylko tak, jak jest on napisany i nie jest uprawniony do wnoszenia poprawek do kontraktu**, a swoje stanowisko w zgodności z kontraktem wyraża tylko wtedy, gdy dochodzi do różnicy zdań pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Uwagi do przygotowania Warunków Kontraktowych

Zagadnienia regulujące realizację kontraktu przez wykonawcę, płatności dokonywane na mocy kontraktu, jak również zagadnienia dotyczące ryzyka, praw i obowiązków stron, znajdują się w Warunkach Kontraktowych Ogólnych, Warunkach Kontraktowych Szczególnych i Załączniku do Oferty. Jeśli nie da się uniknąć powtórzeń jednego i tego samego zagadnienia w różnych rozdziałach poszczególnych dokumentów, zamawiający powinien dążyć do starań, aby uniknąć wszelkich sprzeczności, lub niezgodności pomiędzy klauzulami dotyczącymi tego samego tematu.

Postanowienia Warunków Kontraktowych dla Budowy (dla Robót Inżynieryjnych – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego) Wydanie FIDIC 1999, tzw. „Czerwona Książka”, są zalecane dla ogólnego zastosowania dla takich robót. **Przy opracowaniu tych Warunków uznano, że o ile liczne postanowienia mogą być stosowane powszechnie, o tyle pewna liczba postanowień musi być z konieczności zmieniana biorąc pod uwagę okoliczności i miejsce, w którym mają być realizowane Roboty.**

Warunki Kontraktowe Warunki Ogólne, noszą nazwę: Część I Warunki Ogólne i nie są zwyczajowo załączane do dokumentacji przetargowej. Warunki Ogólne są powiązane z Warunkami Szczególnymi nazywanymi Częścią II, przez odpowiednią numerację klauzul tak, aby Część I i II razem tworzyły Warunki. **Warunki stanowią o prawach i obowiązkach stron i zostały opracowane z uwzględnieniem porad prawnych i stanowią zrównoważony Dokument dla zamawiającego i wykonawcy.** Z tego też powodu FIDIC zaleca, aby Warunki Ogólne były przyjmowane bez zbędnego dokonywania zmian w Warunkach Szczególnych.

Część II jest opracowywana celem dostosowania do każdego indywidualnego kontraktu. Dla pomocy w opracowaniu Części II, materiał objaśniający i przykłady klauzul zostały wydane wraz z Warunkami Ogólnymi w osobno opracowanym dokumencie zatytułowanym „Warunki Kontraktowe dla Budowy (dla Robót Inżynieryjnych – Budowlanych projektowanych przez Zamawiającego)”, wydanie 1999 – **Wskazówki do sporządzenia szczególnych warunków Kontraktu.** Warunki Części II mogą być potrzebne z jednego lub kilku poniższych powodów:

- tam, gdzie z treści Części I wynika, że dalsze informacje są zawarte w Części II, a Warunki nie są kompletne bez tej informacji,
- tam, gdzie z treści Części I wynika, że dodatkowe informacje mogą być zawarte w Części II, ale warunki byłyby kompletne mimo braku danej informacji,
- tam, gdzie rodzaj, okoliczności lub lokalizacja Robót uzasadniają wprowadzenie dodatkowych warunków lub ich części,
- tam, gdzie **prawo kraju¹ lub wyjątkowe okoliczności uzasadniają potrzebę zmian w Części I.** Takie zmiany mogą być dokonane przez stwierdzenie w Części II, że Klauzula, lub jej część, w Części I zostają skreślone i podają zamienną Klauzulę, lub jej część, stosownie do okoliczności.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE i Warunki kontraktowe FIDIC

W zamówieniach publicznych Warunki kontraktowe FIDIC część ogólna, wykorzystywane są jako standardowe procedury (warunki umowne) realizacji projektów publicznych i współfinansowanych z funduszy europejskich. Podstawa prawna stosowania tych Warunków znajduje się w art. 384 i 385 Kodeksu cywilnego. Zamawiający dostosowuje warunki ogólne do uwarunkowań realizacji inwestycji przez sporządzenie części szczególnej, związanej numeracją klauzul z częścią ogólną. Warunki Kontraktowe, część ogólna i część szczególna, stanowią razem istotną część Kontraktu, a wcześniej dokumentów przetargowych zwanych w zamówieniach publicznych „specyfikacja istotnych warunków zamówienia” i pozwalają na ocenę prawidłowości zarządzania inwestycją i wykorzystania środków.

Zasadą naczelną sformułowań zawartych w Warunkach Kontraktowych FIDIC jest przestrzeganie następującej zasady: zamawiający oczekuje od wykonawcy „porządnie” wyko-

¹ Dotyczy szczególnie ustawy Prawo zamówień publicznych i ustawy Prawo budowlane.

nanego przedsięwzięcia w założonym czasie i koszcie, a wykonawca oczekuje odpowiednich warunków wykonania pracy, uczciwego i zrównoważonego zastosowania kontraktu i szybkiej zapłaty tego, co ma prawo otrzymać. Istotą jest utrzymanie rozsądnej równowagi między wymaganiami i interesami zainteresowanych stron, oraz sprawiedliwy podział ryzyka, zagrożeń i odpowiedzialności. Warunki kontraktowe FIDIC pozostają w zasadniczej zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, Prawem budowlanym, Kodeksem cywilnym, oraz Kodeksem postępowania cywilnego.

W celu zapobieżenia sporom interpretacyjnym, w Warunkach Kontraktowych oraz umowie, ustala się jak będą interpretowane poszczególne części kontraktu w przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy nimi. Im niżej zostaje ustawiony w hierarchii ważności dokument, tym mniejsza będzie jego merytoryczna wartość w trakcie ewentualnego sporu. **W przypadku sporu, jak dalece dany dokument jest wiążący dla stron, przesądza jego hierarchia ważności.** Natomiast w przypadku sporu, czy wskazany zakres robót objęty jest przedmiotem umowy, przesądza pierwszeństwo specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót nad dokumentacją projektową i wycenionym przedmiarem robót. Przykładowo, jeżeli sporny zakres robót będzie określony w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz/lub na rysunkach w projekcie budowlanym czy wykonawczym, a nie będzie ujęty jako odrębna pozycja w przedmiarze robót, to wykonawca będzie zobowiązany wykonać zakres robót ujęty w specyfikacjach technicznych lub projektach, bez dodatkowego wynagrodzenia. **Jednocześnie w sprawach nieuregulowanych umową będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy prawa polskiego, a w szczególności Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego, oraz odpowiednie przepisy Prawa budowlanego.**

Warunki Kontraktowe dla Budowy (dla Robót Inżynieryjno – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego) tzw. „Czerwona Książka”, są zalecane dla ogólnego zastosowania dla takich robót. Warunki te wykorzystywane są wtedy, gdy zamawiający przygotowuje dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, oraz ogłosi przetarg na wybór wykonawcy robót.

Jeżeli zamawiający przygotowuje tylko program funkcjonalno-użytkowy (dalej „PFU”) przedsięwzięcia tzw. wymagania zamawiającego, to wówczas stosuje tzw. „Żółtą Książkę” i najczęściej ryczałtową formę rozliczenia robót. Wówczas obowiązkiem wykonawcy jest zaprojektowanie (wykonanie dokumentacji projektowej), a następnie realizacja robót budowlanych, w zgodności z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego (tylko tyle i nic więcej). **Jednocześnie wykonawcy należy pozostawić wybór rozwiązań projektowych, które muszą zapewnić wymagania zamawiającego sformułowane w programie funkcjonalno-użytkowym.**

„Żółta książka”, o której najczęściej w Polsce mówi się „zaprojektuj i buduj”, przenosi element ryzyka na wykonawcę, ale pod warunkiem, że program funkcjonalno-użytkowy zostanie przygotowany zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego („RMI”). Zakres, jaki powinien obejmować program funkcjonalno-użytkowy, nie pozostawia wątpliwości,

że zamawiający jest zobowiązany na etapie przetargu znać dokładnie swoje wymagania, a więc z góry musi „wiedzieć, czego chce”. Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach wynagrodzenia (kwoty ryczałtowej), tylko takiego zakresu, jaki sprecyzował zamawiający w programie funkcjonalno-użytkowym.

Trzeba zwrócić uwagę, że program ten musi zawierać warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadające zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, których zakres precyzuje RMI. Przygotowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót w zakresie wymaganym dla programu funkcjonalno-użytkowego, wymaga znajomości praktycznie wszystkich danych, które znajdują się w projekcie budowlanym, chociaż część rysunkowa może być ograniczona i w dowolnej skali. Jedno jest pewne, taki program funkcjonalno-użytkowy musi przygotować biuro projektowe specjalizujące się w robotach będących przedmiotem zamówienia.

Z moich doświadczeń wynika, że w Polsce nie przywiązuje się wagi do poprawnego opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, co jest powodem, że kontrakt nigdy nie kończy się na wynagrodzeniu ryczałtowym, i podlega ciągłym modyfikacjom i uzupełnieniom. Dopiero na etapie wykonawstwa zamawiający w miarę postępu robót doprecyzowuje swoje wymagania. Jest to wynik nieprzestrzegania na etapie przygotowania przetargu obowiązków ciążących na zamawiającym, sprecyzowanych w ustawie Pzp, gdzie zamawiający obligatoryjnie dokonuje opisu przedmiotu zamówienia przed jego udzieleniem, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp). Wszelkie istotne prawa i obowiązki stron umowy o zamówienie publiczne muszą być definitywnie w kontrakcie sprecyzowane. Nie mogą być oznaczone jedynie w sposób ogólny, z zamiarem późniejszego ich dodatkowego dookreślenia, w trakcie realizacji umowy o wykonanie zamówienia.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., zostało wydane na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a więc nie przestrzeganie uregulowań zawartych w tym rozporządzeniu skutkuje naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych i odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r.), bo naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m. in. przekroczenie zakresu uprawnienia i wykorzystania środków publicznych niezgodnie z obowiązującymi procedurami i przepisami prawa. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest również zaniechanie działania, do którego osoby były zobowiązane. Odpowiedzialność jest ponoszona zarówno za umyślne, jak i nieumyślne naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W warunkach polskich, rozpowszechnioną praktyką przy zawieraniu kontraktów wg standardów FIDIC, jest duża ingerencja zamawiającego w modelowe zapisy Warunków Kontraktowych. Praktyka ta polega głównie na wykreślaniu większości zapisów kontraktowych „korzystnych” dla wykonawcy robót, takich jak np. możliwość przedłużenia czasu na ukończenie, czy możliwość korekty ceny.

Modyfikacja warunków kontraktowych FIDIC w zamówieniach publicznych

Stanowisko zamawiającego, który w zmodyfikowanej treści WK upatruje uwolnienia się od odpowiedzialności za ewentualne błędy w swoich wymaganiach zawartych w PFU, jest niesłuszne. Przede wszystkim, jeżeli PFU został przygotowany sprzecznie z przepisami prawa, to zmodyfikowanie treści WK nie może spowodować przesunięcia odpowiedzialności (a co za tym idzie również przeniesienia ryzyka) na wykonawcę, za niezgodne z prawem przygotowanie dokumentacji przetargowej przez zamawiającego. Takie rozumienie zmodyfikowanej treści WK kłóci się bowiem nie tylko z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego, ale i zdrowym rozsądkiem.

Klauzule uprawniające wykonawcę w szczególnych przypadkach do przedłużenia czasu na ukończenie, czy możliwość korekty ceny, w oryginalnym zapisie FIDIC, nie konstytuują niczego innego poza obowiązkiem wykonawcy do zapoznania się z s. i. w. z., w tym także z PFU, oraz uzyskaniem wyjaśnień od zamawiającego. Tak rozumiane obowiązki wykonawcy najczęściej wypełnia, bo po zapoznaniu się z s. i. w. z. i PFU, akceptuje je, jeżeli w przedstawionej wersji nie budziły one jego wątpliwości. Jednakże, nawet doświadczony wykonawca, przy zachowaniu zasad należytej staranności, nie jest w stanie wykryć błędów zamawiającego, jakie mogą zawierać specjalistyczne dokumenty przetargowe.

Wykonawca nie ma obowiązku prawnego polegającego na eksperckiej kontroli dokumentów przetargowych, ponieważ, ani przepisy Prawa zamówień publicznych czy Kodeksu cywilnego, takiego obowiązku na wykonawcę nie nakładają. W wyroku z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98. Sąd Najwyższy stwierdził, „że z brzmienia art. 651 k. c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem, oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k. c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on także niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.”

Dotyczy to również sytuacji, gdy zamawiający dostarcza na etapie ofertowania PFU. Wykonawca nie ma potrzeby na etapie postępowania przetargowego dysponować możli-

wościami, żeby ocenić PFU tak, aby wykryć wszystkie jego wady. Na etapie postępowania przetargowego wykonawca działa w zaufaniu do prawidłowego przebiegu i rozstrzygnięcia przetargu, w czym zawiera się założenie, że przedstawiona przez zamawiającego dokumentacja przetargowa (s. i. w. z.) jest prawidłowa, zgodna z prawem i ze stanem faktycznym, umożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a w jej rezultacie sporządzenie odpowiedniego projektu i wykonania robót budowlanych. Już po zawarciu umowy i przeprowadzeniu specjalistycznych badań okazuje się często, że wykonawca musi wykonać projekt w całkowicie odmiennej technologii od podanej przez zamawiającego w PFU. Jest to często spowodowane nie dołączeniem do PFU wymaganych przepisami dokumentów. W takiej sytuacji, stwierdzić należy, że bez względu na zmodyfikowaną treść WK, skutki naruszenia prawa przez zamawiającego w żadnym przypadku nie mogą obciążać wykonawcy.

Stosując przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Warunki Kontraktowe FIDIC w umowach o zamówienie publiczne, należy odnieść się do dopuszczalności zamieszczania w klauzulach Warunków kontraktowych FIDIC, zapisów jednostronnie korzystnych dla zamawiającego, oraz dokonywaniu dowolnych zmian w tych Warunkach. Takie postępowanie zamawiającego prowadzące do swoistych regulacji umownych, należy przeanalizować w świetle art. 353¹ k. c.; art. 58 k. c.; i art. 65 §2 k. c.



Bezwzględny priorytet służy samej umowie stron, z zastrzeżeniami wyrażonym jedynie w art. 353¹ k. c. i art. 58 k. c. Zaufanie do umowy jednostronnie przygotowanej przez zamawiającego, a w konsekwencji do przekonania wykonawcy do treści proponowanej umowy, stanowi jej wartość podstawową szczególnie w zamówieniach publicznych. **Umowa o zamówienie publiczne powinna gwarantować poczucie pewności i bezpieczeństwa, wręcz niezbędnego dla podmiotów gospodarczych, które w systemie gospodarki rynkowej podejmują decyzje oparte na kalkulacji ekonomicznej. Nie do pogodzenia z wszystkimi powyższymi cechami byłoby pozostawianie wykonawcy w stanie braku pewności, co do jednoznaczności treści stosunku umownego łączącego go z zamawiającym. Zmuszałoby to każdego wykonawcę do bieżącego śledzenia zachowania zamawiającego, pod groźbą znalezienia się, bez swej woli a nawet wiedzy, w niekorzystnym dla wykonawcy reżimie umownym.**

Artykuł 353¹ k. c., wyrażający zasadę wolności umów, zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: *natura stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego*.

Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotą umowy stanowi uwzględnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. **Za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać uwzględnienie w umowie tylko interesów zamawiającego. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie w umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, bo oczywiste wydaje się zamawiającemu ukształtowanie dla siebie najkorzystniejszej regulacji w zawieranej umowie. W tym też zakresie klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany umowy przez Inżyniera w dowolnym czasie takich umów, narusza zasadę słuszności kontraktowej, która nie zezwala na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Uzasadnia to stanowisko, że umieszczenie w umowie, postanowień uprawniających zamawiającego do jednostronnej zmiany warunków umownych, nie jest prawnie skuteczne. Zmiana treści umowy wymaga dla zasady zgodnego oświadczenia woli stron, a przypadku umów o zamówienie publiczne wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności *ad solemnitatem* (forma zastrzeżona) zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp.**

W konsekwencji, obecna praktyka zamawiających dokonywania w masowej skali zmian treści w Warunkach Kontraktowych, by uzyskać jednostronnie korzystne dla zamawiającego warunki umowne, musi być uznana za nieprawidłową i nieprowadzącą zamierzonych skutków prawnych, przewidzianych

w art. 353¹ k. c., a więc powinna być uznana za sprzeczną z **zasadami współżycia społecznego**.

Zmiany w kontraktach na zamówienia publiczne

Przedmiotem nieporozumień i sporów w zamówieniach publicznych jest sam charakter prawny ustaleń zawartych w klauzuli 13 Warunków kontraktowych, oraz w tzw. protokole konieczności (lub wewnętrznej notatce z porad budowy) podpisanym przez Inżyniera, strony bowiem w różnicowany sposób traktują treść tego dokumentu.

Protokół konieczności, podpisany przez osoby nieumocowane do reprezentowania stron w obrocie prawnym, jest jedynie dokumentem dotyczącym kwestii technicznych, a więc czynnością faktyczną, której nie można przypisać charakteru dokumentu potwierdzającego zawarcie, lub zmianę umowy o roboty budowlane, a więc, że między stronami za które działają właściwe organy (art. 38 k. c.), doszło do oświadczenia woli. Tak więc, strony powinny traktować protokół konieczności jedynie jako podstawę do sporządzenia umowy na zamówienie (roboty) dodatkowe, lub podstawę zmian w umowie na zamówienie podstawowe.

Podobnie należy podchodzić do poleceń Inżyniera wydawanych w trybie klauzuli 13 Warunków Kontraktowych FIDIC, który to Inżynier składa oświadczenie wiedzy, ale nie jest uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu zamawiającego.

Przestrzeganie prawa w realizacji inwestycji budowlanych celu publicznego

Zamawiający realizujący zamówienie publiczne powinien dążyć do rozwiązania, w którym mógłby należycie realizować swoją misję. Zamawiający nie może zajmować wątpliwego i w rzeczy samej szkodliwego stanowiska nie tylko wobec wykonawcy, ale finalnie dla realizacji zamówienia publicznego, bo takie postępowanie zamawiającego można uznać za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, lub zasadami współżycia społecznego. Powinność uwzględniania celu społeczno-gospodarczego zobowiązania rozumiana jest, jako nakaz takiego postępowania zamawiającego, które nie tylko formalnie będzie odpowiadało jego obowiązkom, ale rzeczywiście doprowadzi do osiągnięcia społeczno-gospodarczego celu, dla którego zobowiązanie zostało stworzone. **Zamawiający powinien mieć na uwadze, że obowiązki stron będą wynikać również z art. 56 k. c., zgodnie z którym „Czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów.”**

Zgodność warunków kontraktowych FIDIC z prawem polskim

Ewa **WIKTOROWSKA**
członek Rady Krajowej
Izby Gospodarczej

Inne prawo jako podstawa opracowania

Warunki Kontraktowe FIDIC zostały ukształtowane na gruncie *common law* mającego swoje korzenie w systemie prawa angielskiego. Zwraca się również uwagę na niedoskonałości polskiego tłumaczenia, inne znaczenie niektórych terminów i definicji, dotyczących np. sporów i roszczeń, odpowiedzialności za wady, gwarancji, odbiorów robót, kar umownych. I zapewne ci specjaliści mają rację zalecając rozważę przy kształtowaniu Szczególnych Warunków Kontraktu FIDIC na potrzeby polskich budów.

Podstawa stosowania

Dlaczego więc, skoro stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC nastręcza trudności, tylu inwestorów w Polsce znajduje powody, aby je stosować. Chociaż korzystanie z Warunków Kontraktowych FIDIC jest dobrowolne i każdorazowo zależy od decyzji zamawiającego to decyzji o ich stosowaniu, jak wskazuje praktyka ostatnich lat jest wiele. Przykładowo w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC były i są realizowane umowy dofinansowywane z Funduszu Spójności z zakresu ochrony środowiska i transportu.

