

نخستین دوره مسابقات داوری تجاری
آذر ۱۳۹۴ - خرداد ۱۳۹۵، تهران



لایحه خواننده

به طرفیت:

خواهان

شرکت کاسپین سامان

تهران، خیابان کارگر

جنب مسجد امیر

پلاک ۲۵۶۲، واحد ۱۵

به نمایندگی از:

خواننده

شرکت ره آورد شمال

تهران، ولنجک

خیابان سیزدهم، کوچه اول

پلاک ۱۵۸، واحد ۴

کد تیم:

QU962



فهرست کتاب و مقالات

عنوان: بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به درج شده در متن:
اموال شرکتهای دولتی
پدید آور: علی اصغر هندی
منتشر شده در: مجله حقوقی دادگستری
سال: ۱۳۸۶
صفحه: ۸۵

عنوان: آثار تحریم بر قراردادهای بازرگانی بین المللی
پدید آور: نصرالله ابراهیمی
منتشر شده در: دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش
حقوق مدنی، شماره ۲
سال: ۱۳۹۱

عنوان: مبانی حقوق پیمان
پدید آور: ابراهیم اسماعیلی هریسی
ناشر: یادآوران
سال: ۱۳۸۴

عنوان: فسخ قرارداد در شرایط عمومی پیمان
پدید آور: عمادالدین رحمانی
منتشر شده در: پایان نامه کارشناسی ارشد، پیام نور
مشهد
سال: ۱۳۹۱

درج شده در متن:
[ادیبی، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در
قراردادهای دولتی، ص ۱۴۲]

عنوان: تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای
دولتی
پدید آور: محمدرضا ادیبی
ناشر: جاودانه
سال: ۱۳۸۹

درج شده در متن:
[قهرمانی، دعاوی ناشی از ش.ع.پ.]

عنوان: دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان
پدید آور: نصرالله قهرمانی
ناشر: خرسندی
سال: ۱۳۹۳

درج شده در متن:
[همه تحریم هایی که علیه ایران وضع شد،
رسانه خبری تحلیلی گفت و گو، تاریخ
انتشار: ۱۳۹۴/۱/۷]

عنوان: همه تحریم هایی که علیه ایران وضع شد.
منتشر شده در: رسانه خبری تحلیل گفت و گو
سال: ۱۳۹۴
دسترسی:
www.goftogonews.com/pages/news-37800.asp

درج شده در متن:
[اسکینی، داوری پذیری دعاوی، ص ۴۲]

عنوان: داوری پذیری دعاوی در حقوق ایران
پدید آور: دکتر ربیعا اسکینی
منتشر شده در: مجموعه مقالات همایش صدمین سال تاسیس
نهاد داوری در حقوق ایران
مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران - شهر دانش
سال: ۱۳۹۱
صفحه: ۴۲

عنوان: تامین اجتماعی، سازمان یا صندوق؟
پدید آور: علیرضا عسگریان
منتشر شده در: روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۲۹۹۸
سال: ۱۳۹۲

درج شده در متن:
[عسگریان، تامین اجتماعی، سازمان یا
صندوق؟، دنیای اقتصاد]

عنوان: مجموعه مقررات نحوه عملکرد شرکت های
فراملی
پدید آور: فرهاد امام
منتشر شده در: رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی،
دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
سال: ۱۳۷۱
صفحه: ۳۲۳ - ۳۲۶

درج شده در متن:
[امام، م نحوه عملکرد ش فراملی، ۳۲۳ - ۳۲۶]

عنوان: حاکم در داوری های تجاری بین المللی
پدید آور: لعیا جنیدی
ناشر: دادگستر
سال: ۱۳۷۶
صفحه: ۸۷

درج شده در متن:
[جنیدی، قانون حاکم، دادگستر، ص ۸۷]

عنوان: اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی
پدید آور: لعیا جنیدی
ناشر: شهر دانش
سال: ۱۳۹۲
صفحه: ۳۲

درج شده در متن:
[جنیدی، اجرای آرای داوری، ص ۳۲]

عنوان: نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق
ایران
پدید آور: محمد باقر سروری
ناشر: فکرسازان
سال: ۱۳۸۹
صفحه: ۲۰

درج شده در متن:
[سروری، نگرش کاربردی به موضوع کاربری،
ص ۲۰]

عنوان: توافق های چند لایه برای حل و فصل اختلافات
تجاری و صنعتی
پدید آور: محسن محبی، اویس رضوانیان
ناشر: شهر دانش
سال: ۱۳۹۳
صفحه: ۷۶-۶۹

درج شده در متن:
[محبی، رضوانیان، توافق های چندلایه، ص
۶۹ - ۷۶]

عنوان: قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم
پدید آور: امیر ناصر کاتوزیان
ناشر: سهامی انتشار
سال: ۱۳۹۰
صفحه: ۱۴۰ - ۱۴۱

درج شده در متن:
[کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای ج ۳، ص
۱۴۰-۱۴۱]

عنوان: قراردادهای ساخت و ساز بین المللی
پدید آور: ویلیام گادوین
ناشر: تیسسا
سال: ۱۳۹۳
صفحه: ۱۵۹

درج شده در متن:
[گادوین، قراردادهای ساخت و ساز، ص ۱۵۹]

فهرست آرای قضایی و داوری

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
شماره دادنامه: ۲۲۱۲۰۰۹۴۸
تاریخ: ۱۳۸۸/۰۶/۲۳
شماره پرونده: ۶۰۰/۱۲/۸۸

درج شده در متن:
[همه تحریم هایی که علیه ایران وضع شد، رسانه خبری تحلیلی گفت و گو، تاریخ انتشار: ۱۳۹۴/۱/۷]

مرجع رسیدگی: شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان گیلان
شماره دادنامه: ۸۵۰
تاریخ: ۱۳۸۸/۰۹/۲۶
شماره پرونده: ۸۸۰۰۰۲۰۳

درج شده در متن:
[دادنامه ۸۵۰ - ش ۱ د.ت.ا.گیلان]

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور
شماره دادنامه: ۱۲۴
تاریخ: ۱۳۶۶/۰۳/۰۹
شماره پرونده: -

درج شده در متن:
[دادنامه ۱۲۴ - ش ۲۱ د.ع.ک]

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری
شماره دادنامه: ۱۳۸ - ۱۳۹
تاریخ: ۱۳۹۱/۰۳/۲۲
شماره پرونده: ۶۵۴،۳۷۶/۹۰

