

Wielostopniowa klauzula arbitrażowa, jako sposób rozstrzygania sporów w sektorze budowlanym w świetle warunków kontraktowych FIDIC

Marek Topór¹

Uniwersytet Jagielloński

Recenzja: dr Marcin Wujczyk

Prezentowany artykuł stanowi próbę omówienia i rozwiązania głównych problemów prawnych, dotyczących wpływu wielostopniowej klauzuli arbitrażowej na dokonywanie rozliczeń inwestycji budowlanej, realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC² (dalej: WK FIDIC). Nie ulega wątpliwości, iż ze względu na popularność wskazanych wzorców, istnieje potrzeba kompleksowego omówienia zagadnień i kontrowersji jakie rodzi w praktyce stosowania prawa, posługiwanie się nimi w obrocie gospodarczym. Zasadniczą kwestią, determinującą trudności w stosowaniu rozwiązań zaproponowanych przez twórców WK FIDIC jest to, iż w swej istocie wywodzą się z systemu *common law*,

¹ Absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji w Krakowie. Członek Sekcji Prawa Gospodarczego i Handlowego TBSP przy WPiA UJ w Krakowie. Uczestnik międzynarodowej konferencji „*FIDIC contracts – regional conference*”
Stypendysta programu ERASMUS.

² Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów, akronim francuskiej nazwy: *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*.

Moment powstania sporu pomi dzy stronami umowy o roboty budowlane realizowanej według WK FIDIC

Kwesti wymagaj c dokładniejszego wyja nienia jest zagadnienie poj cia sporu mi dzy stronami stosunku cywilnoprawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane realizowana wg wzorca FIDIC. Naley wyró ni nast puj ce rodzaje sporów, które mog powsta w toku realizacji inwestycji. *Primo* - mog one dotyczy kwestii technicznych (np. w odniesieniu do zastosowanej metody realizacji projektu) wymagaj cych wiadomo ci specjalnych, *secundo* - mog dotyczy kwestii powi zanych z natur człowieka, który zmierza do osi gni cia jak najwi kszych zysków³, *tertio* - mog dotyczy praw i obowi zków stron stosunku prawnego. Naley podkre li , i jedynie ostatni rodzaj sporów, a wi c spory prawne⁴, jest przedmiotem dalszej analizy, cho skutek rozwi zania sporu pierwszego b d drugiego rodzaju mo e by powi zany ze sporem prawnym i co za tym idzie - prawnie relewantny, szczególnie w wietle odpowiedzialno ci kontraktowej z art. 471 KC.

³Spory ^wynikaj ce z ludzkiej natury uczestników obrotu s podstaw dla wyja nienia tuw. konfliktu agencji, nawet je eli konflikt agencji nie wyst puje w czystej postaci w relacjach mi dzy In ynierem Kontraktu a Zamawiaj cym, nale y zwróci uwag na mo liwo powstawania takich sporów. Na temat konfliktu agencji, *vide*: Go[^]rynia M. [w:] *Przedsi biorstwo w nowej ekonomii instytucjonalnej*, Ekonomista, 1999, nr 6, s. 780.

⁴Kompleksowe omówienie problematyki ró nic pomi dzy arbitra em eksperckim, a arbitra em handlowym, *vide*: A. Szuma ski, [w:] *Renegocjacja umów w mi dzynarodowym obrocie gospodarczym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1994, s. 127 -143.

Zasadniczo, momentem powstania sporu prawnego⁵ jest chwila, w której jedna strona odpowiednio powiadomiła drugą o swoim roszczeniu materialnoprawnym, a ta ostatnia je odrzuciła⁶, bądź w sytuacji gdy druga strona przedstawiła zarzut, na który ta pierwsza się nie zgodziła.

Inżynier Kontraktu (*Engineer*)

Centralną postacią w warunkach kontraktowych FIDIC (zarówno w Czerwonej jak i Żółtej Książce⁷) jest Inżynier Kontraktu⁸. Nie jest on stroną umowy o roboty budowlane, jednak w wielu miejscach wykazuje cechy trzeciej, niezależnej

⁵Należy przytoczyć zapatrywanie prof. A. Zielińskiego, który twierdzi, iż w procesie sąd rozpoznaje spór prawny występujący między dwiema stronami i rozstrzyga o prawach i obowiązkach stron, które wynikają z tego sporu, *vide*: A. Zieliński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, (red.) A. Zieliński, Warszawa 2012, Komentarz do art. 13.

⁶Tak, słusznie: M. Pochodyła *Rozwiązywanie sporów budowlanych według nowej czerwonej książki FIDIC*, Biul. Arb., 2008, nr 7, s. 70.