Warunki Kontraktowe FIDIC są zgodne z zasadami prowadzenia procesu budowlanego, które są podobne pod względem następstwa zdarzeń niezależnie od faktu, w jakim kraju jest prowadzona budowa. Ta zgodność powoduje, że jest stosunkowo łatwo dostosować je do prawodawstwa kraju, w którym jest realizowana budowa. Zaletą tych Warunków jest również to, że ich współautorami są inżynierowie pełniący różne funkcje w procesie budowlanym, co skutkowało tym, że są nie tylko Warunkami pisanymi „pod inwestora”. Myślę, że nie nadużywając pojęć, są jedynymi w Polsce standardami umów zrównoważonego sposobu zarządzania budową. W założeniu napisane ze zrozumieniem racji wszystkich zainteresowanych stron pro-

cesu budowlanego zmuszają do kształtowania właściwych zasad zapewniających harmonijny przebieg budowy.

W polskiej praktyce budowlanej, także tej stosowanej na potrzeby zamówień publicznych, nie ma powszechnie obowiązujących standardów umów o roboty budowlane, każdy z inwestorów opracowuje swoje, mniej lub bardziej doskonałe projekty, i weryfikuje je w miarę popełnianych błędów. Podjęte w 2005 r. próby opracowania takich standardów na zlecenie UZP określone jako „Wzorcowa dokumentacja przetargowa” są dość rzadko stosowane przez zamawiających i zwykle jako materiał pomocniczy przy sporządzaniu własnych warunków umów na roboty budowlane.

Warunki Kontraktowe FIDIC, chociaż nie mają żadnej konkurencji, nie są jednak powszechnie akceptowane i wprowadzane do praktyki szczególnie w obszarze zamówień publicznych. Polski inwestor działający na gruncie pzp nie zawsze jest skłonny uznawać prawa wykonawcy. W oparciu o przepisy pzp to on kształtuje postanowienia umowy i to powoduje, że sporządzane przez zamawiających projekty umów umowy uwzględniają często racje tylko jednej strony. Upowszechnienie wzorów FIDIC mogłoby tę praktykę zmieniać.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacje na temat istotnych dla stron postanowień dotyczących warunków przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Ustawodawca pozostawił do wyboru zamawiającego, czy te informacje będą mieć formę istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy, albo wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wypełnieniem tego obowiązku mogą być Warunki Kontraktowe FIDIC. To stwierdzenie znajduje uzasadnienie w przepisach zamówień publicznych, gdzie jest odesłanie w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do przepisów kodeksu cywilnego dalej kc:

- (art. 384 § 1 kc) – ramach swobody kontraktowej strony mogą przy nawiązywaniu stosunku umownego zastosować ustalony przez jedną z nich wzorzec, a w szczególności ogólne warunki umów lub regulaminy, i wiążą one drugą stronę jeżeli zostały jej doręczone przy zawarciu umowy;

oraz

- (art. 384 § 2 kc) – w razie, gdy posługiwanie się wzorcem (np. Warunkami Kontraktu FIDIC) jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, to wiąże on także wte-

dy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści.

Przepisy dotyczące umów o zamówienia publiczne zostały uregulowane w ustawie Pzp w dziale IV w art. 139-151. Przepisy te, jak wszyscy wiemy, pełnią rolę *lex specialis* względem regulacji zawartych w kc, czyli co do zasady do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksowe, w szczególności przepisy części ogólnej kc oraz przepisy o zobowiązaniach, w tym przepisy normujące poszczególne rodzaje umów, chyba, że ustawa Pzp stanowi inaczej.

Sporządzając umowę o roboty budowlane na potrzeby procedur zamówień publicznych, zamawiający musi uwzględnić przepisy prawa budowlanego i pzp, a w zakresie w tych ustawach nieokreślonych – przepisy kc, przenosząc do poszczególnych postanowień umowy wynikające z nich uwarunkowania, ograniczenia, prawa i obowiązki stron.

Aby wykorzystać Warunki Kontraktowe FIDIC zamawiający musi przede wszystkim dokonać dostosowania do polskich przepisów tych z klauzul, które odwołują się do prawa angielskiego, natomiast mają inne uregulowania w prawie i praktyce polskiej. Takie działania są od wielu lat z większym lub gorszym powodzeniem stosowane.

Pytanie czy wszystkie zmiany dokonywane przez zamawiających są potrzebne, zapewne nie. Obok zmian niezbędnych wynikających z przepisów, są często dokonywane zmiany w obszarze praw i obowiązków obu stron Kontraktu. To czy zamawiający zdecydują się pozostawić postanowienia korzystne dla wykonawcy zależy od osobistego nastawienia i wiedzy osób odpowiadających w jednostce zamawiającego za proces budowlany. Bardzo często w ramach zmian wykreślane są wszystkie te elementy postanowień Kontraktu, które przyznają wykonawcy prawo do występowania o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowe wynagrodzenie. Wykreślane też są klauzule dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, zaliczek, rozjemstwa w sporach i do niedawna zmian i korekt.

Przykładowo, w tzw. czerwonej książce FIDIC dopuszczono występowanie wykonawcy o zmiany w klauzulach, których nazwy odnoszą się do zakresu czynności stron mających istotny wpływ na płynne realizowanie kontraktu:

- 1.9 [Opóźnienie rysunków lub instrukcji]
- 2.1 [Prawo dostępu do placu budowy]
- 4.7 [Wytyczenie]
- 4.12 [Nieprzewidywalne warunki fizyczne]
- 4.24 [Wykopalka]
- 7.4 [Próby]
- 8.4 [Przedłużenie czasu na ukończenie]
- 8.5 [Opóźnienia spowodowane przez władze]
- 8.8 [Zawieszenie robót]
- 8.9 [Konsekwencje zawieszenia];
- 10.2 [Przejęcie części robót]
- 10.3 [Zakłócanie prób końcowych]
- 11.7 [Prawo dostępu]
- 11.8 [Obowiązek poszukiwania przez wykonawcę]
- 13.2 [Inżynieria wartości]
- 13.3 [Procedura wprowadzania zmian]
- 13.7 [Korekty uwzględniające zmiany prawne]
- 14.7 [Opóźniona płatność]

- 16.1 [Uprawnienie wykonawcy do zawieszenia pracy]
- 17.4 [Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko zamawiającego]
- 19.4 [Następstwa siły wyższej]

Ale na akceptację klauzul w ich pierwotnym brzmieniu przez zamawiających trzeba czasu. Zgoda zamawiającego na utrzymanie standardowych zmian przewidzianych w Ogólnych Warunkach Kontraktowych FIDIC to rozumienie problemów wykonawcy i przyznanie się do własnych niedoskonałości. To nie jest proces łatwy, coś bowiem wymagać od zamawiających, jeżeli sam prawodawca bardzo powoli zmienia prawo odformalizowując procedury czy to prawa budowlanego, czy to zamówień publicznych.

Jako pozytywne dla upowszechniania się Warunków Kontraktowych FIDIC należy przyjąć zmiany, które dokonały się i nadal dokonują z systemie zamówień publicznych. W szczególności trzeba tu przywołać zmiany:

- art. 144 ustawy Pzp w zakresie określania w umowach możliwości zmian co otworzyło drogę do bezpośredniego stosowania tych klauzul Kontraktu FIDIC, które określają zarówno obszar jak i warunki dokonywania zmian;
- art. 151a ustawy Pzp w zakresie możliwości udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia po uprzednim przewidzeniu tej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co otwiera drogę do korzystania z klauzul dotyczących udzielania i zwrotu zaliczek.

W sposób szczególny chciałam zwrócić uwagę na pierwszą z tych zmian dotyczącą zmian umów w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Według kodeksu cywilnego art. 647 kc – przez umowę o roboty budowlane **wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej**, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Według prawa zamówień publicznych przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy, którego zakres jest tożsamy z zakresem świadczenia, do którego wykonania zobowiązał się wykonawca w ofercie. Przedmiot umowy natomiast jest identyfikowany z przedmiotem zamówienia. Co z kolei prowadzi do konkluzji, że przedmiot umowy opisywany jest tymi samymi dokumentami, co przedmiot zamówienia na roboty budowlane. Czyli dla kontraktów wykonywanych w oparciu o tzw. czerwoną książkę poprzez dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót określone rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie określenia szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072).

Oznacza to w praktyce, że roboty budowlane wykraczające poza wskazany wyżej opis przedmiotu zamówienia nie mogą być rozliczane i tym samym wprowadzane do zakresu zawartej umowy, nawet poprzez przewidzianą w umowie

Zgodność warunków kontraktowych FIDIC z prawem polskim

procedurę zmian. Zakres świadczenia umownego wykonawcy realizowany w zawartej umowie nie może być bowiem szerszy niż zobowiązanie zawarte w jego ofercie. Umowa na podstawie art. 140 ust. 2 ustawy Pzp podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ogólne Warunki Kontraktu FIDIC zostały ukształtowane, w pierwszej kolejności z zachowaniem potrzeby harmonijnego prowadzenia budowy, stąd przewidują możliwość zmian umowy i jej zakresu tak, aby w ramach jednego stosunku prawnego osiągnąć rezultat, czyli obiekt budowlany będący przedmiotem umowy. „Zmianą” w rozumieniu definicji FIDIC jest każda zmiana w Robotach, polecona lub zatwierdzona jako zmiana na mocy rozdziału 13 [Zmiany i korekty]. Prawo do Zmian, Analiza wartości i Procedura wprowadzania Zmian regulowane są odpowiednio klauzulami 13.1, 13.2 oraz 13.3 Ogólnych Warunków Kontraktu. Za pomocą tych procedur Zmiana może obejmować:

- (a) zmiany ilości każdej pracy objętej Kontraktem, jakkolwiek nie każda taka zmiana stanowi Zmianę,
- (b) zmianę jakości i innych cech charakterystycznych którejkolwiek części pracy;
- (c) zmianę poziomu, pozycji, czy też wymiarów którejkolwiek części Robót;
- (d) rezygnacja z jakiegokolwiek pracy (jednak bez prawa zlecenia jej osobom trzecim),
- (e) wszelkie dodatkowe prace, Urządzenia, Materiały lub usługi konieczne dla Robót Stałych, włącznie z towarzyszącymi im Próbkami Końcowymi, wierceniami i innymi próbkami i pracami badawczymi, lub
- (f) zmiany w kolejności i terminach wykonywania Robót.

Na podstawie klauzuli 13.2 Analiza wartości: Wykonawca może przedłożyć Inżynierowi pisemną ofertę, która zdanem Wykonawcy w razie przyjęcia:

- (i) przyspieszy ukończenie,
- (ii) obniży koszt ponoszony przez Zamawiającego na wykonanie, utrzymanie lub użytkowanie Robót,
- (iii) poprawi sprawność lub zwiększy wartość ukończonych Robót dla Zamawiającego, lub
- (iv) w inny sposób będzie korzystna dla Zamawiającego.

Oferta taka będzie opracowana na koszt Wykonawcy i powinna obejmować pozycje, wykazane w klauzuli 13.3 [Procedura wprowadzania Zmian]. Jeżeli po zatwierdzeniu

przez Inżyniera taka oferta obejmuje zmianę projektu części Robót Stałych i o ile obie strony nie uzgodnią inaczej, to Wykonawca opracuje projekt dla tej części (...)

Pozornie te postanowienia Ogólnych Warunków Kontraktu FIDIC są zbieżne z nowym brzmieniem art. 144 ustawy Pzp, stanowiącym o tym, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W klauzuli 13 opisane są bowiem możliwości i okoliczności dokonywania zmian, a w klauzuli 12 [Obmiary i Wycena] zasady wyceny także tych robót, które nie są objęte przedmiotem. Ale **podejmując decyzję o dokonaniu zmian niestety trzeba pamiętać, że mamy do czynienia z umową, przede wszystkim o wykonanie zamówienia publicznego. Każda Zmiana mająca wpływ na zmianę zakresu rzeczowego, musi być poprzedzona dokonaniem analizy czy poprzez jej dokonanie nie nastąpi określone przepisem istotne odstępianie od postanowień zawartej umowy.**

To w kodeksie cywilnym wskazana w art. 648 § 2 dokumentacja projektowa wymagana przez właściwe przepisy prawa budowlanego, stanowiąca składową część umowy, poprzez art. 649 jest zmieniana i doprecyzowywana tak, aby zobowiązać wykonawcę do wykonania wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. W prawie zamówień publicznych tak nie jest.

Czasami, aby osiągnąć rezultat w rozumieniu prawa budowlanego tj. obiekt gotowy do użytkowania, czy rezultat w postaci wykonania wszystkich nawet budzących wątpliwości robót objętych umową o roboty budowlane według kc, według ustawy Pzp trzeba udzielić kilku zamówień publicznych, na roboty podstawowe, dodatkowe, a czasem i uzupełniające, nawet, jeżeli z „inżynierskiego” punktu widzenia powinny być one wykonywane w ramach jednej umowy. Jak tego dokonywać poprawnie nie jest przedmiotem niniejszych rozważań.

Nie znaczy to oczywiście, że zniechęcam lub zachęcam do promowania Warunków Kontraktu FIDIC, oznacza tylko, że w przypadku wykonywania w oparciu o nie umów o zamówienie publiczne, warunki te nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla ominięcia przepisów ustawy Pzp.

„Zbyt wielu ludzi traktuje roszczenia jako osobistą zniewagę.
Życie jest na to za krótkie.”

Robert N. Hunter

Czy zapisy w warunkach kontraktowych FIDIC prowadzą do sporów?



Paweł **ZEJER**
Członek Zarządu SIDiR

Wstęp

Realizacja kontraktu na roboty w obecnych warunkach rynkowych, środowiskowych, kulturowych przypomina utrzymywanie kuli na dnie odwróconej wazy. Można to nazwać stanem niezrównoważonym, wrażliwym nie tylko na ruchy trzymającego wazę, ale także na wiatr, deszcz a nawet na drganie ziemi. Wyśrubowane do granic możliwości terminy realizacji, długie terminy płatności, rosnące wymagania ochrony środowiska, czy wreszcie coraz bardziej wysublimowane technologie powodują, że w kontraktach na roboty niemal zawsze pojawiają się sytuacje wcześniej nieprzewidziane, które powodują konieczność poniesienia dodatkowych wydatków, a często również sprawiają, że niemożliwym jest ukończenie robót w oczekiwaniu terminie. Zewnętrzne przyczyny powodują, że „trzymający tę wazę i balansujący kulą” (czytaj: *Wykonawca*) nie zawsze jest odpowiedzialny za to, że roboty nie mogą być zrealizowane we właściwym tempie. Zawsze wówczas pojawiają się pytania... czy trzymający wazę zmęczył się i kula straciła równowagę, czy też to niespodziewanie zawiał wiatr, za który nie mógł być on odpowiedzialny i w konsekwencji, kto winien za to zapłacić? Ponieważ odpowiedź na to pytanie najczęściej nie jest oczywista, Strony poszukują jej w procedurze sporu. Bronią w dyskusji są zapisy kontraktu. Zachodzi wówczas pytanie: czy niektóre zapisy w kontrakcie same w sobie mogą być przyczyną sporów? Nim spojrzymy na obszary w kontrakcie, które niekiedy stają się przyczyną sporów, przyjrzymy się podziałowi ryzyka w kontrakcie, bo to właśnie ten podział jest kluczowy w każdym rozpatrywanym sporze.

Podział ryzyka pomiędzy Stronami

Ryzyko towarzyszy każdemu naszemu działaniu, w szczególności przedsięwzięciom złożonym, skomplikowanym (określonym co do tożsamości), takim, które angażują specjalistów wielu branż i trwają wiele miesięcy. Takimi przedsięwzięciami są również projekty budowlane. Przyczyną sporów w kontraktach jest właśnie ryzyko, które wystąpiło podczas realizacji kontraktu, powodując zakłócenia w spełnieniu świadczenia zgodnie z umową.

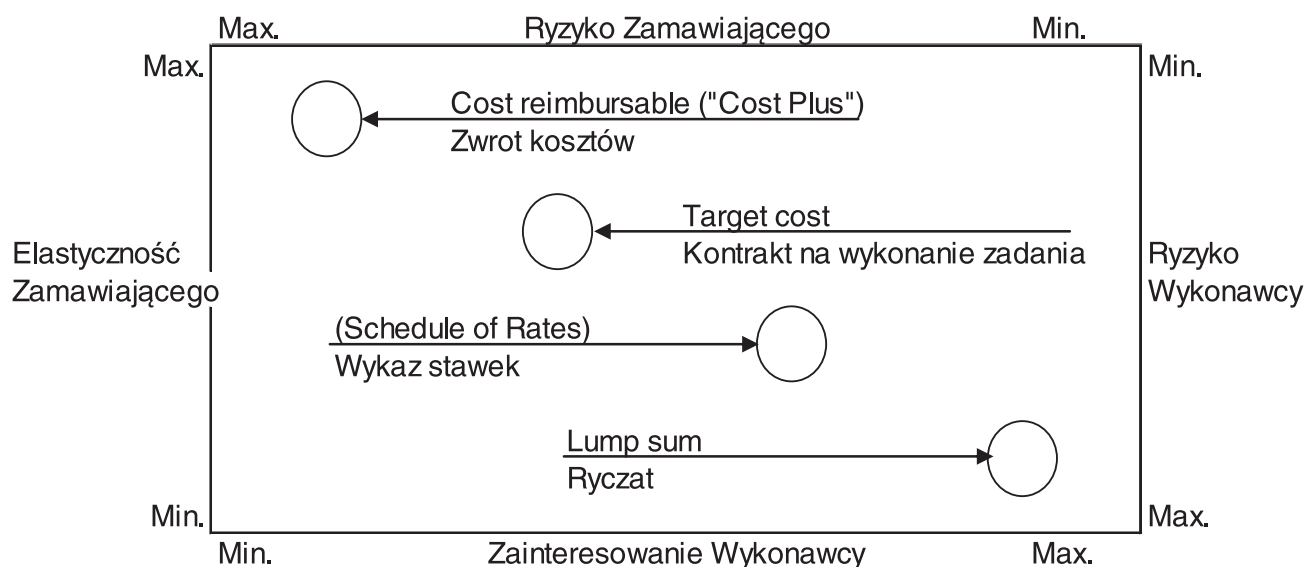
Ryzyko może być związane z:

- prawem – ryzyko zmian prawodawstwa;
- nieszczęśliwymi wypadkami – ryzyko pożaru, katastrofy budowlanej, kradzieży;
- przyjętą technologią realizacji robót – ryzyko niewykonalności technicznej;
- sposobem organizacji i zarządzania przedsięwzięciem – np. ryzyko nadmiernej lub niedostatecznej administracji;
- źródłami finansowania – ryzyko utraty płynności finansowej;
- dysponowanym budżetem – ryzyko przekroczenia budżetu;
- warunkami gruntowymi i wodnymi, ryzyko popełnienia błędów w dokumentacji projektowej.
- metodą rozliczenia robót.

W tym ostatnim przypadku występuje zależność pomiędzy metodami rozliczania robót, a podziałem ryzyka, wynikającym z wpływu wyboru metody rozliczania na zainteresowanie Wykonawcy realizacją kontraktu, oraz na elastyczność Zamawiającego w obszarze wprowadzania zmian.

Pomijając stosunkowo rzadko stosowane metody rozliczania robót, tj. *zwrot kosztów* oraz *kontrakty na wykonanie zadania*, można łatwo wykazać, że przyjęcie metody ryczałtowej powoduje, że Zamawiający ma znacząco ograniczoną możliwość wprowadzania zmian i na pewno, co jest również potwierdzone praktyką, częściej prowadzi to do sporów. W takim przypadku Zamawiający winien ocenić ryzyko błędu w dokumentacji projektowej i jeśli jest ono wysokie nie powinien takiej metody rozliczeń przyjmować do realizacji. Wówczas można uniknąć, a przynajmniej minimalizować ryzyko sporu, który nigdy nie przyspiesza realizacji kontraktu.