درج شده در متن:
[دادنامه ۱۳۹ - ۱۳۸ ه.ع.د.ع.ا]

درج شده در متن:
[Us v Bankers Ins Co, 245؛ محبی، رضوانیان،

توافق های چند لایه، ص ۸۱]

مرجع رسیدگی: United States Court of Appeals

طرفین: Us v Bankers Ins Co

تاریخ: 2001

شماره پرونده: 245 F.3d 315

درج شده در متن:
[CC case No.6276, 1990؛ محبی، رضوانیان،

توافق های چند لایه، ص ۷۸]

مرجع رسیدگی: Arbitration Center of ICC

تاریخ: 1990

شماره پرونده: 6276

درج شده در متن:
[HIM Portland LLC v De Vito Builders Inc؛

محبی، رضوانیان، توافق های چند لایه، ص
۶۹ تا ۷۶]

مرجع رسیدگی:

United States District Court – District of Maine

طرفین:

HIM Portland LLC v De Vito Builders Inc

تاریخ: 2002

شماره پرونده: 02-CV-74-P-C

درج شده در متن:
[De Valk Lincoln Mercury Inc v Ford]

Motor Co.؛ محبی، رضوانیان، توافق های چند
لایه، ص ۸۱]

مرجع رسیدگی: United States Court of Appeals

طرفین: De Valk Lincoln Mercury Inc v Ford

Motor Co

تاریخ: 1987

شماره پرونده: 811 F.2D 236

درج شده در متن:
[نظریه شماره ا.ح. قوه قضاییه]

نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه

شماره: ۱۳۷۵/۹/۲۴-۷/۶۰۳۱

تاریخ: ۱۳۷۵/۹/۲۴

جدول اختصارات

ق.ا	قانون اساسی
ق.م	قانون مدنی
ق.آ.د.م	قانون آیین دادرسی مدنی
ش.ع.پ	شرایط عمومی پیمان
ش.خ.پ	شرایط خصوصی پیمان
ل.ا.ق.ت	لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت
ق.م.ع	قانون محاسبات عمومی
ق.ب.پ.ت	قانون برنامه پنجم توسعه
ق.م.خ.ک	قانون مدیریت خدمات کشوری
ا.ب.ا	اتاق بازرگانی ایران
م.د.ا.ب.ا	مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران
د.د.ا.ب	دیوان داوری اتاق بازرگانی ایران
ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا	قواعد و آئین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران
خ.پ.ب	خلاصه پرونده بند
خواهان	شرکت کاسپین سامان
خوانده	شرکت ره آورد شمال
م.د	موافقت نامه داوری
ا.د.	ادعا نامه داوری خواهان

فهرست

- ۱ شرح رویداد:
- ۲ (الف) قرارداد بطور معتبر و توسط مدیران ذی سمت منعقد نگردیده است.
- ۳ (ب) ارجاع اختلاف به داوری سازمانی معتبر نمی باشد.
- ۴ (ج) مراحل پیش از داوری طی نگردیده است و عذر عدم انجام مخالف مفاد قرارداد است:
- ۵ ج - ۱) انجام اقدامات پیش داوری ضروری می باشد.
- ۵ ج - ۲) انگیزه و حسن نیت طرفین در انجام اقدامات پیش داوری باید احراز گردد.
- ۶ ج - ۳) انجام اقدامات پیش داوری باید با رعایت شرایط مصرح در ماده ۵۳ ش.خ.پ صورت پذیرد.
- ۶ ج - ۴) نا امیدی از نتیجه بخش بودن اقدامات پیش داوری نمی تواند عذر عدم انجام آن تلقی گردد.
- ۷ (د) امکان ارجاع اختلاف به داوری با توجه به اصل ۱۳۹ ق.ا میسر نمی باشد.
- ۷ د - ۱) خواننده، شرکتی دولتی می باشد و سهامدار بخش غالب آن سازمانی دولتی است.
- ۸ د - ۲) ظاهر اصل ۱۳۹ ق.ا ناظر به موضوع داوری است.
- ۹ د - ۳) اصل ۱۳۹ ق.ا مطلق و در مقام تفکیک میان اعمال تصدی و حاکمیتی نمی باشد.
- ۹ د - ۴) در صورت لزوم ارجاع اختلاف به داوری باید نخست مجوز آن صادر گردد و شرط مذکور در اصل ۱۳۹ شرط نفوذ است.
- ۱۰ (ه) قرارداد تابع شرایط عمومی پیمان است.
- ۱۱ (و) با توجه به قابل پیش بینی بودن تحریم های بانکی، خواسته خواهان مبنی بر اعلام تعلیق قرارداد به دلیل حدوث قوه قاهره موجه نمی باشد.
- ۱۲ (ز) گشایش اعتبار اسنادی در خرید اقلام خارجی موضوع قرارداد موضوعیت نداشته است.
- ۱۳ (ح) مطابق با ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان امکان فسخ برای خواننده فراهم می باشد.
- ۱۴ (ط) فسخ قرارداد حاوی تعهد وحدت مطلوب باعث برائت خواننده از پرداخت صورت وضعیت های فاز اول می شود.
- ۱۴ (ی) خسارت تاخیر تادیه قابل مطالبه نمی باشد.
- ۱۵ (ک) انتخاب مهندس ناظر ضروری می باشد.
- ۱۵ خلاصه در خواست های خواننده:

شرح رویداد:

(۱)

