




University of Tehran Press

Legal Analysis of Financial and Time Effects of Variations in Scope of Works in Design and Built and EPC Turn-Key Contracts (Comparative Study of Sample Contracts of Fidic, JCT, and Iran Program and Budget Organization)

Adel Ebrahimpoor Asanjan^{1✉} 

1. Faculty of Law and Social Sciences, The University of Tabriz, Tabriz, Iran.
Email: ebrahimpooradel@gmail.com

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article	Some projects are ultimately being built very differently from what the builders originally intended. Design that leads to variations in the quantities, capacities of the equipment used, changes in the priority of the works, changes in the way of access to the work front, etc., are some factors that lead to changes in the quantities and the quality of the project scope of works. The financial and time effects of these changes are in some cases significant, which causes serious controversies between the parties. It is necessary to manage these changes based on the contract documents and the preparation of the necessary documents by each party is of great importance, so that inaccuracy and non-observance of these items may lead to losses to one party of the contract. Prerequisites for publishing tender documents and determining the necessary criteria- whether they are prescriptive or performance-based - by the bidder and reviewing the relevant documents are among the issues that will have significant effects on change management. evaluating the financial and time effects of changes in the absence of a clear contractual mechanism is another problem that must be resolved in accordance with the usual procedures and rules and regulations governing the contract.
Received: 2022/07/26	
Received in revised form: 2022/10/14	
Accepted: 2022/10/19	
Published online: 2023/06/22	
Keywords: <i>Variations, Design and Built, Prescriptive, Performance, Financial and Time Evaluation.</i>	
How To Cite	Ebrahimpoor Asanjan, Adel (2023). Scope of Works in Design and Built and EPC Turn-Key Contracts (Comparative Study of Sample Contracts of Fidic, JCT, and Iran Program and Budget Organization). <i>Comparative Law Review</i> , 14 (1), 1-27. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346353.634401
DOI	10.22059/jcl.2022.346353.634401
Publisher	University of Tehran Press. 



تحلیل حقوقی آثار مالی و زمانی تغییرات شرح کار در قراردادهای طرح و ساخت و EPC (مطالعه تطبیقی قراردادهای نمونه فیدیک، JCT و سازمان برنامه و بودجه ایران)

عادل ابراهیم‌پور اسنجان[✉]

۱. گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: ebrahimpooradel@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۴</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۲۲</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۷</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: ارزیابی مالی و زمانی، تجویزی، تغییر، طرح و ساخت، عملکردی.</p>	<p>برخی از پروژه‌ها در نهایت بسیار متفاوت از آن چیزی ساخته می‌شوند که در ابتدا مقصود سازندگان آن بوده است. عدم تدقیق در برآوردهای صورت گرفته در زمان ارجاع کار، تغییرات در وضعیت مکانیکی خاک محل اجرای پروژه، اشتباه در اسناد فنی مبنای طراحی که به تغییر در مقادیر، ظرفیت‌های تجهیزات مورد استفاده منجر می‌شود، تغییر در اولویت کارهای اعلام شده، تغییر در نحوه دسترسی به محل اجرای کار و... جملگی از عواملی هستند که به ایجاد تغییرات در محدوده، مقادیر و کیفیت شرح کار پروژه می‌انجامد. آثار مالی و زمانی این تغییرات در برخی موارد به اندازه‌ای قابل توجه است که اختلافات جدی بین طرفین ایجاد می‌کند. مدیریت این تغییرات بر اساس اسناد قراردادی و تهیه مستندات لازم از سوی هریک از طرفین امری ضروری است، به نحوی که عدم دقت و رعایت این موارد ممکن است به ورود ضرر به یک طرف قرارداد منجر گردد. پیش‌نیازهای لازم برای انتشار اسناد ارجاع کار و تعیین معیارهای لازم اعم از تجویزی یا عملکردی بودن آنها از سوی مناقصه‌گذار و تدقیق در اسناد مربوطه از موضوعاتی است که آثار بسیار قابل توجهی در مدیریت تغییرات خواهد داشت. نحوه ارزیابی آثار مالی و زمانی تغییرات در صورت نبود سازوکار مشخص قراردادی مشکل دیگری است که باید آن را با توجه به رویه‌های معمول و قوانین و مقررات حاکم بر قرارداد حل و فصل نمود. محدوده اعمال تغییرات و انواع تغییرات قابل اعمال نیز با توجه به تعاریف قراردادی فی‌مابین طرفین و رویه موجود در صنعت نیز بایستی تبیین گردد.</p>
استناد	<p>ابراهیم‌پور اسنجان، عادل (۱۴۰۲). تحلیل حقوقی آثار مالی و زمانی تغییرات شرح کار در قراردادهای طرح و ساخت و EPC (مطالعه تطبیقی قراردادهای نمونه فیدیک، JCT و سازمان برنامه و بودجه ایران). <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i>، ۱۴ (۱)، ۱-۲۷. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346353.634401</p>
DOI	10.22059/jcl.2022.346353.634401
ناشر	<p>مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.</p> 

۱. مقدمه

انجام پروژه‌های صنعتی بزرگ نه تنها در مرحله مذاکرات و سپس انعقاد آن، مستلزم صرف زمان نسبتاً طولانی است، بلکه در مرحله اجرا نیز همواره به جهت زمان طولانی و تغییراتی که به دلایل مختلفی از جمله تغییر در حجم کار، ظرفیت میزان محصول تولیدی از میدان یا نیروگاه و یا کارخانه، تغییر در کیفیت و کمیت و ظرفیت تجهیزات مورد استفاده، تغییر در اسناد فنی مبنای طرح و موارد مشابه حادث می‌شود، باعث بروز اختلاف میان کارفرما، پیمانکار و سرمایه‌گذار (در صورت وجود) می‌گردد که عمده این اختلافات ناشی از آثار مالی و زمانی مترتب بر تغییرات ایجاد شده است. مدیریت این تغییرات در طول اجرای پروژه و مستندسازی آنها مطابق فرایندهای تعریف شده قراردادی از جمله موضوعاتی است که در جلوگیری از ایجاد اختلافات فی مابین مؤثر است. مدیریت تغییرات در قراردادهایی که به صورت EPC و یا طرح و ساخت منعقد می‌شوند به جهت بزرگ بودن پروژه‌ها و آثار مالی و زمانی قابل توجه از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ چه آنکه مدیریت صحیح تغییرات در جلوگیری از افزایش هزینه‌های پروژه و تأخیرات آن نیز کاملاً مؤثر است.

در حقوق ایران مفهوم تغییر را باید ذیل عنوان معلوم و معین بودن مورد معامله جستجو کرد. قانون مدنی به تاسی از مشهور فقهای امامیه، رویکرد سخت‌گیرانه‌ای در خصوص ابهام و تردید مورد معامله داشته و این سخت‌گیری در بعضی از عقود به نحو بارزتری مشهود است. ایجاد روابط حقوقی جدید به تناسب پیشرفت صنعت در جامعه و نیاز به روابط حقوقی آن منجر به این شد که «مفهوم قابلیت تعیین عوضین» در قرارداد مورد پذیرش قرار گیرد، به نحوی که اگر معیاری برای ارزیابی مورد معامله یا ثمن آن وجود داشته باشد، معامله از حالت غرری خارج شده، محکوم به صحت گردد. در قراردادهای پیمانکاری مورد بحث نیز کم و بیش با این وضعیت روبرو هستیم، زیرا در مفاد قرارداد، تغییر در مورد معامله از لحاظ کم و کیف آن با یک سقف مشخص مورد توافق قرار می‌گیرد که در صورت وقوع آن، طرفین امکان خواهند داشت در خصوص میزان تغییر و آثار مالی و زمانی آن با یکدیگر به توافق برسند. وجود اختلافات بین طرفین در خصوص آثار مالی این تغییرات نیز باعث غرری شدن معامله نخواهد بود، زیرا حتی در صورت فقدان یک مبنای توافق شده در قرارداد برای محاسبه آثار مالی آن، امکان محاسبه آن از طریق تمسک به رویه‌های مشابه و یا جلب کارشناس متخصص مربوطه وجود خواهد داشت.^۱ در حقوق کامن‌لا نیز امکان قابلیت تعیین ثمن به جهت تغییرات مورد معامله در بخش ۸ قانون بیع انگلیس مصوب ۱۹۷۹ مورد پذیرش قرار گرفته است. به جهت اینکه مقاله حاضر صرفاً ناظر به قراردادهای طرح

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص آثار مجهول بودن مورد معامله، ر.ک. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

و ساخت و EPC خواهد بود، از پرداختن به جزئیات مربوط به این امر اجتناب شده، بر مفاد این قراردادها در خصوص موضوع تغییرات متمرکز خواهد شد.

انواع تغییرات، محدوده مجاز تغییرات و اختلاف طرفین بر صدق عنوان تغییر با توجه به ماهیت قرارداد و تعهدات مندرج در آن و آثار مالی و زمانی مترتب بر آنها مباحثی است که تحلیل حقوقی آنها تاکنون به صورت جامع مورد مطالعه قرار نگرفته و عمدتاً کارهای پژوهشی مربوط، ناظر بر مطالعات رشته‌های مدیریت پروژه، مهندسی صنایع و عمران است.

در این مقاله سعی بر آن است تا با تبیین مفهوم تغییر در قرارداد و انواع آن، الزامات قراردادی مربوط به آن (حسب نوع قرارداد و ماهیت آن که مؤثر بر محدوده تعهدات پیمانکار و یا سرمایه‌گذار است) مورد بحث قرار گیرد، روش‌های مدیریت آنها و مرجع صالح جهت تأیید تغییرات بررسی شود و پیشنهادهایی در جهت کاهش اختلافات ناشی از این موضوع ارائه گردد.

۲. مفهوم و انواع تغییر و تبیین الزامات کارفرمایی در قراردادهای طرح و ساخت و EPC

۱.۲. مفهوم تغییر و الزامات کارفرمایی

منظور از تغییر که بحث مستقلی را در قراردادهای پیمانکاری تحت مواردی با عنوان تغییرات به خود اختصاص می‌دهد، عبارت است از هرگونه تغییر در کمیت، کیفیت کار موضوع قرارداد و یا هرگونه تغییر ناشی از قوانین و مقررات حاکم بر آن و یا تغییرات ساختاری در چارت سازمانی کارفرما که در فرایند انجام کار مؤثر واقع می‌شود. البته مصادیق تغییر در هر نوع قرارداد ممکن است با قرارداد دیگری متفاوت باشد، لیکن این تفاوت‌ها اساسی نبوده، به‌طور کلی عناصر اصلی تغییرات در اکثر قراردادهای مورد بحث در مقاله حاضر تا حد زیادی مشابه هستند. برای مثال، در قراردادهای مهندسی، تأمین و نصب و اجرا (قراردادهای EPC) از نوع صنعتی که تحت نشریه شماره ۵۴۹۰ سازمان برنامه بودجه در سال ۱۳۷۸ انتشار یافته، ماده ۴۹ تغییرات درخواستی از سوی کارفرما را در قالب کاهش، افزایش، حذف برخی از کارها و یا تغییر در مشخصات و کیفیت آنها بیان نموده است. یا در قراردادهای EPC غیرصنعتی ابلاغی سازمان برنامه (طرح و ساخت) که در اکثر موارد ترجمان کتاب زرد مؤسسه فیدیک است تغییر را به عناوین معینی محدود نکرده، بلکه هر تغییری را که از سوی مشاور کارفرما و نهایتاً خود کارفرما تصویب، تأیید و به پیمانکار ابلاغ می‌شود در قالب تغییر تعبیر نموده است که البته در خلال سایر مطالب می‌توان به عناوینی همچون افزایش و کاهش کارها و حتی اصلاحات به‌موجب تغییر در قوانین و مقررات در این خصوص دست یافت.