Czy zapisy w warunkach kontraktowych FIDIC prowadzą do sporów?



Alokacja ryzyka pomiędzy Strony w zależności od metody rozliczania robót



Typowa zawartość dokumentów kontraktowych w kontrakcie FIDIC.

W niniejszym referacie, w dalszej części, rozwinięto niektóre zagadnienia związane z przygotowaniem kontraktu na roboty budowlane i spojrzenia na te zapisy w kontrakcie, które prowadzą do sporów, a które to spory zawsze mają wpływ na termin realizacji kontraktu i założony budżet.

Kontrakt to nie tylko Warunki Kontraktowe

Dokumenty kontraktowe składają się z wielu elementów wzajemnie ze sobą powiązanych i uzupełniających się. W przypadku kontraktów FIDIC składają się one np. z: Listu Akceptującego, Oferty, Warunków Kontraktowych (ogólnych i szczególnych), Wymagań Zamawiającego, Wykazów, Propozycji Wykonawcy, Aktu Umowy oraz innych dokumentów, które Strony uznają za istotne. Lista tych dokumentów jest otwarta, a decyzję o jej rozszerzeniu najczęściej podejmuje Zamawiający. Każdy z tych dokumentów ma swoją rolę w kontrakcie i powinien zawierać odpowiednią informację potrzebną do realizacji Robót. Same Warunki Kontraktu, ogólne i szczególne, są niezwykle ważnym dokumentem, który odpowiada między innymi na pytanie, jak projektem zarządzać, jaki jest podział ryzyka i co jest obowiązkiem każdej ze Stron, lecz nie określa, co jest przedmiotem Kontraktu. To ważne rozróżnienie, o którym niekiedy się zapomina i niezależnie, czy kontrakt jest realizowany w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, czy też o inne warunki kontraktowe, to przedmiot kontraktu, winien być określony w taki sposób, aby nie budził wątpliwości interpretacyjnych.

Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę na jeden z najprostszych i chyba właśnie dlatego najczęściej spotykanych

błędów w przygotowaniu Kontraktu, który potem skwapliwie jest wykorzystywany przy konstruowaniu, bądź też ocenie roszczeń. A mianowicie, zamieszczanie w Kontrakcie tych samych, bądź pochodnych informacji w dwóch lub więcej częściach Kontraktu.

Najczęstsze przyczyny sporów

Rozważania dotyczące tematyki sporów, w nieuchronny sposób muszą prowadzić do próby sporządzenia listy najczęściej występujących przyczyn sporów, a to pozwala ustalić miejsca w kontrakcie, na które należy szczególnie zwrócić uwagę w przygotowaniu kontraktu. Lita poniższa została opracowana przez autora w oparciu o jego obserwacje rynku i zapewne może różnić się od spojrzenia innych ekspertów. Trzy pierwsze przyczyny sporów zdają się być tymi, które obserwuje się najczęściej, kolejne są niekiedy pochodnymi pierwszych trzech.

- **Błędy w dokumentacji technicznej**
- **Różna interpretacja zapisów kontraktowych w wyniku błędów popełnionych w sformułowaniach Kontraktu**
- **Rozliczanie robót wykonanych, a nie objętych podstawowym Kontraktem**
- Zmiany wynikające ze zmian wprowadzanych przez Zamawiającego w trakcie realizacji
- Zmienne warunki gruntowe i gruntowo – wodne, nieopisane kontraktem
- Brak umiejętności planowania
- Sprawy własnościowe – brak zgody właściciela gruntu na prawo zamawiającego do dysponowania nieruchomością na cele budowlane

- Niekompetencja Stron (w tym Inżyniera)
- Oferowanie usług za niską cenę „wiedząc” o lukach w Kontrakcie i próby „odrobienia” strat w trakcie realizacji
- Brak umiejętności oceny wpływu zdarzeń na Czas na Ukończenie oraz na Koszt
- Brak możliwości podejmowania decyzji biznesowych przez Zamawiającego z sektora publicznego.

Dobór metod zarządzania kontraktem

Wpływ doboru metody zarządzania kontraktem na jego sprawny przebieg, a w konsekwencji na powstanie sporu jest bardzo znaczący. Aby rozpocząć realizację kontraktu, należy podjąć decyzję w zakresie metody rozliczania kontraktu, roli poszczególnych osób zaangażowanych, zakresu dokumentacji, którą opracuje Zamawiający oraz Wykonawca, itd. Praktyka wskazuje, że niewłaściwe lub wręcz wadliwe decyzje w tych aspektach mogą doprowadzić do sporów. Coraz częściej spotykanym przykładem, niestety złym, jest niewłaściwy dobór metody rozliczania do rodzaju kontraktu. Do przyjętej metody realizacji kontraktu i metody rozliczenia robót wprowadzane są zapisy odpowiednie dla innej metody. Zamawiający rozpoczynając realizację kontraktów czasem pragną zapewnić sobie 'gwarancję' nieprzekroczenia budżetu i aby tak postawiony cel osiągnąć, realizują kontrakty ryczałtowe. Pojęcie to jest powszechnie znane i nie wymaga szerszego omówienia i w telegraficznym skrócie oznacza, że oczekuje się wykonania danego zadania za z góry określoną kwotę. Jednocześnie Zamawiający wprowadzają zapisy, które sprawiają, że Inżynier dzieli Roboty na części, które następnie rozlicza na bazie ob-



Czy zapisy w warunkach kontraktowych FIDIC prowadzą do sporów?

miaru. W konsekwencji, w przypadku, kiedy do wykonania zadania koniecznym jest wykonanie mniejszej ilości robót niż przewidziano, np. zestawieniu ilościowym robót do wykonania, to Zamawiający płaci kwotę wynikającą z obmiaru, a w przypadku, kiedy należy wykonać więcej robót, Zamawiający ogranicza zapłatę do uzgodnionego ryczaftu. Nie trzeba specjalnie dowodzić, że takie zapisy w kontraktach prowadzą do sporów, a każda ze Stron przywołuje na swoją korzyść zapisy dla niej korzystne. Zamawiający w tym przypadku nie bierze pod uwagę, że ryczałt dotyczy przedmiotu zamówienia, a ten nie jest opisywany zestawieniem ilościowym, tylko dokumentacją projektową, lub zakresem rzeczowym opisanym w programie funkcjonalno-użytkowym.

Dokumentacja projektowa

W przypadku projektów, które wymagają przestrzegania Prawa Zamówień Publicznych, dokumentacja projektowa, konieczna do zlecenia robót, winna być opracowana zgodnie z *Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*. Błędy w dokumentacji projektowej zostały powyżej wskazane jako jedna z najczęstszych przyczyn powstawania sporów w kontraktach. Pamiętać należy o podziale ryzyka w kontraktach FIDIC, w których to kontraktach za dokumentację projektową odpowiada Zamawiający, natomiast w kontraktach typu „zaprojektuj i wybuduj” za dokumentację projektową odpowiada Wykonawca. Jednak w każdym z tych przypadków za treść **kontraktu** w zakresie prawidłowego opisania stawianych wymagań odpowiada Zamawiający. Można w tym miejscu zaryzykować stwierdzenie, że przyczyną sporów nie jest błąd w dokumentacji projektowej sam w sobie, bo jeszcze nie zdarzyło się w historii budownictwa opracowanie dokumentacji, w której w trakcie realizacji nie trzeba było wprowadzać zmian, lecz to, w jaki sposób ten problem jest rozwiązywany. W tym miejscu dochodzimy do procedur, które regulują sposób postępowania w przypadku stwierdzenia takiego błędu, a więc także podziału odpowiedzialności za takie błędy. Do sporów pomiędzy stronami najczęściej prowadzi przeniesienie skutków błędów za dokumentację projektową na stronę, która nie jest za te błędy odpowiedzialna, oraz wprowadzanie bezwzględnego wykonywania robót zgodnie z dokumentacją projektową.

Definicje

Każde warunki kontraktowe będą w różny sposób interpretowane, nie tylko przez Strony w Kontrakcie, lecz również przez

różne osoby ze strony Zamawiającego czy też Wykonawcy. Właściwe zdefiniowanie wszystkich pojęć, które są w kontraktach zastosowane, jest fundamentem jednakowego rozumienia Kontraktu przez Strony, a tylko w takiej sytuacji można uniknąć sporu. Tutaj powinniśmy wydzielić dwa rodzaje błędów (i) brak zdefiniowania użytych zwrotów, jak również (ii) próba zbyt dokładnego zdefiniowania pewnych zjawisk, które zbyt precyzyjnie zdefiniowane prowadzą to literalnego czytania kontraktu. Przykładami pierwszego mogą być powszechnie stosowane „protokoły konieczności”, „protokoły z negocjacji”, „protokoły odbioru technicznego”. Dokumenty te są wprowadzane do warunków szczególnych kontraktu bez wcześniejszego zdefiniowania ich roli i znaczenia w kontrakcie. To powoduje, że np. Inżynier wystawia „protokół konieczności” oczekując, że Wykonawca, będzie prowadził roboty w nim wymienione i konieczne do realizacji Kontraktu, zapominając, że w znakomitej większości przypadków Inżynier nie jest uprawniony do takiego działania. Przykładem drugiej grupy może być np. zdefiniowanie, „robót zakończonych” jako tych, w których usunięto **wszelkie usterki i wady**. W swojej praktyce zawodowej nie spotkałem tak ukończonych Robót. W Dacie na Ukończenie zawsze powstaje dłuższa bądź krótsza lista usterek i wad, które mogą, lecz nie muszą wpływać na użytkowanie Robót. W tym przypadku, wcześniej stosowana definicja „**zasadniczego ukończenia**” Robót jest praktyczniejsza i choć zdaje się zostawiać pole do interpretacji, przez lata była skutecznie stosowana i w zależności od wagi robót, które miały być naprawione, czy też ukończone po Dacie na Ukończenie, Inżynier dokonywał określenia czy Roboty są **zasadniczo** ukończone czy też nie.

Rola Inżyniera w kontrakcie – Obowiązki Inżyniera w Kontrakcie

Tylko w sytuacji, kiedy każda osoba zaangażowana w realizację Kontraktu zna swoją rolę, ma jasno i precyzyjnie określone pełnomocnictwa oraz zakres obowiązków, można sprawnie realizować kontrakt, a w konsekwencji uniknąć sporów. Określenie zakresu obowiązków i pełnomocnictw Inżyniera jest kluczowe w tym względzie. To właśnie Inżynier „**przejmuje**” część obowiązków Zamawiającego, lecz tylko w takim zakresie, w jakim takie obowiązki są mu przydzielone i nie wiążą się z składaniem oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego. Obserwuje się w praktyce realizacji kontraktów (nie tylko FIDIC) ograniczanie obowiązków Inżyniera, niemal do zadań administracyjnych. Powoduje to, że Zamawiający musi podejmować decyzje techniczne, zarządcze, itp. Można zapytać „i co w tym złego?”. Oczywiście nic przy założeniu, że Za-

mawiający zapewnił odpowiednio wykwalifikowany personel, który będzie potrafił takie decyzje podejmować i podejmuje je w odpowiednim czasie.

Przykładem takich zapisów jest odebranie Inżynierowi możliwości wydawania *Określenia* w trybie Subkaluzji 3.2. Spotykane są zapisy nakazujące Inżynierowi pozyskanie *zatwierdzenia Zamawiającego* takiego *Określenia* przed przekazaniem jej Stronom. Taka sytuacja powoduje, że w zasadzie niemożliwym jest pozyskanie niezależnej opinii Inżyniera, do której następnie Strony mogłyby się odnieść i przejść do dalszej procedury w zależności od przypadku. Pamiętać w każdym przypadku należy, że Inżynier może jedynie podejmować decyzję w ramach swojego umocowania, ale swoje zdanie (oświadczenie wiedzy) powinien móc przedstawić w każdym przypadku.

Harmonogram

Jakkolwiek sam harmonogram rzadko staje się przyczyną sporów sam w sobie, to jednak jest on kluczowym dokumentem analizowanym przez wszystkich zaangażowanych w realizację kontraktu w chwili, kiedy spór powstanie. Rozważania dotyczące harmonogramu doprowadziły mnie do co najmniej dwóch wniosków. Po pierwsze zapisy warunków kontraktowych FIDIC w zakresie opracowania harmonogramu, jego roli i funkcji w Kontrakcie są bardzo precyzyjne oraz bardzo rozbudowane. Harmonogram opracowany zgodnie z tymi wymaganiami wymaga umiejętności przewidzenia wielu zdarzeń na budowie, ich kolejności oraz następstwa. To natomiast powoduje, że niezwykle rzadko spotyka się dobrze opracowany harmonogram, który może być wykorzystywany jako dobre narzędzie w analizach spornych sytuacji. Po drugie źle przygotowany harmonogram, np. bez wyznaczonej *ścieżki krytycznej*, bez terminów zamawiania i dostarczania głównych Urządzeń i Materiałów, dostaw na plac budowy, prób i testów, itd. (patrz Warunki Ogólne Klauzula 8) nie daje możliwości Wykonawcy prawidłowego i profesjonalnego uzasadniania wniosków o przedłużenie Czasu na Ukończenie, oraz nie stanowi narzędzia przy pomocy którego Inżynier mógłby monitorować przebieg realizacji Robót. Skrupulatne sporządzenie harmonogramu robót i następnie korzystanie z niego w trakcie budowy jest narzędziem, które winno zapobiec powstawaniu roszczeń nieuzasadnionych, a w przypadku zdarzenia, za które nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca, a które powoduje dodatkowy koszt lub przedłużenie Czasu na Ukończenie, dałoby podstawę wykazania wpływu takiego zdarzenia.

W kontraktach rozliczanych w oparciu o obmiary Robót, czyli tzw. rozliczenie kosztorysowe, istotnym jest określenie, kto i w jaki sposób dokonuje obmiaru. Warunki Ogólne stanowią, że obmiar dokonuje Inżynier, a roboty są mierzone netto. Ponownie odwołując się do szerokiej praktyki należy stwierdzić, że obmiaru dokonuje Wykonawca i przekazuje

wyniki do akceptacji Inżyniera. Taki sposób postępowania staje się przyczyną sporów.

Obowiązek dokonywania obmiaru robót netto, który nie jest w polskiej praktyce znany i stosowany, powoduje konieczność doprecyzowania takiego zapisu w taki sposób, aby (i) był on spójny z metodami rozliczania robót oraz (ii) dokonujący obmiaru wiedział, co należy w obmierzonym elemencie robót uwzględnić. Przykładem mogą być zapisy mówiące, że długość rurociągu będzie wyznaczana jako „długość odcinków prostych bez uwzględnienia kształtek”. Taki zapis spowodował, że rurociąg o dużej średnicy w komorze, gdzie znajdował się syfon i składał się głównie z kształtek mierzony wzdłuż osi rurociągu jest kilka razy dłuższy niż mierzony według przytoczono-ego zapisu. Taki zapis w połączeniu z innymi zapisami w kontrakcie dał podstawę Wykonawcy do złożenia roszczenia w tym względzie.

Zmiany

Praktyka wskazuje, że nie ma kontraktów bez zmian. Zmiany mają różną wagę i znaczenie, o czym już pisałem wcześniej. Klauzula 13 [*Zmiany*] jest przywoływana jako jedna z tych, która bezwzględnie musi być zmieniona w kontraktach, w których winno być przestrzegane Prawo Zamówień Publicznych. Jest to bezsporne i nie podlega dyskusji, natomiast sposób w jaki klauzula ta jest zmieniana powoduje, że decyzje zapadają znacznie później niż powinny, oraz są podejmowane przez osoby, które takich decyzji podejmować nie powinny, albo nie mają do tego pełnomocnictw, albo wreszcie nie są podejmowane wcale, bo np. „w niniejszym kontrakcie nie dopuszcza się wprowadzania zmian”. W oczywisty sposób taki zapis w warunkach kontraktu musi prowadzić do sporów.

Podsumowanie. Czy projektem zarządzać czy też nim rządzić?

Podsumowując ten krótki referat wprowadzający w zagadnienie sporów w kontraktach, chciałbym dokonać pewnego odniesienia do zarządzania w ogóle. Jak pamiętamy z literatury, czy też kursów z zarządzania projektami, każdy zespół realizujący jakieś zadanie po okresie euforii przechodzi fazę konfliktów, a dopiero w następnym etapie osiąga największą wydajność. Tę regułę odnajdujemy niezwykle często również w kontraktach na roboty budowlane, w których **problemy w realizacji pojawiają się zawsze, a największą sztuką jest umiejętność znalezienia rozwiązania problemu**, choćby przy pomocy komisji rozjemstwa w sporach, arbitrażu czy też sądu, a potem wspólna realizacja zadań ku zadowoleniu obu stron. Prawidłowo przygotowany do realizacji kontrakt jest gwarancją, że gdy pojawią się trudne sytuacje, a to, że się pojawią jest niemal aksjomatem, to zapisy pozwolą na wspieranie zarządzania kontraktem i zagwarantują, że Inżynier nie będzie nim rządził.

„Legalne uwarunkowania rozjemstwa – prawne podstawy rozjemstwa”



Ryszard **STOPA**

Radca prawny
Przewodniczący Sądu Arbitrażowego
przy SIDiR
Członek Zarządu SIDiR

Rozjemstwo jest jednym z nowoczesnych sposobów polubownego załatwiania sporów, co znajduje swoje oparcie nie tylko w regulacjach zawartych w umowach stron kontraktów według wzorców które proponuje, m.in. FIDIC, ale także niektóre wyspecjalizowane amerykańskie organizacje branżowe.

Rozjemstwo to metody odwołujące się do zasad zdrowego rozsądku oraz tego co słuszne i sprawiedliwe, a więc do ogólnych zasad prawa i sprawiedliwości, które mają przyspieszyć i w sposób polubowny zakończyć spory między

stronami tak aby nie powodować konieczności wystąpienia do sądu lub arbitrażu, co wiąże się z utratą cennego z punktu widzenia każdej inwestycji – czasu niezbędnego na rozstrzygnięcie sporów, a nadto powoduje zadrzażenia w dalszych etapach prowadzenia inwestycji, gdyż co najmniej jedna ze stron sporu będzie nie zadowolona z rozstrzygnięcia sądu lub arbitrażu.

Na marginesie stwierdzić należy, iż niekiedy z rozstrzygnięcia sądu lub arbitrażu niezadowolone są obie strony. Z tego też względu aby usprawnić przewidziane prawem metody rozstrzygania, załatwiania lub zapobiegania sporom, FIDIC proponuje rozjemstwo, w ramach którego strony poddają swój spór pod rozstrzygnięcie komisji rozjemczej (jest to cecha występująca w arbitrażu), lub jednoosobowego rozjemcy, któremu oprócz uprawnień przewidzianych dla mediatora przyznano także nowe prawo rozstrzygania – wydania decyzji, a więc prawo, którym dotychczas nie dysponował mediator. Jest to w swej istocie uprawnienie, którym do tej pory dysponował jedynie conciliator lub arbiter.



Polskie prawo cywilne zawiera przede wszystkim zasadę swobody – wolności umów (art. 353¹ kc „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”). Jest to jedna z podstawowych zasad rządzących prawem cywilnym. Oznacza ona, iż strony w sposób dowolny mogą kształtować łączące je stosunki prawne, o ile nie jest to sprzeczne z prawem powszechnie obowiązującym lub zakazane, albo o ile nie naruszają one powszechnie obowiązujących przepisów prawa, albo gdy treść lub cel tych uregulowań sprzeciwiałyby się naturze stosunku prawnego, albo też co jest kategorią specyficzną dla systemu prawnego funkcjonującego w Polsce **zasadą współżycia społecznego**.

