

CONTENIDO

- 1 Cláusulas escalonadas en contratos de obra pública en México – ¿sistema o patología?
- 5 Cuantificación de Daños por Obstrucciones de Trabajo
- 8 La Visita al Sitio
- 10 Plain Talk about Large Construction Project Disputes

- 1 Latin Lawyer 250, Latin America's leading business law firms, www.LatinLawyer.com.
- 2 Dictamen de COMPROMEX del 29 de abril de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio de 1997, p.12 ss.
- 3 Entre otros, Wöss, *Herfried*: Die Anwendung des UN-Kaufrechts durch Gerichte und Schiedsgerichte in Mexiko, en: *Rechtliche Aspekte des Außenhandels zwischen Deutschland, Mexiko und Argentinien*, Roland Bomhard/Heinrich Dörner (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1998, p.43–54; Garro, *Alejandro M.*: The U.N. Sales Convention in the Americas: Recent Developments, 17 *Journal of Law & Commerce* (1998) p.219, 222–223.
- 4 Véase *The Dispute Resolution Board Forum Newsletter*: Spotlight on the DRBF's Representative in Mexico, May 2007, p.8–9; Wöss, *Herfried*: Páneles de Adjudicación de Controversias, "Una Retrospectiva", ICC México, Pauta 50, Junio 2006, p.12–20.
- 5 Wöss, *Herfried*: Consolidation of Arbitration Proceedings and Joinder of New Parties under the ICC Rules, IBA Arbitration Committee Newsletter, September 2005, p.55–58.

© Dr. Lic. Herfried Wöss
WÖSS & PARTNERS, S.C.
hwoess@woessetpartners.com

El Dr. Herfried Wöss es un abogado con formación multi-jurisdiccional en Austria, Inglaterra, Bruselas (Servicio Legal de la Comisión Europea) y en México (Licenciado en Derecho de la UNAM); ha actuado como abogado de parte, árbitro y panelista en procedimientos arbitrales y pre-arbitrales. Entre otros, es "rapporteur" del Sub-Comité de Solución de Controversias del Comité Internacional de Proyectos de Construcción de la Barra Internacional de Abogados, socio (Fellow) del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional (ACICA), miembro del Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb.) y

Solución de Controversias en Proyectos de Infraestructura Dispute Resolution in Infrastructure Projects

En 1995 se inició la práctica de arbitraje y solución de controversias de lo que hoy es Wöss & Partners, S.C.¹, con un procedimiento de dictamen ante la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX) en el caso de La Costeña, S.A. de C.V. (México) vs. Lanin, S.A. (Argentina)/Agroindustrial Santa Adela, S.A. (Chile)², mismo que fue comentado en diversas revistas internacionales³.

A partir de 1997, entramos en los primeros grandes proyectos de infraestructura como las licitaciones públicas para las plantas termoeléctricas Río Bravo y Hermosillo y la planta hidroeléctrica Chicoasen. En 1999 creamos el primer "dispute board" en México⁴ y en 2002 organizamos el primer seminario sobre este tema junto con el Centro de Arbitraje de México y el Banco Mundial.

En los últimos años hemos llevado a cabo procedimientos arbitrales y pre-arbitrales complejos⁵ relacionados a temas como acumulación de procedimientos arbitrales, medidas cautelares pre-arbitrales, arbitraje y concurso mercantil, arbitraje y juicios paralelos, etc.

Para reforzar y profundizar nuestra práctica de solución de controversias, Wöss & Partners, S.C. inició hace unos meses una alianza estratégica con Coppermine Consulting Ltd., una empresa de ingeniería y consultoría con oficinas en México, para ofrecer servicios conjuntos de manejo de contratos, manejo de reclamos, peritajes, "dispute boards" y arbitrajes.

Coppermine Consulting Ltd. brinda dentro de esta alianza su experiencia en la ejecución de proyectos y la preparación de reclamos derivados de las pérdidas causadas y no subsanadas por el cliente, dentro de los cuales destacan algunos de los más importantes proyectos de construcción en México, los cuales incluyen refinерías, oleoductos, plantas de energía y sistemas de transporte público.

Para este "Newsletter" invitamos a amigos, abogados e ingenieros para desarrollar temas no frecuentemente vistos, y analizarlos desde el punto de vista de su especialidad. Cabe mencionar que los comentarios y opiniones presentados en dicho Newsletter son responsabilidad de cada autor participante.

Cláusulas escalonadas en contratos de obra pública en México – ¿sistema o patología?

1. Introducción

En el presente artículo, el autor examina algunos aspectos de un ejemplo de una cláusula escalonada de solución de controversias de entidades públicas mexicanas, como es la de los contratos de obra pública financiada de la Comisión Federal de Electricidad ("CFE"). El análisis exhaustivo de cualquier cláusula de solución de controversias y la toma de las precauciones y estrategias correspondientes es deber fundamental de cualquier abogado, perito, panelista o árbitro para evitar resultados nocivos.

2. Solución de Controversias en Contratos de Obra Pública Financiada

Un típico contrato de obra pública financiada de la CFE establece un sistema "escalonado" de solución de controversias, que generalmente consiste en: (1) Negociaciones amigables en el Comité Consultivo, (2) peritaje para la resolución de "diferencias en materia técnica" ("Perito Independiente") y (3) arbitraje para desavenencias distintas a las controversias técnicas.

del panel de árbitros internacionales del Centro Internacional para la Solución de Disputas ("ICDR" por sus siglas en inglés), representante de México ante la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), candidato para panelista de varios paneles del Capítulo XIX TLCAN, así como miembro del Comité Arbitral del Centro de Arbitraje de México y de la Comisión de Arbitraje de la CCI y de la CCI México.

Recientemente integró un equipo multidisciplinario con un despacho internacional de ingeniería para profundizar sus actividades de manejo de reclamos, procedimientos periciales, "dispute boards" y arbitrajes complejos.



Dr. Lic. Herfried Wöss

Los comentarios y opiniones contenidos en este Newsletter, son para fines académicos solamente, y no representan ninguna opinión o posición del autor o de cualquiera de sus clientes en cualquier procedimiento o asunto en el que haya estado, esté o pueda llegar a estar involucrado en un futuro. El presente tiene el objeto de contribuir al mejoramiento de sistemas de solución de controversias en México y a la reducción de gastos y costos relacionados con tales controversias, para propiciar la aplicación del ahorro en más obras de infraestructura en este país.