⁷ WK FIDIC przybierają formę publikacji książkowej, o określonym kolorze okładki, stąd nazwa poszczególnych książek. Aktualnie „tęcza” warunków kontraktowych FIDIC obejmuje: a) Warunki kontraktowe dla robót budowlanych i inżynierskich zaprojektowanych przez Zamawiającego – Czerwona Książka (*Red Book*), 1999 rok, b) Warunki kontraktowe dla elektrycznych i mechanicznych urządzeń oraz dla budowlanych i inżynierskich robót, zaprojektowanych przez wykonawcę – Żółta książka (*Yellow Book*), 1999 rok, c) Warunki kontraktowe na roboty EPC pod klucz – Srebrna Książka (*Silver Book*), 1999 rok, d) Krótka forma kontraktu – Zielona Książka (*Green Book*), 1999 rok, e) Warunki kontraktowe dla robót pogłębiarskich i rekultywacyjnych – Niebieska Książka (*Blue Book*), 2006 rok, f) MDB zharmonizowana wersja warunków kontraktowych na roboty budowlane – Różowa Książka (*Pink Book*), 2005 rok, g) Warunki kontraktowe dla umowy na projekt, budowę i obsługę robot – Złota Książka (*Gold Book*), 2008 rok.

⁸Na potrzeby niniejszej publikacji Inżynier Kontraktu, będzie zwany również Inżynierem. W praktyce, uzasadnione jest podkreślanie drugiego członu nazwy, z uwagi na występowanie wielu inżynierów, zaangażowanych w proces budowy (kierownika budowy (*vide*: art. 22 PB), kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektanta etc.

strony, realizującej samodzielnie uprawnienia, przyznane jej na mocy umowy stron⁹. W rzeczywistości Inżynier¹⁰ wraz ze swoimi asystentami, zgodnie z klauzulą¹¹ 1.1.2.6, wchodzi w skład personelu Zamawiającego.

W klauzuli 3 znajduje się katalog uprawnień Inżyniera. Najważniejszym zadaniem tego podmiotu, jest przeprowadzanie w ramach kontraktu obsługi finansowo-rozliczeniowej. Certyfikacja wykonanych robót i wystawianie Świadectw Płatności, jak również szerokie uprawnienia w zakresie ustaleń związanych z realizacją kontraktu, sprawiają, że wymaga się od niego określonego standardu profesjonalizmu, który to standard winien zostać określony w umowie, którą zawiera się z Zamawiającym.

W doktrynie podjęto próby określenia statusu prawnego Inżyniera Kontraktu, instytucji prawnej nieznannej prawu polskiemu, odwołując się do innych instytucji prawnych. Rolę Inżyniera w Warunkach Ogólnych FIDIC, zdaniem przeważającej części doktryny, można określić jako wypadkową funkcji pełnionej przez inspektora nadzoru inwestorskiego i roli inwestora

⁹N. G. Bunni, *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford 2005, s.156.

¹⁰Należy dopuścić, na gruncie prawa polskiego, by Inżynierem Kontraktu była osoba prawna jak i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, o której mowa w art. 33¹ KC. Z uwagi na naturę warunków kontraktowych FIDIC, należy przyjąć, iż musi to być podmiot odrębny od Zamawiającego. Niemniej jednak, w założeniu twórców warunków kontraktowych FIDIC, Inżynierem powinna być osoba fizyczna o odpowiednich kwalifikacjach i standardzie etycznym.

¹¹Ileokroć w niniejszym opracowaniu będzie mowa o klauzuli, tak często należy przez to rozumieć klauzule i subklauzule o podanych odpowiednio numerach, zawarte w ostatniej edycji Czerwonej, Żółtej i Srebrnej Książki FIDIC z 1999 roku w wersji angielskiej.

zastępczego. Jednakże, funkcje te nie są tożsame, ze względu na szereg dodatkowych obowiązków¹². Status prawny Inżyniera Kontraktu jest kontrowersyjny¹³, natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, by osoba, która posiada odpowiednie uprawnienia wykonawcze do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, łączyła funkcję Inżyniera z zadaniami inspektora nadzoru inwestorskiego.

Należy opowiedzieć się za koncepcją, iż Inżynier jest osobą trzecią z art. 474 KC, za pomocą której Zamawiający wykonuje zobowiązanie. Inżynier nie jest bezstronny, jak to w założeniu¹⁴ miało mieć miejsce na gruncie wcześniejszych wersji WK FIDIC. Należy go uważać za osobę działającą dla Zamawiającego, poza sytuacjami wyraźnie wymienionymi w umowie, gdzie potrzebne są jego obiektywne ustalenia (*fair determination*)¹⁵. Pojawia się zatem problem znaczenia pojęcia nieostrego „*fair*”, bowiem ucieleśnia ono szeroki i elastyczny koncept, który bardzo trudno precyzyjnie uchwycić. Podjęto próby jego zdefiniowania na gruncie *common law*, gdzie pojęcie to było tłumaczone

¹²K. Konieczny, *Umowa o roboty budowlane w obrocie międzynarodowym*, Warszawa 2012, s.168.

¹³*Ibidem*, s. 167.

¹⁴O kontrowersjach z tym związanych i propozycjach znalezienia remedium, Ch. Lina Ch. *Role of Engineer under FIDIC Form Contract*, JPIEEP, ASCE, 1997, nr 4, s. 48.