Dlatego też znacznie później niż FIDIC, ICC, DRBF które to organizacje od wielu lat wprowadzają pewne wzorcowe rozwiązania zapisów umownych, szczególnie dotyczących obrotu gospodarczego, prawo polskie dopiero ustawą z dnia 25.07.2005r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego, które postanowienia weszły w życie z dniem 10.12.2005r., wprowadziło do postępowania cywilnego pojęcie mediacji. Bazując na treści postanowień art. 353¹ k. c. oraz postanowieniach art. 183¹ k. p. c. do 183¹⁵ k. p. c., w sposób całkowicie zasadny można stwierdzić, iż prawne podstawy rozjemstwa – mediacji w Polsce stanowią uregulowania zawarte w dwóch ww. kodeksach (tj. k. c. i k. p. c.) oraz w związku z tym możliwość wprowadzenia tych uregulowań do umów przez strony kontraktu – umowy.

Proponowane przez FIDIC ogóle warunki umowy rozjemstwa, które znajdują się obecnie w tzw. Nowej Czerwonej

Książce, Nowej Żółtej i Srebrnej Książce, stworzone zostały na „modłę” anglosaską, tzn. każde pojęcie zawarte w umowie, każde prawo lub obowiązek którejkolwiek ze stron umowy oraz skutki ich działań lub zaniechań, czy też osób trzecich, są dokładnie opisane w treści umowy. Tym niemniej wyczerpują one w sposób zupełny wszystkie wymogi stawiane mediacji – rozjemstwu przez prawo polskie.

Warunkami istotnymi są:

- a) dobrowolność,
- b) zawarcie pisemnej umowy o poddanie się rozjemstwu – mediacji,
- c) szczegółowe umowne określenie:
 - przedmiotu mediacji,
 - rozjemcy – mediatora, oraz
 - sposób jego wyboru,
- d) bezstronność mediatora i tajemnica rozjemstwa – mediacji.

Istotną różnicę pomiędzy rozjemstwem a mediacją stanowi możliwość wydania decyzji – rozstrzygnięcia przez rozjemcę, które to decyzje na podstawie umowy – kontraktu wiążą strony. Każdej niezadowolonej z takiej decyzji stronie przysługuje prawo skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego lub arbitrażowego. Mediator natomiast starając się nakłonić strony do polubownego załatwienia sporu sporządza jedynie protokół z mediacji, w którym zaznacza jej wynik. Natomiast jeżeli doszło do załatwienia sporu przez ugodę zawartą przed mediatorem, to protokół taki przedstawia się sądowi do zatwierdzenia ugody w wyniku czego postanowienia ugody mogą podlegać wykonaniu na drodze egzekucji sądowej. Takiego rygoru nie posiadają decyzje podjęte przez rozjemców, co jednak nie stoi na przeszkodzie, aby uzgodnienia stron dokonane w trakcie rozjemstwa zawrzeć albo w odrębnej ugodzie sądowej – w postępowaniu pojednawczym, albo w protokole ugody, który następnie zostanie przedstawiony przez rozjemcę sądowi do zatwierdzenia. Różnice w sformułowaniach obydwu omawianych wyżej procedur wynikają z wieloletnich doświadczeń inżynierów i doradców zrzeszonych, m.in. w FIDIC, którzy napotykali na bariery dotyczące rozstrzygania sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą i dlatego od wielu lat lansują metody rozwiązywania sporów bez odwołania się do sądu lub arbitrażu.

Obowiązująca w Polsce procedura cywilna proponuje metodę mediacji jako skierowaną do szerszej grupy odbiorców, tj. w sprawach rodzinnych, karnych, sprawach prawa pracy, itd., a nie tylko w sprawach dotyczących sporów z zakresu obrotu gospodarczego. Z tych względów, aby zapewnić przepisom o mediacji ogólny charakter, ustawodawca zmuszony był wprowadzić takie uregulowania, które będą adekwatne dla przeprowadzenia każdej sprawy. Dlatego też rozjemstwo w formie proponowanej m.in. FIDIC, ICC, DRBF, które swój regulamin opierają o praktyczne zagadnienia w rzeczywistości występujące w wielkiej liczbie procesów inwestycyjnych toczących się na całym świecie, a także na doświadczeniach wyniesionych z ogromnej ilości postępowań rozjemczych w których uczestniczyli członkowie tych organizacji – jest jak najbardziej przydatną formą rozstrzygania, łagodzenia lub zapobiegania sporom w tej bardzo wyspecjalizowanej dziedzinie życia.

Z tych względów rozjemstwo jako nowatorski sposób rozstrzygania sporów zasługuje na szczególną uwagę stron procesu inwestycyjnego, gdyż tak jak sam proces inwestycyjny, rozjemstwo podlega również stałemu rozwojowi i doskonaleniu.



Inżynier&spory

Rola Inżyniera w zapobieganiu sporów



Krzysztof
WOŹNICKI
Prezes SIDiR

Idea rozejmstwa w sporach nie dotyczy sytuacji kiedy spór już wystąpił. Jej celem nadrzędnym jest zapobieganie powstawaniu sporów. Rola Inżyniera jest w tym względzie nie do przecenienia.

Przygotowanie inwestycji

Korzenie wielu sporów tkwią w okresie przygotowania inwestycji. To wówczas są podejmowane decyzje, jakże często będące źródłem przyszłego sporu.

Zgodnie z chwałebną praktyką Inwestor powinien wybrać Inżyniera na długo przed rozpoczęciem budowy i korzystać z Jego wiedzy i doświadczenia na etapie jej przygotowań. Praktyka w Polsce świadczy o czymś innym. Inwestor zwykle wybiera Inżyniera w ostatniej chwili, co jest błędem. Oszczędności z tego tytułu są żadne lub znikome, a potencjalne zagrożenie popełnienia błędu – znaczne.

- Wybór lokalizacji przyszłej budowy winien uwzględniać wszystkie warunki jej realizacji. Zarówno te korzystne, jak i ryzykowne. Istotne jest aby Inwestor określił wszystkie okoliczności, które są możliwe do przewidzenia na tym etapie i jasno je sprecyzował w materiałach przetargowych. Dzięki temu przyszły wykonawca będzie mógł je ocenić, wycenić i zaplanować postępowanie. Ukrywanie niesprzyjających okoliczności i potencjalnych zagrożeń to typowa bomba z opóźnionym zapłonem.
- Błędy w dokumentacji projektowej zdarzają się każdej pracowni projektowej. Różna jest ich waga oraz liczba – zależą od profesjonalizmu pracowni konsultingowej. Brak profesjonalizmu z reguły znajduje odbicie w niskiej cenie oferowanej przez tę pracownię. Rolą Inżyniera jest prawidłowe wykonanie dokumentacji projektowej, jeśli zostało Mu to zlecone, bądź doradzenie Inwestorowi w wyborze projektanta na bazie QPBS (Quality Price Based Selection).
- Twierdzenie, że pod rygorami Prawa zamówień publicznych konieczny jest wybór usług intelektualnych na podstawie najniższej ceny, jest nie prawdziwe. Wynika ono z oportunistów osób organizujących przetarg. Konsekwencje takiego wyboru już teraz są dotkliwe, a ich prawdziwy rozmiar poznamy dopiero za kilka lat.

- Przygotowanie przetargu na wykonawcę. Przetarg to podsumowanie szeregu ważnych decyzji, m. in. wyboru formy organizacyjnej (Generalny Wykonawca czy Construction Management?) realizacji całego przedsięwzięcia na raz czy w podziale na etapy. O formie i sposobie realizacji średnio i bardzo złożonych inwestycji przesądzają badania i analizy.
- Bywa, że warunkiem sprawnej realizacji inwestycji jest dostępność wybranych materiałów (np. masy asfaltowej lub kruszywa) w danym rejonie. W kalkulacjach należy uwzględnić podaż na rynku pracy, dostępność surowców oraz inne inwestycje planowane np. przez konkurencję do realizacji w tym samym czasie. Przerzucenie problemów z tym związanych na barki zwycięzcy przetargu to Pirrusowe zwycięstwo. Czy zależy nam na karach, jakie zapłaci wykonawca, czy na zrealizowaniu inwestycji?
- Innym zagadnieniem jest możliwość zapewnienia finansowania i czas niezbędny do pozyskania pierwszych wpływów z inwestycji. Inżynier odruchowo zacząłby realizację Np. sieci kanalizacyjnej od ostatniego przyłącza, a zakończył na stacji oczyszczania. Ekonomia procesu podpowiada odwrotną kolejność. Budowę należy rozpocząć od oczyszczalni, następnie podłączyć pierwszych klientów i zacząć pobierać należne opłaty od tych, którzy zostali przyłączeni. Ot przykład, jakich wiele.
- Wybór warunków kontraktowych to nie tylko kwestia koloru ich okładki. Powierzenie wyspecjalizowanej firmie zarówno projektowania, jak i realizacji zadań ma wiele zalet i rzesze zwolenników. Wówczas profesjonalizmowi firmy musi towarzyszyć jej rzetelność i uczciwość. Złożenie losów inwestycji w jedne ręce to duża odpowiedzialność ciążyąca zarówno na tej firmie jak i na zleceniodawcy. Mimo rosnącej liczby realizacji inwestycji według modelu Zaprojektuj i Buduj (Design and Build), nadal królują oddzielne zlecenia projektowania i wykonawstwa. Zaprojektuj i Buduj to forma popularna szczególnie w przypadku prostych i bardziej typowych obiektów. Można wówczas powierzyć funkcję Inżyniera konsultantowi projektującemu obiekt. Z jednej strony Zamawiający uzyskuje dzięki temu kontynuację procesu przygotowania i zarządzania inwestycją, eliminację się jednego więcej uczestnika budowy, uproszczenie komunikacji i bardziej klarowny sposób rozłożenia odpowiedzialności. Z drugiej zaś rosną wymagania wobec konsultanta, któremu powierzono zarówno projektowanie, jak i zarządzanie inwestycją. Musi on posiadać doświadczenie zarówno w projektowaniu, jak i zarządzaniu inwestycją. Nie należy jednak zapominać o kontroli działań zleceniobiorcy. W krajach Europy centralnej, z racji uwarunkowań historycznych, wiele firm konsultingowych nadal oferuje tylko albo projektowanie, albo funkcję Inżyniera. Pod presją rynku powoli się to zmienia. Decyzje dotyczące wyboru wspomnianych wyżej warunków

ków kontraktowych mogą przesądzić o sprawnej bądź burzliwej realizacji budowy.

- Oddzielnym zagadnieniem jest przygotowanie kontraktu. Warunki Kontraktowe FIDIC składają się z Warunków Ogólnych, które nie powinny być zmieniane oraz z Warunków Szczególnych każdorazowo dopasowywanych do aktualnych potrzeb. To teoria. Praktyka jest zgoła inna. Nagminnym zjawiskiem jest udowadnianie przez urzędników Zamawiającego, że oni wiedzą lepiej! Doświadczenie zebrane z tysięcy realizowanych inwestycji w ramach warunków FIDIC to nic wobec wiedzy Pana/Pani mecenasa z biura Zamawiającego. Oni wiedzą lepiej! Pamiętajmy, że **celem jest zrealizowanie inwestycji w miarę możliwości w ramach budżetu i o czasie**. Tymczasem wielu urzędnikom zdaje się, że ich naczelnym zadaniem jest „zabezpieczenie interesów Zamawiającego”. Potrafią wpisać do kontraktu, że „jeśli w dokumentacji Zamawiającego są błędy, to konsekwencje poniesie Wykonawca”. Warunkiem sprawnej realizacji inwestycji są równe prawa, obowiązki oraz rozsądnie rozłożone ryzyko między strony kontraktu. Jakże często zapominają o tym lub nie rozumieją tego urzędnicy Zamawiającego. Właśnie z tego powodu przygotowanie warunków kontraktowych warto zlecić profesjonalnemu konsultantowi i zaufać jego doświadczeniu. Cennym jest gdy konsultant nie ulega wszystkim fanaberiom zleciennodawcy.

W tym kontekście oczywista jest rola Inżyniera jako „trusted adviser” (zaufany doradca), nazywana tak w środowisku FIDIC.

Realizacja inwestycji

Podpisujemy kontrakt! Bal, konferencja prasowa, zdjęcia w prasie i w telewizji... Oburzamy się na jakąkolwiek wzmiankę o możliwości wystąpienia konfliktu. To się może przytrafić innym, ale oczywiście nie nam.

- A może jednak stworzymy Komisję Rozjemczą? Tak na wszelki wypadek. To Inżynier powinien dopilnować i przekonać obie Strony, że warto, że sama jej obecność zapobiega powstawaniu niepotrzebnych sporów i konfliktów.

Dochodzimy do sedna sprawy. Inżynier zasiada na swoim tronie i zaczyna rządzić. Sposób sprawowania władzy ma istotne znaczenie dla prosperity krainy, szczęścia jej mieszkańców oraz sposobów rozwiązywania konfliktów, które niechybnie się pojawiają. Zauważcie Państwo, że krwawe rewolucje są domeną państw rządzonych przez dyktatorów. Podobnie jest, do pewnego stopnia, na budowie. Mądry Inżynier, widząc zarówno problemy, jak i potrzeby obu Stron, ma wiele możliwości rozładowania napiętej sytuacji.

Inżynier ma władzę, ma prawo żądać i wymagać, ale ma też obowiązki przypisane Mu prawem (kontraktu) i obyczajem. Oczywiście najprościej zapisać w kontrakcie, że za wszystko odpowiada Wykonawca. Przenoszenie na Wykonawcę? obowiązków Inżyniera jest częstym zjawiskiem. Dopiero kłopoty w trakcie realizacji, opóźnienia i spory uświadamiają Inżynierowi (i Zamawiającym), że nie tędy droga. Nauka bywa czasami bardzo kosztowna.

- To Zamawiający i Inżynier powinni dopilnować aby Wykonawca miał front robót wolny od wad prawnych, do-

stępny w zakresie i czasie przewidzianym w programie inwestycji. Zapewnienie na czas pełnomocnego pozwolenia na budowę jest tak oczywiste, że nietaktem jest wspomnianie o tym w towarzystwie. A w życiu...? Inżynier ma zadbać by Wykonawca otrzymał prawidłowo opracowaną dokumentację projektową, kompletną i na czas, oraz by była zatwierdzona przez zamawiającego, (jeśli jest to wymagane),

- Zwykle też do obowiązków Inżyniera należy wytyczenie głównych osi obiektu.

Proszę zwrócić uwagę, jak często pada słowo czas. Jest ono nierozzerwalne ze słowem decyzja. Dla budowy lepsza jest zła decyzja niż jej brak. Złą decyzję można poprawić, czasem wycofać się z niej, podczas gdy brak decyzji opóźnia budowę, demobilizuje, powoduje marnotrawstwo czasu i mocy przerobowych, pieniędzy i bardzo często leży u źródła konfliktu.

- Do Inżyniera należy interpretacja kontraktu. Prawo do interpretowania kontraktu to w dużej mierze echo Jego roli rozjemcy w poprzedniej wersji Warunków Kontraktowych. Inżynier nie ma prawa zmienić kontraktu, ale każdy, najbardziej precyzyjnie napisany kontrakt zawsze pozostawia wiele miejsca na interpretację.
- Najczęściej spotykanym źródłem konfliktów jest ocena robót dodatkowych oraz wprowadzonych zmian. Proszę zauważyć, że w obu przypadkach pierwsza ocena sytuacji i pierwsze decyzje należą właśnie do Inżyniera! To On decyduje czy dana robota jest zawarta w Kontrakcie (czy jest to jeszcze przedmiot zamówienia), czy też za jej wykonanie należy się Wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie, czy Wykonawca nabywa prawa do przedłużenia czasu na wykonanie? Od fachowości i rzetelności Inżyniera zależy bardzo dużo. Profesjonalny Wykonawca rzadko kiedy zgłasza roszczenia ewidentnie bezpodstawne bo wie, że niszczy jeszcze dobrą wówczas współpracę z Inżynierem i Inwestorem, na której powinno mu zależeć. Ma świadomość, że roszczenia bezzasadne prędzej czy później będą oddalone. Inaczej mają się sprawy gdy Strony są w permanentnym konflikcie. Wówczas są stosowane wszystkie chwytły.

Bezkrytyczne identyfikowanie się Inżyniera z interesami Inwestora, za cenę rzetelności i bezstronnej oceny sytuacji zaistniałych na budowie to początek klęski Inwestora. To pierwszy krok do sporów, opóźnienia budowy, rosnących kosztów.

Zdarzają się też sytuacje, w których Zamawiający przyznawał, że Wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie, a tymczasem, nawet kiedy uprawnienia Wykonawcy do zapłaty nie budziły wątpliwości, Inżynier prezentował pryncypialne stanowisko i dla zasady mówił nie!

Podsumowanie – Wnioski

Od Inwestora zależy prawidłowy wybór i właściwa pozycja Inżyniera w kontrakcie.

Od Inżyniera, w dużym stopniu, zależy dobra i bezkonfliktowa realizacja budowy.

W interesie Inwestora jest zrobienie wszystkiego co możliwe, aby uniknąć sporów.

Prawdy oczywiste? Tak, tylko jakże często o tym nie pamiętamy?

Procedura rozjemstwa

a procedura sądu arbitrażowego

Robert
WYSOK

Wysok i Wysok Radcowie Prawni Sp. p.

Moje wystąpienie dotyczy bardzo ważnego problemu wiążącego się z niemal każdą relacją kontraktową w sferze stosunków budowlanych – rozstrzygania sporów, które pojawiają się w trakcie budowy lub po jej zakończeniu. Warunki kontraktowe FIDIC regulują to zagadnienie, doceniając wagę szybkiego i efektywnego rozwiązywania sporów, które niestety jak się okazuje są nieodłączoną cechą procesu budowlanego.

Nie jest celem mojego wystąpienia szczegółowe omówienie procedury stosowanej przez komisje rozjemcze ani przebiegu postępowania arbitrażowego. Zamierzam skupić się na przedstawieniu podstawowych różnic pomiędzy tymi dwoma sposobami rozstrzygnięcia pojawiających się sporów. Więcej uwagi zamierzam poświęcić komisjom rozjemczym, jako instytucji mniej znanej i stosunkowo nowej w praktyce budowlanej. Będę posługiwał się w tym celu *Warunkami kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę* (tzw. Żółta Książka) w brzmieniu z 1999 r., stosowanych powszechnie przy realizacji licznych zamówień w sferze budownictwa, w tym finansowanych z funduszy europejskich. Wymienić można tytułem przykładu zastosowania tego wzoru Modernizację i Rozbudowę Oczyszczalni Ścieków Czajka w Warszawie czy budowę Autostrady A2 na odcinku Węzeł Stryków II Sekcja A1.

Procedura rozwiązywania sporów w FIDIC została uregulowana w rozdziale 20 Warunków ogólnych, zatytułowanym: „Roszczenia, spory i arbitraż”. Jeśli strony nie wprowadzą zmian od tej procedury w warunkach szczególnych, w razie sporów pojawi się komisja rozjemcza, a potem (lub czasami zamiast niej) arbitraż według Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (ICC). Rozstrzygać spór powinni trzej arbitrzy.

Przy ocenie roszczeń swoją rolę do odegrania ma też inżynier kontraktu. Osoba ta działa wprawdzie w imieniu i na zlecenie zamawiającego, ale wydaje też świadectwa. W tej roli inżynier powinien pozostać bezstronny i niezależny.

Klauzula 20.1 zawiera przesłanki, jak również terminy, których należy dotrzymać, by wieloetapowa klauzula rozwiązywania sporów została uruchomiona prawidłowo. Na tym

etapie nie ma jeszcze co prawda sporu, ale pojawia się roszczenie wykonawcy o dodatkowy czas na ukończenie budowy lub dodatkową płatność. Inżynier kontraktu ustosunkowuje się do takiego roszczenia wydając opinię. Dalej powinny nastąpić konsultacje pomiędzy stronami w celu uzyskania konsensusu. W jego braku, inżynier dokonuje ustalenia. Jeśli któraś ze stron nie jest z niego zadowolona, powinna zwrócić się do komisji rozjemczej, która w tej roli występuje jako „instancja” odwoławcza od ustaleń inżyniera.

Zanim szerzej poruszę tematykę rozstrzygania sporów, warto podkreślić, że na dochowywania terminów przewidzianych w warunkach FIDIC należy mieć też baczenie przez cały czas dochodzenia roszczeń, aby nie narazić się na surowe konsekwencje w postaci prekluzji roszczeń.