2.1. Negociación

El Comité Consultivo se deberá reunir dentro de un plazo normalmente no mayor de 5 días a partir de la solicitud de cualquiera de las partes, para "discutir y resolver de buena fe y puntualmente todas las controversias técnicas, financieras o administrativas relacionadas con la implementación del Proyecto dejando constancia por escrito." Lo anterior es sin perjuicio a lo dispuesto para el procedimiento pericial o arbitral. Lo que llama la atención es que esta cláusula no se refiere a controversias de índole jurídico, como puede ser una cuestión de calificación de un acontecimiento como fuerza mayor o la interpretación de disposiciones contractuales.

Por lo anterior, si una controversia no se resuelve a través de negociaciones amistosas por el Comité Consultivo, deberá iniciarse un procedimiento pericial o arbitral, según se describe a continuación.

2.2. Peritaje

2.2.1. Cláusula típica

La cláusula "Perito Independiente" del Contrato de Obra Pública Financiada señala:

"Las partes deberán hacer un esfuerzo por resolver de común acuerdo sus diferencias en materia técnica relacionadas con este Contrato. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en relación a disputas relativas a tales materias (incluyendo sin limitación, en relación con el cumplimiento o incumplimiento de las Especificaciones del Contrato o en relación con si un retraso en las Obras es atribuible a un Caso Fortuito o Fuerza Mayor o a causas imputables a la Comisión o respecto a cualquier controversia relacionada con la determinación del Valor de Terminación), las partes deberán presentar dicha disputa a un Perito Independiente. La parte que decida someter un asunto a la decisión de un Perito Independiente (la "Parte Reclamante") notificará a la otra parte (la "Parte Defensora"), proporcionando tres candidatos de la lista que se incluye en el Anexo para que la Parte Defensora seleccione de esos candidatos al Perito Independiente dentro de los 15 Días siguientes a que reciba dicha notificación, en la inteligencia de que en caso de que la Parte Defensora no seleccione el Perito Independiente dentro del plazo establecido, la Parte Reclamante podrá designar al Perito Independiente de entre los tres candidatos contenidos en la notificación y notificará dicha designación a la Parte Defensora. Cada parte pagará sus propios costos en relación con este procedimiento y los servicios del Perito Independiente deberán ser cubiertos por la Comisión y por el Contratista en partes iguales. Dentro de los 30 Días siguientes a la notificación de que una disputa ha sido turnada a la revisión del Perito Independiente, cada parte proporcionará a éste la información que posea en relación al asunto en controversia. El Perito Independiente podrá convenir una o varias reuniones con las partes (conjuntamente) para establecer los puntos específicos en controversia y podrá requerir la información suplementaria que resulte necesaria. El Perito Independiente deberá emitir su decisión dentro de los 45 Días siguientes a los 30 Días para recabar información, a menos que las partes acuerden lo contrario. La decisión del Perito Independiente será final y obligatoria para las partes, excepto en caso de irregularidades en la designación del Perito Independiente, fraude, mala fe o error manifiesto, siempre que se refiera única y exclusivamente a la cuestión pericial que le hubiera planteado al Perito Independiente. ..."
(Énfasis añadido)

Esta cláusula merece algunos comentarios:

2.2.2. Alcance

De una lectura inicial de la cláusula transcrita, cabe mencionar que el término "desavenencia técnica" no está definido en el Contrato. Aparentemente, desavenencia "técnica" es algo diferente de una desavenencia "financiera", "administrativa" o "jurídica".

Sin embargo, la cláusula sobre la aceptación provisional de la obra establece que para el caso de que (1) la CFE no esté de acuerdo con el cumplimiento de las condiciones para emitir el finiquito y el Certificado de Aceptación Provisional, y (2) la disputa no se resuelva en un periodo de 14 días a partir de la notificación de la CFE (de la negación del Certificado de Aceptación Provisional), tal disputa será resuelta por el Perito Independiente. Lo mismo se aplica si la CFE no emite el Certificado de Aceptación Final.

Eso significa que, en el caso de que la CFE no emita tales certificados en los plazos establecidos en el Contrato, el camino a seguir es un peritaje, independientemente de la calificación de la disputa como "técnica" o "jurídica". Lo mismo es válido para el caso de

Fuerza Mayor, que más bien parece ser un problema de verificación de supuestos jurídicos que una cuestión técnica.

Finalmente, la cláusula en cuestión no establece regla alguna sobre el acta de misión del perito que es importante para establecer el alcance del peritaje.

2.2.3. Selección del Perito Independiente

En el Contrato se establecen como candidatos a Peritos Independientes varias compañías de ingeniería o consultoría como instituciones nominadoras pero no los peritos que realmente dirigirán el peritaje, lo que crea un elemento de incertidumbre en cuanto al nombramiento del perito y puede retrasar el nombramiento del perito que dirige el procedimiento pericial.

2.2.4. Plazo para el peritaje

A su vez, el plazo del peritaje no parece estar claramente definido, ya que, aparentemente empieza a correr al momento de la “*notificación de que una disputa ha sido turnada a la revisión del Perito Independiente*”, sin indicar a quién y cuándo se notifica. Las únicas notificaciones a que se refiere la cláusula antes citada son la propuesta de tres candidatos para el Perito Independiente y la designación de uno de ellos como Perito Independiente. Si bien es cierto que las partes deberán presentar la disputa al Perito Independiente no se establece un procedimiento al respecto.

2.3. Arbitraje

La cláusula arbitral arriba mencionada establece que:

“Todas las desavenencias que surjan en relación con el presente Contrato, distintas a las controversias técnicas que se resolverán de conformidad con la cláusula anterior, deberán ser resueltas exclusivamente y definitivamente de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros; en su caso, el tercer árbitro será nombrado por las partes o por los árbitros ya nombrados, y a falta de acuerdo, por la Corte de Arbitraje. La Ley Aplicable al fondo del arbitraje, y por supletoriedad al procedimiento en lo que fuere omiso el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, será la estipulada en la cláusula correspondiente. El proceso arbitral será confidencial y cualquier persona que participe en el mismo deberá guardar reserva. Se entiende que el tribunal arbitral deberá aceptar como obligatorias las determinaciones, si las hubiere, del Perito Independiente respecto de aspectos técnicos dentro de su competencia, si no hubiere irregularidades en la designación del mismo, error manifiesto, fraude o mala fe, pero el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para determinar si el Perito Independiente actuó dentro del alcance de su competencia o si existe error manifiesto, fraude o mala fe en sus determinaciones. (Énfasis añadido)

2.3.1. Arbitraje vs. Peritaje

De acuerdo con la cláusula antes citada, el tribunal arbitral no tiene competencia para resolver sobre controversias técnicas, mismas que, sin duda, pueden ser desavenencias jurídicas o de otra índole como se ha demostrado arriba. Sin embargo, a su vez, el tribunal arbitral debe “*aceptar como obligatorias las determinaciones del Perito Independiente ... dentro de su competencia*”.