در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۵ اجرای پروژه برق رسانی شهرستان هشتگرد توسط شرکت توانیر (شرکت دولتی) به شرکت ره آورد شمال (خوانده) به عنوان پیمانکار واگذار گردید. به منظور انجام پروژه برق رسانی، خوانده و خواهان قراردادی برای طراحی، تهیه و نصب تجهیزات برق رسانی، با علم به تحریم های اقتصادی کشور، در دو فاز منعقد نمودند؛ بر مبنای قرارداد، تعهدات فاز اول مربوط به انجام مهندسی و طراحی پروژه توسط خواهان تا پایان شهریور ماه ۱۳۹۲ بود. در فاز دوم خواهان به تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی در محل پروژه تا پایان خرداد ماه ۱۳۹۳ متعهد گردید. فاز دوم خود شامل دو بخش می شد؛ بخش اول شامل اقلام قابل تهیه از بازار داخلی بود. بخش دوم، شامل اقلامی بود که در خارج از کشور تولید می شد و خواهان متعهد به تهیه آنها از خارج با گشایش اعتبار اسنادی گردید. پس از ایفای تعهدات مربوط به فاز اول توسط خواهان، نوبت به فاز دوم قرارداد که شامل خرید و اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی از داخل و خارج کشور می شد، رسید. آن بخش از تجهیزات که در داخل کشور تولید می شود توسط خواهان خریداری و نصب گردید. در زمان اقدام به خرید آن قسم از تجهیزات که در خارج از کشور تولید می شود، خواهان با علم به تحریم های اقتصادی کشور، نسبت به گشایش اعتبار اسنادی در تاریخ ۲۷ مهر ۱۳۹۲ برای خرید تجهیزات خارجی اقدام نمود اما با تحریم بانک های کشور مواجه گردید. خواهان بر آن بود که با توجه به عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی، امکان اجرای قرارداد وجود ندارد. در مقابل از آنجایی که خوانده معتقد بود اعتبار اسنادی تنها راه تامین اقلام خارجی مورد نیاز نمی باشد، به خواهان تاکید کرد که از طرق دیگر مثل پرداخت نقدی نسبت به تامین این اقلام اقدام نماید. با این حال خواهان باز هم به بهانه عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی از اجرای قرارداد سر باز زد. در نهایت در حالی که خوانده نیاز به ایفای تمامی تعهدات قراردادی خواهان برای اتمام پروژه برق رسانی هشتگرد داشت (تعهدات خواهان از نوع وحدت مطلوب بود)، با توجه به محرز شدن استنکاف خواهان از آغاز اجرای تعهدات فاز دوم قرارداد، فسخ کل قرارداد را به خواهان اعلام کرد. در پاسخ به اعلام فسخ از سوی خوانده، خواهان

ضمن اعتقاد به وقوع مانع خارجی در اجرای قرارداد که از نظر خواهان مانع از امکان فسخ قرارداد می شود، در خواست رسیدگی داوری را نزد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران مطرح نمود. در خواست خواهان برای رسیدگی به اختلاف در مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران به دلائل موضوع اصل ۱۳۹ بودن قرارداد، عدم طی مراحل پیش داوری جهت حل اختلاف و عدم وجود قصد طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری سازمانی، قابل ارجاع به داوری و بخصوص مرکز داوری اتاق بازرگانی نمی باشد. در صورت فرض وارد نبودن ایرادات فوق به لحاظ شکلی، به لحاظ ماهوی قرارداد بطور صریح فسخ گردیده و خواننده هیچگونه تعهدی برای پرداخت هیچگونه مبلغ قراردادی به خواهان ندارد. دفاعیات خواننده به شرح ذیل است:

الف) قرارداد بطور معتبر و توسط مدیران ذی سمت منعقد نگردیده است.

(۲) در مورد عدم امضای قرارداد توسط اشخاص ذی سمت، خواهان در بند ۱۴ ا.د قرارداد را مصون از این ایراد دانسته و خود را «ثالث با حسن نیت» تلقی نموده است. این عنوان بر خواهان صدق نمی کند زیرا برای صدق این عنوان ثالث باید در حد معمول و متعارف تلاش برای آگاهی و اطلاع از شرایط را به عمل آورده باشد و با این حال قادر به دستیابی به اطلاعات نگردد. با این حال، خواهان در حالی که می توانسته با صرف وقتی اندک و مراجعه به سایت روزنامه رسمی کشور به آسانی به این که چه کسی به طور قانونی مسئول عقد قرارداد و امضاء اسناد تعهدآور شرکت مقابل می باشد دست یابد، به این امر مبادرت نورزیده است.

(۳) خواهان در بند ۱۵ ا.د به «اصل اعتماد به ظاهر در امور تجاری» استناد کرده و از این اصل این طور برداشت نموده که «در امور تجاری اقدامات اشخاص چه حقیقی و چه حقوقی در حوزه ای که خود را صالح معرفی نموده اند، معتبر و برای آن اشخاص الزام آور می باشد». اگر این اصل را تا این حد مطلق تعبیر کنیم و طرف مقابل را بی نیاز از هر نوع تحقیق بدانیم مسلماً این امر باعث هرج و مرج در امور تجاری شده و هر کس می تواند خود را نماینده شخص دیگری معرفی نماید و برای او تعهد ایجاد کند. همچنین خواهان در ا.د اقدام به جعل واقع نموده و بیان می دارد «از سوی دیگر انعقاد

قرارداد در محل شرکت و توسط مدیران شرکت کافی است برای شکل گیری ظاهر قابل اعتماد برای طرف قرارداد.» [ا.د.ب ۱۵]، که همانطور که از حقایق پرونده بر می آید این قرارداد در شرکت طرفین منعقد نگردیده است. از این رو با توجه به آنچه که ذکر گردید باید گفت قرارداد بطور صحیح و توسط اشخاص ذی صلاح منعقد نشده است.

ب) ارجاع اختلاف به داوری سازمانی معتبر نمی باشد.

(۴) خواهان در بند ۶ ا.د. به منظور اثبات صلاحیت م.د.ا.ب.ا. به مواد ۱۰ و ۲۹ ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا. استناد نموده، اما همانطور که از نص این مواد پیدا است، مقدمه اعمال آنها «رجوع طرفین به مرکز داوری» می باشد [ماده ۱۰ ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا.]. طرفین نه تنها در قرارداد بلکه در هیچ توافقنامه دیگری نیز به ارجاع اختلاف به م.د.ا.ب.ا. تصریح ننموده و آن را صالح به رسیدگی به دعاوی و اختلافات خود ندانسته اند. بنابراین این شکل استناد خواهان به ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا.، مصادره به مطلوب می باشد. ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا. در بند الف ماده ۲۹ نیز به صراحت پیش شرط اعمال قاعده صلاحیت داور را «ارجاع اختلافات و دعاوی به مرکز داوری» دانسته است [ماده ۲۹ ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا.]. نکته مهم دیگر اینکه فصل چهارم ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا. که شامل مواد ۲۹ تا ۳۴ می شود، با عنوان «صلاحیت داور» نگارش یافته و نه «صلاحیت مرکز داوری»؛ پس همانطور که ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا. مکرراً بیان داشته، صلاحیت م.د.ا.ب.ا. به تصریح طرفین به ارجاع به این مرکز نیاز دارد.

