

تحليل حقوقی و اقتصادی
قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت

تألیف:

دکتر محمد نوروزی
عضو هیأت علمی دانشگاه



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: نوروزی، محمد،
عنوان و نام پدیدآور	: تحلیل حقوقی و اقتصادی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت / تألیف محمد نوروزی.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۶.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۸۵۹-۷
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
موضوع	: طرح‌های عمرانی -- ایران -- قراردادهای
موضوع	: Economic development projects -- Iran -- Contracts
موضوع	: طرح‌های عمرانی -- قراردادهای
موضوع	: Economic development projects -- Contracts
موضوع	: ساختمان‌سازی -- قراردادهای -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	: Construction contracts -- Law and legislation -- Iran
موضوع	: ساختمان‌سازی -- قراردادهای
موضوع	: Construction contracts
رده بندی کنگره	: HC ۴۸۰/ط۴ن ۱۳۹۶
رده بندی یوبی	: ۳۳۸/۹۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۹۱۵۹۱۸

هرگونه تکثیر کامل یا قسمی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، یا ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
مواضع تخلخل را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

تحلیل حقوقی و اقتصادی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت

تألیف: دکتر محمد نوروزی

انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۳۹۷ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و مندرج در «مجد» است.

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۸۵۹-۷

ISBN: 978-600-193-859-7

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۳۳۸۶

فروشگاه مرکزی: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۰۹۴۲۲ - ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.com

E-mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۹	مقدمه
۱۳	بخش اول: مفهوم و جایگاه قراردادهای طراحی تدارک و ساخت
۱۴	مبحث اول: مفهوم قراردادهای طراحی تدارک ساخت
۱۴	گفتار اول: تعریف و اوصاف
۱۴	بند اول: تعریف قرارداد
۱۵	الف) تعریف تئوری قرارداد طراحی، تدارک و ساخت
۱۸	ب) تعریف عملی قرارداد طراحی، تدارک و ساخت
۲۲	بند دوم: اوصاف قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
۲۲	الف) قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از حیث معین یا غیرمعین بودن
۲۴	ب) قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از حیث معوض یا رایگان بودن
۲۷	پ) قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از منظر تملیکی یا عهده‌ی بودن
۲۹	ت) قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از لحاظ رضایی و تشریفاتی بودن
۳۲	ث) لزوم و جواز قرارداد طراحی، تدارک و ساخت
۳۶	ج) بسیط یا مرکب بودن قرارداد طراحی، تدارک و ساخت
	گفتار دوم: مقایسه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت با سایر قراردادهای حقوق
۳۸	ساخت
۳۸	بند اول: قرارداد EPC و BOT
۴۳	بند دوم: قرارداد EPC و DB
۴۸	بند سوم: قرارداد EPC و DBB
۵۰	بند چهارم: قرارداد EPC و قراردادهای سنتی ایرانی روزه
۵۲	بند پنجم: قرارداد بیع متقابل
۵۴	بند ششم: قرارداد EPC و جوینت ونچر
۵۹	گفتار سوم: اقسام قراردادهای EPC
۵۹	بند اول: طراحی، تدارک و ساخت به صورت متعارف (TEPC)
۶۰	بند دوم: قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت به صورت تکامل یافته (LT-PC)
۶۱	بند سوم: قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت به صورت کامل (PEPC)
۶۲	بند چهارم: قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت همراه با مدیریت (MEPC)
	بند پنجم: مطالعه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت با تأمین مالی پروژه
۶۳	(FEPC)
۶۷	بند ششم: مطالعه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت با مشاور و بدون مشاور
۶۹	مبحث دوم: جایگاه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
۶۹	گفتار اول: جایگاه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت در حقوق ایران
۶۹	بند اول: EPC در قانون برنامه و بودجه