De cierta manera, parece que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción sobre los asuntos reservados al Perito Independiente como la verificación de los supuestos de fuerza mayor, que son cuestiones primordialmente jurídicas y no técnicas.

Al respecto es interesante que el Contrato defina como Evento de Incumplimiento el no acato de la determinación del Perito Independiente, por lo que surge la cuestión de quién juzga sobre tal incumplimiento, un tribunal arbitral que aparentemente no tiene la competencia para hacerlo, o un tribunal federal ante la clara limitación de la jurisdicción del tribunal arbitral, lo que parece absurdo.

Cabe mencionar que en los modelos de contrato como los *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*² de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, el incumplimiento con una decisión firme de un “dispute board”, limita la litis en el arbitraje subsiguiente al mero incumplimiento³. Sin embargo, el Contrato en comento no contiene una disposición de esa naturaleza.

² El llamado Libro Plateado de la FIDIC.

³ Cláusula 20.7 del Libro Plateado de la FIDIC.

Como se ha mencionado anteriormente, el tribunal arbitral debe aceptar como obligatorias las determinaciones del Perito Independiente, salvo en caso de: (i) irregularidades en la designación del mismo, (ii) exceso de su competencia, (iii) error manifiesto, o (iv) fraude o mala fe.

Los criterios aplicados para dejar sin validez las determinaciones del Perito Independiente deberían ser como para cualquier otro juicio o peritaje, es decir, se deben regir por una valoración de pruebas, misma que realiza el Perito Independiente, sin resolver sobre las consecuencias jurídicas. El problema con el tipo de peritaje que nos ocupa es que incluye elementos jurídicos y de hetero-determinación que son vinculativos para el tribunal arbitral. En ese sentido, los criterios deberían ser semejantes a los que se aplican a sentencias arbitrales o judiciales, lo que es cierto para los primeros dos criterios que se mencionan a continuación, pero no para el tercero y el cuarto.

2.3.2. Irregularidades en la designación del Perito Independiente

Este supuesto es interesante, ya que la cláusula en comento no contiene reglas precisas con respecto a la designación del Perito Independiente. Mas bien, el Perito Independiente no es perito, sino una institución nominadora que a su vez escoge al perito que desahoga el procedimiento pericial.

2.3.3. Exceso de competencia

Debido a la falta de una definición clara del término “*controversias técnicas*”, cabe preguntarse cómo se determina fehacientemente la competencia de un perito en las áreas no expresamente mencionadas en la cláusula en cita. ¿Dónde empieza un problema de ingeniería en una turbina o cuándo inicia la labor jurídica en caso de fuerza mayor? El Contrato no parece dar una respuesta clara.

El exceso de competencia se da, entre otras, por dos razones: (a) consideraciones que exceden el marco de “aspectos técnicos” o los que se mencionan expresamente en la cláusula correspondiente; (b) demora en la resolución de la disputa. Al respecto, la Cláusula de “Perito Independiente” del Contrato establece que “*El Perito Independiente deberá emitir su decisión dentro de los 45 Días siguientes a los 30 Días para recabar información, a menos que las partes acuerden lo contrario.*” Sin embargo, como ya se ha mencionado, los plazos dependen de la “*notificación de que una disputa ha sido turnada a la revisión del Perito Independiente*”, para la cual no hay reglas precisas.

2.3.4. Error manifiesto

El *error manifiesto* no es una institución del derecho mexicano sino del angloamericano y parece utilizarse para anular decisiones de Peritos Independientes por falta de congruencia y defectos en la valoración de los hechos. En la práctica parece servir como instrumento para que los tribunales arbitrales recuperen su plena competencia y jurisdicción.

2.3.5. Fraude o mala fe

Este concepto parece no tener lugar para resoluciones jurisdiccionales y aparentemente incluye ineptitudes y hasta actos de corrupción del Perito Independiente.

2.4. Derecho aplicable al procedimiento arbitral

Llama la atención que la cláusula arbitral contiene una elección del derecho aplicable al “*fondo del arbitraje*”, realizando una referencia cruzada a la cláusula “Ley Aplicable”, que a su vez se refiere a la Ley de Obras Públicas, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Al respecto cabe preguntarse qué es una ley aplicable al fondo del arbitraje: a) la ley que se aplica al Contrato tal y como se estipula en la cláusula “Ley Aplicable”, o b) la ley que rige el procedimiento arbitral.

Para la primera alternativa basta la clara expresión en la cláusula “Ley Aplicable”, aunque la repetición se puede deber a un exceso en la redacción. En lo que se refiere a la segunda alternativa, hay una cierta contradicción entre el término “fondo” y “procedimiento”.

Tomando la segunda alternativa se llegaría al absurdo resultado de que se quiso excluir la aplicación del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, que rige el procedimiento arbitral, y en su lugar aplicar el marco jurídico arbitral establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Debe aclararse que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados no pretende regular el procedimiento arbitral, ni el ámbito de aplicación del procedimiento arbitral establecido en el Código de Comercio, por lo que prevalece lo dispuesto en el artículo 1415 del Código de Comercio que establece que *“Las disposiciones del presente Título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, ... salvo lo dispuesto ... en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje”*.

De acuerdo con el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, *“Los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad se regirán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral La Comisión podrá convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.”*

Por lo tanto, no hay duda que el marco regulatorio de la CFE no requiere la derogación del marco procesal para un arbitraje comercial, por lo que el Contrato no puede interpretarse de tal manera.

3. Recomendaciones

La cláusula de peritaje del contrato típico para obra pública financiada de la CFE no parece corresponder a sistemas modernos como es el Reglamento de Peritaje de la CCI en vigor desde el 1° de enero de 2003.

Con base en un análisis, aunque todavía superficial, se pueden detectar problemas de “sincronización” entre el peritaje y el procedimiento arbitral, ambigüedades y disposiciones poco entendibles que hacen el sistema de solución de controversias establecido en el Contrato de Obra Pública Financiada de la CFE sumamente ineficiente e ineficaz. Lo anterior tiene un potencial de incrementar innecesariamente los gastos y costos de controversias a cargo del erario.

Por lo tanto, se recomienda la aplicación de sistemas de solución de controversias más modernos como es la inclusión de un “dispute board” de la Cámara de Comercio Internacional⁴ en vez del procedimiento pericial combinado con una buena y sencilla cláusula de arbitraje, o bien adoptar el modelo FIDIC antes mencionado.

⁴ ICC Cámara de Comercio Internacional, Reglamento relativo a los Dispute Boards, vigente a partir del 1° de septiembre de 2004.