(۵) این گفته تصویری غلط است که اگر داوری به سازمان ارجاع نشود، انتخاب قواعد اتاق بازرگانی بیهوده می باشد. ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا. به عنوان مرجعی تخصصی می تواند در هر داوری، چه موردی و چه سازمانی، استفاده گردد [گادوین، قراردادهای ساخت و ساز، ص ۱۵۹]. در اینجا نیز آنچه مسلم است تمایل طرفین به بهره مندی از چنین قواعدی بوده است، زیرا تفسیر شروط یک قرارداد باید با توجه به اراده طرفین در حین قرارداد، انجام گیرد. با عنایت به این امر، زمانی که طرفین در مقام مشخص کردن شرایط و ارکان حل اختلاف می باشند و حتی زبان و مکان و قواعد ناظر بر داوری را به دقت تعیین می نمایند، اما سخنی از صلاحیت هیچ مرجعی به میان نمی آورند، سکوت در مقام بیان است. از این

رو، باید اینطور نتیجه گرفت که طرفین با علم به معایب رسیدگی سازمانی از جمله هزینه بیشتر و اطاله رسیدگی [نیکبخت، داوری تجاری بین المللی، ص ۶۱]، نظر به ارجاع دعاوی احتمالی به سازمان داوری را نداشته اند.

(۶) طرفین در قرارداد ماده ۵۳ ش.ع.پ را مطابق میل خود تغییر داده اند و ق.م.د.ا.ب.ا و قانون جمهوری اسلامی ایران را حاکم بر اختلافات دانسته اند. بند ب ماده ۳ ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا، دعاوی داخلی را صریحاً تابع باب هفتم ق.آ.د.م دانسته است. مطابق ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م «هر گاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید.» از آنجایی که مقررات این قانون آمره بوده، لذا در ما نحن فیه ابتدا باید به دادگاه صالح برای رسیدگی به امور اختلافی رجوع شود [خدابخشی، حقوق داوری، سهامی انتشار، ۲۹۴؛ سروری، نگرشی کاربردی به موضوع داوری، ص ۲۰]. از سویی دیگر، مطابق ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م در نهایت اجرای آرای داوری با محاکم دادگستری می باشد. از این رو به اختلاف بر سر اصل دعوا و شرط داوری نخست باید در دادگاه رسیدگی گردد و پس از آن در صورت تصمیم دادگاه، اختلاف با استفاده از ق.آ.د.م.د.ا.ب.ا ادامه یابد تا در نهایت یک فرآیند داوری خالی از شبهه طی شود. [کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج ۳، ص ۱۴۰ - ۱۴۱؛ نظریه شماره ۷/۶۰۳۱-۱۳۷۵/۹/۲۴-ا.ح. قوه قضاییه]

(ج) مراحل پیش از داوری طی نگردیده است و عذر عدم انجام مخالف مفاد قرارداد است:

(۷) نظر به این که خواهان و خوانده به موجب بند اول ماده ۵۳ ش.خ.پ توافق نمودند تا در صورت بروز اختلاف، نخست تمام تلاش خود برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف از طریق مذاکره میان مدیران ارشد طرفین را به کار بندند و در بند دوم همان ماده، ارجاع اختلاف به داوری را در صورتی مجاز دانسته اند که در حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف از طریق مذاکره موفقیتی حاصل نشود [خ.پ.ب ۲]، به نکات ذیل اشاره می گردد:

ج - ۱) انجام اقدامات پیش داوری ضروری می باشد.

(۸) دیوان داوری باید در ابتدا، با توجه به مفاد قرارداد، قصد و نیت طرفین در الزام به حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف و لزوم انجام مراحل پیش داوری را، در نظر بگیرد. این موضوع با توجه به کاربرد عباراتی نظیر «طرفین توافق می نمایند»، «ابتدائاً» و «تمام تلاش خود برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف» در قرارداد، کاملاً مشهود می باشد [خ.پ.ب ۲]. این الزام به معنای آن است که طرفین اختلاف در بادی امر، مکلف به انجام این اقدامات به طور کامل می باشند. بنابراین بر خلاف ادعای خواهان که بیان می دارد «موجبات شروع مرحله ارجاع به داوری فراهم می باشد.» [ا.د.ب ۵]، تنها در صورتی امکان ارجاع اختلاف به داوری وجود دارد که از انجام کامل اقدامات پیش داوری نتیجه ای حاصل نشود [HIM Portland LLC v De Vito Builders Inc؛ محبی، رضوانیان، توافق های چند لایه، ص ۶۹ - ۷۶].

ج - ۲) انگیزه و حسن نیت طرفین در انجام اقدامات پیش داوری باید احراز گردد.

(۹) خواهان در ا.د بیان می دارد که «در این راستا مدیرعامل شرکت در خصوص قرارداد و مشکلات پیش آمده مکاتبات مکرری با خواننده به عمل آورده است و ضمن بیان دیدگاه های خود تقاضای ملاقات حضوری نیز نموده و تلاش کافی برای انجام این امر را انجام داده است» [ا.د.ب ۵]. در پاسخ باید گفت از آن جایی که معیار مشخصی وجود ندارد تا بتوان مطمئن شد که تمام ساز و کار های لازم برای حل مسالمت آمیز اختلاف صورت پذیرفته است، باید در نظر داشت که احراز انگیزه طرفین برای استفاده از هر فرصت ممکن و تلاش برای حل و فصل مسالمت آمیز، به گونه ای که طرفین در این راه با وجود حسن نیت به بن بست رسیده باشند، دارای اهمیت بسیار می گردد [ICC case No.6276, 1990؛ محبی، رضوانیان، توافق های چند لایه، ص ۷۸]. چرا که مهمترین شرط تاثیر و موفقیت روش های جایگزین حل اختلاف، وجود قصد صادقانه طرفین برای حل و فصل اختلاف و حسن نیت و اعتماد متقابل است [جنیدی، اجرای آرای داوری، ص ۳۲]. خواهان در حالی مدعی انجام مکاتبات مکرر است که در اسناد موجود در پرونده، تنها یک فقره نامه به تاریخ ۱ دی ۱۳۹۲ و آن هم پیش

از حدوث اختلاف، از جانب وی موجود است که به هیچ عنوان دلالت بر انگیزه و تلاش تام وی در انجام اقدامات پیش داوری نمی کند [مستند ۸].

ج - ۳) انجام اقدامات پیش داوری باید با رعایت شرایط مشخص و مصرح در ماده ۵۳ ش.خ.پ صورت پذیرد.