در قراردادهای همسان پیمان‌های مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت که آخرین نسخه آن در سال ۱۳۹۸ ابلاغ گردیده است، در ماده ۲۹ نیز تقریباً مفاد

نشریه شماره ۵۴۹۰ سازمان برنامه در خصوص قراردادهای EPC با اندک تفاوتی تکرار شده است که نشان از اختیار کارفرما برای کاهش، افزایش، حذف و یا اعمال تغییر در مشخصات کارهای موضوع پیمان دارد. در این قرارداد تغییراتی که در راستای درخواست کارفرما در خصوص کاهش، افزایش، تغییر مشخصات فنی، کیفیت کالاها و ... صورت می‌گیرد، مطابق سازوکار موجود در ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان قابل انجام بوده، آثار مالی و زمانی در حق پیمانکار جاری می‌گردد. نکته مهم در این خصوص اشتباهات ناشی از طراحی است که با توجه به ماده ۳-۷ شرایط عمومی، باید در خصوص اسناد فنی مبنا و سایر اسنادی که پیمانکار مکلف به انجام طراحی و مهندسی آنها است قائل به تفکیک شد. بر اساس ماده ۲۵، هرگونه تغییر در اسناد فنی مبنا که به تغییر در مشخصات فنی تجهیزات منجر شود، مسئولیت آثار مالی و زمانی آن متوجه کارفرما خواهد بود. منظور از اسناد فنی مبنا، مجموعه اسناد فنی، استانداردها، کدها، آیین‌نامه‌ها، مشخصات فنی، نقشه‌ها و سایر مدارک به شرح پیوست ۱۸ (اسناد و مدارک فنی پیمان) است. اسناد مندرج در پیوست ۱۸ متشکل از ۲ بخش است: بخش اول، اسناد و مدارک و استانداردهایی که مد نظر کارفرما است و بخش دوم اسناد و مدارکی که در طول اجرای پیمان از سوی پیمانکار تهیه می‌شود. بر این اساس، آن اسنادی که مبنای فنی کارهای موضوع پیمان بوده است، هرگونه اشتباه و عیب در آنها در مسئولیت کارفرما بوده، در صورت انطباق با مفهوم تغییر، برابر سازوکار مندرج در ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان آثار مالی و زمانی آن در حق پیمانکار قابل اعمال است.

در قرارداد نمونه JCT ۱ برای قراردادهای طرح و ساخت^۲، تعریف واژه تغییر به مراتب موسع‌تر از تعاریف متناظر آن در قراردادهای ابلاغی سازمان برنامه و بودجه و وزارت نفت در نظر گرفته شده است. مطابق بند ۵-۱ قرارداد نمونه یادشده، تغییر علاوه بر افزایش، کاهش و جایگزینی کارها، تغییر در نوع یا استاندارد، جنس مواد و کالاهای مورداستفاده در کار، حذف هرگونه کار اجراشده و یا مواد پای کار، شامل تحمیل هر نوع تعهدات و یا اعمال محدودیت یا افزایش، کاهش و یا تغییر در خصوص دسترسی به سایت و یا بخش معینی از سایت، محدود کردن جبهه‌های کاری، محدود کردن ساعات کاری، دستور انجام و یا تکمیل کار با ترتیب خاص می‌شود. شایان ذکر است موضوعات مربوط به تحمیل تعهدات و محدودیت‌ها به پیمانکار در قراردادهای ابلاغی سازمان برنامه و وزارت نفت (مورد بحث در این مقاله) به نحو صریح در تعریف واژه تغییر ذکر نشده، اما در صورت اعمال چنین مواردی از سوی کارفرما، آثار مالی و زمانی آن همواره مورد ادعای پیمانکاران است که معمولاً کارفرمایان به سختی به پذیرش آثار مالی و

1. Joint Contracts Tribunal

در زبان فارسی این عبارت به صورت «هیئت قراردادهای مشترک» ترجمه شده است. این نهاد در سال ۱۹۳۱ میلادی در انگلستان تأسیس شده است که نمونه قراردادهای مختلفی در حوزه ساخت را معرفی می‌نماید.

2. JCT Design and Build Contract (DB 2016)

زمانی آنها تن می‌دهند، درحالی که تصریح این موارد در تعریف واژه تغییر می‌تواند قدرت اثباتی پیمانکار را در اثبات ادعاهای مترتب بر این امور افزایش دهد.

نکته مهم در این قرارداد اینست که پیمانکار باید الزامات کارفرمایی^۱ را کاملاً برآورده سازد. الزامات کارفرمایی به‌عنوان اسناد اصلی (به‌عنوان مبنای تشخیص تغییرات) در این قرارداد مطرح هستند. در صورتی که الزامات کارفرمایی به صورت کامل منعکس‌کننده تعهدات قراردادی نباشند، به پیشنهاد ارائه‌شده از سوی پیمانکار در زمان مناقصه مراجعه می‌شود. بنابراین، تغییر صرفاً ناظر به تغییرات ایجادشده در الزامات کارفرمایی است که باید کارفرما دستور هزینه‌کرد آنها را کتباً به پیمانکار اعلام کند (David Chappell, 2011: 352). در واقع، در این قرارداد تفاوت مفهوم واژه تغییر شامل تغییر یا اصلاح در طراحی، کیفیت و یا کمیت کارها نخواهد بود، بلکه شامل تغییرات در اثر تغییر در الزامات کارفرمایی خواهد بود. بنابراین کارفرما حق نخواهد داشت مستقیماً دستور تغییر در طراحی را بدهد، بلکه وی می‌تواند صرفاً الزاماتی را تغییر دهد که طراحی پیمانکار مبتنی بر آن است.

در قرارداد نمونه کتاب زرد مؤسسه فیدیک (طرح و ساخت)^۲ در بند ۹-۶-۱ در قسمت تعاریف، تغییر را به معنای هرگونه تغییر در الزامات کارفرمایی و یا کارها که به‌عنوان یک تغییر از سوی کارفرما به انجام آن دستور داده می‌شود و یا مورد پذیرش کارفرما قرار می‌گیرد، تعریف نموده، مکانیزم اجرایی آن را به فصل ۱۳ آن ارجاع داده است. در فصل ۱۳ این قرارداد، پیمانکار در صورت ابلاغ تغییرات کار مکلف به انجام آن است. البته قبل از ابلاغ دستور، مشاور کارفرما می‌تواند از پیمانکار درخواست پیشنهاد وی را مبنی بر آثار مالی و زمانی تغییرات مدنظر را داشته باشد که پیمانکار در صورت موافقت با اصل تغییر، پیشنهاد خود را در بازه زمانی معین به مشاور کارفرما تسلیم می‌نماید. همچنین بر اساس بند ۱-۱۳، پیمانکار می‌تواند با ذکر دلایل مبنی بر عدم انجام، تغییرات مورد درخواست مشاور را نپذیرد و اعلام نماید که کالاهای مورد درخواست در تغییرات با فوریت قابل تأمین نبوده، تغییرات مدنظر ایمنی کارها را کاهش می‌دهد و بر دستیابی به تضمین‌های مورد انتظار اثر نامناسبی خواهد داشت. در هر صورت، مشاور

1. Employer Requirement

در قرارداد طرح و ساخت JCT، عبارت الزامات کارفرمایی صریحاً تعریف نشده و برای تبیین مفهوم آن به عبارت‌های به‌کاررفته در موافقت‌نامه قرارداد و شرایط خصوصی آن ارجاع داده شده که در هر قرارداد بسته به موضوع آن متفاوت است. در قراردادهای کتاب زرد فیدیک که برای ساخت کارخانه و طرح و ساخت مورد استفاده قرار می‌گیرد، الزامات کارفرمایی به‌عنوان یکی از تعاریف ابتدایی قرارداد، به شرح زیر تعریف شده است:

“Employer’s Requirements” means the document entitled employer’s requirements, as included in the Contract, and any additions and modifications to such document in accordance with the Contract. Such document specifies the purpose, scope, and/or design and/or other technical criteria, for the Works.

2. FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build Contract.

کارفرما پس از دریافت پیشنهاد مالی پیمانکار و ارزیابی آثار مالی و زمانی آن و یا در صورت اعلام مخالفت پیمانکار، دستور تغییر کار را لغو، اصلاح و یا آن را تأیید خواهد کرد. در هر صورت، پیمانکار مکلف به تبعیت از دستور یادشده است (در خصوص نحوه محاسبه آثار مالی و زمانی و یا اختلاف بر نحوه محاسبه آن در بخش‌های آتی بحث خواهد شد).

همین شرایط در قرارداد نمونه فیدیک در کتاب نقره‌ای برای انجام پروژه‌های EPC کلید در دست^۱ نیز تا حد زیادی قابل اعمال است. لیکن تفاوت مهم کتاب زرد و نقره‌ای فیدیک در این خصوص، آثار اشتباهات ناشی از الزامات کارفرمایی است. بر اساس بند ۹-۱ کتاب زرد، پیمانکار می‌تواند هرگونه تأخیر در پروژه و یا هزینه‌های ناشی از اشتباهات مربوط به الزامات کارفرمایی را مورد ادعا قرار دهد، مشروط بر اینکه اثبات نماید که به‌عنوان یک پیمانکار حرفه‌ای و مجرب توان کشف اشتباهات را در زمان اعلام الزامات یادشده نداشته است. در این صورت با اعلام آن به مشاور کارفرما و تصدیق وی، پیمانکار مستحق به افزایش مدت پیمان و دریافت هزینه‌های مربوطه خواهد بود. درحالی که بر اساس ماده ۱-۵ شرایط عمومی کتاب نقره‌ای، فرض بر این است که پیمانکار بررسی‌های کافی را در اسناد ارائه‌شده از سوی کارفرما انجام داده و مسئول طراحی کارها و الزامات کارفرمایی است. در نقطه مقابل، برابر بند ۱-۵ شرایط عمومی کتاب زرد، پیمانکار مکلف است طراحی کارها را انجام داده، اسناد ارائه‌شده از سوی کارفرما را در بازه زمانی مشخص بررسی نموده، هرگونه عیب و اشتباه موجود را به مهندس مشاور اطلاع دهد و مهندس مشاور پس از بررسی این اخطار پیمانکار باید تصمیم بگیرد که این موضوع داخل در بازه ماده ۱۳ شرایط عمومی کتاب زرد قرار می‌گیرد یا خیر؟ بنابراین، مسئولیت پیمانکار در کتاب زرد فیدیک، محدود به طراحی بوده و مکلف است در صورت وجود اشتباه و عیب، آنها را به مهندس مشاور اطلاع دهد؛ درحالی که در کتاب نقره‌ای مسئولیت طراحی و درستی الزامات کارفرمایی برعهده پیمانکار خواهد بود (صابری، ۱۳۹۵: ۱۶۴). به این ترتیب، پیمانکار قرارداد EPC کلید در دست (کتاب نقره‌ای) در زمان مناقصه تا تسلیم پیشنهاد این حق را خواهد داشت تا با پرسش و پاسخ، الزامات کارفرمایی را تدقیق و از آنها رفع ابهام نماید و پس از آن به تسلیم پیشنهاد فنی و بازرگانی و قیمتی خود اقدام کند، زیرا در صورت برنده شدن در مناقصه و انعقاد قرارداد با وی، دعاوی وی در خصوص عیب و اشتباه در الزامات کارفرمایی و مطالبه آثار مالی و زمانی ناشی از این تغییر از وی پذیرفته نخواهد شد؛ درحالی که مطابق کتاب زرد، پیمانکار این حق را خواهد داشت که عیوب و اشتباهات لازم را به مشاور کارفرما (در ساختار کتاب نقره‌ای فیدیک مهندس مشاور وجود ندارد) اطلاع داده، مشاور مکلف به بررسی آنها است و در صورت تأیید، مطابق ماده ۱۳ تغییر محسوب کند و آثار مالی و زمانی آن را اعمال نماید؛ مشروط بر اینکه

1. Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.