Ing. Thomas Pinter

© Coppermine Consulting Ltd.

thomas.pinter@cmconsulting.co.uk

Thomas Pinter, de origen alemán y ha trabajado desde hace 20 años en proyectos industriales internacionales tales como plantas de energía, oleoductos, refinerías, plantas de proceso químico, entre otros, y en el área de Project Management. Su formación académica es de ingeniero en instrumentación y control y sistemas de información.

Hace unos años se especializó con su compañía Coppermine Consulting Ltd. en el área de administración de contratos, resolución de disputas y reclamos y participó en importantes proyectos de infraestructura en México. La Compañía Coppermine Consulting cuenta con especialistas nacionales e internacionales prestando servicios de asesoría técnica y consultoría en proyectos.

Cuantificación de Daños por Obstrucciones de Trabajo

Introducción

Los Principales proyectos de Infraestructura -especialmente con las entidades públicas como la parte contratante- sufren regularmente de alguna forma obstrucción o interrupciones de los trabajos. Las clases o tipos comunes de tales obstrucciones o interrupciones son: retrasos en la entrega de permisos de trabajo (en campo), retraso en los tramites con las autoridades, comentarios continuos a la ingeniería por parte de los representantes del cliente, solicitudes de cambio de trabajos, indisponibilidad de áreas de trabajo (o áreas en operación), obstrucciones subterráneas, o -en general- discrepancias en las condiciones del sitio. El lector estará de acuerdo que hay una cantidad de clases de obstrucciones inimaginables, y que el contratista tiene derecho a reclamar daños para recuperar los costos adicionales incurridos, causados por estas obstrucciones; donde las opiniones regularmente difieren en como cuantificar los daños.

Como es hecha la cuantificación en Latinoamérica (y es aceptada por las entidades públicas)

El método de cálculo de cuantificación para obstrucciones/interrupciones más comúnmente usado en Latinoamérica esta basado en:

La duración de la interrupción multiplicada por la cantidad del personal afectado da como resultado la “pérdida” de horas-hombre. Con las horas-hombre establecidas el contratista negocia con el cliente las tarifas de horas del personal afectado; esta será la



Ing. Thomas Pinter

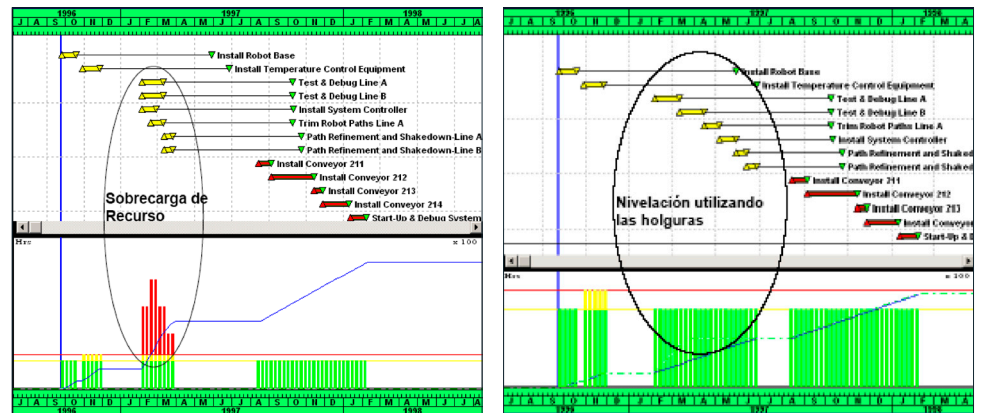
cantidad reclamada. Es afortunado (o ingenioso) quien localiza esas tarifas en alguna parte del contrato (como es usual en el caso de un contrato a precios unitarios). Y – eureka – el reclamo está listo.

Sin embargo, en la mayoría de los casos los contadores de los contratistas hallarán al final del proyecto que las pérdidas fueron de alguna manera más altas que la cantidad recuperada debido a las obstrucciones de trabajo. ¿Que sucedió?

Porqué el Metodo de Cuantificación basado en Eventos aislados no cubre todos los Daños causados al Contratista

El método basado en eventos aislados no considera los efectos totales en el proyecto y la asociación con los costos incurridos. Primero (si el reclamo no es acoplado con una relación de reclamo de extensión de tiempo de ejecución) el contratista es aún –a pesar de las obstrucciones y los retrasos relacionados– obligado a cumplir con la totalidad del programa de ejecución del proyecto y/o fechas críticas del proyecto, siendo esto simplemente por razones contractuales para evitar penalidades contractuales o no poner en peligro el programa de pagos y mantener positivo el flujo de dinero. Pero cumpliendo con la totalidad del programa de ejecución a pesar de las obstrucciones, es decir, que el contratista tiene que incrementar sus esfuerzos en las etapas de construcción atrasadas del proyecto y así mitigar los retrasos causados por las obstrucciones; en otras palabras: el contratista tiene que acelerar los trabajos retrasados. La aceleración, sin embargo, trae consigo un par de efectos que causan costos adicionales y estos costos de aceleración son todavía directamente relacionadas con las obstrucción original.

Una medida típica de aceleración pueden ser trabajos en tiempo extra, incremento de personal y/o apertura de frentes de trabajo adicionales; los efectos de tales medidas de aceleración son reconocidas internacionalmente: El contratista tiene una secuencia de trabajo y distribución de horas-hombre las cuales ya había establecido en una planeación optimizada de recursos (cuando entregó su propuesta), sin embargo, con las interrupciones se convierte en una reprogramación y redistribución de recursos no optimizado (ver figuras 1). El personal de la Contratista no será capaz de trabajar con la misma productividad tal como podría serlo en el supuesto caso de circunstancias planeadas. Trabajar con una pérdida de productividad significa simplemente ejecutar el trabajo planeado usando una mayor cantidad de horas-hombre. Por lo tanto esto se resume en pérdida de dinero para el contratista.



Figuras 01

Otros efectos de las obstrucción e interrupciones de trabajos son por ejemplo: la necesidad de reasignar trabajos a el personal en sitio, los esfuerzos para resolver la obstrucción de manera conjunta con el cliente por medio de supervisores de campo, larga y extensa re-ingeniería (ingeniería en campo), ejecución de trabajos no programados (e inesperados) o fuera del alcance del contratista, etc. Todas estas razones son usualmente las principales que provocan una pérdida de productividad.

Los costos causados por los efectos negativos de las medidas de aceleración o los esfuerzos para la resolución de las obstrucciones no son cubiertos en un método de cuantificación basado en eventos aislados. No es suficiente el contar el personal directamente afectado por la obstrucción y multiplicarlo por la duración y la tarifa de la hora.

Para cubrir todos los costos relacionados con las obstrucciones de trabajo, varios métodos de cuantificación son internacionalmente usados y aceptados.