(۱۰) حتی با فرض وجود حسن نیت و کوشش تام خواهان در انجام اقدامات پیش داوری، باید گفت که این اقدامات به عنوان پیش شرط ارجاع اختلاف به داوری، مطابق ماده ۵۳ ش.خ.پ دارای شرایطی می باشد که باید به طور دقیق و کامل اجرا گردد تا بتوان انجام این فرآیند را احراز کرد [محبی، رضوانیان، توافق های چند لایه، ص ۷۹؛ De Valk Lincoln Mercury Inc v Ford Motor Co.]. ارسال یک فقره نامه، پیش از فسخ یک جانبه قرارداد از طرف خواهان [مستند ۸]، نه تنها دارای شروط مصرح در ماده ۵۳ ش.خ.پ نیست، بلکه اساساً نمی توان لفظ مذاکره را بر آن بار کرد، چرا که مذاکره به معنای گفتگو [فرهنگ دهخدا؛ فرهنگ معین] و رکن اساسی آن داشتن دیالوگ به جای مونولوگ است.

ج - ۴) نا امیدی از نتیجه بخش بودن اقدامات پیش داوری نمی تواند عذر عدم انجام آن تلقی گردد.

(۱۱) خواهان اظهار می دارد که «با مکاتبه آخر خواننده محرز گردیده است که در شرایط فعلی محملی برای مذاکره دوستانه باقی نمانده و اثری برای آن متصور نیست و پاسخ خواننده مبنی بر اعلام فسخ یکجانبه قرارداد حاکی از عدم امکان حل اختلاف مذکور از طریق مسالمت آمیز است» [خ.پ.ب ۲]. در حالی که باید گفت وقتی طرفین در هنگام انعقاد قرارداد بر سر شیوه هایی برای حل و فصل اختلاف توافق می نمایند و به آن ملزم می گردند، دیگر نا امیدی و تصور منفی یک طرف نمی تواند مجوزی برای نادیده گرفتن این مراحل و امتناع از اجرای آن باشد. حتی اگر برای احدی از طرفین یقین حاصل شود که این مراحل منجر به نتیجه نمی شود، همچنان این احتمال وجود دارد که با انجام آن مراحل، نتیجه مساعد طرف نا امید حاصل گردد و صرف نا امیدی از اقدامی که اساساً حق

خوانده بوده است - فسخ قرارداد - نمی تواند توجیه مناسبی برای عدم اجرای اقدامات پیش داورى باشد [Us v Bankers Ins Co, 245؛ محبی، رضوانیان، توافق های چند لایه، ص ۸۱].

د) امکان ارجاع اختلاف به داورى با توجه به اصل ۱۳۹ ق.ا میسر نمی باشد.

(۱۲) با توجه به اصل ۱۳۹ به دلیل اینکه موضوع مورد اختلاف (اموال عمومی و دولتی) و شخصیت مالک پروژه (شرکت توانیر) دولتی می باشد امکان ارجاع اختلاف به داورى میسر نمی باشد. از این رو دفاعیات ذیل ارایه می گردد:

د - ۱) خوانده، شرکتی دولتی می باشد و سهامدار بخش غالب آن سازمانی دولتی است.

(۱۳) خواهان اظهار می دارد که «طرفین اختلاف مطروحه هر دو از شرکتهای خصوصی می باشند [ا.د.ب ۱۰] ... خوانده یک شرکت سهامی خاص ثبت شده در ایران است که ۵۱ درصد سهام آن متعلق به سازمان تامین اجتماعی و ۲۹ درصد متعلق به شرکت سرمایه گذاری صندوق بازنشستگی کشوری و ۲۰ درصد متعلق به شخص حقیقی است.» [ا.د.ب ۱۱؛ مستند ۱]، در پاسخ باید گفت که بر اساس مفاد بند ب ماده ۲۶ ق.ب.پ.ت، سازمان تامین اجتماعی «سازمانی سیاست گذار، ناظر و دولتی است که سایر صندوق های بازنشستگی زیرمجموعه آن هستند و این سازمان وابسته به وزارت رفاه و تامین اجتماعی می باشد.» از طرف دیگر ماده ۴ ق.م.خ.ک که بیان می دارد: «هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی و شرکتهای دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق الذکر باشد، شرکت دولتی است.» بنابراین شرکت خوانده شرکتی دولتی می باشد. شرکت های دولتی نیز بنا بر نظریه ۷۲/۹/۱۷ شورای نگهبان که عملاً به تفسیر اصل ۱۳۹ می پردازد به طور صریح مشمول شروط این اصل قرار می گیرند. رویه قضایی نیز موید این استنباط است [اسکینی، داورى پذیری دعاوی، ص ۳۹ - ۴۰؛ دادنامه ۲۲۱۲۰۰۹۴۸ - ش ۱۲ د.ت.ا.تهران].

د - ۲) ظاهر اصل ۱۳۹ ق.ا ناظر به موضوع داوری است.

(۱۴) بر فرض صحت ادعای خواهان و خصوصی بودن طرفین، از آن جایی که ظاهر اصل ۱۳۹ ق.ا حکم خود را ناظر به موضوع داوری قرار داده است، آنچه اهمیت می یابد مطلق اموال عمومی و دولتی و اتخاذ تصمیم در خصوص صلح یا ارجاع دعاوی مربوط به آنها به داوری است، ولو اینکه این اموال در ید اشخاص غیردولتی باشد [هندی، شروط تسری اصل ۱۳۹، حقوقی دادگستری، ص ۶۶]. منظور از اموال دولتی و عمومی تنها اموال به معنای اخص کلمه نیست، بلکه منظور هر گونه حقوق دولت است، که عمدتاً ناشی از معاملات دولت با اشخاص است [اسکینی، داوری پذیری دعاوی، ص ۴۲]، چه مشاع باشد و چه مفروز. از طرف دیگر، سازمان تامین اجتماعی و شرکت سرمایه گذاری صندوق بازنشستگی کشوری به عنوان سهامداران خوانده از اموال عمومی و دولتی در راستای ارائه خدمات عمومی استفاده می کنند و در اختیار دارند و در حال حاضر بخش قابل توجهی از منابع آنها از محل بودجه دولت تامین مالی می شود [عسکریان، تامین اجتماعی، سازمان یا صندوق؟، دنیای اقتصاد]. در نتیجه باید گفت که ارجاع اختلاف به داوری نیازمند کسب مجوز از مراجع صلاحیت دار است.