مطابق بند ۹-۱ شرایط عمومی، پیمانکار اثبات نماید که به‌عنوان یک پیمانکار حرفه‌ای توان تشخیص عیوب و اشتباهات را در زمان تسلیم پیشنهاد نداشته است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که مطابق کتاب نقره‌ای، مسئولیت کارفرما برابر ذیل بند ۱-۵ شرایط عمومی محدود است به (۱) بخش‌ها، داده‌ها و اطلاعاتی که در قرارداد تصریح شده که ثابت هستند یا مسئولیت آنها متوجه کارفرما است؛ (۲) تعریف هدف مدنظر از کارها یا بخش‌هایی از کارها؛ (۳) ملاک‌های آزمایش و عملکرد کارهای موضوع پیمان؛ و (۴) بخش‌ها، داده‌ها و اطلاعاتی که راستی‌آزمایی آنها از سوی پیمانکار ممکن نیست، مگر آنچه در قرارداد تصریح شده باشد.

بنابراین تغییر در هریک از این موارد در زمره مسئولیت کارفرما بوده و در صورتی که تغییر محسوب شود مطابق مکانیزم ماده ۱۳ شرایط عمومی پیمانکار مستحق آثار مالی و زمانی آنها خواهد بود. نکته قابل توجه دیگر اینکه در خصوص پیمان نمونه ابلاغی سازمان برنامه در کارهای طرح و ساخت (غیرصنعتی) که عمدتاً برگرفته از کتاب زرد مؤسسه فیدیک است، در بند ۳ دستورالعمل تهیه اطلاعات و مدارک طرح در کارهای طرح و ساخت به شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۲ مورخ ۱۵ مرداد ۱۳۸۴ که منضم به ضوابط اجرایی پیمان‌های طرح و ساخت (غیرصنعتی) است، مقرر شده که «در صورتی که اطلاعات موجود طرح در پایان طراحی مفهومی که توسط کارفرما یا مشاور او انجام می‌شود، برای تهیه اسناد مناقصه کافی باشد، ادامه کار از طراحی پایه به بعد، توسط پیمانکار طرح و ساخت، انجام می‌گردد». و «در صورتی که اطلاعات موجود طرح در پایان طراحی مفهومی، برای تهیه اسناد مناقصه کافی نباشد و یا طرح متأثر از عوامل ناشناخته زیادی باشد، طراحی پایه توسط کارفرما یا مشاور وی انجام شده و ادامه کار شامل طراحی تفصیلی، تدارک و اجرا، به مناقصه گذاشته می‌شود». از سوی دیگر سازمان برنامه و بودجه در بند ۲ بخشنامه شماره ۱۴۱۵/۵۰۹۵ مورخ ۲۰ اردیبهشت ۱۳۹۵ با عنوان دستورالعمل انضباط مالی، ارتقای بهره‌وری، بهبود کیفیت و صرفه‌جویی در هزینه و زمان اجرای طرح‌ها- تجدید نظر دوم- بیان نموده است که «در کارهای غیرصنعتی که پیمان آنها به روش طرح و ساخت منعقد می‌شود، ضرورت دارد قبل از ارجاع کار، مطالعات طراحی پایه توسط مهندس مشاور ذیصلاح انجام شده و به تصویب دستگاه اجرایی ذیربط رسیده باشد. ارجاع کار به روش طرح و ساخت بر اساس مطالعات مفهومی مجاز نیست». بنابراین، الزامات کارفرمایی بایستی بر مبنای اسناد مهندسی پایه تهیه‌شده از سوی کارفرما

1. However, the Employer shall be responsible for the correctness of the following portions of the Employer's Requirements and of the following data and information provided by (or on behalf of) the Employer: (a) portions, data, and information which are stated in the Contract as being immutable or the responsibility of the Employer, (b) definitions of intended purposes of the Works or any parts thereof, (c) criteria for the testing and performance of the completed Works, and (d) portions, data and information which cannot be verified by the Contractor, except as otherwise stated in the Contract.

تدارک گردد. با توجه به مصوبه اخیر که آخرین اراده مقررات گذار است، در کارهای طرح و ساخت غیرصنعتی بایستی مهندسی پایه قبل از ارجاع کار صورت گرفته، به عنوان مبنای الزامات کارفرمایی در اسناد مناقصه منتشر گردد. بدیهی است در صورت هرگونه تغییر در این اسناد بایستی قائل به ایجاد تغییر و آثار مالی و زمانی مترتب بر آن بود، مگر آنکه الزامات بیان شده از نوع الزامات عملکردی باشد نه تجویزی (ر.ک. شماره ۲-۱-۲) که در این صورت اساساً مفهوم تغییر صادق نخواهد بود.

۲.۲. انواع تغییرات

تغییرات اعلامی از سوی کارفرما معمولاً در ۳ محور اصلی و عمده صورت می‌گیرد که این موارد یا تغییر در جهت افزایش کار (افزایش حجم کار) یا در جهت کاهش کارها (کاهش حجم کارها) و یا تغییر در کیفیت تجهیزات و نحوه انجام کارها است که این سه محور اصلی، خود شامل محورهای فرعی نیز می‌شود. افزایش کار به این معناست که کارفرما از پیمانکار خود کاری مازاد بر آنچه در قرارداد اولیه توافق شده است بخواهد؛ بدین معنا که در قرارداد پیمانکاری از جمله قراردادهای EPC میزان کار مدنظر از لحاظ کمیت افزایش یابد که در برخی قراردادها این میزان تا ۲۵ درصد مبلغ اولیه بوده و مازاد بر آن به جهت محدودیت‌های قانونی که برای دستگاه‌های اجرایی وجود دارد امکان‌پذیر نیست. مفاد قراردادهای EPC صنعتی ابلاغی سازمان برنامه و بودجه در ماده ۴۹ شرایط عمومی آن نشان از دستوری محور بودن اعمال تغییرات از سوی کارفرماست؛ بدین معنا که بعد از درخواست افزایش کار از سوی کارفرما، پیمانکار موظف به ارزیابی مالی و زمانی تغییرات اعلام شده است و بایستی آثار آن را به کارفرما گزارش نماید. در صورت پذیرش آثار اعلامی از سوی کارفرما، افزایش کار ابلاغ شده، موضوع در قالب الحاقیه قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد. در صورت عدم پذیرش آثار اعلامی پیمانکار در خصوص تغییر از سوی کارفرما و عدم توافق بر آن، پیمانکار موظف به انجام تغییرات مطابق نظر کارفرما بوده، متعاقباً می‌تواند این موضوع را از طریق مکانیزم حل و فصل اختلافی موجود در قرارداد در جهت استیفای حقوق خود مورد مطالبه و پیگیری قرار دهد. این موضوع در قراردادهای EPC غیرصنعتی (طرح و ساخت) نیز تقریباً مشابه بوده، لیکن در این وضعیت برای پیمانکار اوضاع و احوال مناسب‌تری را مورد پیش‌بینی قرار داده است. همچنین، در فصل ۱۳ شرایط عمومی این قراردادها، پیمانکار پس از درخواست کارفرما برای افزایش کارها بررسی‌های لازم را انجام داده، می‌تواند پیشنهاد دهد که انجام این تغییرات ممکن است موجب کاهش کیفیت کارها و ایمنی و تضامین فنی لازم گردد که کارفرما می‌تواند درخواست افزایش کار خود را حذف، اصلاح و یا مجدد بر آن اصرار ورزد و تأیید نماید. موضوع مهمی که در این خصوص وجود دارد این است که این مقرر در قرارداد قبلی مورد بررسی وجود نداشت، و اعلام نظر پیمانکار در برابر کارفرما

و اعلام آثار فنی تغییرات در صورتی که کارفرما آن را مورد پذیرش قرار ندهد می‌تواند عنداللزوم دلیلی بر عدم مسئولیت و یا کاهش میزان مسئولیت وی باشد. هرچند ادعای این مطلب با توجه به ماهیت قرارداد EPC تا اندازه‌ای محل مناقشه است، لیکن صرف‌نظر از کم و کیف آن می‌تواند مستمسکی در دست پیمانکار برای رهایی از مسئولیت و تعهدات قراردادی خود باشد.

این سه نوع تغییر عمدتاً در قراردادها معمول است، لیکن آن‌گونه که در بخش‌های آغازین مقاله نیز اشاره شد، با توجه به تعریفی که از واژه «تغییر» در قرارداد صورت می‌گیرد ممکن است مفهوم تغییر بسیار موسع‌تر از این سه عامل باشد و شامل سایر تغییرات مانند تغییر در اولویت‌های کاری، تغییر در فازبندی کارها، تغییر در نحوه دسترسی به جبهه‌های کاری، تغییر در قوانین و مقررات و تغییر در چارت سازمانی کارفرما نیز گردد.

۳.۲. تفاوت مفهوم تغییر و تعدیل در قراردادها

از لحاظ تبارشناسی واژه‌های مورد استفاده در قراردادهای پیمانکاری، مفهوم تعدیل مفهومی مستقل از مفهوم تغییر است. تعدیل قیمت قرارداد ناظر به حالتی است که منجر به کاهش و یا افزایش قیمت قرارداد در نتیجه عواملی مانند تغییر قوانین و مقررات، تعلیق قرارداد، فورس ماژور، تطویل قرارداد، افزایش نرخ قیمت‌ها (بدون آن در حجم کاری تغییری حاصل گردد)، و همچنین تعدیل قیمت قرارداد به جهت تغییر در شرح کار پروژه می‌شود؛ بنابراین، یکی از عوامل منجر به تعدیل قیمت قرارداد ممکن است تغییرات در شرح کار قرارداد باشد، به نحوی که تنها عامل تعدیل قیمت محدود به آن نیست. بنابراین، موضوعات مربوط به تعدیل قانونی و قضایی در صورت وجود سازوکار قراردادی برای آن، به جهت محدوده موضوع مقاله حاضر از آن خروج موضوعی دارد و صرفاً در قالب تعدیل قراردادی قابل بحث است. شایان توضیح است که این بدان معنا نیست که اختلافات ناشی از تغییر شرح کار را نمی‌توان نزد مرجع قضایی مطرح نمود، بلکه به آن معناست که در صورت وجود سازوکار قراردادی برای تعدیل قیمت در اثر تغییرات، این از مصادیق تعدیل قراردادی خواهد بود؛ هرچند اجرای آن از مرجع قضایی مورد مطالبه قرار گیرد. همچنین در صورت نبود سازوکار قراردادی برای جریان یافتن آثار مالی آن و تعدیل قرارداد، طبیعتاً به تعدیل قضایی نیز می‌توان تمسک یافت.^۱

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک. دارابی، مریم (۱۳۹۵). بررسی ابعاد حقوقی تغییر مقادیر و احجام شرح کار پیمان در قراردادهای (ای پی سی) پروژه‌های نفت و گاز. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران. تحت راهنمایی آقای دکتر سید محمد طباطبایی نژاد.