¹⁵klauzula 3.5, która przewiduje: „Jak często przedmiotowe Warunki postanawiają, że Inżynier powinien postępować zgodnie z klauzulą 3.5 by uzgodnić lub określić jakąkolwiek kwestię, Inżynier powinien konsultować z każdą ze stron w celu osiągnięcia porozumienia. Jeżeli porozumienie nie zostało osiągnięte, Inżynier powinien dokonać *fair determination* zgodnie z kontraktem, biorąc pod rozwagę wszelkie relewantne okoliczności”.

jako ekwiwalent słuszności¹⁶. Natomiast w innej sprawie podniesiono, iż pojęcie to uprawnia strony do szybkiej, szczerzej, obiektywnej i właściwie rozważonej decyzji¹⁷.

Inżynier Kontraktu, podczas realizacji umowy o roboty budowlane, działa w taki sposób, aby najkorzystniej zrealizować Inwestycję, przy zachowaniu należytej staranności uwzględniającej profesjonalny charakter prowadzonej działalności. Inżynier Kontraktu posiada istotne kompetencje, przede wszystkim w zakresie¹⁸:

- i) kontroli prawidłowego wykonywania kontraktu oraz prawidłowości przebiegu procesu budowlanego,
- ii) zarządzania inwestycją,
- iii) sprawowania funkcji konsultacyjno-mediacyjnych,
- iv) oceny i kontroli kosztów Inwestycji, rozliczaniu inwestycji, wydawania przejściowych i końcowych świadectw płatności,
- v) doprecyzowywania treści kontraktu.

Jeżeli Zamawiający zamierza kontrolować działania Inżyniera, przez wprowadzenie obowiązku uzyskiwania przez niego każdorazowej zgody na wykonywanie określonych czynności w ramach kontraktu, to na podstawie klauzuli 1.3, należy stwierdzić, iż zgoda powinna być udzielona na piśmie i powinna być niezwłoczna. Klauzula 3.1 stanowi, że w przypadku dokonania

¹⁶J. Cooke, *Canterbury Pipe Lines v The Christchurch Drainage Board* (1979) 16 BLR 76, the New Zealand Court of Appeal.

¹⁷N. G. Bunni *A Comparative Analysis of the Claim & Dispute Resolution Provisions of FIDIC's 1999 Major Forms of Contract Against its Earlier Forms*, s. 14.

¹⁸N. G. Bunni, *The FIDIC ...*, s. 155 i n.

przez Inżyniera czynności wymagającej wcześniejszej zgody Zamawiającego, istnieje domniemanie takiej zgody: *dla potrzeb Kontraktu przyjmuje się, że Zamawiający takiej zgody udzielił* (klauzula 3.1). Działanie Inżyniera bez uzyskania wymaganej zgody będzie stanowiło jedynie naruszenie postanowień umowy zawartej między nim a Zamawiającym¹⁹.

Za działania Inżyniera Kontraktu, Zamawiający odpowiada jak za własne. Tak więc najczęściej, przesłanką odpowiedzialności Zamawiającego będzie wina (domniemana, zgodnie z regułą art. 471 KC) Inżyniera Kontraktu, której stopień będzie wyznaczony miarą staranności wymaganą od Zamawiającego. Wina oceniana będzie w odniesieniu do potencjalnego zachowania się Zamawiającego w podobnej sytuacji²⁰. Zatem Zamawiający odpowiada za takie zachowania Inżyniera, które mogłyby być jemu przypisane jako zawinione, gdyby sam wykonywał zobowiązanie. Jeżeli z mocy ustawy lub umowy Zamawiający za własne działania odpowiada na zasadzie ryzyka, to i za Inżyniera Kontraktu będzie ponosił odpowiedzialność niezależnie na tej samej zasadzie.

Najważniejszym uprawnieniem Inżyniera Kontraktu jest prawo do wydawania poleceń Wykonawcy, niemniej jednak, istotna w tym miejscu jest uwaga, że polecenie w żaden sposób nie może modyfikować kontraktu²¹.

¹⁹K. Konieczny K. *Umowa ...*, s. 167.

²⁰T. Wiśniewski [w:] Bieniek G.(red.) i inni, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 724.

²¹Klauzula 3.1 „Inżynier Kontraktu nie powinien mieć upoważnienia do modyfikacji kontraktu”.

Spór przed Komisją Rozjemczą

Jeżeli między stronami zaistnieje spór (*dispute*) dotyczący jakiegokolwiek kwestii kontraktowej, w szczególności jakiegokolwiek polecenia, ustalenia, opinii, wyceny czy świadectwa wystawionego przez Inżyniera, to każda ze stron może złożyć pisemny wniosek do Komisji Rozjemczej o jego rozpatrzenie. Formalne zaistnienie sporu następuje wtedy, gdy jedna strona odpowiednio powiadomiła drugą stronę o swoim roszczeniu, a druga strona odrzuciła to roszczenie.