Métodos de Cuantificación que cubren todos los Costos que provoca una Obstrucción de Trabajo

Factores comunes o estándar en la industria

Los factores estándar de la industria se basan en las experiencias de los contratistas internacionales y estudios realizados por universidades, instituciones, asociaciones de construcción etc. Los impactos en la productividad de una obstrucción típica, se resumen en una tabla (ver figura 2). Una obstrucción típica es causa de un impacto típico en la productividad que a su vez se refleja como una cifra porcentual (el factor estándar de la industria). Luego entonces el Contratista podrá aplicar los factores que son relevantes a las obstrucciones experimentadas. Los factores a aplicar pueden ser por ejemplo: Cambios en los alcances de trabajo (aplicando solamente los efectos de la productividad, no el valor del trabajo como tal), obstrucciones subterráneas o impactos típicos en la productividad causados por las medidas de aceleración, tales como sobrecarga de recursos laborales en el sitio, tiempos extras, turnos nocturnos, la reprogramación de trabajos, etc. El contratista podrá reclamar al cliente el valor monetario de la diferencia entre la productividad planeada (como un valor de 100%) durante la etapa de licitación y la productividad actual (que es menor de 100%, debido a las obstrucciones y sus efectos).

La figura 2 muestra un ejemplo proveniente de un estudio de la “Mechanical Contractors Association of America, Inc.”.

Factors Affecting Labor Productivity			
Factor	Percent of loss per factor		
	Minor	Average	Severe
REASSIGNMENT OF MANPOWER:			
Loss occurs with move-on, move-off men because of unexpected changes, excessive changes, or demand made to expedite or reschedule completion of certain work phases. Reparation not possible for orderly change.	5%	10%	15%
CREW SIZE INEFFICIENCY:			
Additional men to existing crews “breaks up” original team effort, affect labor rhythm. Applies to basic contract hours also.	10%	20%	30%

Figura 02

El método de la asignación de los factores estándar de la industria tiene sus limitaciones, especialmente cuando el proyecto o una obstrucción a investigar está fuera del estándar.

Método de la milla medida

El método de la milla medida compara el rendimiento de la productividad para un trabajo típico durante un lapso de tiempo que no es impactado por obstrucciones con el mismo tipo de trabajo durante el tiempo que es impactado por las obstrucciones de trabajo. Idealmente, durante el tiempo no impactado el contratista es capaz de trabajar al 100% y de lograr una productividad cercana al “1”. Cuando las obstrucciones inician a impactar los trabajos, la productividad del contratista usualmente decrece. Por el periodo de tiempo impactado debido a la obstrucción, la productividad es menor a “1”, el contratista reclamará la diferencia entre el rendimiento de la productividad actual y la productividad “1”. Este método tiene la ventaja obvia de que no depende de cifras teóricas. Sin embargo, el contratista debe demostrar que es capaz de archivar una productividad cercana al “1” dentro del proyecto cuando no es impactado por obstrucciones de trabajo.

La figura 3 demuestra un análisis basado en el Método de la Milla Medida.

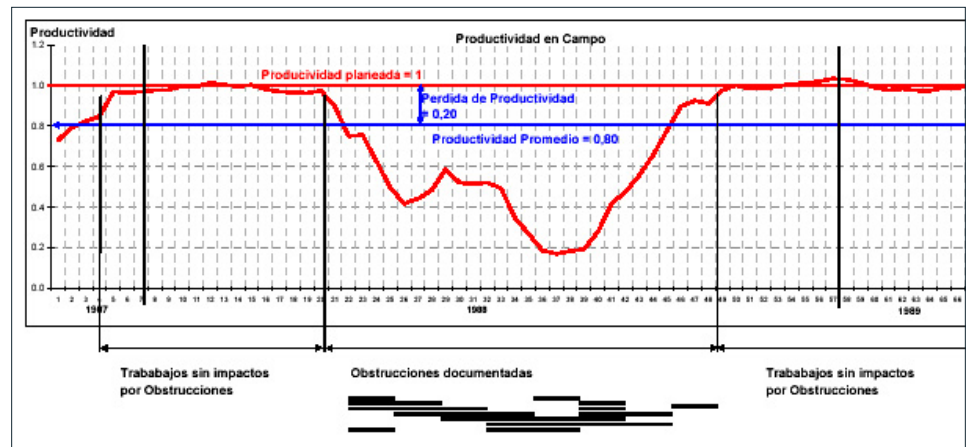


Figura 03

Planeado vs actual

El método planeado vs. actual es usado comúnmente para comparar la productividad planeada en la etapa de licitación con la productividad documentada durante la ejecución del proyecto. La precondition para este método es que el contratista y el cliente tengan el entendimiento de como fue planeada la productividad para la ejecución del proyecto. Este método es recomendado principal o especialmente para los contratos tipo precios unitarios, dado que este tipo de contrato usualmente contiene un catálogo de conceptos y de horas-hombre planeadas para ejecutar cada unidad de trabajo. Si, por ejemplo, un contratista planeó instalar un metro de tubería usando 10 horas-hombre, pero debido a obstrucciones este rendimiento sufre un incremento, tomándole ahora al contratista en promedio 15 horas-hombre para realizar esta actividad, entonces el contratista tiene el derecho de reclamar la diferencia de 5 horas hombre por metro de instalación de tubería.

Este método es recomendado para los contratos donde ocurren continuas obstrucciones provocadas por el cliente, sin que cada una de las obstrucciones sean documentadas en una forma que permita separar los cálculos. También, se recomienda usar este método para los casos cuando los trabajos para la realización de los cálculos de cada uno de los impactos y cada uno de los trabajos sean más que grandes esfuerzos (y costos) razonables.

Cobertura de Métodos de Cuantificación

Se tiene que decir que los métodos de cuantificación descritos son adecuados para el cálculo de los daños incurridos al contratista en el campo, es decir a la fuerza de trabajo productiva. Otro efecto de las obstrucciones es el retraso general del proyecto, lo cual impacta de manera negativa los costos totales para infraestructura y gerencia del proyecto en general. Para cuantificar estos daños se aplican otros métodos de cuantificación.

Ing. Ernst Hechenberger

© All rights reserved

Ernst.Hechenberger@siemens.com

El Ing. Ernst Hechenberger nació en Austria donde estudió Ingeniería Eléctrica en la HTBL en Saalfelden. Como director de proyectos y responsable del negocio eléctrico, de automatización y de instrumentación y control para España, Portugal, México y Centro América Cuenta con 25 años de experiencia en el área de

La Visita al Sitio

Introducción

En las licitaciones de proyectos de construcción o de la modernización de instalaciones existentes se acostumbra, previo a la firma del contrato, llevar a cabo una visita al sitio con los licitantes para familiarizarlos con las condiciones que les esperan en caso de ganar la licitación.