۷۱	بند دوم: EPC در قانون برنامه پنج‌ساله توسعه
۷۳	بند سوم: EPC در قانون حداکثر استفاده از توان فنی داخلی
۷۵	گفتار دوم: جایگاه EPC در اسناد بین‌المللی
۷۵	بند اول: سازمان فیدیک و نقش آن
۷۷	بند دوم: مقایسه شرایط عمومی پیمان ایران و کتاب نقره‌ای
۷۷	الف) مقایسه اطلاعات فنی مبنایی در شرایط عمومی پیمان و کتاب نقره‌ای
۷۷	ب) دوران رفع نقص در EPC شرایط عمومی پیمان و کتاب نقره‌ای
۷۸	پ) ماشین‌آلات و تجهیزات در شرایط عمومی پیمان و کتاب نقره‌ای
۷۹	بخش دوم: تشکیل و آثار قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
۸۰	مبحث اول: تشکیل قرارداد
۸۱	گفتار اول: شرایط تشکیل
۸۱	بند اول: شرایط کلی
۸۵	الف) ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه
۸۹	ب) ضمانت‌نامه تضمین انجام تعهدات
۹۲	پ) ضمانت‌نامه تضمین پیش‌پرداخت
۹۴	ث) ضمانت‌نامه کسب مجایزات
۹۶	بند دوم: نقش زمان در تشکیل، تأیید و شروع
۹۷	الف) نقش زمان در تنفیذ قرارداد
۹۸	ب) نقش زمان در شروع قرارداد
۹۹	گفتار دوم: طرفین قرارداد
۱۰۰	بند اول: پیمانکار
۱۰۱	الف) شرایط مربوط به اعطای صلاحیت و کار
۱۰۴	ب) پیمانکار فرعی
۱۱۴	پ) مهندس طراح
۱۱۵	ت) رئیس کارگاه
۱۱۵	بند دوم: کارفرما
۱۱۶	الف) بازرس فنی
۱۱۷	ب) مشاور
۱۲۱	بند سوم: عرضه‌کنندگان کالا و خدمت
۱۲۲	الف) فروشنده
۱۲۳	ب) صاحب لیسانس
۱۲۳	گفتار سوم: تئوری ارائه شخصیت حقوقی مستقل در مورد پیمانکاران متعدد
۱۲۸	مبحث دوم: آثار قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
	گفتار اول: تعهدات اعدادی مربوط به پیمانکار در قراردادهای طراحی، تدارک و
۱۲۸	ساخت

۱۲۸	بند اول: تعهدات پیمانکار در خصوص اخذ بیمه‌نامه‌ها و مجوزها
۱۲۹	الف) انواع بیمه‌نامه‌ها و ضمانت عدم انجام در خصوص بیمه‌نامه‌ها
۱۳۱	ب) بررسی و تحلیل محتوای بیمه‌نامه‌ها
۱۳۲	پ) وقوع خسارت و دریافت آن از بیمه‌گر
	ت) وضعیت بیمه‌نامه‌ها در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت در مقررات
۱۳۶	کتاب نقره‌ای
۱۳۹	بند دوم: تهیه و خرید لیسانس و دانش فنی
۱۴۱	گفتار دوم: تعهدات اجرایی پیمانکار در قراردادهای طراحی، مهندسی و ساخت
	بند اول: نحوه انجام تعهدات پیمانکار در اجرای قرارداد در کتاب نقره‌ای و
۱۴۱	بخش سه
	بند دوم: تعهدات پیمانکار در تأمین نیروی انسانی، مصالح و ماشین‌آلات در
۱۴۹	شرایط عمومی پیمان و کتاب نقره‌ای
۱۶۲	بند سوم: مطالبات ادا در اجرای تعهدات پیمانکار
۱۶۶	گفتار سوم: تعهدات کارفرما در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
۱۶۷	بند اول: تعهدات غیر مالی
۱۶۸	الف) تحویل زمین
۱۶۹	ب) صدور مجوز، پروانه و تأییدیه
۱۷۱	بند دوم: تعهدات پولی
۱۷۱	الف) تعهد به پرداخت عوض در حقوق ایران
۱۷۲	۱- انواع هزینه‌ها
۱۷۳	۲- انواع روشهای پرداخت
۱۷۷	۳- نحوه پرداخت
۱۸۱	ب) تعهد پرداخت عوض در کتاب نقره‌ای
۱۸۲	۱- نحوه تعیین و چگونگی پرداخت
۱۸۳	۲- روش پرداخت به پیمانکار
۱۸۴	۳- زمان پرداخت
۱۸۴	پ) تعهد به پرداخت عوض در مدل قراردادی ICC
۱۸۵	۱- نحوه پرداخت قیمت در ICC
۱۸۵	۲- نحوه تقاضای پرداخت در مقررات ICC
۱۸۵	ت) استفاده از CLAIM به عنوان ابزار تعدیل قرارداد
۱۸۹	بخش سوم: خاتمه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت
۱۹۰	مبحث اول: خاتمه قرارداد در نتیجه اجرای قرارداد
	گفتار اول: تحلیل ماهیت وفای به عهد در قراردادهای EPC در حقوق ایران و
۱۹۱	کتاب نقره‌ای
۱۹۵	گفتار دوم: موضوع و مخارج وفای به عهد