Komisje Rozjemcze zaczęto wykorzystywać w celu rozwiązywania sporów w latach 70. ubiegłego wieku w krajach *common law*. Postępowanie przed Komisją Rozjemczą (dalej: DAB²²) jest współcześnie powszechnie wykorzystywane w światowym przemyśle budowlanym²³. Poprzednia wersja wzorców FIDIC różniła się od obecnej między innymi w zakresie kompetencji, jakie miał Inżynier Kontraktu, któremu przedkładano wszelkie zaistniałe w procesie inwestycyjnym spory pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Jego stanowisko w danej kwestii było wiążące dla stron, bez względu na brak zadowolenia którejkolwiek z nich. Proces realizacji inwestycji był chroniony, bowiem roboty mogły trwać nadal w oparciu o decyzję Inżyniera, a strona bądź strony niezadowolone z rozstrzygnięcia mogły bronić swoich racji

²²*Dispute Adjudication Board*

²³E.H.W., Chan *Construction Industry Adjudication: A Comparative Study of International Practice*, KLI 2005, s. 363.

przed sądem arbitrażowym, najczęściej istniejącym przy ICC²⁴ w Paryżu. Jednak postępowanie arbitrażowe musiało być poprzedzone negocjacjami w stosownym terminie przewidzianym przez warunki ogólne. Taki stan rzeczy budził spore zastrzeżenia, zwłaszcza ze strony Wykonawców. Słabością opisanego powyżej rozwiązania było wyidealizowane wyobrażenie Inżyniera Kontraktu. Inżynier Kontraktu, pomimo że formalnie był niezależnym profesjonalistą, w praktyce jako osoba wybierana i opłacana przez Zamawiającego, pozostawał pod silnym jego wpływem.

Odpowiedzią na powyższe zarzuty było stworzenie nowego rozwiązania, a mianowicie nowej edycji WK FIDIC z 1999 roku, powierzających rozstrzyganie sporów pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą specjalnej Komisji Rozjemczej, która ze względu na swój profesjonalizm i procedurę nominowania poszczególnych jej członków, zwiększyła zaufanie stron²⁵ do tej instytucji.

Trzeba jednak zaznaczyć, że WK FIDIC dopuszczają możliwość wyboru jednego z trzech wariantów rozwiązywania sporów między stronami kontraktu budowlanego:

- a) mogą powołać stałą Komisję Rozjemczą²⁶,

²⁴*International Chamber of Commerce*

²⁵Rozsądne jest zatrudnienie prawnika z doświadczeniem w zakresie procesu inwestycyjnego. W załączniku do WK FIDIC, znajduje się wzór trójstronnej umowy o rozjemstwo, rekomendowany przez organizację FIDIC.

²⁶Klauzula 20.2, która przewiduje, iż spory będą rozstrzygane przez DAB, zgodnie z klauzulą 20.4. W załączniku do Oferty powinno się znaleźć postanowienie odnośnie tego, w jakim terminie strony powołają DAB.

b) mogą wybrać wariant powoływania Komisji Rozjemczych *ad hoc*, a więc dla potrzeb rozstrzygnięcia określonego sporu, gdy spór taki już powstanie,

c) mogą powierzyć rozwiązywanie sporów Inżynierowi²⁷.

Skorzystanie z drugiego lub trzeciego modelu powinno nastąpić w formie stosownej modyfikacji klauzuli 20 w Warunków Szczególnych FIDIC.

Pierwszy model przewiduje, iż w ramach realizacji umowy, powstałe spory rozwiązuje DAB składająca się z jednej lub trzech osób²⁸, w zależności od woli stron i rozmiaru sporu. Gdy skład Komisji jest jednoosobowy, wówczas jej członek jest powoływany na mocy porozumienia stron. Natomiast, gdy DAB składa się z trzech osób, każda strona powołuje jednego członka, co wymaga zatwierdzenia przez drugą stronę. Trzeci członek Komisji, przewodniczący, jest wybierany wspólnie przez strony. Opisana procedura ma na celu stworzenie pełnego zaufania stron w odniesieniu do niezależności i kompetencji DAB. Warunki kontraktowe FIDIC przewidują, iż decyzje Komisji są wiążące i natychmiast wykonalne. Strona niezadowolona z decyzji może powiadomić drugą stronę o swym niezadowoleniu (*notice of dissatisfaction*). Roboty budowlane trwają w oparciu o decyzję DAB, a strona bądź obie strony niezadowolone

²⁷Nawiązując w ten sposób do starej wersji WK, jednak z ryzykiem, które zdecydowało wówczas o odejściu od tego modelu.

²⁸Na podstawie wielu problemów, wynikających z doświadczeń z wieloosobowymi składami sądów arbitrażowych, w 9 postanowieniu Ogólnych Warunków o Rozjemstwie w sporach, przewidziano sytuacje, w których DAB może działać bez udziału jednego członków (*truncated tribunal*).

z rozstrzygnięcie mogą dochodzić roszczeń przed sądem arbitrażowym. Postępowanie arbitrażowe musi być poprzedzone negocjacjami.

Głównym zadaniem DAB jest weryfikacja ustaleń Inżyniera Kontraktu. Strony zobowiązują się udostępnić jej wszelkie potrzebne informacje oraz umożliwić dostęp do terenu budowy. Komisja powinna wydać decyzję (*decision*) wraz z uzasadnieniem nie później niż na 84 dni od otrzymania wniosku. Strony mogą ustalić w Warunkach Szczególnych inny termin na wydanie decyzji przez DAB lub wprowadzić system uzależniający czas na podjęcie decyzji od wartości roszczenia, ustalonej według kompromisowego kryterium.