El propósito y alcance de esta visita en muchos casos se vuelve un tema de disputa durante la ejecución de los trabajos.

Sobre todo en proyectos de modernización o "retrofit" la decisión "donde empezar y donde terminar" puede ser muy difícil. Las incertidumbres en este tipo de licitaciones

energía. Su enfoque principal es el Contract Management y la resolución de controversias en el cual obtuvo un diplomado en arbitraje comercial, otorgado por el ITAM. Entre sus proyectos principales destacan las plantas nucleares Gundremingen, Grohnde (Alemania) y Trillo (España), plantas de desulfuración de humos, las termoeléctricas de CFE Manzanillo, Tuxpan, Lerdo y Rosarito, la planta IGCC Puertollano en España (ciclo combinado con gasificación de carbón y coque integrada) así como los proyectos de re-configuración de las refinerías de Cadereyta y de Madero de Petróleos Mexicanos.



Ing. Ernst Hechenberger

son muy altas para los licitantes, lo cual normalmente conlleva a un costo elevado en comparación con una construcción nueva. Es lógico que las expectativas del propietario también sean altas, debido al elevado precio pagado.

Una visita al sitio previo a la entrega de las propuestas tiene en general el propósito de proporcionar más claridad sobre las condiciones en el sitio y así reducir el riesgo y las reservas que los licitantes tengan que incluir en sus cálculos.

¿Pero qué son las condiciones en el sitio que los licitantes deben observar y tomar en cuenta en sus cálculos? Esta pregunta no es fácil de contestar y depende mucho del tiempo disponible para la visita. En cualquier caso, el objetivo de la visita debe ser definido por el propietario.

Tipos de Visitas

Los propósitos de las visitas al sitio deberían ser indicados en las bases de licitación y pueden ir de una simple familiarización sin influencia alguna sobre la definición del alcance hasta un levantamiento detallado con el propósito de definir los detalles del alcance.

Propósitos pueden ser entre otros:

- 1) Familiarización con las condiciones en sitio, como posibilidades de acceso, disponibilidad de insumos como luz, agua, aire comprimido, etc., topologías, entre otros.
- 2) Completar informaciones faltantes en las bases de licitación como medidas y distancias, interfaces, etc.
- 3) Levantamiento detallado con definición de elementos y componentes a sustituir, aclaración de interfaces, etc. en el caso de proyectos de modernización.
- 4) Estudios como del suelo y sub-suelo, nivel de seguridad (SIL-study), puntos de referencia para las pruebas de recepción, etc.
- 5) Levantamientos para corregir y completar la documentación existente del propietario.

La Ley de Obra Pública menciona la visita al sitio en los Artículos 31 y 33, pero solamente en relación con la fecha en la cual se llevará a cabo. Por el silencio en la ley sobre el propósito de la visita al sitio es preciso concluir que de este evento no se deriven derechos u obligaciones adicionales a los definidos en las bases de licitación. Lo único que pueda contraer alguna obligación adicional por lo observado en la visita es entonces lo pactado entre las partes y (i) debería ser estipulado en las bases como objetivo de la visita y (ii) ser observación documentada en un reporte o minuta. La minuta puede incluir un reporte fotográfico, planos o dibujos comentados o corregidos, listas de equipos a suministrar, entre otros.

Cualquier condición en sitio, no documentada, como mínimo será cuestionable en una posible disputa años después.

Disputas Comunes

Las disputas más frecuentes, relacionadas con la visita al sitio, se derivan (i) de discrepancias entre información proporcionada por el propietario en las bases de licitación y la realidad observable en una visita, (ii) de la discrepancia entre la expectativa del propietario de lo que el licitante debería haber observado durante su visita para tomarlo en cuenta en su cálculo, y lo que el licitante entendió en que debería enfocarse, y (iii) si algo era visible o no durante la visita (p.e. obstáculos subterráneos).

He aquí algunas observaciones sobre las disputas más comunes en este sentido:

1. Disputas relacionadas con el objetivo de la visita al sitio:

En este respecto es importante tomar en cuenta la relación que guarda el objetivo de la visita al sitio con el tipo de contrato (llave en mano, precio alzado o precio unitario), así como con el nivel de detalle de la especificación. De más genérica es una especificación (p.e. en contratos "llave en mano") de más responsabilidad asume el contratista a conseguir toda la información necesaria (mediante observación, levantamiento o preguntas en las rondas de preguntas y respuestas).

No obstante, es la responsabilidad del propietario definir de forma clara y no ambigua la base que definirá el alcance del contrato, y con ello el alcance del levantamiento o de la visita al sitio.

2. Discrepancias entre información proporcionada por el propietario y la realidad en sitio:

Es un principio básico que uno es responsable por la información que proporciona. No obstante existen contratos en donde una parte trata de liberarse de la responsabilidad de sus propios actos mediante cláusulas ambiguas que intentan transferir esta responsabilidad a la otra parte o hacerla co-responsable. Se encuentran por ejemplo estipulaciones en las bases de licitación como: “El contratista será responsable de verificar la veracidad y la suficiencia de la documentación proporcionada por el cliente”, o en una oferta de un contratista: “El cliente será responsable por cualquier modificación que resulte necesaria después de la aprobación de la ingeniería básica por el cliente.”

En ambos casos una parte trata de transferir parte de su responsabilidad inherente a la otra. Para resolver una disputa de esta índole es necesario tomar en cuenta quién tiene mayor control sobre el riesgo. En el primer caso el cliente sabrá muy bien en donde están las deficiencias de su documentación, algo que costará al contratista meses sino años para verificarlo en detalle. En el segundo caso no es precisamente responsabilidad del cliente revisar y recalculer la ingeniería básica del contratista, algo que equivaldría casi a hacer la ingeniería dos veces. La corrección de errores cometidos por el contratista debe seguir siendo responsabilidad de él.

Los contratos modelo proporcionados por FIDIC tratan de asignar las responsabilidades en cualquier aspecto a aquella parte que tenga mayor control sobre los riesgos relacionados con la responsabilidad respectiva.

3. Disputas relacionadas con la visibilidad de condiciones que impactan el costo de la obra:

Este punto se refiere sobre todo a condiciones del subsuelo y obstáculos subterráneos.