۲۰۳	گفتار سوم: طرفین وفای به عهد در قراردادهای EPC
۲۰۴	مبحث دوم: خاتمه قهری قرارداد
۲۰۴	گفتار اول: فورس ماژور
۲۰۴	بند اول: تعریف و موضوعات مشمول فورس ماژور
۲۰۶	بند دوم: تعهدات طرفین در صورت بروز فورس ماژور
۲۰۸	بند سوم: آثار فورس ماژور
۲۱۰	گفتار دوم: ورشکستگی و قانون
۲۱۰	بند اول: ورشکستگی
۲۱۱	بند دوم: قانون
۲۱۳	مبحث سوم: خاتمه ارادی قرارداد
۲۱۳	گفتار اول: اقاله
۲۱۳	بند اول: ماهیت اقاله
۲۱۵	بند دوم: شرایط خاص اقاله
۲۱۷	بند سوم: آثار اقاله
۲۱۸	گفتار دوم: تعلیق
۲۱۸	بند اول: عملکرد ماهیت حقوقی تعلیق
۲۲۰	بند دوم: آثار تعلیق
۲۲۱	الف) تکالیف و تعهدات طرفین در زمان تعلیق
۲۲۱	ب) پایان قرارداد به سبب تعلیق
۲۲۲	بند سوم: جایگاه تعلیق در حقوق ایران
۲۲۳	گفتار سوم: فسخ قرارداد
۲۲۴	بند اول: فسخ به اراده پیمانکار
۲۲۵	الف) فسخ به اراده پیمانکار در حقوق ایران
۲۲۷	ب) فسخ به اراده پیمانکار در اسناد خارجی
۲۲۸	پ) آثار فسخ توسط پیمانکار
۲۳۰	بند دوم: فسخ به اراده کارفرما
۲۳۱	الف) فسخ به اراده کارفرما در اسناد خارجی
۲۳۴	ب) تشریفات تحقق فسخ و اعلان آن
۲۳۵	پ) آثار فسخ توسط کارفرما و سرنوشت آن
۲۳۹	بند سوم: حل اختلاف
۲۴۱	نتیجه گیری
۲۵۱	فهرست منابع

مقدمه

ورود قراردادهای مدرن به کشور ما به علت دارا بودن منابع زیرزمینی برای استخراج و فروش آن، سیستم حقوقی ما را متأثر ساخته است. سال‌های متعدد است که کشور ما برای بهره‌مندی از ذخایر زیرزمینی خود و تأسیس صنایع پیشرفته و گذر از سنت به مدرنیته نیازمند به انعقاد قراردادهای ساخت با کشورهای صاحب صنعت و فناوری است. پیشرو بودن این کشورها در استفاده از منابع طبیعی و داشتن فناوری، مطالعه حقوق ساخت را از مدت‌ها پیش به سران یک رشته جدید با پیش‌زمینه مطالعه فنی و مهندسی و حقوقی مطرح ساخت. یکی از قراردادهای مطرح در حقوق ساخت EPC، ترن کی یا کلید در دست یا طراحی، تدارک و ساخت است که با توجه به اینکه در آن یک پیمانکار مجرب تمامی مراحل طراحی، خرید و ساخت و حتی در بعضی از موارد فاینانس و تهیه بودجه را بر عهده می‌گیرد در حقوق ساخت به عنوان شاخص مطرح گردیده است.