Charakter prawny decyzji Komisji Rozjemczej

Komisje z założenia składają się z ekspertów niezależnych od stron i wydają wiążące rozstrzygnięcia. Niezastosowanie się przez stronę do decyzji DAB stanowi niewykonanie zobowiązania.

Rozstrzygnięcie Komisji Rozjemczej nie może być utożsamiane z wyrokiem sądu arbitrażowego zawartego w klauzuli 20.4²⁹ WK FIDIC. Potwierdza to wykładnia funkcjonalna systemu rozstrzygania sporów w ramach WK FIDIC, przewidująca etapowość i zwiększanie doniosłości prawnej decyzji podejmowanych na poszczególnych stopniach procesu.

²⁹Klauzula 20.4 „Komisja Rozjemcza nie powinna być uznana jako zespół arbitrów”.

Na pewno nie można przyjąć, iż decyzje DAB nie są wiążące. Przeciwnie, kształtują stosunek cywilnoprawny stron, na mocy ich dobrowolnej decyzji, stanowiący dozwolony w ramach wolności umów wyłom od zasady zakazu ingerencji osoby trzeciej w treść umowy³⁰. Zasadniczo, można dokonać podziału decyzji DAB na:

- a) wiążące, ale nieostateczne dla stron, a więc decyzje Komisji Rozjemczej, w odniesieniu do których nie upłynął terminu zgłoszenia przez jedną ze stron powiadomienia o niezadowoleniu, jak również decyzje DAB, co do których zgłoszono rzeczony powiadomienie w terminie,
- b) wiążące i ostateczne dla stron, więc takie co do których ani jedna ze stron nie zgłosiła w terminie sprzeciwu.

Egzekwowalność decyzji ostatecznych została uregulowana w klauzuli 20.7 WK FIDIC i co do decyzji tego typu w zasadzie nie ma wątpliwości. Natomiast kontrowersje w doktrynie budzi egzekwowalność decyzji wiążących, ale nieostatecznych.

Skutek decyzji Komisji Rozjemczej dla stron jest taki sam jak to miało miejsce w przypadku WK FIDIC z 1987 roku, w przypadku decyzji wydanej przez Inżyniera. Mianowicie wiąże ona strony, które powinny natychmiast ją wykonać, chyba że strony dokonają w drodze ugody jej zmiany lub decyzja zostanie zmieniona orzeczeniem sądu polubownego (klauzula 20.4). W przypadku, gdy w terminie 28 dni od wydania decyzji, strona niezadowolona

³⁰Na temat granic ingerencji osoby trzeciej w stosunek kontraktowy stron za ich zgodą; A. Szumański *Problem dopuszczalności modyfikacji treści umowy w wyroku sądu arbitrażowego w świetle prawa polskiego*, Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie, Warszawa 2010, s. 324.

z rozstrzygnięcia nie powiadomi drugiej strony o swoim niezadowoleniu, wówczas decyzja Komisji staje się ostateczna i wiążąca dla stron. Jest to więc, wiążące strony oznaczenie przez osobę trzecią treści świadczenia. Rozwiązanie takie ma miejsce najczęściej w sytuacjach, gdy ustalenie treści zobowiązania wymaga wiedzy specjalistycznej i zazwyczaj nie ma potrzeby sięgania po tytuł egzekucyjny.

Wiążąca i ostateczna decyzja DAB

Jeżeli strona zobowiązana do określonego świadczenia na podstawie wiążącej i ostatecznej (*final and binding*) decyzji DAB nie wykona jej, wówczas druga strona uprawniona jest na mocy wielostopniowej klauzuli arbitrażowej do wszczęcia postępowania arbitrażowego, zaskarżając sam fakt niezastosowania się drugiej strony do decyzji Komisji Rozjemczej. Stosownie do klauzuli 20.7. niezastosowanie się do decyzji DAB jest niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy.

Niemniej, takie postępowanie nie prowadzi w swej istocie do wyegzekwowania decyzji DAB zgodnie z jej treścią, tylko jest roszczeniem odszkodowawczym, opartym na kontrakcie. Roszczenie powinno być tak sformułowane, żeby jego spełnienie usuwało skutki niewykonania przez drugą stronę decyzji DAB.

Zatem w powyższej sytuacji, przedmiotem postępowania przed sądem arbitrażowym nie jest zasadność samej decyzji Komisji, o tego, zgodnie z wolą stron zawartą w klauzuli, sąd arbitrażowy nie może badać, lecz fakt jej niewykonania lub nienależyte

wykonanie oraz powstała w wyniku tego szkoda strony powodowej. Wyrok sądu arbitrażowego wydany w wyniku takiego postępowania może być egzekwowany po jego uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności przez sąd powszechny³¹.

Problem wiążącej i nieostatecznej decyzji DAB

Należy zwrócić uwagę na słaby punkt WK FIDIC. W przypadku decyzji Komisji Rozjemczej kwestionowanej przez jedną lub obie strony, klauzula 20.4 stanowi, iż strony wprowadzają ją w życie³². Twórcy wzorców FIDIC zapominają o jakichkolwiek mechanizmach egzekwowania przedmiotowego postanowienia.