(۱۵) باید توجه داشت که سازمان ها و شرکت های دولتی و نهاد های عمومی غیر دولتی که اموال عمومی و دولتی را در اختیار دارند، نماینده دولت و مردم در اداره این اموال محسوب می شوند. بنابراین باید وضعیت های حقوقی آن ها را به مثابه وکیل دانست که به استناد صرف نمایندگی، اهلیت برای مصالحه و سازش و انعقاد قرارداد یا ارجاع اختلاف به داوری ندارد [بند ۲ و ۵ ماده ۳۵ ق.ا.د.م.]. تصویب هیأت دولت و مجلس نوعی اجازه مخصوص می باشد که به سازمان ها و شرکت های دولتی و نهاد های عمومی غیر دولتی داده می شود، زیرا مسئولین اشخاص حقوقی مزبور، وکیل و نماینده در اختلاف و دعوی تلقی می گردند و انعقاد قرارداد داوری بدون کسب اجازه امری بدون اذن و خارج از حدود نمایندگی است و در نتیجه مستند به ماده ۶۷۴ ق.م غیر نافذ می باشد [امام، م نحوه عملکرد ش فراملی، ص ۳۲۳ - ۳۲۶؛ جنیدی، قانون حاکم، دادگستر، ص ۸۷].

د- ۳) اصل ۱۳۹ ق.۱ مطلق و در مقام تفکیک میان اعمال تصدی و حاکمیتی نمی باشد.

(۱۶) خواهان مدعی است که «باید بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی دولتها قایل به تفکیک شد و شرط داوری قراردادی مورد بحث موضوعاً و حکماً از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خارج است و این مهم در نظریه شورای نگهبان و رویه ی اتاق داوری و نیز در موارد مشابه مورد توجه قرار گرفته است». در پاسخ به این ادعا باید به این موضوع اشاره کرد که شورای نگهبان نظریه ای که موید نظر خواهان در این باب باشد ندارد. از سوی دیگر آرای م.د.ا.ب.ا نیز به گونه ای نیست که صدق رویه مشخصی در این موضوع را بنماید. در مقابل باید به این موضوع اشاره کرد که اطلاق اصل ۱۳۹ ق.۱ مورد حمایت رویه قضایی می باشد [خدابخشی، حقوق داوری، سهمی انتشار، ۱۷۸] و آرای بسیاری از دادگاه های دادگستری در این باب صادر شده است که در مقام تفکیک میان اعمال تصدی و حاکمیتی بر نمی آیند و رجوع به داوری برای اشخاص مذکور و در مورد اموال عمومی و دولتی را بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ ق.۱ فاقد اثر اعلام می کنند [اسکینی، داوری پذیری دعاوی، ص ۴۰؛ دادنامه ۱۲۴ - ش ۲۱ د.ع.ک؛ دادنامه ۲۲۱۲۰۰۹۴۸ - ش ۱۲ د.ت.ا.تهران؛ دادنامه ۸۵۰ - ش ۱ د.ت.ا.گیلان].

د - ۴) در صورت لزوم ارجاع اختلاف به داوری باید نخست مجوز آن صادر گردد و شرط

مذکور در اصل ۱۳۹ شرط نفوذ است.

(۱۷) خواهان اظهار می دارد که «صرف استناد به اصل ۱۳۹ ق.۱ مانع از داوری نیست و نظر به اینکه در صورت تردید و شک نسبت به صحت و تاثیر شروط و تعهدات قراردادی، اصل بر صحت و نفوذ آنها است و مادام که شرط داوری در مرجع صالح ابطال نشده، موافقنامه داوری لازم الاجرا است.»، در پاسخ باید گفت که اصل ۱۳۹ ق.۱ دعوا راجع به اموال عمومی و دولتی قابل ارجاع به داوری نمی داند مگر در صورتی که ارجاع به داوری در دعوای مذکور قبلاً به تصویب هیأت وزیران و در موارد مهم به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده باشد. شرط مذکور در اصل ۱۳۹ ق.۱ و ماده ۴۵۷ آ.د.م هم به دلالت موقعیت (آمره بودن) و هم به دلالت اهمیت موضوع و سیاق کلام شرط صحت است و نه شرط نفوذ. بنابراین در این موضوع که نص صریح قانونی وجود دارد جایی برای استناد به اصل صحت وجود

ندارد. اگر لازم باشد که اختلاف ناشی از یک قرارداد به داوری ارجاع شود باید نخست مجوز آن (حسب مورد) به وسیله هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی صادر شود و نمی توان اول داوری را در قرارداد شرط کرده و بعد مجوز آن از مراجع مذکور درخواست کرد. رای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز بر پایه همین استدلال صادر گردید [دادنامه ۱۳۹ - ۱۳۸ ه.ع.د.ع.ا].

ه) قرارداد تابع شرایط عمومی پیمان است.

(۱۸) طرفین با تراضی قواعد عمومی پیمان را حاکم بر قرارداد خود دانسته اند زیرا در بند ۲ پرونده آمده است که طرفین قرارداد را عینا مطابق با شرایط عمومی پیمان منعقد نموده اند که این خود حاکی از اراده طرفین بر حاکمیت شرایط عمومی پیمان بوده است. مطابق [خ. پ. ب. ۲] طرفین فقط ماده ۵۳ ش.ع.پ را تغییر داده اند و برخلاف اظهارات خواهان هیچ گونه تغییری در مفاد سایر مواد ش.ع.پ از جمله بند د ماده ۲۰ ش.ع.پ ملاحظه نمی گردد. خواهان اظهار می دارد «قواعد عمومی پیمان به صورت قانون مصوب مجلس نیستند که جنبه امری و الزام آور داشته باشند و صرفا به صورت مقررات نمونه توسط سازمان مدیریت برنامه ریزی تدوین شده اند». این استدلال صحیح نمی باشد، زیرا موافقت نامه و شرایط عمومی پیمان و دستورالعمل مربوطه به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه ابلاغ شده است و به صراحت قسمت اخیر ماده مزبور عدم رعایت متون ابلاغی منجر به مخالفت با ماده ۲۳ برنامه و بودجه می گردد که نحوه انشاء آن امری بودن آن را بدون هیچ شک و شبهه ای آشکار می سازد. از این رو مخالفت با آمرانه بودن ش.ع.پ نه تنها مخالف صریح با نص ماده ۲۳ اخیر الذکر است بلکه با روح ماده یاد شده که چهارچوبی برای حفظ و تامین مصالح و منافع عمومی است نیز در تضاد است [قهرمانی، دعاوی ناشی از ش.ع.پ، خرسندی، ص ۱۹].