در حقوق ما ملهم از فقه امامیه، تا حدی غیرقابل انعطاف هست و کوچک‌ترین تخطی از بعضی اصول، قرارداد را با بطلان مواجه می‌کند. امروزه قراردادهایی چون BOT، EPC و ... که وارد سیستم حقوقی ما می‌شوند در بسیاری از اوقات به سخوانی با اصول اولیه قراردادها ندارند. تعیین موضوع معامله و معلوم بودن آن شرط اساسی صحت هر قراردادی است. لیکن در ماده ۵۶ شرایط عمومی پیمان، قرارداد را در مواردی قابل تغییر می‌داند. از جمله افزایش نرخ تورم، کاهش یا افزایش کار که در زمان قرارداد مشخص نبوده است موجب تغییر قرارداد می‌شود. یا ماده ۶۷ به کارفرما حق می‌دهد هرگاه به علت ساخت می‌داند قرارداد را به هم بزند در حالی که خيار شرط باید مدت داشته باشد و عدم قید مدت خيار، عقد و شرط را باطل می‌کند. دادن حق فسخ به پیمانکار در صورت تأخیر بیش از ۳ ماه در پرداخت صورت وضعیت نیز از مواردی است که خلاف قواعد عمومی به نظر می‌آید. چگونه می‌توان بین قراردادهای مدرن و اصول قواعد عمومی آشتی برقرار نمود. به نظر می‌رسد نظریات حقوق اقتصادی مانند کارآمدی و نفع اقتصادی از آن چنان اهمیتی

برخوردار باشد که می‌توان آن را محفص اصول حقوقی بدانیم. همان طور که قاعده لاضرر، تمامی احکام اولیه را تخصیص می‌زند امروزه نفع اقتصادی و کارآمدی یا بهینه شدن یک قرارداد را می‌توان از عوامل تخصیص اصول قواعد عمومی قراردادها دانست. امروز قرارداد به عنوان موجودی است، گرچه پدرش حقوق است ولی مادرش اقتصاد است و این فرزند علاوه بر داشتن خصلت‌هایی که از پدر مانند، اصل لزوم، عدم قابلیت تغییر و تعدیل به ارث برده از مادر هم، انعطاف‌پذیری، منفعت‌طلبی، نفع محوری را پذیرفته و چه بسا اثر دومی بیشتر از اولی است. در این پژوهش ضمن شناسایی قراردادهای EPC و تحلیل حقوقی آن، سعی گردیده نسبت به تحلیل اقتصادی این قراردادها نیز نظرانی ارائه شود. مناقض و تضاد بین احکام را با این تئوری از بین برد. در نظام بین‌المللی برای هماهنگ نمودن قواعد، اسناد هماهنگ توسط سازمان‌های حقوقی بین‌المللی تنظیم می‌گردد. در خصوص حقوق ساخت که یکی از شاخص‌ترین رشته‌های حقوق تجارت بین‌الملل است، سازمان بین‌المللی مهندسان مشاور، یکی از این مراجع است که با تنظیم کتاب نقره‌ای، مقررات یکدست این قرارداد را در سراسر جهان پایه نهاده است و در ایران نیز شرکت‌های خارجی با این سند به انعقاد قرارداد دست می‌زنند. علاوه بر آن موسسه اتاق بازرگانی بین‌الملل ICC نیز در این زمینه قراردادی به صورت مدل تنظیم نموده است. در این کتاب علاوه بر بررسی مقررات بخشنامه شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی تنظیم گردیده، دو سند مهم بین‌المللی نیز تحلیل و بررسی شده است. اگرچه هیچ کدام از این دو سند ترجمه نگردیده، لیکن با تطبیق و بررسی قواعد آن می‌توان خلأ موجود در شرایط عمومی را پر کرد. در این کتاب به قرارداد EPC به عنوان یک قرارداد شاخص حقوق ساخت می‌پردازیم. ایراد دولتی بودن به آن وارد نیست زیرا EPC در فیدیک و ایران جزء قراردادهای خصوصی است و اینکه بخشی از قراردادهای دولتی نیز به این صورت انجام می‌گیرد و نمی‌تواند به تعزیه و تحلیل قواعد آن در حقوق خصوصی و تجارت بین‌المللی گردد. همان طور که متقی دولت خرید می‌نماید نمی‌توان بیع را جزء قراردادهای عمومی دانست، پس می‌توان گفت بین این قرارداد و قراردادهای عمومی از حیث منطقی رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است. نه تساوی که قلمرو مطالعه آن را مربوط به حقوق عمومی بداند. اصولاً قرارداد EPC با اینکه سازمان‌های مختلف دولتی و خصوصی اجرا می‌گردد و لیکن ماهیت آن بسیار مهجور مانده و هیچ مقاله و کتابی را نمی‌توان یافت که به‌طور جامع به آن پرداخته باشد. حتی در بسیاری از موارد آن را با قرارداد طرح و ساخت (DB) طرح، مناقصه و ساخت (DBB) یکی می‌دانند. امروزه با عنایت به اصل ۴۴ قانون اساسی و خصوصی شدن