Na gruncie prezentowanego zagadnienia, w doktrynie zwrócono uwagę na problem efektywności procedury rozwiązywania sporów na bazie WK FIDIC. M. Steward zauważa w analizowanej sytuacji możliwość zaistnienia nieskończonego sporu. Wykonawca bowiem, w razie odmowy zapłaty dodatkowej kwoty, przysługującej mu w związku z decyzją DAB, może zawrzeć tę kwotę we wniosku o Przejściowe Świadczenie Płatności, lecz w związku z naturą powiązań Inżyniera Kontraktu z Zamawiającym, prawie na pewno taka kwota nie zostanie uwzględniona. Jeżeli tak, będzie to kolejny powód do sporu przed DAB, w którym z dużym prawdopodobieństwem poprzednia decyzja DAB zostanie

³¹Więcej na ten temat, R. Morek, W. Sadowski, *Arbitration in Poland*, Warsaw 2011, s. 137.

³²Klauzula 20.4: „Decyzja powinna być wiążąca dla obydwu stron, które powinny niezwłocznie ją wykonać, chyba że i dopóki nie będzie zmieniona w drodze polubownego rozliczenia albo decyzji arbitrażowej jak opisano poniżej”.

potwierdzona. Należy się również spodziewać, iż Zamawiający złoży kolejny *notice of dissatisfaction* i postanowi nie dokonać zapłaty. Zatem, Wykonawca wróci do punktu wyjścia i znowu procedura będzie mogła się powtórzyć. Nie ma możliwości sądowego egzekwowania wiążącej, ale nieostatecznej decyzji DAB³³. Należy wspomnieć o propozycjach wysuniętych przez N.G. Bunni, który zaleca:

i) wprowadzenie do klauzuli 15.2 prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w takiej patowej sytuacji. Natomiast odpowiednio dla Wykonawcy wprowadzenie uprawnienia do zawieszenia pracy albo odstąpienia od umowy do klauzuli 16.1 oraz 16.2,

ii) umożliwienie w klauzuli 20.7 dochodzenia decyzji DAB przed sądem arbitrażowym, analogicznie jak w przypadku, gdy decyzja Komisji Rozjemczej stała się ostateczna i wiążąca³⁴.

Wówczas przed sądem arbitrażowym toczyłyby się dwa postępowania, przedmiotem pierwszego byłaby zasadność decyzji DAB, natomiast drugiego niewykonanie zobowiązania z tytułu tejże decyzji. Warto przewidzieć w kontrakcie, iż w razie rozbieżności między oceną spóru prawnego DAB i sądu arbitrażowego, stronie będzie przysługiwało stosowne zryczałtowane odszkodowanie.

W przypadku kontraktów transgranicznych, wiele będzie zależało od tego, jakie prawo jest właściwe dla umowy, M. Stewart, *Beware the FIDIC gap*, CU 2012, nr s. 18.

N. G., Bunni *The FIDIC ...*, 538.

Z kolei Ch. Seppälä, niejako wpisując się w drugą propozycję zmiany WK FIDIC, zaproponowaną przez N.G. Bunni, uważa, iż jeżeli decyzja DAB ma natychmiastowy skutek wiążący dla stron, to z tego tylko faktu można wysunąć wniosek, że jej naruszenie może być traktowane jako *breach of contract*. Nie ma znaczenia, iż w wyniku postępowania arbitrażowego, czy też postanowień stron, decyzje takie mogą być zmienione. Nie ma również powodu, żeby w świetle takiego naruszenia umowy sąd arbitrażowy nie wydał wyroku tymczasowego nakazującego wykonanie decyzji DAB, ponieważ wymaga tego treść zobowiązania stron³⁵.

Odnosząc powyższe propozycje, na grunt polskiego prawa, należy stanowczo odradzić stosowanie pierwszej opcji, proponowanej przez N.G. Bunni, ponieważ prawo odstąpienia, powinno być ostatecznością i wypacza istotę kooperacji stron przy realizacji zobowiązania.

Natomiast, co do drugiej opcji interpretacyjnej, opierającej się o konwencję zrównania skutków obu typów decyzji DAB, należy ocenić ją pozytywnie. Warto w warunkach szczególnych doprecyzować kompetencje sądu arbitrażowego w tym zakresie, bo wątpliwości sprzyjają eskalacji sporu. Jest to również zgodne z funkcją WK FIDIC, którą jest przede wszystkim zrealizowanie inwestycji w terminie, przy pomocy ekspertów zasiadających w DAB, wybranych *de facto* strony. Zatem poddanie się ich woli, nie powinno wywoływać sprzeciwu. Pod tym względem konstrukcja

³⁵Ch. Seppälä, *Enforcement by on Arbitral Award of a Binding but not Final Engineer's or DAB's Decision under the FIDIC Conditions*, ICLR 2009, s. 417.

Komisji Rozjemczej przypomina arbitraż, moim zdaniem jego najmocniejszą stroną.

Międzynarodowy Arbitraż Handlowy

W literaturze podkreśla się, że arbitraż w sprawach budowlanych ma wiele zalet i pozostaje na świecie preferowaną formą rozstrzygnięcia sporów wynikających z umów budowlanych. Daje stronom sporu swobodę wyboru arbitrów – istnieje możliwość powołania do pełnienia funkcji arbitra ekspertów. Strony mogą również wybrać najbardziej dogodny dla nich miejsce, język i procedury arbitrażu.