Podstawą do zajęcia się przez komisję rozjemczą daną sprawą jest formalne zgłoszenie roszczenia przez jedną stronę i jego odrzucenie przez drugą stronę.

Podstawowe różnice pomiędzy rozjemstwem a arbitrażem są następujące:

1. Charakter instytucji:

- Komisje rozjemcze są tworem umownym. Można je zaliczyć do metod tzw. Alternatywnego Rozwiązywania Sporów (ADR). Ich działanie nie jest uregulowane w zasadzie żadnymi przepisami prawnymi, a podstawą ich działania są regulacje stworzone przez strony. Decyzja wydana przez komisję rozjemczą nie jest wyrokiem i nie podlega automatycznie przymusowej egzekucji.
- Arbitraż zastępuje sąd powszechny. Po zawarciu klauzuli arbitrażowej odwołanie się do sądu powszechnego jest w zasadzie wykluczone, bo na zarzut drugiej strony sąd powszechny odrzuci pozew. Wyrok wydany przez sąd arbitrażowy jest ostateczny i może podlegać uchyleniu jedynie w ściśle określonych sytuacjach przewidzianych w Kodeksie postępowania cywilnego. Podlega też po nadaniu mu przez sąd powszechny klauzuli wykonalności przymusowej egzekucji.

2. Czas pojawiania się:

- Komisja rozjemcza w zasadzie powinna pojawić się jednocześnie z podpisaniem kontraktu. W jej skład powinna wejść jedna lub trzy osoby. Trzyosobowe komisje rozjemcze są normą przy większych kontraktach. Przy tej liczbie rozjemców, po jednej osobie mianują zamawiający i wykonawca, a trzeciego rozjemcę uzgadniają strony na podstawie rekomendacji dwóch wybranych przez nie członków komisji. Zaleca się, by przewodniczącym był prawnik, zwłaszcza, gdy rozjemcami mianowanymi przez strony bezpośrednio są inżynierowie. Członkowie komisji powinni pojawiać się na budowie – np. uczestniczyć w naradach. Kiedy wystąpi sytuacji sporna, nie czekając na zaognienie sprawy, komisja powinna spór rozstrzygnąć. Zdarza się jed-

nak, że strony, najczęściej dla oszczędności na wynagrodzeniu rozjemców, decydują się powołać komisję rozjemczą dopiero po powstaniu sporu. Takie rozwiązanie jest jednak mniej efektywne, bo na tym etapie realizacji kontraktu nie ma już najczęściej współpracy między stronami, a podmiot „pozwany” nie wykazuje niezbędnej woli współpracy i np. nie zgłasza „swojego” członka komisji, co opóźnia jej powstanie i podjęcie działań. W razie też powstania komisji na etapie zaistnienia sporu, jej członkowie potrzebują też dodatkowego czasu na zapoznanie się z kontraktem, przebiegiem jego realizacji i samym sporem.

- b) Arbitraż ma natomiast najczęściej miejsce po zakończeniu realizacji kontraktu lub w razie jego upadku. Jest też przewidziany jako „instancja” odwoławcza od decyzji komisji rozjemczej lub w razie niemożności jej działania.

3. Rodzaj spraw, które mogą rozstrzygać:

- a) Rodzaj spraw, jakimi mają się zajmować komisje rozjemcze jest bardzo szeroki i dotyczy wszelkich rodzajów „sporów „w związku z kontraktem lub realizacją robót lub wynikających z nich, włącznie z jakimkolwiek sporem co do jakiegokolwiek świadectwa, określenia, polecenia, opinii lub wyceny Inżyniera”.
- b) Arbitraż jest stosowany dla merytorycznej weryfikacji decyzji komisji rozjemczej, jeśli jedna ze stron wyrazi z niej niezadowolenie w sposób przewidziany w warunkach kontraktowych FIDIC. Arbitraż może być też wykorzystany dla umożliwienia wprowadzenia w życie ostatecznie wiążącej decyzji komisji rozjemczej, bez wnikania w meritum sprawy, jeśli decyzja nie została zakwestionowana, ale nie jest wykonywana. Trzecią sytuacją, w której zastosowanie znajdzie arbitraż będzie poddanie pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego spraw, w których umowa powołująca do życia komisję rozjemczą wygaśnie lub z innego powodu komisja nie będzie mogła rozstrzygnąć sporu.

4. Charakter rozstrzygnięcia:

- a) Decyzja komisji rozjemczej jest dla stron wiążąca i strony bezzwłocznie powinny ją wykonać. Niewykonanie decyzji stanowi naruszenie umowy między stronami i naraża na odpowiedzialność odszkodowawczą. Strona, która nie zgadza się z decyzją ma jednak otwartą drogę do dochodzenia swoich racji przed sądem w ciągu 28 dni od otrzymania decyzji. W braku terminowego powiadomienia o niezadowoleniu przez którąś ze stron, decyzja staje się ostateczna. Decyzje te nie mają jednak statusu wyroku sądu arbitrażowego. Nie podlegają więc przymusowemu wykonaniu.
- b) Wyrok, który zapada w arbitrażu jest ostateczny i nie może być zmieniony w toku instancji. Sąd powszechny może go jedynie uchylić, ale również w ściśle określonych okolicznościach uprawnionych do złożenia skargi o uchylenie wyroku.

5. Koszt

- a) Komisje rozjemcze są zwykle wynagradzane wg stawek miesięcznych/dziennych zgodnie z ustaleniami stron przy powoływaniu rozjemców. Każda ze stron pokrywa połowę tego wynagrodzenia. Zwykle tak samo (2.000 zł w polskich warunkach) wynagradzany jest miesiąc „bycia w gotowości”, jak dzień pracy przy rozstrzygnięciu sporu rozjemcy.

- b) Strony mają mniejszy wpływ na koszt arbitrażu. Koszt ten, zwłaszcza przy utrzymaniu arbitrażu ICC z warunków ogólnych FIDIC jest dość wysoki. Aktualny kalkulator ICC pozwala stwierdzić, że przy wartości przedmiotu sporu w kwocie 5.000.000 dolarów, koszty arbitrażu, nie licząc kosztów prawników i ekspertyz, mogą wynieść ok. 300.000 dolarów. Koszty te zawierają wynagrodzenie arbitrów i opłaty administracyjne sądu. Można je obniżyć decydując się np. na jednego arbitra bądź dokonując zapisu na inny sąd arbitrażowy, chociaż tego ostatniego rozwiązania w zasadzie nie polecałbym przy dużych projektach ze względu na duże doświadczenie sądu paryskiego w skomplikowanych sprawach budowlanych oraz szczególne zapisy w Regulaminie arbitrażowym ICC korzystne dla zapewnienia wysokości jakości tego typu usługi (np. *Terms of reference, Scrutiny*).

6. Czas trwania

- a) Biorąc pod uwagę terminy przewidziane przez FIDIC na zgłoszenie kwestii spornej oraz termin na wydanie decyzji przez komisję rozjemczą (84 dni od otrzymania wniosku) – w ciągu czterech miesięcy od powstania sporu, strony powinny otrzymać decyzję komisji rozjemczej.
- b) Arbitraż niestety może trwać dość długo. W sprawach budowlanych standardem są dwa – trzy lata. Podobieństw pomiędzy działalnością komisji rozjemczych i arbitrażu jest też sporo – sposób powoływania, niezależność od stron i cel – rozstrzygnięcie sporu to najważniejsze z nich. W obu przypadkach strony sporu powinny mieć wpływ na skład orzekający. Wybór rozjemców/arbitrów powinien być staranny i świadomy, ponieważ o wartości merytorycznej rozstrzygnięć, ich terminowości i przydatności dla skutecznej ochrony praw stron i zapewnienia realizacji inwestycji w obu wypadkach decydują kwalifikacje, doświadczenie i dyspozycyjność wybranych osób. W żadnym wypadku ani rozjemca, ani arbiter nie powinni być rzecznikami interesów danej strony.

Warto podkreślić, że warunki kontraktowe FIDIC na każdym etapie rozwiązywania sporu odwołują się do woli stron i niejako zachęcają do polubownego rozwiązania sporu, w szczególności na etapie przejścia od decyzji komisji rozjemczej do arbitrażu.

Spory są nieodzowną częścią realizacji inwestycji budowlanych. Nie zawsze powstają z powodu czyjejś niekompetencji lub złej woli. Pojawiają się też różne nieprzewidziane okoliczności podczas budowy jak chociażby niekorzystne warunki atmosferyczne. W takiej sytuacji potrzeba efektywnego i szybkiego narzędzia pozwalającego rozstrzygnąć pojawiający się nieodzownie spór. Tę potrzebę powinny zaspokoić komisje rozjemcze. Jeśli z jakichś względów komisja nie powstanie lub nie wyda rozstrzygnięcia albo strony z decyzją komisji się nie zgodzą – sprawa trafi do arbitrażu. Wzór kontaktu FIDIC zapewnia taki przebieg sprawy. Rolą stron jest dostosowanie stosownych zapisów FIDIC do konkretnych potrzeb w warunkach szczegółowych.

Na koniec wypada wyrazić nadzieję, że wszelkie spory będą rozstrzygane profesjonalnie i w sposób zapewniający sprawną realizację inwestycji w Polsce, czego sobie i Państwu życzę, a co miejmy nadzieję pozwoli nam wkrótce jeździć bez przeszkód po kraju, korzystać z nowoczesnych i przyjaznych środowisku rozwiązań infrastrukturalnych i stadionów.

Tezy, klauzule rozjemcze i arbitrażowe



Krzysztof
CZESZEJKO-SOCHACKI
Wiceprezes ICC Polska

Umowa o arbitraż – klauzula arbitrażowa.

Kontrakty, z którym Państwo spotykacie się lub będziecie w nich uczestniczyć, są i będą – jak sądzę – nie tylko dobrze przygotowane, ale partnerzy kontraktowi będą rzetelni i uczciwi. Jednak nawet doskonale przygotowana umowa i staranność stron umowy nie jest w stanie zapobiec zdarzeniom obiektywnym utrudniającym lub uniemożliwiającym realizację wzajemnych zobowiązań oraz ewentualnym konfliktom, których rozstrzygnięcie będzie należało do sądu lub innego uprawnionego i kompetentnego organu. Kto zaś powinien rozstrzygać taki zaistniały pomiędzy stronami spór zależy wyłącznie od woli stron umowy.

Dla uniknięcia długotrwałej i sformalizowanej procedury sądowej (ew. także sądu zagranicznego) warto, by zainteresowane strony zawarły umowę o arbitraż, zwaną powszechnie zapisem na sąd polubowny, a która znajduje swoją

podstawę w art. 1161 k. p. c. Umowa taka zawarta może być, gdy strony przewidują możliwość powstania sporu z określonego stosunku prawnego lub też gdy spór taki już istnieje. Zapis na sąd polubowny może być umową samodzielną, jak i klauzulą w umowie zasadniczej (klauzula arbitrażowa). Zawarcie klauzuli arbitrażowej ma charakter autonomiczny, wobec czego nieważność lub bezskuteczność postanowień umowy zasadniczej nie wpływa bezpośrednio na ważność klauzuli arbitrażowej. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest treść art. 1180 § 1 k. p. c., na podstawie którego „Sąd polubowny może orzekać o swej właściwości, w tym o istnieniu, ważności albo skuteczności zapisu na sąd polubowny. Nieważność albo wygaśnięcie umowy podstawowej, w której zamieszczono zapis na sąd polubowny, samo przez się nie oznacza nieważności lub wygaśnięcia zapisu.”.

Co do charakteru prawnego umowy o arbitraż nie ma zgodności, ale wydaje się, że – w braku czasu na szersze rozważania – zapis na sąd polubowny jest umową procesową, do której można stosować per analogiam przepisy kodeksu cywilnego.

Najkrócej rzecz ujmując, klauzula arbitrażowa powinna – poza wcześniej wskazanym czytelnym odwołaniem się do stosunku prawnego (umowy zasadniczej) zawierać jednoznaczne stwierdzenie o poddaniu sporu do rozstrzygnięcia przez sąd arbitrażowy (polubowny). Dodatkowo, klauzula ta może zawierać takie elementy jak: liczbę i kwalifikację arbitrów oraz sposób ich powoływania, ustalenie zasad postępowania, wskazanie miejsca arbitrażu i in. Te szczegółowe



elementy nabierają większego znaczenia w umowach z kontrahentami zagranicznymi, dzięki którym polska strona wyłącza nieznane jej zazwyczaj prawo i procedurę innego kraju, a pozostawiając sobie wpływ na skład orzekający oraz przewidywalną krajową pomoc prawną, a dzięki niewielkiemu formalizmowi postępowania większe poczucie bezpieczeństwa i możliwość zawarcia ugody. Nie istnieje żadna sztywna treść klauzuli arbitrażowej. Powinna ona zawierać: (1) jasne określenie, jakie spory poddaje się arbitrażowi albo określenie, że: „wszelkie spory powstałe na podstawie zawartej umowy (zasadniczej), wynikające z umowy, a także powstałe na tle umowy, w tym jej interpretacja i wykonanie będą rozstrzygane przez ...”), (2) wskazanie sądu arbitrażowego właściwego do ich rozstrzygania – w wypadku stałego sądu polubownego, z przywołaniem jego regulaminu, a w wypadku sądu polubownego ad hoc z możliwością wskazania właściwego prawa i procedury. Warto przy tym pamiętać, że w przypadku umowy zawartej z kontrahentem zagranicznym, w braku jego zgody (niemożności dojścia do porozumienia) na wskazanie stałego polskiego sądu arbitrażowego lub znanych stronie polskiej reguł postępowania, dobrze jest dokonać wyboru takiego stałego sądu arbitrażowego (lub reguł dla sądu arbitrażowego ad hoc), które są przejrzyste i przyjazne, a opłaty – do przyjęcia.

Warto pamiętać, że zapis na sąd polubowny zawarty w umowie zasadniczej ma – w braku odmiennego postanowienia stron – zastosowanie do innych porozumień zawartych na podstawie umowy zasadniczej, stanowiących jej kontynuację, bądź rozwinięcie, w tym tzw. aneksów.

Umowa o arbitraż powinna zostać zawarta w formie pisemnej, z tym jednak, że forma ta zachowana jest w wypadku dokonania zapisu przez strony w pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość, a które pozwalają utrwalić ich treść, przy czym w wypadku powołania się w umowie zasadniczej na klauzulę arbitrażową, należy mieć na uwadze, by forma pisemna została zachowana, a zapis stanowił jej część składową. Istnieje także możliwość zawarcia zapisu na sąd arbitrażowy przez odesłanie, a co jest charakterystyczne dla klauzul arbitrażowych zawartych w tzw. ogólnych warunkach umów, wzorców, czy regulaminów. Odesłanie do nich możliwe jest w ofercie i jej potwierdzeniu, a także potwierdzeniu sprzedaży, a nawet w fakturze.

Co do zdolności arbitrażowej, tj. zdolności do zawarcia zapisu na sąd polubowny, to kwestia ta – pomimo zmian dokonanych w k. p. c. – nie budzi większych wątpliwości i emocji. Zastosowanie mają w tej kwestii ogólne przepisy prawa materialnego dotyczące czynności prawnych. Należy przy tym zaznaczyć, że istnieje możliwość dokonania zapisu na sąd polubowny per procura – na podstawie jednak pełnomocnictwa rodzajowego i szczególnego, ale (1) jeśli chodzi o przedsiębiorców, to brak wyłączenia możliwości dokonania zapisu na sąd polubowny, będzie uprawniał umocowanego do zawarcia takiej umowy, zaś (2) w wypadku pozostałych osób w każdym pełnomocnictwie powinno znaleźć się wyraźne uprawnienie do dokonania zapisu na sąd polubowny (vide art. 1167 k. p. c.). Jednocześnie należy podkreślić, że pełnomocnictwo procesowe nie jest wystarczające do dokonania zapisu na sąd polubowny.

Jaki zatem spór można poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego ze względu na jego przedmiot? Zdarność ar-

bitrażowa jest nie tylko przesłanką ważności zapisu na sąd polubowny, ale wpływa na kompetencje tego sądu. Dopuszczalny zakres zapisu na sąd polubowny obejmuje: spory o prawa majątkowe i niemajątkowe, które mogą być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty (art. 1157 k. p. c.), oraz w sporach ze stosunku spółki, a także – odpowiednio – spółdzielni i stowarzyszeń (art. 1163 k. p. c.) i prawa pracy (art. 1164 k. p. c.).

Jak wcześniej wspomniano, skutkiem procesowym umowy o arbitraż jest wyłączenie jurysdykcji sądów państwowych. Na podstawie Art. 1165. § 1 „W razie wniesienia do sądu sprawy dotyczącej sporu objętego zapisem na sąd polubowny, sąd odrzuca pozew lub wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego, jeżeli pozwany albo uczestnik postępowania nieprocesowego podniósł zarzut zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy.”. W zakresie skutków materialnoprawnych, zapis na sąd polubowny nie przerywa biegu przedawnienia, bowiem nie jest czynnością powziętą bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia.

Klauzule rozjemcze.

Alternatywne formy rozwiązywania sporów (ADR), mające na celu – w istocie rzeczy – minimalizowanie możliwości powstania sporu to: (1) alternatywne do tradycyjnych, formy rozwiązywania sporów, (2) postępowanie pojednawcze i mediacyjne, oraz (3) budzący wątpliwości komentatorów – arbitraż (orzeczniczy). Omówiona powyżej umowa o arbitraż (klauzuli arbitrażowej) nie jest tożsama z tzw. umową o arbitraż techniczny, ani umową o wydanie opinii rozjemczej, w której strony oczekują ustalenia spornych faktów, a nie rozstrzygnięcia prawnego, choć bywa, że owi rozjemcy są jednocześnie uprawnieni do wydania rozstrzygnięcia.

Z pozasądowych metod rozwiązywania sporów największe znaczenie mają negocjacje i mediacja. Obie te metody mają charakter konsensualny (zgoda stron) i koncyliacyjny (uzgodnienia).

Zawarcie umowy o mediację, podobnie jak umowa o arbitraż może stanowić odrębną umowę, bądź stać się klauzulą mediacyjną czy rozjemczą umowy zasadniczej i ma za zadanie doprowadzenie do złagodzenia istniejącego sporu, w większości przypadków poprzez doprowadzenie do wzajemnych ustępstw.

Klauzula mediacyjna jest najczęściej stosowaną metodą, w której bezstronna osoba wpiera strony pozostające w sporze w dojściu do satysfakcjonującego kompromisu. Całkowite odformalizowanie mediacji, dobrowolność, poufność i neutralność, a także stosunkowo niskie koszty prowadzenia, to elementy sprzyjające jej popularności i rozwojowi.

Strony mają pełną samodzielność w ustaleniu zasad postępowania mediacyjnego, podobnie w umowie o arbitraż, wskazując miejsce mediacji, mediatora lub mediatorów, jak również wskazać konkretną instytucję prowadzącą sprawę z tego zakresu, w tym stałe sądy polubowne. Strony mogą także za podstawę rozwiązania wskazać ustawę modelową o międzynarodowej koncyliacji w sprawach gospodarczych (rozjemstwie handlowym), która ma całkowitą autonomię woli stron. W każdym razie efektem takiego postępowania ma być ugoda lub inne zgodne porozumienie stron.

Wykonalność decyzji Komisji rozjemczej w umowach



Paweł **PIETKIEWICZ**
CMS Cameron McKenna

Wstęp

Postępowanie przed Komisjami rozjemczymi jest w przemyśle budowlanym powszechnie stosowanym sposobem rozstrzygania sporów¹. Komisje składają się z jednego lub więcej ekspertów niezależnych od żadnej ze stron sporu i wydają rozstrzygnięcia wiążące dla stron. Niewykonanie rozstrzygnięcia przez stronę uważane jest za naruszeniem umowy. Jednocześnie rozstrzygnięcia te mogą zostać zmienione wyrokiem sądu arbitrażowego lub ugodą zawartą przez strony. Komisje rozjemcze występują w Czerwonej księdze FIDIC (1999), Żółtej księdze FIDIC (1999) oraz w Srebrnej księdze FIDIC (1999). Postępowanie przed nimi oraz skutek ich rozstrzygnięć dla stron jest regulowany w taki sam sposób we wszystkich tych księgach. Z tego względu konsekwentnie odwoływać się będą jedynie do treści Czerwonej księgi FIDIC (1999).