و) با توجه به قابل پیش بینی بودن تحریم های بانکی، خواسته خواهان مبنی بر اعلام

تعلیق قرارداد به دلیل حدوث قوه قاهره موجه نمی باشد.

(۱۹) نظر به آنکه خواهان در زمان وجود تحریم های همه جانبه علیه ایران اقدام به انعقاد قرارداد با خواننده و تعهد به خرید اقلام خارجی با گشایش اعتبار اسنادی نمود، خواسته خواهان مبنی بر تعلیق قرارداد به استناد مواجهه با قوه قاهره مسموع نمی باشد:

(۲۰) در زمان انعقاد قرارداد موضوع پیمان (سال ۹۱) ایران در وضع تحریم های چند جانبه و در حوزه های مختلف قرار داشت، اتحادیه اروپا نیز سابقاً از تاریخ ۱۷ مارس ۲۰۱۲ (معادل با ۲۷ اسفند ۱۳۹۰) تحریم هایی را علیه سیستم بانکی ایران اعمال نموده بود، تعلیق دارائی های بانک مرکزی و تحریم سوئیت بانکی با هماهنگی آمریکا و اتحادیه اروپا در ۱۷ مارس سال ۲۰۱۲ (معادل با ۲۷ اسفند ۱۳۹۰) به مرحله اجرا رسید. [رسانه خبری تحلیلی گفت و گو، تاریخ انتشار: ۱۳۹۴/۱/۷]. با توجه به موقعیت سیاسی و بین المللی کشور در زمان انعقاد قرارداد، اعمال تحریم های گسترده تر علیه ایران برای خواننده قابل پیش بینی بوده و تحریم به عنوان ریسک قراردادی تلقی می گردد [آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین المللی از منظر فورس ماژور، ابراهیمی، سال ۹۱، ص ۱۶]. متعهد در واقع با قبول اجرای تعهد خود بر اساس گشایش اعتبار اسنادی ریسک عدم امکان انجام تعهد را پذیرفته است. در مواردی که متعهد امری را که مانع انجام و قابل پیش بینی است به عهده بگیرد، به طور ضمنی خطرهای احتمالی برخورد با مانع را نیز به عهده گرفته است و دیگر نمی تواند به بهانه پیش آمدی که در آغاز مورد انتظار بوده است، خود را از مسئولیت معاف بداند [مبانی حقوق پیمان، اسماعیلی هریسی، یادآوران، ۱۳۸۴، ص ۳۱۵]. از آنجا که عنصر غیر قابل پیش بینی بودن مفقود می باشد، استناد خواهان به ماده ۴۳ ش.ع.پ، حاکمیت شرایط فورس ماژور و امکان اعلام تعلیق قرارداد (ب ۲۳) ناموجه است.

ز) گشایش اعتبار اسنادی در خرید اقلام خارجی موضوع قرارداد موضوعیت نداشته است.

(۲۱) خواهان در لایحه تقدیمی خود اظهار داشته است: «کارفرما نمی تواند ادعا نماید که تعهد خرید اقلام

خارجی به صورت نقدی یا به طریق دیگری جز اعتبار اسنادی الزام است که انجام پذیرد» [ا.د.ب.

۲۵] در پاسخ به ادعای مطروحه خواهان توجه مرجع داوری را به دفاعیات ذیل معطوف می نمایم.

(۲۲) تکلیف و تعهد پیمانکار، خرید اقلام از بازار خارجی بوده است و گشایش اعتبار اسنادی به عنوان نحوه

تامین این اقلام در این جا تنها طریقت دارد، زیرا گشایش اعتبار اسنادی یک روش متداول پرداخت

در بیع بین المللی می باشد و تنها ابزاری برای پرداخت محسوب می گردد. از این رو بند د ماده ۲۰

سیاق حصر نداشته و تاکید طرفین از باب غالب بودن تامین مالی به این روش از باب گشایش اعتبار

اسنادی می باشد. از طرف دیگر کارفرما می تواند روش تامین منابع را در صورت ایجاد محدودیت

تعیین نماید [ب د ماده ش.ع.پ ۲۰]. در این راستا ماده ۲۰ ش.ع.پ مقرر می دارد «هرگاه ضمن

اجرای کار محدودیت هایی پیش آید که پیمانکار نتواند به علت آن، مصالح و تجهیزات مورد نیاز

اجرای کار را در مدتی که برنامه پیشرفت کار ایجاد می کند از خارج از کشور تهیه و وارد کند، با

توجه به برنامه زمانی اجرای کار، کارفرما در مورد چگونگی تامین این قبیل مصالح و تجهیزات تصمیم

گیری می نماید» [ب د ماده ۲۰]. با عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی خوانده طرق دیگری نظیر

پرداخت نقدی را برای تهیه اقلام خارجی معین نموده است [خ.پ.ب. ۱۰]، با این وجود خواهان عدم

امکان گشایش اعتبار اسنادی را دست آویزی برای توجیه عدم اجرای تعهدات خود قرار داده است.

(۲۳) خواهان می بایست به محض اطلاع از عدم امکان گشایش اعتبار اسنادی از طرق دیگری اقدام می

نمود، چرا که تعهد اصلی، خرید اقلام بوده و اجرای آن مطلوبیت مورد انتظار خوانده است. «وقتی

موردی بر معافیت وجود نداشته باشد، طرفین ملزم به انجام تعهد هستند، هرچند با دشواری و تعسر

همراه باشد. در غیر این صورت نقض قرارداد صورت پذیرفته و طرف ناقض قرارداد باید خسارت طرف

مقابل را جبران کند» [آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین المللی از منظر فورس ماژور،

ابراهیمی، سال ۹۱، ص ۱۶].

ح) مطابق با ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان امکان فسخ برای خواننده فراهم می باشد.