Niewątpliwą zaletą arbitrażu międzynarodowego jest możliwość uznania i stwierdzenia wykonalności zagranicznych wyroków arbitrażowych na podstawie Konwencji Nowojorskiej³⁶. Zasadą jest wydawanie rozstrzygnięć na podstawie przepisów prawa materialnego (prawa właściwego dla umowy). Jeśli jednak strony wyraźnie tak postanowią i prawo właściwe na to pozwala, sąd arbitrażowy może orzekać na podstawie zasad słuszności (*ex aequo et bono*) czy też ogólnych zasad prawa. We wszystkich przypadkach sąd rozstrzyga zgodnie z postanowieniami kontraktu, z uwzględnieniem zwyczajów handlowych mających zastosowanie do danego stosunku.

Zgodnie z art. 1212 KPC, wyrok sądu arbitrażowego czy też ugoda przed nim zawarta, mają moc prawną równą z wyrokiem sądu

³⁶Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r.

państwowego lub ugodą zawartą przed sądem powszechnym, po uznaniu lub stwierdzeniu ich wykonalności przez sąd państwowy i może być podstawą egzekucji³⁷. Co do zasady, od wyroku sądu arbitrażowego nie przysługuje apelacja³⁸, może on zostać jednak zakwestionowany przez wniesienie do sądu państwowego skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego.

Procedura rozstrzygnięcia sporu przed sądem arbitrażowym według warunków kontraktowych FIDIC

Jeśli któraś ze stron umowy o roboty budowlane nie chce zastosować się do decyzji Komisji Rozjemczej albo w ciągu planowanych 84 dni takowa decyzja nie zostanie wydana, wówczas zgodnie z procedurą zawartą w klauzuli 20.4, strona powinna, w terminie 28 dni od otrzymania decyzji, zawiadomić o tym kontrahenta.

Zawiadomienie o niezadowoleniu (*notice of dissatisfaction*), powinno: a) stwierdzać, że jest sporządzone zgodnie z klauzulą 20.4; b) zachować formę pisemną; c) wskazywać kwestie sporne oraz d) zawierać uzasadnienie niezadowolenia. Przed rozpoczęciem postępowania przed sądem polubownym, strony powinny podjąć próbę polubownego rozwiązania sporu (*amicable settlement of a dispute*). Jeżeli strony nie postanowią inaczej, postępowanie arbitrażowe powinno się rozpocząć nie wcześniej niż w 56 dniu

³⁷T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, wydawnictwo? Warszawa 2009, s. 349.

³⁸Strony mogą przewidzieć, iż ich spór będzie miał np. dwie instancje, jakkolwiek to wypacza nieco istotę arbitrażu, a na pewno odbiera mu atrybut szybkości.

po doręczeniu zawiadomienia o niezadowoleniu. Twórcy WK FIDIC przewidzieli stosunkowo długi okres przed rozpoczęciem postępowania arbitrażowego, by decyzja stron w tym zakresie była przemyślana³⁹. Natomiast dwumiesięczny okres niepewności w przedmiocie stosowania decyzji DAB, nie odpowiada potrzebie procesu inwestycyjnego, toteż stanowi to kolejny argument przemawiający za możliwością egzekwowania wiążących, lecz nieostatecznych decyzji. Należy przy tym wskazać na powszechną praktykę skracania powyższego terminu (zresztą podobnie jak innych terminów z WK FIDIC), która prowadzi do wypaczenia koncepcji WK FIDIC, przewidującej adekwatny okres dla procedury rozwiązywania sporów, który to został wyznaczony w rezultacie przeprowadzenia stosownych badań i obserwacji praktyki.

Co do sposobu przeprowadzania polubownych pertraktacji we wskazanym okresie, to ich forma nie jest w żaden sposób ograniczona⁴⁰. Paleta możliwości stron jest szeroka. Należy wskazać na następujące możliwości zawarcia ugody regulowane na gruncie KPC: a) przed mediatorem (art. 183¹ – 183¹⁵ KPC), która po zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem; b) w postępowaniu pojednawczym przed sądem rejonowym ogólnie właściwym dla przeciwnika, po zawezwaniu

³⁹Wykonanie robót przez Wykonawcę, również nie powinno być wstrzymane, ponieważ strony łączy zobowiązanie do kontynuowania robót w oparciu o wiążącą decyzję DAB.

⁴⁰Mogą to być: negocjacje, mediacje, jak i inne alternatywne metody rozstrzygnięcia sporów.

do próby ugodowej. W wezwaniu należy oznaczyć zwięźle sprawę (art. 184 i n. KPC). Strony mogą również samodzielnie, w celu osiągnięcia kompromisu, uczynić sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku, stosownie do art. 917 KC i zlikwidować niepewność w zakresie roszczeń.