۳. مقام صالح برای صدور دستور تغییر و محدوده مجاز اعمال تغییرات

با توجه به نوع قراردادهای مورد بحث که عمدتاً یک طرف آن منتسب به دولت است و به تبع آن از ویژگی‌های مربوط به معاملات دولتی نیز برخوردار هستند، تغییرات ایجاد شده از سوی طرف دولتی به صورت دستور بوده، طرف قرارداد مکلف به پذیرش این تغییرات است (شایان ذکر است این موضوع در مورد آثار مالی و زمانی وارده به طرف قرارداد، در قراردادها متفاوت است). در ادامه، فرایند شروع تغییرات در قراردادهای موضوع مقاله حاضر مورد بررسی قرار می‌گیرد. اعمال تغییرات در تمامی پیمان‌های ابلاغی از سوی سازمان برنامه و بودجه که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ منتشر می‌شود، اختیاراتی را برای کارفرما در خصوص اعمال تغییرات مشخص و معین نموده است. شرایط عمومی قراردادهای EPC صنعتی که در سال ۱۳۷۸ در قالب نشریه شماره ۵۴۹۰ از سوی سازمان برنامه و بودجه کشور منتشر شد ماده ۴۹ آن در خصوص تغییرات واجد احکامی است که مبین اختیارات کارفرما و پیمانکار در این خصوص است. در این نوع از پیمان به کارفرما اختیار داده شده که در چارچوب کلی موضوع پیمان، در هر زمانی در طول مدت پیمان تا پیش از تحویل موقت، می‌تواند کاهش، افزایش و حذف برخی از کارها و یا تغییر در مشخصات آنها را از پیمانکار بخواهد و پیمانکار موظف به انجام آنها با رعایت سایر بندهای این ماده و مفاد پیمان است. با توجه به مفاد ماده ۴۹ این نوع پیمان مشخص می‌گردد که کارفرما مختار به اعمال تغییرات است، لیکن امر به صورت مطلق پیش‌بینی نشده بلکه از سه جهت مقید است. اولین قید این است که اعمال تغییرات بایستی در چارچوب کلی موضوع پیمان باشد. در خصوص این عبارت، سیستم حقوقی ایران واجد ادبیات حقوقی کافی نیست که مراد از چارچوب کلی پیمان را تبیین نماید و در اثر آن موارد خارج از چارچوب کلی پیمان را در حوزه اختیارات کارفرما برای اعمال تغییرات تلقی نکند. برای مثال، اگر قراردادی در خصوص مهندسی و تأمین و نصب تجهیزات یک خط مترو یا یک نیروگاه مشخص و یا توسعه یک میدان نفتی معین باشد، آیا کارفرما مجاز خواهد بود که از بابت افزایش کار به پیمانکار تکلیف نماید تا سقف ۲۵ درصد مبلغ پیمان در یک خط متروی دیگر یا نیروگاه دیگر و یا قرارداد مربوط به توسعه میدان نفتی دیگر تغییرات مربوطه را ابلاغ نماید؟ به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال منفی است؛ هرچند در عمل برخی از کارفرمایان از انجام چنین عملی امتناع ندارند. مفهوم دیگری که از چارچوب کلی پیمان مستفاد می‌گردد، این است که اعمال تغییرات بایستی در محدوده کار موضوع پیمان باشد؛ بنابراین اگر در یک پیمانی که موضوع آن مربوط به تجهیزات است، کارفرما نمی‌تواند در خصوص کارهای ساختمانی به پیمانکار از بابت افزایش کار تغییراتی را ابلاغ نماید و برعکس، با بررسی موضوع در فرمت‌های قراردادی ابلاغ شده برای قراردادهای ساخت در کشورهای آمریکا و انگلستان نیز مشخص می‌شود که در این نوع قراردادها دست دستگاه دولتی برای ابلاغ تغییرات

به نحو مطلق باز نیست. برای مثال در مقررات مربوط به تحصیل کالا و خدمات امریکا، دستگاه دولتی مربوط مجاز به اعلام دستور تغییرات در محدوده موضوع قرارداد است که البته این مقرر در عین حال که به نحو کلی مجاز اعلام شده، از سوی آرای برخی محاکم با تقيیداتی مواجه گردیده است. از جمله این تقيیدات می‌توان به نامحدود نبودن مقادیر تغییرات و عمل کردن بر مبنای حسن نیت^۲ اشاره نمود. دومین قید از حیث زمان اعمال تغییرات است که مقید به تحویل موقت می‌باشد و پس از آن امکان این امر برای کارفرما میسر نخواهد بود.

سومین قید مربوط به میزان تغییرات اعمالی در خصوص افزایش یا کاهش کار است که نایبستی بیشتر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد.

این سه قید تقریباً در همه انواع پیمان‌های جاری که از سوی سازمان برنامه منتشر می‌شود با اندک تفاوتی در بیان آنها وجود دارد. سقف ۲۵ درصد مبلغ قرارداد در نمونه پیمان‌های ابلاغی سازمان برنامه و بودجه برای رعایت ضوابط و محدودیت‌های بودجه‌ای طراحی شده است. این سقف در قراردادهای طرح و ساخت و کلید در دست فیدیک به چشم نمی‌خورد و با توافق طرفین این میزان می‌تواند بیشتر از ۲۵ درصد باشد.

۴. ماهیت قراردادهای طرح و ساخت و EPC و مناقشه بر تحقق تغییر در کارها (با نگاهی بر دکترین اسپرین)

با عنایت به دکترین اسپرین، یک دستگاه دولتی (کارفرما) نه می‌تواند به وسیله مشخصات گمراه‌کننده پیمانکار را به خطا بیندازد و نه می‌تواند از او بخواهد که هزینه‌های تصحیح مشخصات ناقص را تحمل نماید (Kevin c. & Co, 1995: 42). در سال ۱۹۱۸ دادگاه عالی امریکا این اصل پایه‌ای را برای تخصیص ریسک به رسمیت شناخت. در دعوی ایالات متحده علیه اسپرین، دادگاه این اصل را معرفی نمود که امروزه از آن به عنوان دکترین اسپرین یاد می‌شود. این نظریه یک تعهد ضمنی را به کارفرمای دولتی تحمیل نمود که مشخصات معین به کار برده شده در قرارداد، عاری از هرگونه نقص و خطا است. این نظریه حاوی این مطلب است که نه تنها پیمانکار بدون هیچ‌گونه ملاحظه‌ای متعهد به پایبند بودن به اطلاعات ارائه شده از سوی کارفرماست، بلکه مطابق آن، کارفرما مسئول عواقب مالی این امر است که پروژه به حالت صحیح اعاده و اجرا گردد. در خصوص این نظریه دو سؤال مهم مطرح است: نخست اینکه مولفه تشکیل دهنده نقض تضمین ضمنی چیست؟ دوم اینکه در صورت نقض این تعهد ضمنی از سوی کارفرما، پیمانکار چه راه‌حلی را در اختیار خواهد داشت؟

1. Federal Acquisition Regulation (FAR).

2. Engineered Demolition, Inc. v. United States, 70 Fed. Cl. 580 (2006)

برخی از شروط قراردادی و ماهیت قرارداد فی مابین ممکن است مانع از اعمال دکترین اسپرین شود. برخی از این عوامل عبارت‌اند از: شرط عدم مسئولیت به نفع کارفرما، ماهیت فنی مشخصات ارائه‌شده و شروط قراردادی که مستلزم تأیید و اقرار پیمانکار به کفایت طراحی یا مناسب بودن شرایط محل کار است. از زمان صدور حکم مربوط به اسپرین، محاکم در سطح دولت‌های ایالتی و فدرال در پالایش و منقح نمودن مفهوم این نظریه برای توسیع مفهوم شرط ضمنی یادشده از دو جهت دقیق بودن اطلاعات ارائه‌شده و مناسب بودن آنها سعی نموده‌اند (Lauren P & Co, 2015: 40).

استثناهایی که در ادامه برای اعمال این نظریه وجود دارد ممکن است این تلقی را به ذهن متبادر نماید که عدم پذیرش ادعاهای پیمانکاران (که مبنی بر این نظریه مطرح می‌شوند)، نشان از زوال این نظریه در حال حاضر دارد. لیکن باید خاطر نشان کرد که علی‌رغم پیچیده‌تر شدن قراردادهای و مجرب‌تر شدن منعقدکنندگان آنها، همچنان این نظریه قابل اعمال است؛ زیرا طرفین می‌توانند در مواردی که این نظریه قابل کاربرد نیست، شرط مخالف را مطرح و یا آن را حذف نمایند.

۱.۱.۴. استثنای دکترین اسپرین

در طول زمان و بر اساس دعاوی مطرح‌شده نزد محاکم و شرایط قراردادی و ماهیت قراردادهای فی مابین، مواردی از شمول این نظریه مستثنی گردیده است که عبارت‌اند از:

- ۱) قرارداد حاوی یک شرط مبراکننده مشخص یا شرط صریح سالب مسئولیت در خصوص مسئولیت طراحی باشد.
- ۲) پیمانکار مکلف به بررسی عیوب پنهان و آشکار کار باشد، لیکن در انجام آن قصور ورزد.
- ۳) مشخصات ارائه‌شده صرفاً به عنوان مشخصات عملکردی باشد نه مشخصات طراحی.
- ۴) عیوب و نواقص در طرح‌ها و مشخصات حداقلی بوده، به تغییرات قابل توجه منجر نشود.
- ۵) خسارت تأخیر ناشی از عیب طراحی باشد که در برخی از محاکم مورد پذیرش قرار نگرفته است. در ادامه به بیان هر یک از این موارد می‌پردازیم.

۱.۱.۴.۱. شرط مبراکننده مسئولیت کارفرما و تکلیف پیمانکار به بررسی نواقص و عیوب طراحی

صرف‌نظر از تمامی تلاش‌ها که برای توزیع عادلانه ریسک بین طرفین صورت می‌پذیرد، همچنان کارفرمایان و مالکان پروژه ریسک‌های پروژه را متوجه پیمانکار می‌نمایند و ایده توزیع عادلانه ریسک برای پیمانکاران صرفاً در حد یک آرزو باقی می‌ماند. هرچند استفاده از عبارات کلی برای سلب مسئولیت نمی‌تواند مانع از به کارگیری دکترین اسپرین باشد، ولی عبارات و شروط صریح سالب مسئولیت به‌طور

مؤثر امکان به‌کارگیری این نظریه را زایل می‌کند و بار اثبات کفایت طراحی را متوجه پیمانکاران می‌نماید. در این خصوص باید اتکای پیمانکار به مدارک و مشخصات ارائه‌شده از سوی کارفرما را مورد بررسی قرار داد که آیا تغییرات ایجادشده به جهت اتکای معقول پیمانکار به مدارک تسلیمی کارفرماست یا اینکه او می‌توانسته است بررسی‌های لازم را انجام داده، عیوب و نواقص را تشخیص دهد. در یک نمونه که کارفرما در صدد بود طول یک خط مترو را توسعه دهد، گزارش ژئوتکنیک مربوطه را از مشاور خود اخذ نمود که در این گزارش آمده بود که وجود آب‌های سطحی و وضعیت خاک به‌عنوان یک مشکل جدی مطرح است به‌نحوی که باید به میزان ۳۰۰ چاه از آب‌های سطحی تخلیه شود، که کارفرما به دلایلی این موضوعات را در اسناد مناقصه منتشرشده افشا نکرد و صرفاً به صورت کلی اشاره نمود که به تخلیه آب به میزان ۶۰ چاه نیاز است و احتمال دارد به تخلیه چاه‌های بیشتری هم نیاز باشد. پس از انعقاد قرارداد، پیمانکار با مشکل جدی تخلیه آب و وضعیت خاک مواجه شد و در پی آن، دعوی را علیه کارفرما طرح نمود و مدعی گردید این امر نقض تعهد ضمنی کارفرما بر اساس دکترین اسپرین است. دادگاه بدوی به نفع کارفرما حکم کرد، اما دادگاه تجدیدنظر استدلال نمود که مشخصات ارائه‌شده به‌وسیله کارفرما حاوی یک ابهام آشکار است و کارفرما را به جبران هزینه‌های مربوطه محکوم نمود (KiSKA Construction Corp. v. Washington Metropolitan Area Transit Authority).