Las condiciones del subsuelo, sobre todo en trabajos de construcción civil (carreteras, edificación, construcciones de metro, etc.), tienen un impacto muy importante en el costo de las obras y se obtienen normalmente de un estudio de subsuelo. Este estudio puede ser proporcionado por el propietario (con lo cual se responsabiliza por la veracidad de este estudio) o realizado por el contratista previa a la entrega de su propuesta. Conflictos se presentan normalmente cuando las condiciones encontradas en el sitio, durante la construcción, son muy distintas a las esperadas según la información proporcionada por el cliente durante la licitación.

Obstáculos subterráneos se convierten en disputas cuando no eran predecibles por el contratista a la firma del contrato. Estos normalmente significan que trabajos que estaban previstos realizarlos con maquinaria pesada se tienen que realizar manualmente para evitar daños a lo que se encuentre enterrado, o que en lugar de excavar tierra o arena se encuentra un subsuelo de rocas.

Recomendaciones

Conflictos relacionados con la visita al sitio se pueden evitar considerando los siguientes puntos:

- 1) Definición clara del objetivo de la visita al sitio
- 2) Proporcionar tiempo suficiente para las tareas de la visita
- 3) Registro detallado de las observaciones en el sitio, acorde con el objetivo establecido
- 4) Evitar ambigüedad o indefinición en el alcance de la visita
- 5) Formalizar las observaciones y acordar los impactos a los derechos y obligaciones
- 6) Asignar las responsabilidades sobre riesgos a la parte que mayor control tiene sobre ellos

Peter G. Merrill
Construction Dispute Resolution
Services, LLC
petermerrill@cdrsllc.com

Peter G. Merrill – President and CEO of
Construction Dispute Resolution Services,
LLC a National and International Provider
of Construction ADR Services with ADR

Plain Talk about Large Construction Project Disputes

It is virtually impossible to complete a large construction project without any disputes developing between any of the parties. Those who plan ahead will most likely be less adversely affected by the disputes that might develop. Although Dispute Review Boards (DRB) have been around for many years, they traditionally only offer advisory opinions upon which the parties should be able to resolve their dispute through discussions based on those advisory opinions. If the parties can not resolve their dispute after considering the advisory opinion of the DRB, they would need to proceed on to an outside arbitration or

Specialists located in every state in the US and in selected foreign countries. Mr. Merrill has spent over 30 years in the construction industry having served as the State President of the New Mexico Home Builders Association and currently serves on the National Association of Home Builders Green Building, Energy, Building Codes and Building Standards Committees. He has served several years as a National Director of the National Association of Home Builders.



Peter G. Merrill

Additional information, including many of the required agreements, forms and documents concerning the DRB, EDRB and CSP programs is available on the CDRS website:
www.constructiondisputes-cdrs.com

to litigation, whichever is specified in the construction contract, or Dispute Review Board Agreement, to reach a final and binding resolution to the dispute.

According to the Rand Corporation, the average construction litigation case takes approximately 2 ½ years to complete including appeals. During that time, the parties often continue working on the project but may perform differently because of the pending dispute. If the dispute is between two major parties in the construction project, a project may have to shut down until the dispute is settled. The comfort level of the parties working together will diminish and the project will begin to see a different level of cooperation between the disputing parties. Regardless of the nature of the dispute, the project most likely will be adversely affected and will most likely run behind schedule and might run over budget due to the effects of the dispute.

When a major sports event is scheduled to be run, a medical emergency crew, trained to handle medical emergencies, usually stands by just in case someone is injured. Response time can mean life or death in some instances. A construction project can utilize the same planning ideas. If you have construction-knowledgeable specialists available in the event that there is a construction dispute, the same emergency treatment can be rendered by those construction experts to minimize the injuries to the construction project. Better yet would be to have a team of construction experts meeting on a regular basis to not only handle any disputes, but to help in the prevention of any disputes. That team of construction experts is known as a Dispute Review Board (DRB).

DRBs have been utilized by the construction industry across the world for many years. A DRB usually meets on a regular basis; every month, two months, quarterly or as specified in the DRB Agreement. The DRB will review the progress of the project and will try to anticipate any possible future disputes or will handle any disputes that have developed since their last meeting. All DRBs issue an "Advisory Opinion" or hold a special hearing specifying how the DRB feels the issue should be handled by the parties to prevent or settle the dispute. Each party to the dispute has an opportunity to present their case to the DRB for their consideration. As the DRB has the success of the project in mind and acts as neutrals without representing any of the parties, it renders its advisory opinion as to how the dispute should be handled for the betterment of the project to keep the project on time and within budget.

As mentioned earlier, if the parties can come to an agreement through discussions based around the advisory opinion, the dispute will come to an end. If the parties do not come to an agreement, the dispute will need to be referred to an outside arbitration or to litigation. Arbitration and especially litigation can take several months to reach a final and binding decision from the arbitrator, judge and/or jury. It can easily take years for a dispute to come to a final settlement. Many parties, especially small subcontractors and similar small companies go out of business waiting for a dispute to settle.

It would certainly be in the interest of the success of the project to have the dispute handled as quickly as possible. It would be even better if all disputes could be handled quickly and inexpensively by construction-knowledgeable neutrals. A traditional DRB that only offers advisory opinions can accomplish this only if the parties agree on how to handle the dispute as a result of an advisory opinion.

Instead of using a traditional DRB, an Extended Dispute Review Board (EDRB) can provide full Alternative Dispute Resolution (ADR) including mediation and binding arbitration, which would insure that all disputes can be handled and settled entirely "In-House". In addition, an EDRB can provide its services to all parties involved in the construction project including not only the Project Owner and the General Contractor, but all subcontractors, sub-subcontractors, material suppliers, service providers, etc. Traditional DRBs usually are very effective in helping to prevent or settle disputes between the Project Owner and the General Contractor; however, any disputes between any other two parties would be outside of the DRB responsibilities and would require those disputes to go on to outside arbitration or litigation. All parties to the construction project under an EDRB are required to agree to utilize the three-step dispute resolution process including advisory opinions, mediation and if necessary, binding arbitration to settle all disputes. Depending on the complexity of the dispute and the preparation time that a party might need to make a proper presentation to the EDRB, a typical dispute can be completely settled in 30 – 60 – 90 days. If a dispute is of a critical nature, the parties may mutually choose to skip the advisory opinion and/or mediation processes and proceed directly to binding arbitration to reach an expeditious final settlement to the dispute. A major benefit of an EDRB is its flexibility which allows to parties to select the best process to settle their dispute.