Zgodnie z klauzulą 20.6, jeśli strony podjęły próbę polubownego rozwiązania sporu i zakończyła się ona fiaskiem, bądź jeśli taka próba nie została podjęta we wskazanym okresie, wówczas spór trafia przed sąd arbitrażowy, stanowiący ostatni etap na drodze realizacji wzajemnych zobowiązań stron, wynikających z wielostopniowej klauzuli arbitrażowej. Przedmiotem rozstrzygnięcia sądu polubownego będzie pierwotny spór prawny stron, a nie decyzja DAB, jak to ma miejsce w przypadku wiążących i ostatecznych⁴¹ decyzji Komisji Rozjemczej.

Jeżeli strony nie uzgodnią inaczej, to spór zostanie ostatecznie rozstrzygnięty, stosownie do klauzuli 20.6 na podstawie Reguł Mediacji i Arbitrażu ICC⁴², przez trzech arbitrów oraz w języku ustalonym według klauzuli 1.4 WK FIDIC.

W praktyce, bardzo często zapis klauzuli 20.6 jest modyfikowany, poprzez poddanie sporu przed polski sąd arbitrażowy. Natomiast, gdy Zamawiającym jest podmiot publiczny,

⁴¹Czy też wiążących i nieostatecznych.

⁴²Jeśli strony preferują inne reguły postępowania przed sądem polubownym, np. Regulamin UNCITRAL lub KIG, będą musiały dokonać stosownej zmiany w tym zakresie, oraz określić, iż dla ich sporu, znajdą zastosowanie zasady postępowania przed odpowiednim stałym sądem polubownym. Strony mogą również zdecydować się na arbitraż ad hoc, z zastosowaniem najbardziej powszechnego regulaminu postępowania, zawartym w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL z 2010 roku.

często klauzula arbitrażowa jest w ogóle eliminowana, pozostawiając właściwość sądu powszechnego. Należy przy tym podkreślić, iż zdaniem Prokuratury Generalnej, stosowanie przez beneficjentów PO IiŚ⁴³ reprezentujących Skarb Państwa (*stationes fisci*), klauzuli arbitrażowej w umowach z Wykonawcami jest dopuszczalne.

Jak się bowiem podkreśla, arbitraż handlowy jest elastycznym instrumentem prawnym, mogącym przystać do potrzeb Skarbu Państwa, nawet pod kątem dyscypliny wydatkowania⁴⁴ środków publicznych. Oczywiście pod warunkiem zaistnienia akceptowanego poziomu ryzyka powstania konfliktów, związanych z koniecznością ponoszenia kosztów. Przy czym dla Zamawiającego, będącego podmiotem publicznym, rekomendowane są warunki szczególne, przewidujące, iż miejscem arbitrażu powinna być Rzeczpospolita Polska, natomiast prawem właściwym dla rozstrzygnięcia powinno być prawo polskie, a językiem postępowania język polski⁴⁵.

Wnioski

Stosowanie Warunków kontraktowych FIDIC w polskiej praktyce gospodarczej, rodzi potencjalnie wiele kontrowersji. Jednym z przykładowych spornych zagadnień jest problematyka wiążących i nieostatecznych decyzji DAB,

⁴³Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko.

⁴⁴Skarb Państwa jest bowiem zwolniony od opłat sądowych, ale nie wydatków poniesionych na wynagrodzenia i zwrot kosztów poniesionych przez biegłych, kosztów ekspertyz, tłumaczy etc.

⁴⁵Stanowisko Instytucji Zarządzającej w sprawie stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, www.pois.gov.pl, pobrano: 27.02.2013.

głównie ze względu na wątpliwości dotyczące możliwości egzekwowania przedmiotowych decyzji.

Jak wykazano, wiele niedoskonałości postanowień wielostopniowej klauzuli arbitrażowej, można wyeliminować w ramach odpowiedniego ukształtowania warunków szczególnych kontraktu. W tym kontekście, tezę o elastyczności kontraktu FIDIC należy uznać za udowodnioną. Zakres swobody stron w kształtowaniu postanowień kontraktu, może być znacznie rozszerzony dzięki dobrodziejstwu klauzuli wyboru prawa w ramach umów z elementem obcym, jak również powierzeniu sądowi polubownemu kompetencji do orzekania na zasadach słuszności lub na ogólnych zasadach prawa.

Wreszcie, należy podkreślić atrakcyjność wielostopniowych klauzul arbitrażowych, gdyż co do zasady wpływają one na zapobieganie konfliktom i ich szybkie rozwiązanie. Spór zostaje złagodzony w prosty, tani, szybki i poufny sposób. Jednakże warunkiem wyjściowym jest odpowiednie nastawienie podmiotów zaangażowanych w proces.

The purpose of this paper is to analyze and solve the major legal problems, which concern the impact of the multi-tier arbitration clause on the settlement of construction investment executed on the basis of the FIDIC Conditions of Contract. There is no doubt, that because of the popularity of indicated conditions, there is a need

for a comprehensive discussion of the issues and disputes which arise in the practice of applying law. Because of the complexity of the investment process and consequently, extensive number of situations regulated in the construction works contract, it should be noted that the topic of settlement, as the final stage of the investment, is the most crucial part, at least from the point of view of the parties involved in the process. In this context, multi-tier arbitration clause appears to be a response to the need to define and place the risk associated with the venture. The indication of weaknesses concerning the structure of discussed clause, should allow to adjust its more effectively to the needs of economic turnover.