۲.۱.۴. ماهیت مشخصات ارائه‌شده عملکردی باشد نه تجویزی

مشخصات عملکردی بیان‌کننده یک استاندارد نوعی است که پیمانکار باید اقدامات لازم را برای حصول به آن انجام دهد؛ درحالی که در مشخصات تجویزی، کارفرما اطلاعات را ارائه می‌نماید و پیمانکار مکلف است صرفاً بر اساس آن عمل کند. ویژگی‌های عملکردی مشخصاً نتایجی را که پیمانکار باید آنها را کسب نماید، بیان می‌دارد؛ صرف‌نظر از اینکه به چه روشی کسب می‌شود (Lauren P & Co, 2015: 43). به عبارت روشن‌تر، عملکردی بودن مشخصات به معنای این است که کنترل کارهای موضوع قرارداد در دست پیمانکار بوده و مسئولیت‌های مربوطه نیز متوجه وی است، اما تجویزی بودن مشخصات به معنای این است که کنترل کار در اختیار کارفرما بوده و مسئولیت آن هم برعهده وی است (Jason A. Lien & Justin Rose, 2017: 7) و در صورت اشتباه در آنها باید به‌عنوان یک تغییر به همراه آثار مالی و زمانی آن مطابق شرایط قراردادی مورد پذیرش قرار گیرد. نکته قابل‌توجه، معیار تفکیک مشخصات عملکردی از تجویزی است. برخی از محاکم صرفاً به جملات و مفاد قرارداد توجه نموده، یک تفسیر کاملاً لفظی از آن ارائه می‌دهند؛ درحالی که برخی دیگر قائل به این هستند که باید دقت نمود که انتظارات واقعی طرفین از مفاد قراردادی چیست و صرف‌نظر از عناوین قراردادی توجه شود که آیا منظور طرفین این است که کارفرما در

خصوص مشخصات کار موضوع قرارداد مسئولیت پذیرفته یا آن را کلاً به پیمانکار منتقل نموده است.^۱ برای نمونه در پرونده‌ای کارفرما برای تأمین پنجره‌های ساختمان دو فروشنده را به پیمانکار معرفی کرده و در عین حال اعلام نموده بود که پیمانکار به تأمین آنها از سایر فروشندگان نیز مجاز است؛ مشروط بر اینکه مشخصات اعلام شده را داشته باشند. پس از انعقاد قرارداد، پیمانکار به تأمین کننده اول مراجعه نموده لیکن متوجه می‌شود که پنجره‌ها ویژگی‌های مدنظر کارفرما را ندارد و متعاقباً پنجره‌ها را از فروشنده‌ای دیگر تأمین می‌نماید. پیمانکار دعوایی را مطرح نموده، مدعی می‌شود که بایستی قرارداد تمدید و هزینه‌های ناشی از این امر به وی پرداخت گردد. دادگاه حکم می‌دهد با توجه به اینکه پیمانکار مجاز به تأمین پنجره‌ها از سایر تأمین کنندگان است که واجد مشخصات مدنظر کارفرما هستند، این جمله بیانگر مشخصات عملکردی است و مستحق تمدید قرارداد و افزایش مبلغ قرار نمی‌باشد، زیرا مفاد اعلام شده حاوی هیچ‌گونه تضمینی برای پیمانکار نیست. در واقع، این مسئله مد نظر دادگاه بود که جزئیات و مواد و اینکه با چه روشی تأمین گردد، در قرارداد به‌عنوان مشخصات پنجره‌ها تعیین نشده بود.

۳.۱.۴. تردید در مجاز بودن تأخیرات ناشی از پذیرش دکتین اسپرین

این امر که آیا پذیرش دکتین اسپرین و جبران خسارات ناشی از آن لزوماً به مجاز شمردن تأخیرات آن منجر خواهد شد یا نه، سؤالی است که محاکم مختلف در ایالات متحده آمریکا در خصوص آن رویه واحدی را اتخاذ نکرده‌اند. این موضوع در عکس قضیه نیز مطرح است، به این نحو که اگر در قرارداد تنها ضمانت اجرای صحیح نبودن اطلاعات ارائه شده از سوی کارفرما تمدید مدت قرارداد باشد، آیا طرف مقابل مستحق جبران خسارات وارده از سوی کارفرما خواهد بود؟ دیوان عالی اوهایو در رسیدگی به اینکه آیا تأخیرات ناشی از پذیرش دکتین اسپرین به مجاز شدن تأخیرات ناشی از آن نیز می‌انجامد، این موضوع را در پرونده *Ohio Department of Dugan & Meyers Construction Co., Inc. v. Administrative Services* مورد پذیرش قرار داد، اما خسارات ناشی از دکتین اسپرین را در خصوص تغییر در طراحی‌ها و مشخصات قبول نکرد و اعلام داشت که در قرارداد فی‌مابین ذکر شده که تنها ضمانت اجرای تأخیرات ایجاد شده از سوی کارفرما تمدید مدت قرارداد است و شامل امر دیگری مانند جبران خسارت نخواهد بود، درحالی که نظریه اقلیت بر این استوار بود که تعهد ضمنی ناشی از نظریه اسپرین نمی‌تواند به‌وسیله یک شرط کلی قراردادی نادیده گرفته شود. دادگاه فدرال پنسیلوانیا در سال بعد

۱. در دعوی *Zinger Constr. Co. v. United States* دادگاه این‌گونه استدلال کرد عناوین تجویزی و عملکردی به‌خودی خود نمی‌تواند موجب محدودیت یا عدم مسئولیت پیمانکار تلقی شود، بلکه باید به کلیت قرارداد توجه داشت (*Zinger Construction Co., Inc., v. the United States, 807 F.2d 979 (Fed. Cir. 1986)*).

موضوع متفاوتی در پرونده مشابه اتخاذ نمود که علاوه بر مجاز نمودن تأخیرات، خسارات ناشی از دکتترین اسپرین را دربر می‌گرفت.

۴.۱.۴. دکتترین اسپرین و قراردادهای طرح و ساخت

علی‌رغم اینکه به‌طور کلی نظریه اسپرین در قراردادهای طراحی - مناقصه - اجرا همچون قراردادهای PC (مانند پیمان‌های موضوع نشریه ۴۳۱۱ ابلاغی سازمان برنامه) قابل اجراست، لیکن در برخی از قراردادهای طرح و ساخت نیز بعضاً کاربرد داشته و در برخی دعاوی استناد به آن موفقیت‌آمیز بوده است. در یک قرارداد طرح و ساخت کارفرما ممکن است ترکیبی از روش‌های عملکردی و تجویزی را به‌کار گیرد. در عمل هم بسیار کم رخ می‌دهد که مشخصات کارهای موضوع قرارداد عملکردی صرف بوده و دربرگیرنده برخی از خواسته‌ها به صورت تجویزی نباشد (Jason A. Lien & Justin Rose, 2017: 9) که در این صورت ادعاهای طرف قرارداد در خصوص هزینه‌ها و تمدید زمان قرارداد بسیار پیچیده‌تر خواهد بود. برخی از محاکم در امریکا بین مشخصات عملکردی و تجویزی قائل به تجزیه و تفکیک آنها با یکدیگر جهت انتساب مسئولیت‌های مربوطه به طرفین قرارداد هستند. برخی نیز معیارهایی برای تجویزی تلقی کردن مشخصات ارائه داده، مسئولیت‌های مربوطه را متوجه کارفرما می‌دانند. این معیارها عبارت‌اند از: ۱) طراحی تمامی کارها به‌وسیله کارفرما؛ ۲) دانش یا تجربه برتر کارفرما در خصوص شرایط محل کار و سایر امور؛ ۳) کمبود زمان برای پیمانکاران جهت بررسی و ارزیابی مشخصات کارها در حین ارجاع کار؛ ۴) فقدان مقرر صریح قراردادی برای طراحی موضوع مورد اختلاف از سوی پیمانکار؛ ۵) کنترل سخت‌گیرانه و مداخله حداکثری کارفرما در فرایند ساخت.

برای مثال، ممکن است از پیمانکار خواسته شود که مسئولیت‌های طراحی را برای شرح کارهای معین بپذیرد که در این صورت تعیین اینکه چگونه و چه زمانی دکتترین اسپرین قابل اعمال است، بسیار سخت و پیچیده خواهد بود. قبل از حکم دادگاه فدرال در سال ۲۰۱۴ در پرونده *Metcalf construction company, Inc., v. United states* کارفرمایان دولتی به‌طور قابل توجهی در دور زدن شرط «تغییر در شرایط محل کار» موفق عمل می‌کردند، به این صورت که مسئولیت این امر را صریحاً در خصوص شرایط خاک ارائه‌شده در اسناد از خود دور ساخته، آن را به مناقصه‌گران منتقل می‌کردند. در این پرونده، کارفرما با درج عبارتی که اطلاعات ارائه‌شده در خصوص شرایط خاک محل کار «صرفاً اولیه است» یا «صرفاً به جهت اهداف برگزاری مناقصه است»، سعی در عدم پذیرش مسئولیت خود داشت که دادگاه این‌گونه استدلال کرد که این عبارات کلی نمی‌تواند عاملی برای کارفرما

جهت انتقال ریسک موضوع قرارداد به پیمانکار باشد. در دعوی مشابه دیگر با عنوان *Drennon Construction & Consulting, Inc. v. Department of the Interior*، کفایت طراحی انجام گرفته از سوی کارفرما پس از مواجه شدن با تغییرات شرایط محل کار به چالش کشیده شد. نماینده دولت (وزارت کشور آمریکا) در صدد بود یک جاده را در آلاسکای مرکزی تعریض نماید. برای این امر پس از فراهم نمودن منابع مالی مربوطه، یک شرکت مهندس مشاور به نام USKH را به کار گرفت که طراحی نقشه‌ها و گزارش ژئوتکنیکال را به صورت کامل تهیه نماید. شرکت مشاور اعلام کرد که مدل ارائه شده از سوی کارفرما دارای نقاط کنترل نادرست است و برای اجرای پروژه درخواست بودجه اضافی نمود. لیکن کارفرما به جهت محدودیت در بودجه، این پیشنهاد را رد و مقرر کرد که در اسناد مناقصه اعلام شود که مناقصه‌گران مکلفاند قبل از شروع کار بررسی‌های لازم را انجام دهند. سپس قرارداد با شرکت Drennon منعقد شد و این شرکت در حین کار متوجه شد مشکلات بسیار زیادی به جهت اطلاعات غلط ارائه شده در حفاری وجود دارد و امکان ادامه حفاری وجود نخواهد داشت. پیمانکار کار را متوقف و ادعای خود را طی دعوایی مطرح نمود و اعلام کرد که طراحی پروژه غلط بوده و قیمت پیشنهادی بر اساس موارد ارائه شده و شرایط موجود کاملاً متفاوت با زمان مناقصه است. مرجع رسیدگی کننده، به ادعای مربوط به دکتترین اسپرین استناد نمود و اعلام کرد که به جهت اینکه محدوده محل کار پوشیده از برف بوده، پیمانکار قادر به پیش‌بینی نواقص طراحی نبوده است؛ به همین سبب در اسناد مناقصه مشکل خاصی به نحو صریح بیان نشده است و نمی‌توان پذیرفت که پیمانکار باید از وضعیت طراحی آگاه می‌بود.