Rozstrzygnięcia Komisji rozjemczych nie są wykonywalne w takim znaczeniu, w jakim o wykonalności stanowią przepisy Kodeksu postępowania cywilnego i tak jak wykonywane są wyroki sądu arbitrażowego. Wyrok sądu arbitrażowego oraz uгода przed nim zawarta mają moc prawną równą z wyrokiem sądu państwowego lub ugodą tam zawartą po uznaniu lub stwierdzeniu przez sąd państwowy ich wykonalności zgodnie z artykułem 1212 Kodeksu postępowania cywilnego². Po takim postępowaniu wyrok sądu arbitrażowego może być podstawą egzekucji. Rozstrzygnięcia Komisji nie są wyrokami arbitrażowymi i postępowanie takie nie ma do nich zastosowania. Jest to okoliczność powszechnie uznana w literaturze przedmiotu i nie rodzi żadnych wątpliwości³.

Wyłączenie traktowania rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej jako wyroku sądu arbitrażowego zawarte jest w Subklauzuli 20.4 (3) Czerwonej księgi FIDIC (1999): „*Będzie się uważało, że Komisja nie działa jako arbiter (rzy).*” Ponadto, wykładnia systemowa i celowościowa Klauzuli 20 Czerwonej księgi FIDIC (1999), uniemożliwia traktowanie rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej jako wyroku sądu arbitrażowego.

W każdym innym przypadku w trakcie rozstrzygania sporu wydawane byłyby albo dwa odrębne wyroki arbitrażowe (Komisji rozjemczej oraz sądu arbitrażowego) albo następujące po rozstrzygnięciu Komisji rozjemczej postępowanie przed sądem arbitrażowym byłoby postępowaniem odwoławczym w stosunku do rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej. Żadna z tych okoliczności nie była zamiarem twórców Czerwonej księgi FIDIC (1999).

Nie oznacza to jednak, że rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej nie mogą być egzekwowane w inny sposób. Dotyczy to zarówno rozstrzygnięć, które są wiążące ale nie ostateczne dla stron (Subklauzula 20.4 (5) Czerwonej księgi FIDIC (1999)) oraz tych, które są dla stron wiążące i ostateczne (Subklauzula 20.4 (7) Czerwonej księgi FIDIC (1999)). W pierwszym przypadku są to rozstrzygnięcia wydane przez Komisję co do których nie upłynął jeszcze terminu zgłoszenia przez jedną ze stron „powiadomienia o swoim niezadowoleniu” oraz co do których zgłoszono takie powiadomienie w terminie. W drugim przypadku są to rozstrzygnięcia, co do których żadna ze stron nie zgłosiła w terminie sprzeciwu. Egzekwowalność tych ostatnich rozstrzygnięć została uregulowana w Subklauzuli 20.7 Czerwonej księgi FIDIC (1999). Kontrowersje i zainteresowanie budziła egzekwowalność rozstrzygnięć wiążących ale nie ostatecznych. W ostatnim czasie zostało opublikowane orzeczenie Trybunału Arbitrażowego działającego na podstawie Regulaminu arbitrażowego Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy ICC („Regulamin arbitrażowy ICC”). Trybunał orzekł w nim w trybie wyroku tymczasowego o obowiązku wykonania rozstrzygnięcia Inżyniera kwestionowanego przez jedną ze stron. Dotyczył on rozstrzygnięcia wydanego na podstawie Klauzuli 67 Czerwonej księgi FIDIC (1987), ale ma on jak najbardziej zastosowanie do rozstrzygnięć Komisji rozjemczej wydanych na podstawie Klauzuli 20 Czerwonej księgi FIDIC (1999).

Rys historyczny

Dla pełnego przedstawienia problemu egzekwowalności rozstrzygnięć Komisji rozjemczej konieczne jest sięgnięcie do regulacji rozstrzygania sporów zawartej w Klauzuli 67 Czerwonej księgi FIDIC (1987). Zgodnie z jej treścią spory były przedstawiane do rozstrzygnięcia Inżynierowi. Inżynier nie musiał przeprowadzać rozprawy ani nie miał obowiązku wysłuchania stron. Inżynier nie musiał podawać uzasadnienia lub motywów swojej decyzji. W przypadku wydania rozstrzygnięcia sporu przez Inżyniera strony były zobowiązane niezwłocznie wprowadzić je w życie. Jednakże strona niezadowolona z rozstrzygnięcia mogła w terminie 70 dni od jego

¹ Edwin H. W. Chan, Charles K. L. Chan i inni: *Construction Industry Adjudication: A Comparative Study of International Practice*, Kluwer Law International 2005, str. 363.

² Tadeusz Ereciński, Karol Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2009, str. 349.

³ Christopher Seppälä, *The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board*, *The International Construction Law Review*, Volume 14, Part 4, October 1997, str. 457.

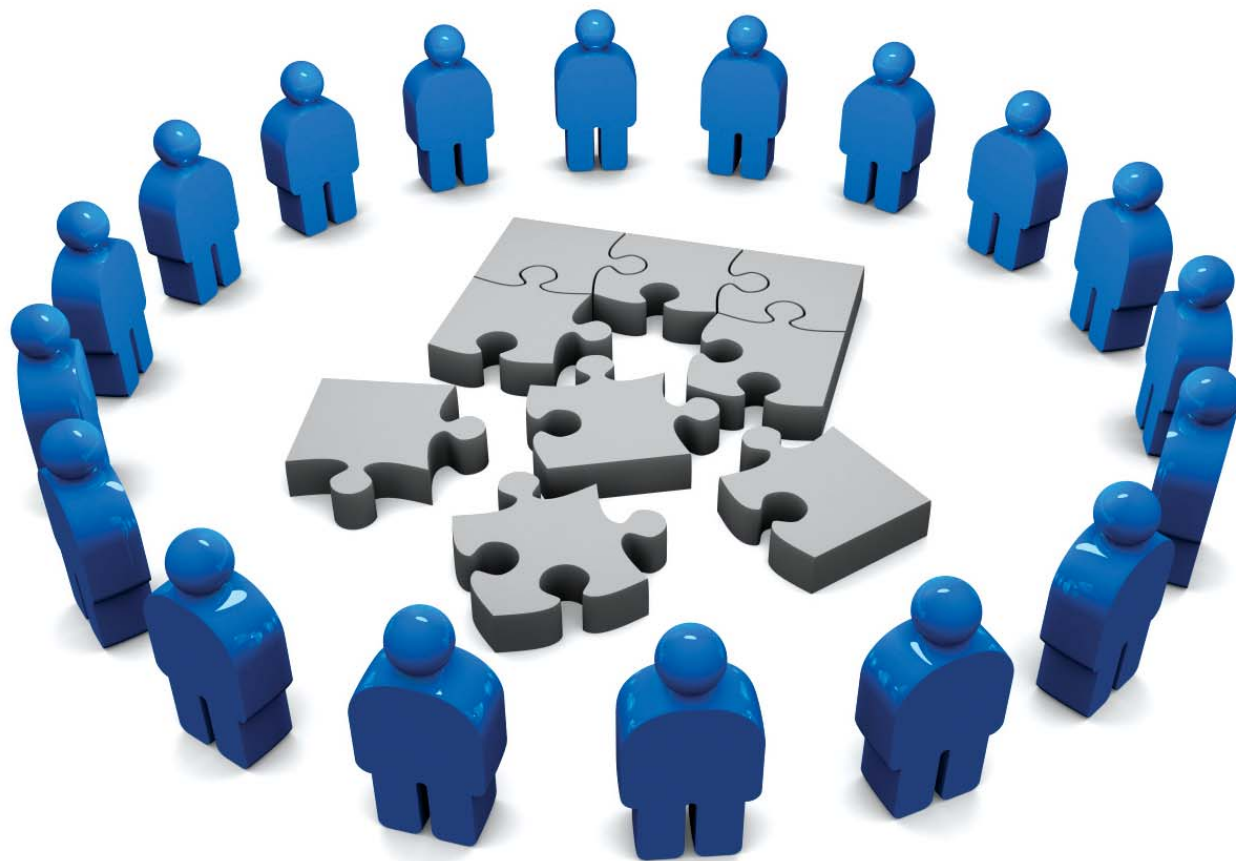
otrzymania powiadomić drugą stronę o zamiarze wszczęcia postępowania arbitrażowego. Nie zwalniało to jednak stron od obowiązku wykonania rozstrzygnięcia. Brak powiadomienia drugiej strony w terminie o zamiarze wszczęcia postępowania arbitrażowego powodowało, że rozstrzygnięcie Inżyniera stawało się wiążące i ostateczne dla stron.

Rola Inżyniera w tym postępowaniu była kluczowa, ale ze względu na jego pozycję w procesie budowlanym, zarzucono mu brak bezstronności i niezależności od Zamawiającego⁴. Ponadto, wskazywano, że spory rozstrzygane przez niego mogą mieć swoje źródło w jego własnych uprzednich decyzjach. Wskazywano także na pewną niejasność, co do tego, czy Inżynier nie działa jednocześnie jako *quasi-arbiter*⁵. Odpowiedzią na to miało być ograniczenie roli Inżyniera i przekazanie jego funkcji w ręce podmiotu, który miał gwarantować odpowiedni poziom merytoryczny rozstrzygnięcia, a jednocześnie miał być niezależny od obydwu stron procesu budowlanego.

W listopadzie 1996 roku FIDIC opublikował Suplement do Czerwonej księgi (1987), w którym zaproponowano wydawanie rozstrzygnięć przez Komisję rozjemczą. Była to zapowiedź zmian, jakie w październiku 1999 roku wprowadzono w Czerwonej księdze FIDIC (1999), Żółtej księdze FIDIC (1999) oraz Srebrnej księdze FIDIC (1999), w których Komisję rozjemczą uczyniono standardowym elementem rozstrzygania sporu. Jednocześnie, ograniczono znaczenie i usprawniono postępowanie przed Inżynierem.

Zgodnie z nową regulacją, rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej zapada w postępowaniu, które ma wiele cech postępowania przed sądem arbitrażowym. Ma ono charakter konsensualny (strony mogą ustalać zasady postępowania (Subklauzula 20.4 (4) Czerwonej księgi FIDIC (1999)), członkowie Komisji muszą być bezstronni i niezależni (postanowienie 2, 3 i 9 Ogólnych warunków Umowy o Rozjemstwie w Sporach) a strony muszą być traktowane równo (postanowienie 6, 7 i 8 Ogólnych warunków Umowy o Rozjemstwie w Sporach)). Opierając się na dotychczasowym doświadczeniu z wieloosobowymi składami orzekającymi sądów arbitrażowych, wskazane zostały także okoliczności, w których Komisja rozjemcza może działać bez udziału jednego ze swoich członków (*truncated tribunal*) (postanowienie 9 Ogólnych warunków Umowy o Rozjemstwie w Sporach). Ponadto, rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej powinno zawierać uzasadnienie (Subklauzula 20.4 (4) Czerwonej księgi FIDIC (1999)).

Skutek rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej dla stron jest taki sam jak w przypadku rozstrzygnięcia dokonanego przez Inżyniera zgodnie z Klauzulą 67 Czerwonej księgi FIDIC (1987). Wiąże ono strony, które powinny natychmiast je wykonać, chyba że dokonają zmiany jego treści w drodze ugody lub gdy zostanie ono zmienione orzeczeniem arbitrażowym (Klauzula 20.4 (4) Czerwonej księgi FIDIC (1999)). W przypadku, gdy w terminie 28 dni od wydania rozstrzygnięcia przez Komisję, strona niezadowolona z rozstrzygnięcia „nie da drugiej stronie zawiadomienia o swoim



⁴ Nael G. Bunni, *The FIDIC Forms or Contracts*, Blackwell Publishing, Ltd. 2005, str. 604.

⁵ *Ibidem*, str. 14.

Wykonalność decyzji Komisji rozjemczej w umowach

niezadowoleniu", to rozstrzygnięcie Komisji staje się ostateczne i wiążące dla obydwu stron.

Rozstrzygnięcie sporu przez Komisję rozjemczą i egzekwowalność takiego rozstrzygnięcia

Rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej, tak jak to wskazano powyżej, nie jest zrównane swoją mocą z wyrokiem sądu arbitrażowego. Rozstrzygnięcie ma taki skutek dla stron jak oznaczenie treści świadczenia przez osobę trzecią. Rozwiązanie takie ma miejsce najczęściej w sytuacjach, gdy ustalenie treści zobowiązania wymaga wiedzy specjalistycznej i wystarczające jest ustalenie treści zobowiązania przez osobę trzecią bez konieczności uzyskiwania tytułu egzekucyjnego. Zwykle uprawnienie do oznaczenia treści świadczenia oddaje się w ręce ekspertów⁶. Z tych względów niewykonanie rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej przez którąkolwiek ze stron jest niewykonaniem umowy i egzekwowane jest w odpowiedni sposób, z tym zastrzeżeniem, że nie byłoby racjonalne wymaganie od stron wszczynania kolejnego postępowania przed Inżynierem lub przed Komisją.

Należy odrębnie potraktować sytuację, gdy rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej nie jest kwestionowane przez żadną ze stron („*decyzja staje się ostateczną i wiążącą dla obu Stron*”) oraz wówczas, gdy termin do kwestionowania rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej jeszcze nie upłynął lub w tym terminie przynajmniej jedna ze stron je zakwestionowała („*wiążąca dla obu Stron, które bezzwłocznie wprowadzą ją w życie (...)*”). W pierwszym przypadku o sposobie egzekwowania takiego rozstrzygnięcia Komisji stanowi Subklauzula 20.7 Czerwonej księgi FIDIC (1999). W drugim przypadku egzekwowalność rozstrzygnięcia pozostała nieuregulowana.

Rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej, którego żadna ze stron nie kwestionuje

W przypadku, gdy żadna ze stron nie kwestionuje rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej, to takie rozstrzygnięcia stają się ostateczne i wiążące dla obydwu stron. W przypadku, gdy strona, na której ciąży obowiązek wykonania rozstrzygnięcia Komisji nie wykona go, to druga strona może wsząć postępowanie przed sądem arbitrażowym wskazując, że brak wykonania przez drugą stronę rozstrzygnięcia Komisji jest naruszeniem treści umowy pomiędzy stronami (Subklauzula 20.7 Czerwonej księgi FIDIC (1999))⁷.

Tak wszczęte postępowanie nie prowadzi jednak do wyegzekwowania rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej zgodnie

z treścią tego rozstrzygnięcia, ale jest roszczeniem odszkodowawczym opartym na nienależytym wykonaniu umowy poprzez niewykonanie rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej. Roszczenie powinno być tak sformułowane, żeby jego spełnienie usuwało skutki niewykonania przez drugą stronę rozstrzygnięcia Komisji i nie jest konieczne żeby odpowiadało ono treści rozstrzygnięcia Komisji. Przedmiotem postępowania przed sądem arbitrażowym nie będzie więc zasadność samego rozstrzygnięcia Komisji, bo tego faktycznie sąd arbitrażowy nie może już badać, ale fakt jego niewykonania lub niewykonania w sposób prawidłowy oraz powstała w wyniku tego szkoda strony żądającej zasądzenia określonego świadczenia. Dopiero wyrok sądu arbitrażowego wydany w wyniku takiego postępowania staje się tytułem wykonawczym i może być po jego uznaniu i stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy podstawą egzekucji skierowanej przeciwko drugiej stronie.

Rozstrzygnięcie Komisji rozjemczej, które co najmniej jedna strona kwestionuje

Sytuacja znacznie się komplikuje w okresie, gdy nie upłynął jeszcze termin do powiadomienia drugiej strony o swoim niezadowoleniu z rozstrzygnięcia Komisji oraz gdy takie powiadomienie zostało w terminie przedstawione drugiej stronie. Istnieje nadal obowiązek obciążający obydwie strony do „*bezzwłocznego wprowadzenia rozstrzygnięcia w życie*”, ale Klauzula 20 Czerwonej księgi FIDIC (1999) nie wskazuje żadnego mechanizmu egzekwowania takiego obowiązku. Nie zawierała go także Klauzula 67 Czerwonej księgi FIDIC (1987). Wskazywano, że okoliczność ta stanowi poważną niedoskonałość procesu rozstrzygania sporów uregulowanego we wzorach umów budowlanych FIDIC⁸. Proponowano dokonanie zmian w treści Czerwonej księgi FIDIC (1999), jednakże żadne z proponowanych rozwiązań nie było satysfakcjonujące⁹.

Praktyczne rozwiązanie tej sytuacji zaproponował sąd arbitrażowy działający zgodnie z Regulaminem arbitrażowym ICC w opublikowanym niedawno wyroku arbitrażowym w sprawie numer 10619¹⁰. W sprawie zastosowanie miała Czerwona księga FIDIC (1987), co oznacza, że przed wszczęciem postępowania przed sądem arbitrażowym miało miejsce wydanie rozstrzygnięć przez Inżyniera na podstawie Klauzuli 67. Jedna ze stron powiadomiła w odpowiednim terminie drugą stronę o zamiarze wszczęcia postępowania przed sądem arbitrażowym, a jednocześnie strona zobowiązana do wykonania rozstrzygnięcia Inżyniera nie wykonała go. Strona, która wszczęła postępowanie

⁶ Tadeusz Dybowski, Agnieszka Pyrzyńska, Świadczenie [w:] Prawo zobowiązań – część ogólna, System Prawa Prywatnego tom 5, pod red. Ewy Łętowskiej, Warszawa 2006, str. 187; Witold Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładni, Warszawa 2006, str. 74.

⁷ Christopher Seppälä, The new FIDIC..., str. 449.

⁸ Nael G. Bunni, Dispute Boards & Dispute Resolution, FIDIC-ICC Conference „The Resolution of Disputes under International Construction Contracts”, Paris 18-19 October 2005, http://www1.fidic.org/resources/contracts/icc_oct05/bunni_oct05.pdf, str. 22.

⁹ Nael G. Bunni, The Gap in Sub-Clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works, The International Construction Law Review, Volume 22, Issue 3, 2005, str. 11; Nael G. Bunni, The FIDIC..., str. 538; Nael G. Bunni, The FIDIC Forms or Contracts, Blackwell Publishing, Ltd. 2005, str. 182.

przed sądem arbitrażowym wniosła o wydanie przez sąd arbitrażowy wyroku tymczasowego nakazującego wykonanie przez stronę przeciwną rozstrzygnięć Inżyniera. Artykuł 23 Regulaminu arbitrażowego ICC upoważnia sąd arbitrażowy do wydania wyroku tymczasowego mającego charakter zarządzenia o zabezpieczeniu roszczenia. Sąd arbitrażowy wydał wyrok tymczasowy zgodny z wnioskiem strony uznając za konieczne zapewnienie wykonania rozstrzygnięć Inżyniera do czasu wydania wyroku ostatecznego. Po przeprowadzeniu postępowania o uznaniu i stwierdzeniu wykonalności takiego wyroku przed sądem państwowym może on być podstawą wszczęcia egzekucji wobec strony, przeciwko której został wydany. Tym razem tymczasowy wyrok arbitrażowy był zgodny w swojej treści z rozstrzygnięciem Inżyniera, tak więc egzekwowane od strony przeciwnej było świadczenie lub obowiązek zgodnie z treścią rozstrzygnięcia Inżyniera.