(۲۴) نظر به اینکه خواهان برای توجیه بی اعتباری فسخ اعلام شده از سوی خواننده به این موضوع اشاره نموده است که تحریم های بانکی منجر به تعلیق قرارداد شده و موجبات فسخ بر اساس آن فراهم نمی آید [پ.ب.۲۳]، چنان چه در قسمت قبلی لایحه بدان اشاره شده است، تحریم های بانکی نمی توانسته از مصادیق فورس ماژور و توجیهی برای عدم اتخاذ تدابیر مقتضی باشد. طبق ماده «به هر حال پیمانکار تایید می نماید که هنگام تسلیم پیشنهاد مطالعات کافی را انجام داده و هیچ موردی باقی نمانده است که بعداً در مورد آن استناد به جهل خود نماید» [ماده ۱۶ ش.ع.پ.]. لذا به استناد دلایل ذیل فسخ اعلام شده از سوی کارفرما معتبر و مطابق اختیارات قانونی وی می باشد:

(۲۵) فسخ اعلام شده از سوی خواننده به استناد ماده ۴۶ ش.ع.پ و احراز تخلف خواهان در تاخیر شروع عملیات موضوع پیمان می باشد. بر اساس خ.پ.ب.۵ مدت زمان لازم برای تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی در فاصله زمانی مهر ۹۲ الی خرداد ۹۳ تعیین شده است. خواهان تا اواسط اسفند ۹۲ اقدامی در جهت تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی ننموده است که این بیشتر از مدت تعیین شده در بند ۴ ماده ۴۶ (یک دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه هر کدام که کمتر باشد) در خصوص محق دانستن خواننده در فسخ قرارداد می باشد. از این رو، قصور خواهان و تاخیر غیر موجه وی در شروع عملیات اجرایی و تعویق کار منجر به احراز بند ۴ ماده ۴۶ ش.ع.پ و اطمینان خواننده مبنی بر عدم امکان ایفای تعهدات قراردادی از جانب خواهان تا زمان باقی مانده از مدت قرارداد می باشد. « مدت تاخیر در بند ۴، ۵، ۶ ماده ۴۶ ش.ع.پ موجب تحقق خیار فسخ به نفع کارفرما خواهد بود، پس تاخیر بیش از مواعد تعیین شده موجباتی برای فسخ پیمان را فراهم خواهد آورد و این شروط را هم باید جزء شروط فعل از تقسیمات تخلف شرط محسوب داشت» [تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، ادیبی، جاودانه، ۱۳۸۹، ص ۱۴۲] فسخ قرارداد در ش.ع.پ، رحمانی، ۹۱].

(۲۶) خواهان در [ا.د.ب.۲۸] بر اعتقادِ غلطِ خواننده به فسخ قرارداد به واسطه تخلف خواهان و در نتیجه عدم امکان ضبط ضمانت نامه های بانکی تاکید می نماید. در پاسخ به این ادعا باید گفت که به واسطه آنچه در فوق ذکر گردید امکان فسخ قرارداد به استناد ماده ۴۶ ش.ع.پ فراهم است. از این رو، امکان ضبط ضمانت نامه انجام تعهدات و ضمانت نامه حسن انجام کار وجود دارد [بند ب ماده ۴۷] فلذا ضبط ضمانت نامه های بانکی از سوی خواننده موجه و مطابق با اختیارات قانونی وی برای حفظ مصالح عمومی می باشد.

ط) فسخ قرارداد حاوی تعهد وحدت مطلوب باعث برائت خواننده از پرداخت صورت وضعیت های فاز اول می شود.

(۲۷) تعهد موضوع قرارداد از نوع وحدت مطلوب مبنی بر طراحی، تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی است. در این راستا قرارداد به دو فاز اصلی برای تحقق موضوع تقسیم شده است. از آنجا که مجموع دو فاز مذکور در تحقق مطلوبیت خواهان مورد نظر می باشند، عدم اجرای بخش اصلی قرارداد مبنی بر تهیه، خرید، اجرا و نصب تجهیزات برق رسانی، استحقاق وی را در دریافت صورت وضعیت فاز اول منتفی می سازد. از آنجایی که پیمان مورد نظر EPC می باشد، پیمانکار مسئولیت کلیه کارهای مهندسی، تدارک و ساخت را تا تکمیل و آماده بهره برداری شدن برعهده دارد.

ی) خسارت تاخیر تادیه قابل مطالبه نمی باشد.

(۲۸) تخلف قراردادی خواهان موجبات فسخ را برای خواننده فراهم آورده است. از این رو صورت وضعیت های قراردادی و خسارات تاخیر تادیه ناشی از آن قابل مطالبه نمی باشد. عدم پرداخت اجرت فاز اول از سوی خواننده به استناد تخلف خواهان از اجرای تعهد قراردادی مطلوب موجه بوده است. از آنجا که پرداخت خسارت تاخیر تادیه فرع بر وجود تکلیف بر پرداخت وجه می باشد، خواهان حقی بر درخواست پرداخت خسارت تاخیر تادیه ندارد.

ک) انتخاب مهندس ناظر ضروری می باشد.

(۲۹) مهندس ناظر به عنوان ناظر مستقیم عملیات اجرایی در مورد کیفیت اجرای مراحل عملیاتی اظهار نظر می کند. ش.ع. پ وظایف مهمی برای مهندس ناظر از جمله نظارت بر اجرای عملیات، نظارت بر مصالح مصرفی، نظارت بر عملیات موضوع پیمان، نظارت بر نقشه ها، تعویض یا تعمیر ابزار کار در صورت معیوب بودن آنها برشمرده است. ذکر مهندس ناظر در مواد متعدد شرایط عمومی پیمان ناظر بر ضرورت حضور وی می باشد. در مورد حاضر، عدم انتخاب مهندس ناظر به دلیل قصور مهندس مشاور می باشد و در پرونده حاضر مستندی در این خصوص که آیا خوانده از عدم انتخاب مهندس ناظر مطلع بوده یا خیر وجود ندارد. از این رو طبق اصل «البینه للمدعی و الیمین علی من عنکر» خواهان موظف به اثبات اطلاع خوانده از عدم انتخاب مهندس مشاور می باشد.

خلاصه در خواست های خوانده:

(۳۰) در پاسخ به ادعای خواهان در ارجاع اختلاف به داوری سازمانی، خوانده درخواست رد تقاضای خواهان برای آغاز رسیدگی در مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران را به دلایل بی اعتباری قرارداد پایه، عدم وجود قصد طرفین مبنی بر ارجاع اختلاف به داوری سازمانی، عدم تحقق اقدامات پیش داوری از جانب خواهان مطابق با مفاد قرارداد، مربوط بودن اختلاف و موضوع آن به اصل ۱۳۹ و در نتیجه عدم داوری پذیری، دارد. در فرض قابلیت داوری پذیری اختلاف و احراز صلاحیت مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، خوانده در خواست صدور رای به معتبر بودن اعلام فسخ قرارداد و غیر معتبر بودن مطالبه هر گونه در خواست خسارت قراردادی از سوی خواهان را - به دلیل اینکه تعهد موجود در قرارداد از نوع وحدت مطلوب بوده است - می نماید.