۵. نحوه ارزیابی تغییرات و آثار مالی و زمانی آنها

۵.۱. فرایند بررسی تغییرات و اختلاف در خصوص میزان آن

فرایند ارزیابی تغییرات مستلزم هماهنگی کامل بین طرفین قرارداد است به نحوی که کارفرما و مشاور وی برای ارزیابی آثار مالی و زمانی تغییرات نیازمند مدارک پشتیبان ارائه شده از سوی پیمانکار هستند. در حین اجرای پروژه ممکن است ارزیابی موقتی صورت بگیرد، لیکن در پایان پروژه این ارزیابی بایستی به صورت قطعیت یافته انجام گیرد که آثار مالی آن را تعیین نماید (Sergeant & Wieliczko, 2014: 295). در اکثر قراردادهای نمونه مورد بحث در این مقاله، معمولاً پس از ابلاغ تغییرات از سوی کارفرما، یا پیشنهاد تغییرات از جانب پیمانکار و یا توافق طرفین بر تحقق اصل تغییر، پیمانکار در بازه زمانی مشخص نسبت به ارزیابی آثار مالی و زمانی تغییرات اقدام نموده، آن را برای بررسی مشاور و نهایتاً تأیید کارفرما ارسال می‌کند که این آثار مالی و زمانی در صورت تأیید کارفرما به پیمانکار ابلاغ شده، مبنای عمل قرار

می‌گیرد. در صورت عدم پذیرش کارفرما، ممکن است تغییرات مدنظر از سوی کارفرما لغو و یا اصلاح گردد. در صورت اصلاح آثار مالی و زمانی تغییرات از جانب کارفرما نسبت به ارزیابی صورت‌گرفته از طرف پیمانکار، و عدم پذیرش آن از سوی پیمانکار، پیمانکار مکلف به انجام تغییرات مدنظر کارفرما (البته تا سقف مجاز تعریف‌شده در قرارداد، مثلاً تا سقف ۲۵ درصد مبلغ اولیه قرارداد) بوده، می‌تواند اختلاف خود با کارفرما را در مرجع تعیین‌شده در قرارداد برای حل و فصل اختلافات مطرح نماید. در هر صورت این امر نباید مانع پیشبرد اجرای پروژه در خصوص محدوده یادشده گردد. نمونه‌های این موضوع در ماده ۴۹ نشریه ۵۴۹۰ ابلاغی سازمان برنامه در خصوص پیمان‌های EPC برای کارهای صنعتی و فصل ۱۳ قراردادهای طرح و ساخت (کتاب زرد فیدیک) و کلید در دست (کتاب قره‌ای فیدیک) قابل مشاهده است که پیمانکار را مکلف به ادامه کار نموده است. در قرارداد نمونه طرح و ساخت JCT شرایط متفاوتی پیش‌بینی شده است. برابر مواد ۳-۹، ۵-۲ تا ۷-۷ شرایط عمومی این‌گونه مقرر گردیده است که کارفرما می‌تواند دستورهای مبنی بر نیاز به تغییر صادر کند، مشروط به بند ۴-۹-۳ و نیز اینکه کارفرما نمی‌تواند تغییری را که مستلزم تغییر یا اصلاح در طراحی کار است، بدون رضایت پیمانکار اعمال کند. بنابراین، پیمانکار در بازه زمانی معقول در صورتی که خود را به‌عنوان طراح اصلی پروژه بداند و اعتراض معقولی داشته باشد، کارفرما باید دستور خود را اصلاح نماید و تا زمان اتخاذ این تصمیم از سوی کارفرما، پیمانکار ملزم به اجرای آن نخواهد بود. در خصوص تغییرات ناشی از افزایش و کاهش کارها نیز مقررات فصل ۵ شرایط عمومی مقرر نموده است که مطابق آئتم مشابه قراردادی عمل شده و در صورت نبود آنها باید یک ارزیابی منصفانه از آنها صورت بگیرد. با این مطالعه تطبیقی روشن می‌شود که رویه اتخاذی قراردادهای JCT به نسبت قراردادهای ایران و موسسه فیدیک از منظر پیمانکاری رجحان بیشتری دارد. در صورتی که آثار مالی و زمانی تغییرات پس از ابلاغ کتبی کارفرما به صورت سند توافق‌شده طرفین تنظیم گردد (مثلاً در قالب یک الحاقیه به امضای اشخاص مجاز طرفین رسیده باشد)، نوعاً قابل اعتراض نخواهد بود، مگر اینکه در خصوص متن الحاقیه یادشده و تفسیر آن بین طرفین اختلافی حادث گردد.

1. The Employer may issue instructions requiring a Change, subject to clause 3.9.4 and provided that the Employer may not effect a Change which is, or which makes necessary, an alteration or modification in the design of the Works without the Contractor's consent.
2. The Contractor shall, within a reasonable time after receipt of an instruction effecting a Change or of an instruction regarding the expenditure of a Provisional Sum included in the Employer's Requirements, notify the Employer whether, in his capacity as Principal Designer and/or Principal Contractor, he has any objection to such instruction. If the Contractor has any reasonable objection the Employer shall, to the reasonable satisfaction of the Contractor, vary the terms of the instruction to remove that objection; and, until the Employer has so varied the terms of the instruction, the Contractor shall not be required pursuant to clause 2.1 to comply with such instruction.

لیکن در صورتی که تغییرات انجام شده صرفاً به نحو یکسویه از طرف کارفرما ابلاغ شده باشد و در خصوص آثار مالی و زمانی آن توافقی حاصل نگردد، آثار مالی و زمانی آن از سوی هریک از طرفین می‌تواند مورد ادعا قرار گیرد؛ هرچند مبالغی در قالب صورت وضعیت‌های ماهیانه یا سایر مواعد زمانی مشخص شده در قرارداد در طول اجرای پروژه از این بابت به پیمانکار پرداخت شده باشد، لیکن به جهت موقت بودن ماهیت این پرداخت‌ها، از قطعیت برخوردار نخواهد بود. همچنین ممکن است یک مورد که از سوی پیمانکار به عنوان تغییر مورد ادعا قرار می‌گیرد، از جانب مشاور معادل صفر ارزیابی شده باشد، زیرا ممکن است مشاور معتقد باشد که کار مورد نظر اساساً یک تغییر محسوب نمی‌شود و بنابراین در این وضعیت، موضوع اختلاف به جای تعیین کمیت مورد اختلاف، مربوط به مسئولیت پیمانکار است (Sergeant & Wieliczko, 2014: 296). در واقع، در این وضعیت، اختلاف بر تحقق یا عدم تحقق تغییر در شرح کار قراردادی بین طرفین است.

در برخی از قراردادهای نمونه، از جمله قرارداد نمونه مؤسسه فیدیک در کتاب زرد، بازه زمانی مشخصی برای اعلام رویدادی که آثار مالی و زمانی برای پیمانکار دارد، تعیین شده است. در صورت انقضای بازه زمانی تعریف شده در قرارداد (مانند ۲۸ روز یا اولین زمان عملی)، هرگونه ادعایی در خصوص آثار مالی و زمانی رویداد مورد ادعا که یک مصداق روشن آن موضوع تغییرات است، مسموع نیست. همچنین پیمانکار برابر تعهدات قراردادی خود ملزم به ارائه گزارش پیشرفت ماهیانه پروژه است. یکی از مواردی که بایستی در گزارش‌های یادشده به آن پرداخته شود، اعلام رویدادهایی است که آثار مالی و زمانی برای پیمانکار دارد. بیان این مطلب ضروری است که بازه زمانی مشخص شده در قرارداد صرفاً جهت اعلام اصل رویداد است و پس از آن بایستی مدارک و مستندات با جزئیات لازم برای بررسی به مشاور کارفرما یا خود کارفرما ارائه گردد.

برخی قائل به این نظر هستند که بازه‌های زمانی یادشده صرفاً برای پرداخت‌های ماهیانه (یا هر زمان مقرر شده در قرارداد برای پرداخت به پیمانکار) است و مانعی برای ادعاهای پیمانکار در هنگام تنظیم و صدور صورت وضعیت نهایی نبوده، مشاور کارفرما یا خود کارفرما مکلف به بررسی آن است

1. 20.1 Contractor's Claim

If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance.

If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim ...

(Sergeant & Wieliczko, 2014: 302). مواد مربوط به صدور گواهی تحویل و گواهی نهایی و پرداخت‌های مربوط به آن در قرارداد نمونه مؤسسه فیدیک برای کارهای طرح و ساخت و کلید در دست (کتاب‌های زرد و نقره‌ای)، علی‌رغم نظرهای مخالف در این خصوص، مؤید این مطلب است. با بررسی بیشتر مواد این قراردادهای نمونه مشخص می‌شود که تکالیف مربوط به اعلام آثار مالی و زمانی تغییرات در بازه زمانی مشخص (مواد ۴-۲۱ بند ج، ۲۰-۱ و سایر مواد مرتبط)، مانع از ادعای آن از سوی پیمانکار در زمان تنظیم و ارسال صورت وضعیت نهایی قرارداد نمی‌شود (مواد ۱۱-۱۴ و ۱۳-۱۴). هرچند این نظر خالی از قوت نیست که بندهای مربوط به ماده ۱۱ بایستی در تناظر با ماده ۲۰-۱ مورد تفسیر قرار گیرد، لیکن این تفسیر با مبانی حقوقی برخی کشورها از جمله انگلستان^۱ و حتی ایران سازگاری نداشته، مانع از استیفای حقوق پیمانکار نسبت به آنچه مستحق است، خواهد بود. این موضوع در بند ۴-۹-۳ شرایط عمومی قرارداد JCT، محدوده زمانی مشخصی ندارد و پیمانکار مکلف است در بازه زمانی معقول آثار این تغییرات را اعلام نماید که یا آثار آن مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد و یا اختلاف باقی می‌ماند که بایستی مطابق مفاد قرارداد، ارزیابی منصفانه‌ای از آن صورت بگیرد که در غیر این صورت پیمانکار مکلف به انجام دستورات مربوط به تغییر نخواهد بود.

به‌طور طبیعی صورت وضعیت‌های موقت (میان‌ی) تأیید شده از سوی مشاور کارفرما یا خود کارفرما آن گونه که از عنوان آن پیداست، قاطع و الزام‌آور نبوده، از سوی هریک از طرفین قابل ایراد است. این موضوع در خصوص صورت وضعیت قطعی (نهایی) نیز در شرایطی که تغییر بدون توافق و یکسویه از سوی مشاور کارفرما یا خود کارفرما ابلاغ گردد، صادق بوده، قابل ایراد از سوی پیمانکار است و طبیعتاً قابل بررسی از سوی مرجع تعیین شده برای حل و فصل اختلافات خواهد بود. ممکن است در برخی قراردادها (هرچند به ندرت) اعلام کارفرما در خصوص میزان صورت وضعیت نهایی قرارداد، قاطع و نهایی و غیرقابل اعتراض تعیین شده باشد که در این صورت باید قائل به عدم قابلیت ایراد به آن از سوی پیمانکار شد. بدیهی است در چنین حالتی مرجع تعیین شده برای حل و فصل اختلافات صلاحیتی برای ورود در این خصوص نخواهد داشت. در دعوی *WMC Resources Ltd v. Leighton Contractors Proprietary Ltd* همین موضوع نزد دادگاه مطرح گردید. ابتدا دادگاه بدوی قائل به مطلق نبودن اختیار کارفرما در خصوص تعیین مبلغ مربوط به تغییرات به نحو یکسویه شد و اعمال چنین حقی را

۱. در این خصوص می‌توان به پرونده *Mears Construction Ltd v. Samuel Williams (Dagenham Docks) Ltd* (1977) اشاره نمود که در آن قاضی پرونده بر این عقیده بود که بازه زمانی مشخص شده در قرارداد صرفاً برای پرداخت‌های ماهیانه بوده، مانع از تصحیح مبالغ یادشده در زمان صدور گواهی نهایی نخواهد بود؛ هرچند ممکن است عدم اعلام آن در زمان‌های مقرر باعث گردد که ارزیابی مشاور از تغییرات به جهت گذشت زمان طولانی دقیق و صحیح نباشد.