Wnioski

Nie ma wątpliwości, że rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej w oparciu o Klauzulę 20 Czerwonej księgi FIDIC (1999), Żółtej księgi FIDIC (1999) oraz Srebrnej księgi FIDIC (1999) nie są wyrokami sądów arbitrażowych i nie mogą być traktowane jako takie. Nie mogą być więc wykonywane tak jak wyroki sądów arbitrażowych. W przypadku, gdy w terminie wskazanym w Subklauzuli 20.4 (5) tych ksiąg, żadna ze stron nie przedstawi drugiej stronie powiadomienia o swoim niezadowoleniu, to rozstrzygnięcie takie staje się ostateczne i wiążące dla obydwu stron i brak jego wykonania przez jedną ze stron może być dochodzony przez drugą stronę przed sądem arbitrażowym. Roszczenie jest wówczas opar-

te o zarzut nienależytego wykonania umowy i powoduje powstanie roszczenia odszkodowawczego. Sąd arbitrażowy nie weryfikuje prawidłowości rozstrzygnięcia Komisji rozjemczej. Jego wyrok może być po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy podstawą egzekucji przeciwko drugiej stronie, ale treścią może on nie odpowiadać rozstrzygnięciu Komisji. Mechanizm ten przedstawiony jest w Subklauzuli 20.7 Czerwonej księgi FIDIC (1999), Żółtej księgi FIDIC (1999) oraz Srebrnej księgi FIDIC (1999).

W czasie, gdy nie upłynął jeszcze termin do powiadomienia drugiej strony o swoim niezadowoleniu z rozstrzygnięcia Komisji oraz gdy takie powiadomienie o niezadowoleniu zostało w terminie przedstawione drugiej stronie, postanowienia Czerwonej księgi FIDIC (1999), Żółtej księgi FIDIC (1999) oraz Srebrnej księgi FIDIC (1999) nie zawierają żadnego mechanizmu umożliwiającego wyegzekwowanie rozstrzygnięcia Komisji. Ostatecznie może to nastąpić w drodze uzyskania od sądu arbitrażowego lub od sądu państwowego orzeczenia o charakterze zabezpieczającym nakazującym stronie, która powinna wykonać takie rozstrzygnięcie, wykonanie tego rozstrzygnięcia w jego pełnym brzmieniu. Takie zabezpieczenie roszczenia nie ma na celu zapewnienia wykonalności wydanego przez sąd arbitrażowy wyroku, ale raczej ustalenie stosunków stron na czas trwania sporu. Wyrok sądu arbitrażowego lub zarządzenie tymczasowego sądu państwowego nakazujące wykonanie rozstrzygnięcia Komisji są tytułami egzekucyjnymi lub tytułami zabezpieczenia, które po przejściu odpowiedniej procedury przed sądem państwowym mogą być podstawą wszczęcia egzekucji. Jej przedmiotem będzie wówczas działanie lub świadczenie strony wskazane w treści rozstrzygnięć Komisji.



¹⁰ Christopher Seppälä, Enforcement by on Arbitral Award of a Binding but not Final Engineer's or DAB's Decision under the FIDIC Conditions, The International Construction Law Review, str. 414; wyrok opublikowany w ICC International Court of Arbitration Bulletin, Volume 19, No. 2-2008, strony 85 do 90 za Ch. Seppälä, Enforcement....

FIDIC and the use of Dispute Adjudication Boards



Enrico **VINK**
FIDIC
Managing Director

Background

FIDIC was established in 1913. It is based in Geneva. FIDIC is the global voice of the consulting engineering industry. Its main purpose is to collect and disseminate best practices worldwide. FIDIC promotes the business interests of the industry internationally. There were three founding members. FIDIC now represents 84 member countries. One member per country. Some 1.5 million professionals in 45,000 consulting firms within the FIDIC membership. This represents some 52% of the total supply of engineering services for the built and natural environment. Total professional fees are over \$270 billion per annum, within some \$5,100 billion investment every year in infrastructure. This is important in the context of international best practices, as this makes a significant difference to efficiencies within the sector. The main areas of construction cover transport, industrial & commercial buildings & facilities, land development, drainage, water & waste.

FIDIC has seven core objectives covering representation, image, business practice, ethics & integrity, sustainability, quality, and capacity building.

Quality services: Value for the client; Cost efficiency; Impartiality

Best practice: Standard contract documents; Policies and guidelines; Fair allocation of risks and responsibilities

Sustainability: Long-term perspective; Respect for the environment; Project-level focus

High standards: Performance; Know how; Integrity

Selection by ability: Quality of proposals; Skills and experience; Fair remuneration

Capacity building: International co-operation; Training and transfer of know-how; Manuals

The major activities of FIDIC encompass:

Annual conferences: Provide a meeting place for clients, contractors and consultants involved in development;

International agencies: Keep the consulting engineering industry's concerns on the agenda, strategic partnerships;

Liaison: Maintain communication between members, committees and other organizations

Publications: Establish best practice procedures, publish contracts for the infrastructure industry

Training: Capacity building for the consulting industry in both developed and developing economies
www.FIDIC.org: Distribute updated information and services to members and society

Client-consultant

- Joint venture
- Sub-consultant
- Representative

FIDIC publishes contracts for construction services:

- Construction
- Design Build
- EPC Turnkey
- Design Build Operate
- Short Form
- SubContract

Since May 2005, the Multilateral Development Banks use the General Conditions of the MDB Harmonised Edition of the FIDIC® Construction Contract. There is also an MDB Supplement to Contracts Guide available.

Dispute Adjudication Boards: Evolution

Dispute boards (DB), sometimes referred to as dispute review boards (DRB) or dispute adjudication boards (DAB), evolved from the role of the engineer as decision-maker in the first instance. The engineer's decision was binding upon the parties until it was reversed by arbitration. Contractors became concerned about the engineer's impartiality, particularly where the employer appointed an in-house engineer to fulfill the role. Lenders to major international construction projects also became concerned over the potential lack of independence and pressed for alternative means of decision-making.

Expert Panels

Panels of experts with particular skills, expertise and familiarity with the type of project or industry in question began to be used during the 1980s and 1990s. These panels were first used on major international construction projects such as the Channel Tunnel project. In the US, the concept of using a standing panel of impartial, qualified people to provide non-binding recommendations for resolving disputes developed during the 1970s and 1980s, when such boards were used on various construction projects, including the Eisenhower Tunnel in Colorado.

FIDIC 1995

On construction projects, parties have increasingly accepted DABs as a „fast track“ means of resolving their disputes in the first instance. This allows work on the project to continue until completion, with the opportunity for disputes to be finally resolved through litigation or, more often, arbitration proceedings (which can take months, often years, to conclude). The DAB approach stems from FIDIC's tradi-

tional view that a binding determination is needed to progress the project. Until 1995, it was the Engineer's written decision which was a binding determination, with which the Parties had to comply, unless and until that determination was altered by an arbitral tribunal (or the Parties negotiated an amicable settlement of the dispute).

FIDIC contracts provide for the use of DABs as a precursor to litigation or arbitration. FIDIC contracts stipulate that the decisions of the DAB are admissible in evidence in the arbitration: this provision clearly gives the parties a strong incentive to accept the DAB decisions rather than to refer them to arbitration and attempt to persuade the arbitrator that the DAB was wrong.

Construction Contract Guidance for the preparation of Particular Conditions includes two pages of suggestions regarding the appointment of the DAB, the effort at amicable settlement, and Arbitration – should be given careful study prior to preparation of a contract. A permanent DAB is to deal with disputes on or related to the construction site. When the contract provides mainly for the design and manufacture of electrical or mechanical equipment in a factory rather than construction work on the site (where the FIDIC Plant and EPC Contracts would be used), the incidence of disputes should be much less. It is much more difficult to justify the time and expense of maintaining a permanent DAB here. FIDIC has opted for an ad hoc DAB.

Mediation

The outcome depends on the negotiation skills of the parties and perhaps independent from contractual constraints. Results of mediation may be difficult for the party representatives to defend back in their home organisation. For both sides a reasoned decision by independent experts is more sustainable.

Expert determination

Judgement on a special technical issue. Unlike a DAB, this does not involve a set of problems including commercial/ legal implications

Outcomes

Largely avoids arbitration and court proceedings – in 80 % of cases and more (DRBF).

Given the relatively summary process, parties rarely choose dispute review boards as the only mechanism for resolving disputes. Arbitration is retained as the fallback even if in practice the parties may be prepared to live with and abide by DAB decisions without recourse to arbitration.

Where the financial implications are substantial, or where there is a sense that the DAB has tended to 'split the baby' rather than rigorously analysing the contractual position, a party may want to refer the matter to an arbitral tribunal that will approach the issues without the benefit of knowledge of the full history of the project, for better or for worse.

Fundamental roles of a DAB

Provide independent expert assistance on disputes, at a time and in a manner which will enable resolution without resorting to arbitration.

Method of primary dispute resolution using accelerated procedures that:

- facilitate prompt reference of disputes to the DAB as soon as project – level negotiations have reached an impasse;
- allow independent experts to render unbiased decisions which can be challenged by either party.

Unique feature of a DAB

Established at the outset of the contract and works with the parties throughout the contract.



FIDIC and the use of Dispute Adjudication Boards

Advantages

Judicial procedures in courts are time-consuming and impractical for fast-track methods such as adjudication. With adjudication:

- proceedings are conducted in a judicial manner rather than as a rigid judicial process;
- the procedural rules of natural justice apply (parties know the case they are required to answer and are given a fair opportunity of doing so);
- matters are decided in accordance with contractual and legal frameworks.

Adjudication is distinguished from litigation, arbitration and mediation: it is not controlled by legislation or a common law regime; it is not administered by the state; decisions are not immediately binding; not generally undertaken within an Arbitration Act or subject to international conventions.

Status Today

All FIDIC contracts now provide for a DAB.

MDBs today require the use of DABs for all contracts for which they provide financing if the estimated contract value exceeds USD10m. The implementation of the MDB Harmonised Contract by both bilateral and multilateral agencies will increase dramatically the number of DABs. Given the relatively summary DAB process, arbitration is generally retained as the fallback. FIDIC, the American Arbitration Association, the International Chamber of Commerce, the Dispute Review Board Foundation and the UK Institution of Civil Engineers have issued procedural rules. With the considerable FIDIC and MDB experience, there will be continuing development of the DAB technique.

DABs – Application within FIDIC Contracts

- Standard provision in all FIDIC contracts
- Adopted by Development Banks
- Used by FIDIC since 1995
- Offers quick, cost effective solution
- Can be referenced later in arbitration etc
- Enforceable by Arbitral Award – News Dec. 09
- Standing versus ad hoc DABs?
- Benefits of DABs as part of PM team
- Cost should be part of that contract
- More cost effective than during dispute
- DABs preferable to arbitration

DAB Appointments in FIDIC Contracts

- Cl. 20.2 Appointment of DAB
- One or three qualified people
- Discuss & agree at start of contract – in situ
- Local (National) or international selection
- Agreed selection process
- Cl. 20.3 Failure to agree DAB
- Appointing Authority

- One or three qualified people
- Local or international selection
- Requests to FIDIC President

National DABs

- Available in many countries
- Local language and local expertise options
- Parties should select
- Nominating Authority issues
- Guidelines available

FIDIC Appointments

- Cl. 20.3 Request to FIDIC President
- Last resort option
- Criteria:
 - FIDIC contract or bespoke?
 - Appointment eligibility ie DAB provisions?
 - Evidence of failure to appoint?
 - Nature of dispute (if any)
 - Appointment fee
 - Presidents List – carefully selected
- Background experience, country, type of project etc
- Nomination and consultation
- Appointment – broad powers (see Procedural Rules)

DAB Issues

- One party requests
- Failure to acknowledge dispute or appointment
- Joint responsibility for costs
- Risk from modification to contract terms
- Main areas of use: Europe (Central), Africa

DAB Results

- Quick results
- Often lead to settlement
- Does not hinder eventual arbitration
- More cost effective than arbitration
- Increased demand for DABs

Why FIDIC Contracts?

- The only true international standard
- Tried and tested over 50 years – huge demand
- Trusted by thousands of clients, contractors, consultants, financiers (and lawyers) – balanced conditions
- Designed for Practical use – by practitioners
- Flexible, and reflect market demand
- Good risk management tool
- Simple risk management processes
- Cost effective
- Reflect international best practice – for local application

Dispute Boards – A General Introduction to a Promising Concept



David **BROWN**

Partner, Shadbolt LLP/Clyde & Co LLP,
Paris

Introduction

Contracts for major constructions projects are always faced with the challenge of providing mechanisms to deal with a wide range of issues that may arise during the course – and generally over several years – of the contract period, and which cannot be fully anticipated in the contract terms. In other words, clauses are needed to deal with claims and possibly disputes that develop as a result of the occurrence of the events or circumstances relating to these issues.

Over recent decades, increasingly detailed contract provisions have evolved to set out claims procedures, and how any resulting disputes are to be handled. Hand in hand with the evolution of contract terms, contract management procedures have developed with a view to ensuring the smooth progress of the works – one thinks in particular of the role of the Engineer under certain FIDIC contract forms.

However, by about twenty years ago, a widespread complaint was heard that these provisions and procedures were simply not efficient, as issues were increasingly having to be taken to the ultimate dispute resolution stage, generally international arbitration where international projects were concerned. In FIDIC-based contracts the frequent criticism was that the supposedly independent Engineer was effectively acting as the employer's agent and not treating the Contractor fairly, leaving it with little choice but to go to arbitration. And the further complaint was made that arbitration was being less and less successful at dispensing justice either rapidly or economically. It must be admitted that it was often the case that the only real winners were the lawyers involved....

Change was needed, that in order to facilitate the avoidance or the rapid and economical resolution, if necessary, of disputes without having to go to arbitration. It was to a large extent in response to this situation that Dispute Board procedures started to become widespread on international construction projects, helped by positive experiences of their use on major projects such as the Channel Tunnel and Hong Kong Airport.

The Dispute Board Spectrum

It is not easy to provide a short answer to the question: what is a Dispute Board? The concept of the Dispute Board

covers a spectrum of possibilities. The idea is that a Board of generally one or three professionals with relevant qualifications, and independent from the parties, is set up to provide rapid assistance to the parties on issues that may develop or have developed into disputes, so that they do not have to rely upon lengthy and expensive procedures such as arbitration.

What the Dispute Board can actually do depends upon the parties. Do they want it to simply wait until a dispute is referred to it and render a decision on that dispute? And will they appoint the Dispute Board before a dispute arises? Or do they want the Dispute Board to play a more proactive role from the early stages of the project so that it can help to avoid issues that arise turning into disputes?

And then there is the question of the effect of any decisions they render. It is generally accepted that there should be a possibility for the parties to appeal the decision by referring the matter to arbitration or the courts. However, are the parties obliged to comply with a decision unless and until it is overturned by arbitration or a court judgment? And what happens if a party fails or refuses to comply with a decision that it is supposed to follow?

These are some of the principal questions that need to be addressed by contractual provisions. This introductory paper will attempt to do so by focusing two of the key sets of dispute board provisions. It is hoped that from even a very general introduction to the Dispute Board concept it will be seen that the procedure has real potential to deal with the anticipated "Tsunami of disputes".

The FIDIC Approach: Judge rather than Conciliator

FIDIC first introduced a set of Dispute Board provisions in the early 1990s, before presenting them as part of the main standard forms in the 1999 FIDIC 'rainbow'. In the 1999 editions different approaches were proposed for construction contracts (the Red Book) on the one hand, and design/build and EPC/turnkey contracts (the Yellow and Silver Books) on the other.

Thus, under the Red Book the idea is that the Board is appointed at the outset of the contract and remains in place, as a 'standing' Board, to deal with any disputes that may be referred to it, until the end of the contract. It is also foreseen that it will make regular trips to the site to meet with the parties and review progress with the works. In this case it will therefore be advisable to choose individuals for the panel whose expertise covers the specific technical scope of the contract, as well as individuals with general project management experience and possibly a lawyer with experience of the relevant law. One of the members, probably the chairman, should have Dispute Board procedure experience. The choice of such a range of experience for a standing Board obviously makes sense, but this does not mean that the

Dispute Boards – A General Introduction to a Promising Concept

parties always follow such a sensible approach when setting up the Board!

The role of a Red Book Board, like that under the Yellow and Silver Books, remains essentially that of a judge who will only intervene to render decisions on disputes referred to it. There is provision for the Board to render a non-binding opinion on issues, but this must be requested jointly by the parties.

In contrast, the Board under a Yellow or Silver Book will only be appointed once a party requires a dispute to go to a Board. The Board will only remain constituted for the duration of the referral in question, although it will have to deal with any further referral while it remains in place. An obvious advantage is that the parties can appoint a Board with relevant experience for the dispute in question, but experience has shown that they commonly have difficulty in agreeing on appointees. However the FIDIC conditions provide for a fall-back procedure for appointment by FIDIC itself or some other body.

The reason for the different approach under the Red Book and the Yellow/Silver Books was that it was foreseen that there would be more construction site-related disputes under Red Book contracts, therefore justifying the cost of a standing Board, whereas Yellow/Silver Book contracts might deal more with the supply and installation of electrical/mechanical equipment, in which case there seemed to be little justification in setting up a Board unless or until a dispute arose.

The FIDIC standard forms are otherwise very similar as regards the Dispute Board procedure, and helpfully provide draft Agreements to be entered into by the parties and the Board members, as well as procedural rules. An overall period of 84 days is foreseen for the Board to render its decision following receipt of a reference. The procedural rules proposed by FIDIC comprise a useful set of guidelines for the Board to follow when organising the procedure, with the only real requirement being to ensure that each party has a proper opportunity to put its case and answer that of the other party.

Evidently 84 days is a short period to receive and consider submissions from the parties, probably hold a hearing, and then issue a reasoned decision. Other procedures provide similar periods – the ICC Dispute Board Rules discussed below foresee a period of 90 days. Some procedures consider that the dispute should be dealt with much more quickly. Thus, there is a 28-day procedure in the World Bank standard form for the supply and installation of plant, which is in line with the statutory period for the corresponding adjudication procedure applicable for construction disputes on projects in England, although there is provision for this to be extended to 42 days.

A question that is often raised is: what sort of justice can be handed down on a potentially complex dispute in such a short period? A common answer is – ‘rough justice’. This

term is used in particular in the context of English adjudications. However, it should be noted that in England parties do not frequently make use of their right to appeal the adjudicator's decision.

Faced with a substantial and complex referral, what is the Dispute Board to do? It may well approach the parties to seek an extension of time, or to request the referring party to break its referral down into more manageable sections. It is my understanding that in most cases an agreement is reached on how to proceed. However, it should be borne in mind that neither the FIDIC procedure nor the ICC Rules actually foresees such difficulties, or how to resolve them without the agreement of all concerned.

It will be clear that it is no easy job for a Dispute Board to obtain a sufficient understanding of all matters relevant to a dispute so that it can render a satisfactory decision in the short time available. Members of a standing Board will have the advantage of prior knowledge of the project and perhaps some idea of the background to the dispute. However, the Yellow/Silver Book Dispute Board may find itself in a particularly unenviable position, having to deal with a complex matter from scratch within less than three months.

Experience over the last few years has shown that the ‘ad hoc’ approach under the Yellow and Silver Books has not proved to be satisfactory. This is not simply for the reasons indicated above, but it is undeniable that, in principle, a requirement to deal very rapidly with a formal dispute, particularly in respect of a large or complex issue, is best coupled with an arrangement under which the Board has some advance knowledge of the contract and developments on the project.

As we have seen, the FIDIC approach, on paper at least, foresees that the Board plays a relatively passive role until a dispute is referred. Is this always the best solution? The more recent ICC Dispute Board Rules, discussed below, envisage a different approach that also merits consideration.

Last but not least we must consider the ‘Decision’ rendered by the Board, for which the same position applies under the Red, Yellow and Silver Books. The FIDIC forms propose that even though a party may file a notice of dissatisfaction, which will enable it to refer the underlying dispute to arbitration, the Decision will nevertheless bind the parties who are obliged to give effect to it promptly.