A recent development designed to assist a DRB or an EDRB and to lessen the costs of a DRB or EDRB is a Construction Settlement Panel (CSP). On major construction projects it is not unusual to see several DRBs each with its own specialization. On the “Big Dig” artery project in Boston, there were 49 different DRBs utilized through out the construction project. These DRBs each met on a regular basis to review the progress of the project and to render advisory opinions as necessary to prevent or handle a dispute. The use of the 49 DRBs was quite costly and several of the DRBs sometimes met as scheduled without really having any important issues to handle. In an effort to provide the same expertise supplied by the many DRBs, without the high costs related to those multiple DRBs, the CSP was developed. The CSP is comprised of several construction-knowledgeable individuals, each with their own special expertise that was supplied by the multiple DRBs, however, the CSP is available only on request and they do not meet on a regular basis as did the DRBs. As an example, there may have been an “HVAC – DRB” that met on a regular basis whether or not there were HVAC issues to handle. If those same individuals were on the CSP rather than the DRB, they could be called upon by a General DRB who might need their expertise if an HVAC related dispute was submitted to the General DRB to be handled. The expense of those HVAC CSP Members would only be incurred when there was a dispute to be handled related to HVAC matters rather than as incurred through the regular DRB meetings. CSP Members would serve as a panel of construction specialists at the request of a General DRB. It would not be unusual to see both construction-knowledgeable specialists and construction ADR specialists on a CSP.

The members of a CSP would all have been individually selected by the Project Owner and the General Contractor and all required paperwork including the “CSP Member Agreement” would have been executed that would specify the expertise of the CSP Member and his/her required fees for his/her professional services. Keep in mind that all parties participating on the construction project would also have executed the EDRB Agreements including an Agreement to Mediate and an Agreement to Arbitrate and related agreements, addendums and other required documents.

The flexibility of the EDRB program supported by a CSP allows any number of possible combinations of EDRBs. The most popular scenario is to set up one, two or three General EDRBs depending on the size and complexity of the construction project. If those EDRBs found that they were constantly calling on the same CSP Members, it might be advisable for a new EDRB to be established including those CSP Members who were being called upon on a regular basis. CSP members must rearrange their schedules to accommodate the requests of the EDRB. If they were scheduled to meet on a regular basis, scheduling would not be a problem as they could plan far in advance for their meetings rather than trying to juggle their schedule to accommodate the requests of the EDRB.

On more complex construction projects, it might be necessary to set up several specialized EDRBs whose members were not experienced in ADR but who could call on CSP Members with ADR experience to mediate or arbitrate a dispute if the advisory opinion rendered by the DRB was not accepted by the parties to the dispute. In another scenario, there could be several specialized DRBs and one or two ADR DRBs established to handle the mediation or arbitration requirements of the project.

A common misconception is that all DRBs or EDRBs are comprised of construction-technical individuals. It would not be unusual to see a “Financial Oversight EDRB” comprised of a forensic accountant and two other individuals with construction estimating or construction accounting background whose responsibilities would be to analyze all invoices, change orders, addendums, etc. The likelihood of overcharges, kick-backs, payments under the table, graft, corruption, etc. would be minimal if there was a DRB with the responsibility of reviewing the financial matters of the project. As mentioned earlier in this article, the EDRB possibilities are limited only to the imaginations of the major parties, especially the Project Owner who formulates the initial DRB or EDRB program.

As most Project Owners are not experienced with the formulation of a DRB or EDRB program, it is recommended that the Project Owner work with a National and/or International DRB provider firm such as Construction Dispute Resolution Services, LLC (CDRS). That provider should be able to analyze the complexity and requirements of the construction project and should be able to recommend several possibilities for combinations of DRBs, EDRBs and a CSP to properly address the potential disputes of the construction project.

A DRB provider can also coordinate all administrative aspects of the DRB or EDRB program. A typical DRB is formed by an Owner, such as a municipality, putting out a

Request for Proposal (RFP) for the public to respond if they would like to get RFPs from individuals who would like to serve on their DRB program. The Owner would have to review those RFPs, select the Members along with the General Contractor and would individually contract with each DRB Member for their services. Those DRB members would then have to make all of their own travel arrangements and would submit their expenses as individuals to the proper party for payment. A DRB provider, such as CDRS, can provide a National and/or International Panel of DRB Members who have all been properly trained in the DRB and EDRB process. In addition, the provider could handle the execution of all required documents including the DRB Member Agreements, Party Participation Agreements, Agreements to Mediate, Agreements to Arbitrate, all CSP Member Agreements and other required documents and forms. At the end of each month, the provider would bill the appropriate party for all three of the DRB, EDRB Members and for all fees and expenses of CSP Members rather than looking to each DRB, EDRB or CSP Member to submit their expenses as individuals. There is always a good amount of additional administrative functions required for each of the meetings of the EDRB that could be handled by the DRB provider.

On large construction projects, bidders usually build in a “Litigation Contingency” into their bids to cover the costs of any future disputes. It is purely a guess as to the future costs of litigations that might be required for dispute resolution. If the EDRB is established prior to the project going out to bid, which is the normal process, the cost of the EDRB would be available through the EDRB provider similar to the bid estimates for the other aspects of the construction project. If the established EDRBs did not need any special meetings, the costs related to EDRB program would be available at the time of the bid and contractors would not need to allow for a litigation contingency. The costs for any special EDRB meetings, if required, are usually shared equally by the parties involved in the dispute.

This article is titled “Plain Talk about Large Construction Project Disputes”. Let’s talk about some other plain facts about construction disputes. If you were injured or became sick, you would go to a doctor or a hospital for the best treatment. You would not go to a judge or a jury to decide how to administer to your injury or illness. A doctor knows how you are built and how to remedy your medical problem. Likewise, a construction-specialist knows how the project should be built and the best ways to correct a problem or a dispute. If you bring a construction dispute before an arbitrator, judge or jury who are not familiar with construction, the parties, usually with the assistance of their attorneys make a presentation to convince the arbitrator, judge or jury as to which party is correct in their position. The best and most convincing presentation usually is the winner, not necessarily which presentation was right or wrong. As a result, CDRS highly recommends that all parties to a construction project utilize construction-knowledgeable individuals to decide how to prevent or settle a construction dispute. CDRS also recommends the use of attorneys on DRBs. An attorney, with construction litigation or construction ADR experience can be a very effective DRB chair and will be able to conduct the affairs of the DRB in a professional and organized manner.

Although there are fixed and variable costs related to the implementation of the DRB or EDRB program, the direct costs of just one outside arbitration or litigation can be many thousands of dollars and the indirect costs of a project delay or similar occurrence, while waiting for a dispute to be settled, would be impossible to estimate. If there were several major disputes that went on to outside settlement through arbitration or litigation, the project would most likely experience unnecessary delays and additional non-budgeted expenses. The existence of an EDRB program can also give the parties a “peace of mind” as to success of the project relating to the proper handling of construction disputes. The EDRB program offers a type of insurance that virtually guarantees the parties that they will never be involved in lengthy and costly litigations that can fester for many months or even years before they are settled.