مخالف با ذات تجاری قرارداد فی مابین تلقی نمود و داوری را به اتخاذ تصمیم در این خصوص صالح دانست (Rohr, N. 2000: 78)، لیکن دادگاه تجدیدنظر قائل به عدم صلاحیت ورود مرجع مربوطه در این خصوص بود؛ با این استدلال که این موضوع به طور صریح یک صلاحیت اختیاری را به کارفرما اعطا نموده است. شایان توضیح است این امر به آن معنا نیست که این تصمیم مطلقاً از جانب دادگاه قابل بازبینی نیست، بلکه این بازبینی صرفاً زمانی ممکن خواهد بود که تصمیم غیرعادلانه، بدون حسن نیت و غیرمعقول و مخالف فرایند تعریف شده در قرارداد باشد که این امر نیز خود به معنای مداخله و بازبینی در خود ارزیابی صورت گرفته نیست، بلکه صرفاً مربوط به فرایند آن است (Sergeant & Wieliczko, 2014: 304). در نهایت با طرح دعوی در دیوان عالی استرالیای غربی، این مرجع نیز با تأیید نظر دادگاه تجدیدنظر قائل به اختیار کارفرما در این خصوص شد و اعلام نمود که صرف ادعای عدم صحت این تصمیم از سوی پیمانکار مسموع نبوده، تنها در صورت مطابق نبودن این تصمیم با فرایند تعریف شده در قرارداد و الغای آن، مرجع حل و فصل اختلافات (داوری) قادر به تصمیم گیری در این خصوص خواهد بود (Rohr, N. 2000: 79).

۵.۲. ارزیابی آثار مالی تغییرات

در صورت وجود سازوکار مشخص قراردادی برای نحوه ارزیابی کارهای تغییر یافته، مطابق آن عمل خواهد شد. این امر به ویژه زمانی که کارهای تغییر یافته دارای آیتم مشابه قراردادی باشد (مطابق شکست قیمت منضم به قرارداد) بسیار روشن است، اما در صورتی که آیتم مربوط به تغییر کار مشابه نباشد و یا سازوکار مشخصی برای ارزیابی مالی تغییرات وجود نداشته باشد، سرآغاز اختلافات بین طرفین خواهد بود و باید در این حالت به قواعد و ضوابط مربوط در قانون حاکم بر قرارداد رجوع کرد. این دو روش معمولاً مبنای محاسبه آثار مالی تغییرات است؛ هرچند ممکن است روش های دیگری مانند یک سازوکار مستقل از قیمت های قراردادی بین طرفین توافق گردد. گرچه استفاده از روش قیمت های منضم به پیمان برای ارزیابی مالی تغییرات روشی ساده است، لیکن ممکن است ریسک هایی را برای طرفین قرارداد به همراه داشته باشد. احتمال دارد پیمانکار در زمان پیشنهاد قیمت برای آیتم های موضوع قرارداد در زمان مناقصه دچار اشتباه شده، قیمت های پایین تری را پیشنهاد نماید. یا ممکن است به صورت عمدی قیمت را برای آیتم هایی که احتمال افزایش مقادیر آنها وجود دارد، بالاتر پیشنهاد دهد که این خود یک ریسک برای کارفرما محسوب می شود که البته با توجه به توافق صورت گرفته در قرارداد امکان تغییر یکسویه این نرخ ها وجود نخواهد داشت؛ مگر با تراضی طرفین. در دعوی *Henry Boot Construction Ltd v. Alstom Combined Cycles Ltd* قاضی پرونده علی رغم اینکه قیمت درج شده در شکست منضم به

پیمان بسیار بالا بود و کارفرما تقاضای تعدیل آن را داشت، به ارزیابی کار اضافه مطابق قیمت قراردادی حکم داد (Keith pickvance, 2005: 134). بنابراین، وجود یک سازوکار مستقل از قیمت‌های قراردادی برای ارزیابی مالی تغییرات این ریسک را کاهش می‌دهد. این موضوع در سند راهنمایی که برای قراردادهای نمونه مهندسی و ساخت مؤسسه NEC تهیه شده، مورد تأکید قرار گرفته است که بر این اساس، هزینه کارهای تغییر یافته بر مبنای هزینه‌های واقعی پرداخت شده از سوی پیمانکار به علاوه مقدار مشخصی بالاسری تعیین خواهد شد و نه قیمت‌های منضم به قرارداد. در خصوص کارهایی که در قرارداد به جهت نبود آیت مشابه، فاقد قیمت قراردادی است، بایستی از روش‌هایی همچون آنچه در شرایط عمومی قراردادهای NEC بر اساس هزینه‌های انجام شده به علاوه با ضریب مشخص بالاسری وجود دارد، بهره برد؛ آن گونه که یک روش مشابه در ماده ۲-۵۶ شرایط عمومی پیمان EPC برای کارهای صنعتی (موضوع نشریه شماره ۵۴۹۰، ابلاغی سازمان برنامه و بودجه کشور) و یا ماده ۹-۴-۳ شرایط عمومی قراردادهای JCT وجود دارد.

نکته قابل توجه دیگر در این خصوص این است که احتمال دارد یک مناقصه‌گر پیشنهاد قیمتی خود را در زمان مناقصه بر اساس مقادیر هر آیت که مورد درخواست مناقصه‌گذار در اسناد مناقصه بوده است، اعلام نماید، لیکن پس از برنده شدن در مراحل نهایی مذاکرات درصد معینی را از قیمت کل قرارداد به مناقصه‌گذار تخفیف دهد. این امر به آن معناست که مجموع قیمت آیت‌ها در ساختار شکست قیمت قرارداد بیشتر از قیمت کل قرارداد خواهد شد و این موضوع نحوه محاسبه کارهای افزایش یا کاهش یافته را با این پیچیدگی و اشکال مواجه خواهد نمود که آیا مبلغ تخفیف داده شده به تناسب در قیمت کل آیت‌ها سرشکن می‌شود یا مبلغ کاهش یافته مربوط به یک یا چند آیت معین است.

محاسبه آثار مالی تغییرات صرفاً ناظر به افزایش کار نیست، بلکه ممکن است تغییرات شامل برجیدن کارهایی باشد که قبلاً ساخته شده‌اند، یا بازسازی کارهای انجام شده و یا نصب مجدد اقلام به عنوان بخشی از اجرای طرح اصلاح شده، باشد. در این صورت، ارزیابی آثار مالی چنین تغییراتی که دارای آیت مشابه قیمتی در قرارداد نیستند بسیار سخت و محل اختلاف بین طرفین خواهد بود. در دعوی *MT Højgaard A/S (Respondent) v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another (Appellants)* که بر اساس اسناد منتشر شده در زمان مناقصه، پیمانکار مکلف بود کارهای مربوط به طراحی، ساخت و نصب پایه‌های دو توربین بادی را که در دریا باید نصب می‌شدند مطابق الزامات مشخص شده از سوی کارفرما به انجام رساند. این الزامات به صورت حداقلی بیان شده، در آن به استانداردهای موجود و سندی به نام J101 ارجاع شده بود، که این سند فرمول‌های ریاضی خاصی را برای محاسبه استحکام سازه ارائه می‌کرد. در یکی از این فرمول‌ها عامل تغییرات به مقدار مشخصی به عنوان ضریب تعریف شده بود که بررسی بعدی نشان داد که مقدار معین شده برای ضریب اشتباه است.

این خطا به این معنی بود که استحکام سازه‌های فونداسیون بیش از حد برآورد شده بود. پس از این اتفاق، طرفین بر انجام کارهای اصلاحی توافق کردند و کارفرما با صدور ابلاغیه کاهش کار خود، به تأمین پایه‌های یادشده اقدام نمود. لیکن سؤال اصلی این بود که چه کسی باید هزینه‌های مربوط به این اصلاحات را متحمل شود؟ پیمانکار مدعی بود که مهندسی صورت گرفته بر اساس سند ارائه شده از سوی کارفرما در الزامات فنی مربوطه بوده است. این موضوع در حالی بود که در ماده ۱-۸ قرارداد مربوطه تصریح شده بود که پیمانکار بایستی کارهای موضوع قرارداد را به نحوی انجام دهد که مناسب با هدف قرارداد باشد. دادگاه بدوی عبارت «مناسب بودن برای هدف قرارداد» را این گونه تفسیر کرد که طراحی صورت گرفته از جانب پیمانکار بایستی مطابق الزامات کارفرمایی باشد و از آنجایی که در این الزامات تصریح شده است که «این پایه‌ها باید برای یک دوره بیست ساله تضمین شده، کارکرد مناسب داشته باشند»، و چون این کارکرد در آنها وجود نداشت، پیمانکار را مسئول شناخت. دادگاه تجدیدنظر در نقطه مقابل این گونه استدلال کرد که بین بخش‌های الزامات کارفرمایی و مفاد سایر شرایط قرارداد تعارض و ناسازگاری وجود دارد و حکم نمود که مفاد سایر شروط قرارداد مقدم است و حکم به مسئولیت کارفرما داد. در اعتراضی که در مرحله فرجام‌خواهی صورت گرفت، دیوان عالی انگلستان این گونه حکم داد که سازگار نمودن شرایط ظاهراً ناسازگار قرارداد با یکدیگر و تأثیر هم‌زمان آنها بر تعهدات قراردادی، بایستی با ارجاع به اصول عمومی تفسیر قراردادها، مورد تحلیل و تفسیر قرار گیرد. دیوان عالی این گونه استدلال خود را تکمیل نمود که محاکم عموماً تمایل دارند کالای تولیدشده را دقیقاً با معیارهای تعیین شده قراردادی اجرا نمایند، حتی اگر مشتری یا کارفرما طرح مربوط به آن را مشخص یا تأیید کرده باشد. بنابراین، به طور کلی، از پیمانکار انتظار می‌رود که ریسک مربوط به طراحی کار توافق شده را بپذیرد؛ هرچند نتوان از برآورده نمودن معیارهای قراردادی به جهت غیرقابل اجرا بودن آنها باشد. در نهایت دادگاه با توجه به فقدان یک نرخ معین قراردادی برای کارهای کاهش یافته، مجبور به استفاده از روش‌های محاسباتی بر اساس قیمت واقعی شد و همچنین هزینه‌هایی را که برای کارفرما و پیمانکار در نتیجه این تغییر حادث شده بود، مورد محاسبه قرار داد.

در قراردادهای طرح و ساخت که موضوع محوری این مقاله است، محاسبه تغییرات از لحاظ مالی پیچیدگی‌های بیشتری خواهد داشت، زیرا ممکن است کارفرما در راستای دستیابی به الزامات معین شده در قرارداد دستورهایی را به پیمانکار بدهد که صرف‌نظر از تغییر در مقادیر کارهای موردنیاز بایستی از سوی پیمانکار اجرا گردد، چراکه ماهیت این قرارداد به نتیجه رساندن کارهای در تعهد وی است؛ صرف‌نظر از اینکه این امر موجب افزایش یا کاهش مقادیر کارها گردد. در نقطه مقابل، پیمانکار نیز ممکن است کارهای موردنیاز را به نحوی مهندسی نماید که با ارزان‌ترین و ساده‌ترین طرح، خواسته‌های کارفرما را اجابت کند (برای ملاحظه بیشتر این موضوع، ر.ک. شماره ۲ مقاله)

۵.۳. ارزیابی آثار زمانی تغییرات

تغییر در کارهای موضوع قرارداد ممکن است منجر به این شود که تعهدات قرارداد که در زمان اولیه تعیین شده بود، به سرانجام نرسد. در چنین وضعیتی مدت زمان قرارداد بر اساس سازوکارهای مشخص شده قراردادی و یا قوانین و مقررات حاکم بر آن قابل تعدیل خواهد بود. این موضوع حتی اگر در شروط صریح قراردادی ذکر نگردد، به عنوان یک شرط ضمنی قابل استناد و عمل خواهد بود. مقطع زمانی تغییرات صورت گرفته در شرح کار قرارداد نیز عامل مهمی در خصوص آثار زمانی آن است؛ به نحوی که اگر تغییر قبل از انجام کارهای مربوط به طراحی آن قسمت باشد، آثار آن بسیار کمتر خواهد بود و در صورتی که تغییرات ابلاغ شده پس از انجام کارهای طراحی و مهندسی باشد، ممکن است بر طراحی تفصیلی و خرید تجهیز و یا کالای مورد نظر مؤثر واقع شده و آثار زمانی زیادی را به دنبال داشته باشد. در این وضعیت علاوه بر هزینه‌های تغییر در کارها ممکن است به جهت دیر اعلام شدن تغییرات از سوی کارفرما هزینه‌های دیگری به پیمانکار - علاوه بر هزینه‌های مستقیم تغییرات - تحمیل شود که قابل جبران خواهد بود. مطابق فرمت اکثر قراردادهای نمونه، کارفرما مستحق ابلاغ دستور تغییر کار تا قبل از صدور گواهی تحویل است. در قراردادهای نمونه طرح و ساخت و کلید در دست مؤسسه فیدیک آثار زمانی ناشی از تغییرات ابلاغ شده از سوی کارفرما در مواد ۴-۸ و ۳-۱۳ شرایط عمومی مورد پیش‌بینی قرار گرفته است.