It is due to this obligation that the Board is referred to as an adjudication rather than a review board. As will be seen below, the ICC Rules include the possibility for what is often (especially in the US) known as a review board, meaning that the decision rendered by the board will only bind the parties if they fail to file the requisite notice of dissatisfaction in time. Evidently the potential consequences of this difference are far – reaching, not only in that a party may be obliged to make a substantial payment, in the hoped that the arbitrators will later decide that the Board was wrong, but also as regards the performance of the works.

The question of enforcement of a Dispute Board's decision pending final resolution of a dispute via arbitration is therefore of some importance. In many cases decisions are complied with voluntarily, but in some cases, and indeed as a general rule in some countries, the decision is ignored. This is something of a 'hot topic' at present, as there are a number of arbitrations under way in which the claims include a request for an interim or provisional award for the amount awarded by the Dispute Board, pending examination of the merits of the underlying disputes by the arbitrators. FIDIC itself is well aware of the problem, and has taken steps in its latest standard form, the Design-Build and Operate contract issued in 2008, to facilitate compliance with decisions.

The ICC Approach: Conciliator then Judge

The ICC Rules represent a step away from the FIDIC view of the DB as essentially a judicial entity – not therefore an entity that may meet with the parties separately or together with a view to exploring possible solutions. Thus, under Article 16, the DB may

„on its own initiative or upon the request of any Party and in either case with the agreement of all of the Parties... informally assist the Parties in resolving any disagreements.... The informal assistance of the DB may take the form of a conversation among the DB and the Parties; separate meetings between the DB and any Party with the prior agreement of the Parties; informal views given by the DB to the Parties; a written note from the DB to the Parties; or any other form of assistance which may help the Parties resolve the disagreement“.

If the parties opt for the ICC approach, then the choice of the DB members will be particularly crucial, in view of the extent to which they may become involved in the performance of the contract – or as some would say, interfere in its performance. It is up to the parties to decide what they want and then to find the members who 'fit the bill'.

Of course the clause does say that such steps require the agreement of the parties. However, a strict legal/contractual approach is not necessarily followed by the Board and/or the parties when it comes to putting the provisions into practice. To put it briefly, what the Board actually does will depend to a considerable extent on the views of the Board members of the general purpose of dispute boards, as well as what the contractual provisions actually dictate. It follows that it is useful to know the general approach that potential Board members may take when setting up a Board, as well as whether they have appropriate expertise and their availability for the purposes of the project in question.

As regard the provisions in respect of the handling of formal dispute referrals, the ICC Rules basically require the parties to choose between what is referred to above as a review procedure and adjudication. The Rules therefore provide for both Dispute Review Boards and Dispute Adjudication Boards. As indicated above, the decision issued by a Dispute Board, which is known as a 'Recommendation', will only bind the parties if a party fails to express its dissatisfaction with it, within 30 days; whereas a Dispute Ad-

judication Board will issue a Decision, with which the parties must comply regardless of whether they are satisfied with it.

A significant innovation in the ICC Rules is provision for a Combined Dispute Board. If the parties opt for a Combined Dispute Board, then the Board will issue Recommendations, except that

- (a) if a party requests a Decision, and the other party does not object, then the Board will issue a Decision;
- (b) if a party requests a Decision, and the other party does object, then it is the Board that will decide whether it should issue a Recommendation or a Decision.

The Rules provide guidelines for the Board to help it take such a decision, but the fact remains that the parties must be sure that they want to give the Board the final word on a procedural decision that could have very significant consequences for the project and the parties' own cash-flow.

Conclusion

These are relatively early days for the Dispute Board concept in the international arena, compared, for example, to international arbitration. If there is a problem with it that needs to be addressed urgently, I would say that it is the enforcement issue. If losing parties are not prepared to comply with a binding Dispute Board decision, then unless the winning party has some assurance that it will be able to enforce compliance relatively rapidly, the Dispute Board stage will simply be seen as a waste of time and money, instead of a potentially effective way of avoiding the cost and energy that needs to be devoted to arbitration.

Perhaps the greatest potential advantage of a Dispute Board is with respect to dispute avoidance. Discussions with contracting parties and regular Dispute Board members have revealed that, where the parties are open to assistance from a third party professional, this has very often helped them to deal with issues that arise at an early stage by negotiation so that they do not degenerate into disputes that may need to be referred to arbitration. This is not to say that all problems can be dealt with in this way, but experience is beginning to show that the involvement of a Dispute Board from an early stage in the contract, which is kept up to date with developments and visits the site and meets key players regularly, is rarely a bad investment for the parties. Good Dispute Board members do not come cheaply, but an effective Dispute Board procedure will evidently be very much cheaper than arbitration.

There is every reason to think that effective use of a properly adapted Dispute Board procedure could play a major part in avoiding or at least rendering manageable the feared 'Tsunami of disputes' in the Polish infrastructure sector. As already indicated, these procedures allowed many disputes to be defused at an early stage and limited the number of matters referred to arbitration on major projects such as the Channel Tunnel and the Hong Kong Airport. It is worth noting that specially tailored Dispute Board procedures have been put in place to handle issues arising on the various major construction works being carried out for the 2012 Olympics in London. What is there to stop an appropriate scheme being developed for a Polish infrastructure programme?

Dispute Boards (DBs)

Resolution of construction disputes in real time



Volker **JUROWICH**
President DRBF, Region 2

A proven and successful method for dispute avoidance and dispute resolution

Table of Contents:

- What is a Dispute Board?
- Objectives/Tasks
- History
- Statistics
- Legal basis
- DB processes
- Appointment of a DB
- Requirements for each DB Member
- Selection of DB members
- DRB / DAB / CDB
- DB costs
- Liability
- Enforcement
- Statutory Dispute Adjudication
- Résumé

What is a Dispute Board?

A DB is a panel/body, usually of three persons, who are impartial and independent of the parties, experienced in the subject matter of the contract between the parties, and which will be jointly appointed by the Parties in order to actively pursue dispute avoidance, and, in case of a dispute referral, make a recommendation or decision on the dispute.

- Many different names are being used, such as:
- Dispute Review Board (DRB)
- Dispute Resolution Board (DRB)
- Dispute Adjudication Board (DAB)
- Combined Dispute Board (CDB)
- Ad hoc Dispute Board
- Standing Dispute Board
- Single Member Dispute Board
- Multiple Members Dispute Board
- Dispute Avoidance Panel
- Dispute Settlement Panel
- Dispute Adjudication Panel

While the basic objective of all these Boards is the same, DRB, DAB, CDB, ad hoc and standing DBs do have specific, different characteristics, which are subsequently explained.

Objectives/tasks:

The objectives/tasks of Dispute Boards are:

1. Dispute prevention/avoidance through early advice to the parties already at the time of development of potential disputes.
2. Dispute resolution by making recommendations to the parties for dispute resolution or decisions, in case of formally referred disputes.

History:

In the 1960ies the legitimate demand of the construction industry in the U. S. for prompt/early, speedy, informal and inexpensive dispute resolution became overwhelming. Arbitration and/or court proceedings/litigation lasted very long, were extremely expensive, absorbed important human resources of both parties that could be better used, and they often led to permanently strained relations of the parties.

Important milestones for the success of DBs were:

- 1960 Boundary Dam, Washington (a team of consultants on technical issues was also asked to express opinion on contractual issues and disputes. This proved to be very successful and can be said to be the beginning.
- 1975 Eisenhower Tunnel, Colorado. The first construction contract with a DB.
- 1980 El Cajon Dam, Honduras. The first international construction contract with a DB.
- 1995 The World Bank makes the DRB process mandatory for all Projects over U. S. \$ 50 million funded by it.
- 1995 FIDIC, the World Association of Consulting Engineers, introduces the DB procedure into one of its model contracts.
- 1996 In the UK dispute adjudication is given a statutory basis, by the Housing Act. Other countries will follow, such as New Zealand, Singapore.
- 1997 Further multilateral development banks follow the World Bank
- 1999 FIDIC adopts the DAB procedure for all its model construction contracts one, while abolishing of the role of „Engineer“ as a „judge of first instance“
- 2000 The World Bank and other major development banks adopt the DAB procedure as a mandatory provision for all construction contracts funded by them.

Statistics (data for North America by 2005, Source: DRBF)

- Total number of completed projects with DBs: > 1300
- Total contract value: approx 95 billion U. S. \$
- Average number of disputes/project: 1.3
- 60% of all projects with DBs did not have a formal dispute
- 99% of all with DBs did not have further proceedings like arbitration or litigation.

Legal basis:

The basis for a DB procedure is a contractual agreement between the parties to do so. It is usually not regulated by legislation, therefore different from arbitration.

(Adjudication which is based on legislation is not the subject of this paper, but will later be briefly dealt with.)

The parties give to the DB the jurisdiction to advise them and to make formal recommendations or decisions on disputes for dispute resolution. To that extent, in addition to the construction contract which contains the agreement between the parties to adopt the DB procedure, they conclude separate agreements with the DB members. It is also common that the parties have agreed some procedural rules for the DB procedure. The DB is bound to these. Normally, the DB is the first tier of a two-tier dispute resolution procedure.

The second tier in international construction contracts is usually international arbitration, but it can also be litigation.

DB Processes:

First there are two different DB processes::

- Ad hoc Dispute Board
- Standing Dispute Board

Ad hoc Dispute Board

While the agreement on the DB process is already included in the contract, the ad hoc DB is only established/appointed when a formal dispute exists. This should be done within a specified time period (in FIDIC contracts 28 days) after a party has declared the intention to refer a dispute to the DB procedure.

The DB must then, after receiving referral within the period established in the contract (at FIDIC 84 days) make a recommendation or make a decision.

(There is no dispute prevention/avoidance function!)

FIDIC has, in its

- so-called Yellow Book, the model contract for Plant and Design-Build, and in its
- so-called Silver Book, the model contract for EPC / Turn-key Projects adopted the ad hoc DB.

Standing (Permanent) Dispute Board

The standing DB is best established before the start of construction work. The construction contract must clearly regulate it.

This DB accompanies the construction progress through regular site visits. It will receive regular information, such as monthly reports, important contractual correspondence and revised construction schedules. It advises the parties with the objective of conflict avoidance. In case of inevitable disputes and formal referral thereof, the standing DB must make a recommendation or a decision as the ad hoc DB.

FIDIC has, in its

- so-called Red Book, the model contract for Construction (for Works designed by the Employer), and in its
- so-called Gold Book, the standard contract for the Design, Build and Operate, adopted the standing DB.

Ad hoc DB or standing DB?

Pro ad hoc DB:

1. Assumed less costly, as only established at the time of a dispute
2. DB member selection can be done taking into account the specifics of the dispute

Pro standing DB:

1. Dispute avoidance function through regularly accompanying the project execution.

2. In formal disputes the DB has better knowledge of the facts. The trend today is clearly toward standing DBs.

The assumed higher cost compared to ad hoc DBs through regular site visits by the standing DB, is more than offset by the dispute avoidance effects.

Other potential advantages are seen:

- The persons at site acting for the employer and the contractor and the DB get to know each other. Thus a basis of trust is established.
- Procedural posturing is avoided.
- Claims and the responses thereto will be more realistic.
- The correspondence between the parties takes into consideration the probable attitude of the DB. It is therefore less controversial.
- The formation of entrenched views and entrenched positions will more likely be avoided.
- False expectations are reduced or can be early corrected.

Appointment of a DB (by the parties)

In a 3-person DB, first each party shall nominate a person for consent by the other party. Then the parties consider together with the two party nominees on the appointment of the third person, who normally takes over the chairmanship.

While for a standing DB normally few problems occur because the appointment of the DB still takes place in the „honeymoon phase“ of the project, more problems occur on the appointment of an ad hoc DB, as this indeed happens when there is already controversy, for example:

- The person nominated by one party will not be accepted by the other.
- The parties can not agree on the third person.

Appointment of a DB (by an authority)

To unblock the possible stalemate previously described, it is absolutely necessary to agree on an authority in the contract (Appointing Authority), which after elapse of the time limits for party appointment will appoint one or two or all DB members, final and binding upon the parties. Various institutions offer this service for a fee, such as:

- President FIDIC
- Chairman, ICC International Court of Arbitration

Requirements for each DB Member:

- The following is required from DB members:
 - Independence
 - Impartiality
 - Technical know-how (in the subject of the project)
 - Contractual knowledge
 - Fluency in the language of the contract
 - Communication skills
 - Availability
- Disclosure, before appointment, any relationship with any of the parties or their representatives or employees, which might be considered not in line with the above requirements. The measure here is not one's own good conscience, but the judgement of the parties. This requirement is to be strictly observed. A fact or circumstance, that initially will be viewed neutrally which, and does not lead to rejection, may often, once a dispute already exists, lead to rejection if only becoming known at that time.
- Confidentiality

Dispute Boards (DBs)

Resolution of construction disputes in real time

Selection of DB members:

- The members are normally selected through:
- Personal knowledge
- Recommendation from the industry
- Recommendation from an institution such as FIDIC, Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)
- An already agreed list in the contract
- Interview

The selection should be tailored in each case to the requirements and specifics of the contract. While the appointees are typically multidisciplinary engineers with good contractual knowledge, it may also be advisable to also include an experienced construction lawyer. This helps avoiding procedural and legal errors.

In international projects it is also advisable to pay attention to the nationality of the DB members. At least the Chair of the DB should have a different nationality than that of the parties.

DRB / DAB / CDB

The **DRB (Dispute Review Board)** is the usual procedure in North America. In case of a dispute, a party may submit it formally to the DRB, which then gives a recommendation that is not binding. Some contracts stipulate that a dissatisfied party must object within a specified time limit, without which objection the recommendation becomes final and binding.

The **DAB (Dispute Adjudication Board)** shall take a decision on the dispute, which is immediately binding, but not final. Even if dissatisfaction is notified before the contractual deadline, it remains binding until it is eventually changed in

subsequent procedure like arbitration or litigation. The decision must therefore be implemented until then.

The **CDB (Combined Dispute Board)** is a child of the ICC, Paris, and was presented in its Dispute Board Rules of Sept. 2004. The CDB usually makes recommendations, but it may also, upon joint request of both parties make a decision as does the DAB. Should the parties fail to agree whether the CDB is to make a recommendation or a decision, the CDB may decide upon that in its own authority.

The **DRB** process is the least controversial process. Here the resolution of the dispute remains largely in the hands of the parties. The recommendation is a welcome help. In fact, with only a few exceptions, the recommendations lead to final settlements of disputes by direct negotiation and agreement between the parties.

Experience shows that in the **DAB process** procedures are more controversial. However, this variant is preferred by contractors probably because of the possible positive effect on their cash flow. This aspect is similarly viewed by the Multilateral Development Banks (MDBs) and therefore made mandatory in construction contracts receiving their funds. This aspect also corresponds to the view of FIDIC, namely that for an undisturbed construction process binding decisions are necessary. The DAB decision replaces in fact the Engineer's decision of earlier FIDIC model contracts, which was also binding in the interim. The **CDB** process tries to maintain the partnership approach, but also permits, if necessary, the issue of a temporarily binding decision.

Presently some contracts are concluded with CDBs, but there is still no experience of whether and how often the po-



ssibility to request a decision was used. It will also be interesting to learn how often a decision has been unanimously requested, and how often upon request of one party, and how often, or not, the CDB complied with this request.

DB costs

An important aspect of the DB process is that the parties share the DB cost equally. This is regardless of the liability. As such it is a contract management processes rather than jurisdiction.

It is common that the DB submits its invoice to the contractor, who pays them and then get reimbursed 50% thereof with the next monthly payment from the employer..

Members of Standing DBs are normally paid as follows:

- 1) a monthly fee. This, as payment for short-term availability, continuously being informed and office expenses.
- 2) a daily fee for site visits and hearings, days of travel, study of dispute referrals and writing recommendations or decisions.
- 3) Travel expenses
- 4) Taxes incurred in the country of project.

DB Costs (for standing DBs)

- DRBF statistics indicate 0.05% – 0.3% of contract values. This applies to North America.
- In international projects, the cost for 3-person DBs is higher, also because of high travel costs. Rather, 0.5% – 1.5%
- For smaller and less complex projects the 1-person DB is a good solution.
- DB costs are viewed by some as insurance against significantly higher arbitration or litigation costs.
- The presence of a DB-clause in the contract allows to expect a fair and efficient contractual relationship. This expectation can lead to lower contract values..

Liability of DB members

DB members should enjoy, in principle, a judge's privilege. So they are only liable in cases of gross negligence and wilful misconduct.

Such clauses are to be included in the DB agreements, if not already included anyway in the construction contract.

Enforcement (of DB decisions)

Because the DB process is only based on a contractual agreement between the parties, there is no legal basis for a direct enforcement.

Failure to comply with a binding decision represents a breach of contract. This breach will then be subject issue in the next tier, arbitration or litigation.

FIDIC provides, however currently only for non-compliance with finally binding decisions, that the non-compliance only can be brought before the next tier in order to obtain an enforceable sentence. The decision itself is therefore not subject to review, but only the breach of contract by non-compliance.

Statutory Dispute Adjudication

England, Wales and Scotland have since 1996 adjudication legislation, the „Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996"

The provisions of this Act are considered incorporated by reference into all construction contracts. You can add the rules explicitly mentioned in the contract. If this is not the case so they are included by law. They cannot be waived.

Accordingly, each party to a construction contract has the right at any time to refer a dispute to an adjudicator.

The adjudicator will be appointed within 7 days and must make his decision within 28 days.

The decisions are binding on a provisional basis, until and unless they were eventually changed in the higher tier.

Reasons for the introduction of the legislation were:

- The courts were overburdened and slow
- Main contractors and major subcontractors have withheld payments to their subcontractors
- Political pressure for reform

It seems that the objectives of the legislation have been achieved. The courts have been largely relieved. Also, the acceptance of decisions is good, although it is often spoken of „Rough Justice". The enormous time pressure sometimes leads to wrong decisions. Also, the claimant is at an advantage because of the unlimited time for referral preparation, while the defendant has only a short time for the defence.

Résumé

The following circumstances for most construction projects form the basis for the call for DBs:

- Construction projects are prototypes
- The contract is concluded for a structure yet to be built often with unfinished design at the time of contract award.
- The construction period extends over several years, often with unforeseeable developments
- Due to change in personal the learning effect is limited. Therefore, there is often controversy about identical issues
- Even the best contracts cannot prevent disputes entirely. But there is certainly still room for improvement
- High legal costs, extremely long times to judgements, uncertainty about the outcome
- Heavy demand on management of parties.
- Negative effects (permanently) on business relations

The parties want a process that is quick, cost-effective, transparent, and suitable to maintain the good relations between the parties.

These expectations can best be met by the DB process:

- DBs accompany and support to the project from the beginning.
- Intense personal knowledge of the staff, of the contract, the construction process, the problems and of the actual circumstances
- No need to prepare after years the facts or the history on the basis of party submissions
- Conflict prevention/avoidance
- DB in making recommendations / decisions is strictly bound to the contract and the facts. It will not promote compromise (as in the case of mediation)
- DB recommendations / decisions are usually admissible in subsequent proceedings. This fact is taken into consideration by the parties when evaluating possible better outcome in subsequent procedure and taking decisions.

**Stowarzyszenia
Inżynierów,
Doradców
i Rzeczoznawców
(SIDiR)**

ul. Trębacka 4
00-074 Warszawa
tel./fax.: +48 022 826 16 72
tel./fax.: +48 022 826 56 49
www.sidir.pl
e-mail: biuro@sidir.pl



Stały Sąd Polubowny, zwany w dalszej części Regulaminu „Sądem” lub „Sądem Polubownym” działa w Warszawie przy Stowarzyszeniu Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, zwanym dalej SIDiR, jako samodzielna jednostka organizacyjna w zakresie orzecznictwa na podstawie uchwały Zarządu SIDiR z dnia 9 kwietnia 2005 roku. Sąd ten został powołany dla rozstrzygania właściwych dla niego sporów powstałych w związku z realizacją umów zawartych według wzorów FIDIC, jak również umów zawartych w wyniku przetargów przeprowadzonych zgodnie z obowiązującym polskim prawem w zakresie zamówień publicznych.