در خصوص آثار زمانی تغییرات، طبیعی است که در صورت پذیرش اصل تغییر بایستی آثار زمانی آن نیز در قالب مجاز تلقی نمودن تأخیرات صورت گرفته انجام شود. این موضوع در ماده ۱-۱-۶۴ شرایط عمومی نشریه ۵۴۹۰ سازمان برنامه، بند اول ماده ۴-۸ شرایط عمومی کتاب‌های زرد و نقره‌ای مؤسسه فیدیک و ماده ۱-۲۶-۲ شرایط عمومی قرارداد طرح و ساخت JCT مورد تأکید قرار گرفته و دلالت بر مجاز تلقی نمودن تأخیرات ناشی از تغییرات داشته، آن را به عنوان عاملی برای تمدید مدت قرارداد لحاظ می‌نماید. آثار مالی تمدید مدت قرارداد (به غیر از آنچه اثر مالی خود تغییر بوده و در مطالب قبلی مورد بحث قرار گرفته است)، مانند هزینه‌های ناشی از تطویل پروژه نظیر هزینه‌های سربار کارگاه، ستاد، تمدید بیمه‌نامه‌ها، تضامین قراردادی و...، بایستی مطابق بخشنامه‌های موجود و درصدهای مربوط به آنالیز بالاسری از سوی پیمانکار از کارفرما مورد مطالبه قرار گیرد.

۶. نتیجه‌گیری و پیشنهادها

تغییرات ایجاد شده در طول اجرای پروژه‌های مختلف و به‌طور خاص در قراردادهای EPC و طرح و ساخت، معلول عوامل مختلفی است. این عوامل به سبب عدم دقت در مطالعات اولیه پروژه از سوی مشاور کارفرما و یا تغییر وضعیت جغرافیایی محل اجرای قرارداد و... حادث می‌گردد. لزوم استفاده از تیم یکپارچه حقوقی، مالی، فنی و بازرگانی در زمان ارجاع کار می‌تواند در شناسایی هرچه بیشتر عوامل و تدقیق در اسناد مبنای

ارجاع کار بسیار مؤثر و راهگشا باشد. الزامات کارفرمایی در قراردادهای به‌عنوان الگوی پایه‌ای برای پیمانکار برای انجام کارهای مهندسی و سپس تأمین، نقش محوری در تعیین آثار مالی و زمانی تغییرات خواهد داشت. در قراردادهای EPC و طرح و ساخت، با توجه به ماهیت قرارداد و مسئولیت‌های پیمانکار در خصوص طراحی و مهندسی، تشخیص این امر را بسیار پیچیده نموده و ممکن است در مورد اصل تحقق و یا عدم تحقق تغییر بین طرفین اختلاف نظر وجود داشته باشد. تعارض بین الزامات کارفرمایی و مفاد شرایط عمومی و خصوصی قرارداد این سؤال را ایجاد خواهد کرد که مفاد کدامیک مقدم خواهد بود. در رویه‌های محاکم که در متن مقاله مورد بررسی قرار گرفت، برخی اولویت را به الزامات کارفرمایی، و برخی به مفاد قرارداد داده‌اند. برخی نیز سعی در جمع مفاد هر دو نموده، به نحوی که تعهدات صریح در قرارداد با سایر اسناد قراردادی و اصول عمومی تفسیر قراردادها سازگار باشد. نبود رویه قضایی در دسترس در ایران، تحلیل این موضوع و افزودن به ادبیات حقوقی را با مشکل جدی مواجه کرده است. محرمانه بودن رسیدگی‌های شورای عالی فنی (سازمان برنامه و بودجه کشور) و عدم افشا و انتشار آنها برای بهره‌برداری علمی از سوی محققان، عاملی است که این وضعیت را تشدید کرده است. الگوپردازی و بعضاً ترجمه از قراردادهای نمونه (مانند قراردادهای نمونه مؤسسه فیدیک و یا JCT) از سوی سازمان برنامه در راستای عمل به تکلیف مقرر در ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ برای ابلاغ قراردادهای نمونه به دستگاه‌های اجرایی، هرچند گامی است ستودنی برای همگام‌سازی قراردادهای مورد استفاده در صنعت کشور با نمونه‌های بین‌المللی، لیکن این ترجمه صرف ممکن است با مبانی حقوقی ایران سازگاری تام نداشته باشد و مرجع رسیدگی‌کننده را با مشکلاتی همچون موضوعات و نهادهای حقوقی تعریف نشده مواجه نماید که نتیجه آن چیزی جز تصمیم غیرواقعی و غیرمنطبق بر مقصود اصلی طرفین قرارداد نخواهد بود.

پیشنهاد می‌شود دستگاه‌های ذی‌ربط در زمان ارجاع، با انجام مطالعات کافی و به‌کارگیری مهندسان مشاور مجرب و زبده، سیمای قطعی‌تری از پروژه مورد درخواست خود را به مناقصه‌گران ارائه نمایند تا با حدوث تغییرات ناشی از مطالعات ناقص، طرفین را با مشکلات مالی و زمانی مواجه ن سازند؛ این امر میسر نخواهد شد جز از طریق استفاده از فرایندهای مشخص ارجاع کار و الگوهای قراردادی کامل که با مبانی نظام حقوقی ایران سازگاری داشته باشد.

منابع

الف) فارسی

۱. دارایی، مریم (۱۳۹۵). بررسی ابعاد حقوقی تغییر مقادیر و احجام شرح کار پیمان در قراردادهای (ای‌پی‌سی) پروژه‌های نفت و گاز. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز. دانشگاه تهران.
۲. صابری، روح‌الله (۱۳۹۵). مسئولیت ناشی از عیب طراحی و ساخت در قراردادهای کلید در دست و EPC.

- تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. ضوابط اجرایی روش طرح و ساخت غیرصنعتی (۱۳۸۴). تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی وقت، معاونت امور فنی.
۴. ضوابط اجرایی روش طرح و ساخت، در پروژه‌های صنعتی (۱۳۸۰). نشریه ش ۵۴۹۰. تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، چاپ پنجم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. چاپ اول. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

(ب) انگلیسی

- Chappell, David (2011). *Building Contract Claims*, Fifth Edition, UK, Wiley-Blackwell.
- Conditions for Contract for Plant and Design and Built* (1999). First Edition, International Federation of Consulting Engineering, Switzerland.
- Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* (1999). First Edition, International Federation of Consulting Engineering, Switzerland.
- Daraie, Maryam (2016). *Legal Basics for Variations in EPC Contracts in Oil and Gas Construction*, LLM Thesis in the Field of Oil and Gas Law, University of Tehran ([In Persian](#)).
- Drennon Constr. & Consulting, Inc. v. Dep't of the Interior*, C.B.C.A. Case No. 2391, 13-1 B.C.A.
- Dugan & Meyers Construction Co., Inc. v Administrative Services* 162 Ohio App.3d 491,2005-Ohio-3810, 834 N.E.2d
- Executive regulations of Non-industrial Design and Built method* (2004). Tehran, Organization of Time Management and Planning, Vice-Chancellor of Technical Affairs ([In Persian](#)).
- Executive regulations of the Design and Built method, in industrial projects* (Publication No. 5490) (2001). Tehran, Iran's Planning and Management Organization ([In Persian](#)).
- Golden, K. C., & Thomas, J. W. (1995). *The Spearin doctrine: The false dichotomy between design and performance specifications*. *Public Contract Law Journal*, 25(1), 47-68.
- Henry Boot Construction Ltd v. Alstom Combined Cycles Ltd* [2000] BLR 247
- Joseph A; Cleves, Ji; Richard G Meyer, *No-Fault Construction's Time Has Arrived*, Published in *the construction Lawyer*. Volume 31, No 3, Summer 2011 e 2011 by the American Bar Association.
- Katouzian Nasser (2007). *General rules of contracts*, second volume, fifth edition, Tehran, Sahami Enteshar Press ([In Persian](#)).
- Keith pickvance (2005). *Delay and Disruption in Construction Contracts*, Third Edition, UK, Informa Professional.
- KiSKA Constr. Corp.-USA v. Wash. Metro. Area Transit Auth.*, 540 U.S. 939, 124 S. Ct. 226, 157 L. Ed. 2d 252 (2003).

15. Lien, J. A. & Rose, J. (2017). *Design-build, performance specifications, and spearin: How modern trends in project delivery have impacted contractor's defenses*. *Construction Lawyer*, 37(3), 6-37.
16. McLaughlin, L. P. & Rothman, S. E. (2015). *When spearin won't work: How contractual risk allocation often undermines this landmark ruling*. *Construction Lawyer*, 35(3), 39-46.
17. METCALF CONSTRUCTION COMPANY, INC. v. USA, No. 1:2007cv00777 - Document 143 (Fed. Cl. 2012)
18. Michael Sergeant & Max Wieliczko (2014). *Construction Contract Variations*, First Edition, UK: Informa Law from Routledge.
19. MT Højgaard A/S (Respondent) v E. ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another (Appellants), [2017] UKSC 59.
20. Nancy W. Greenwald (2010). *An Assault on the Spearin Doctrine: How AIA A201-2007 Shifts the Risks for Design Defects to the Contractor*, *Virginia Lawyer* | October 2010, Vol. 59, 33-37.
21. Rohr, N. (2000). *Sole Discretion Revisited: WMC Resources Ltd Leighton Contractors Pty Ltd (1999) WASCA 10*. *University of Notre Dame Australia Law Review*, 2, 77-80.
22. Saberi, Ruhollah (2015). *Liability due to design and construction defects in turnkey and EPC contracts*, Tehran, Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research (In Persian).
23. Sarah Lupton (2013). *Cornes and Lupton's Design Liability in the Construction Industry*, Fifth edition, United States, John Wiley & Sons, Inc.
24. T. J. Kelleher, T. E. Abernathy, H. J. Bell and S. L. Reed (2010). *Smith, Currie & Hancock's Federal Government Construction Contracts A Practical Guide for the Industry Professional*, Second Edition, United States, John Wiley & Sons, Inc.
25. Vahdati Shobeiri, Seyyed Hassan (2000), *The Unknow Subject of the Transaction*, first edition, Qom, Qom Islamic Propaganda Office Publishing Center (In Persian).
26. WMC Resources Ltd v. Leighton Contractors Proprietary Ltd (2000) TCLR 1.
27. Zinger Construction Co., Inc., v. the United States, 807 F.2d 979 (Fed. Cir. 198