بسیاری از سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی که قبلاً در قالب معاملات دولتی قرارداد منعقد می‌نمودند، مطالعه این قرارداد از منظر اسناد و مقررات بین‌المللی مفید است. در شرکت نفت و فولاد، پیمانکاران خارجی بر اساس مقررات فیدیک و ICC قرارداد منعقد می‌نمایند در حالی که هنوز کتاب نقره‌ای و مدل قراردادی ICC ترجمه نشده است. لذا از منظر حقوقی مطالعه این قرارداد لازم است. حقوقدانان ما به EPC آشنایی نداشته و مهندسين آشنا به این قرارداد حقوق نمی‌دانند.

EPC به عنوان یکی از قراردادهایی که اجرای آن هم از نظر علمی و هم از نظر اقتصادی مقرون به نفع و کارایی بوده مورد توجه کشور ما قرار گرفته است که نهایتاً اجرای آن در ایران نزدیک به یک دهه شروع شده است؛ اما درصد قابل توجهی از این قراردادها در ایران موفق نبوده و قراردادی که می‌توانسته هم از نظر ورود فناوری و دانش فنی و هم از نظر اقتصادی دارای توجیه باشد به علی‌مانند تورم، عدم انعطاف قوانین، آشنا نبودن با رشته حقوق، ساخت، لزوم تخصیص برخی از اصول قراردادهای سنتی در این قراردادها، عدم وجود پیمانکاران ایرانی و عدم رغبت پیمانکار خارجی به علی‌مانند تغییر دولت‌ها و سیاست‌های ائتلافی آن‌ها در نگاه به سرمایه‌گذار، فرار سرمایه و پیمانکاران سبب ناکارآمدی این قرارداد در ایران شده است.

شاید مهمترین مشکل حقوقی در این زمینه برگرفته از اصطلاح اقتصادی کاهش ارزش اسمی پول در ایران در این سالها باشد. افزایش ارزش دلار و گران شدن آن در مقابل پول داخلی اتفاق افتاده است. همچنین با توجه به حکومت قانون مدنی در حقوق قراردادها تبیین و تحلیل درست از حیث توجیه این قرارداد با قواعد عمومی قراردادها صورت نگرفته است. لذا ضروری است که این قرارداد را با قواعد عمومی مطابقت دهیم. به هر حال باید اصل را بر آن دانست که قرارداد طراحی و ساخت، قراردادی معین است. اگرچه برخی از ویژگی‌های آن قرارداد با قواعد عمومی قراردادها تعارض دارد. همچنین با توجه به اینکه، این قرارداد صرفاً قرارداد اقتصادی است در مقابل قراردادهایی که در قانون مدنی بعضاً جنبه احسان و ارفاق دارد، به نظر می‌رسد اصل اقتصادی مطلوبیت (Utility) به عنوان یکی از اقتضائات این قرارداد باشد و سایر اصول و قواعد حاکم در این خصوص را باید بر اساس مطلوبیت تغییر داد. مثلاً اصل لزوم، اصل نسبی بودن، اصل آزادی در قراردادها با عنایت به این اصل مهم اقتصادی در راستای بالا بردن کارایی، به عبارت اقتصادی خواستنی کردن خدمت (قرارداد) و ایجاد رضایت در متعامل (کارفرما) باید تغییر یابد. همچنان که در بخشنامه شرایط عمومی پیمان کتاب نقره‌ای و مدل اقتصادی ICC این اتفاق افتاده است. در مورد برخی از تئوری‌هایی که در این کتاب

بیان شده از همین ابتدا بایستی اقرار نمایم اگر مقصود از حقوق و رسالت حقوقدان تنها کشف قواعد حقوقی بر اساس نصوص باشد مانند آنچه پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی قائل هستند تحلیل اقتصادی منتفی است. در نگاهی که ما به موضوع این کتاب داشته‌ایم به پیروی از حقوقدانان اقتصادی حقوق را مجموعه‌ای لایتغیر تصور نمی‌کنیم بلکه آن را از جنس موسیقی می‌دانیم که هارمونی هر چه بیشتر آن با قواعد اقتصادی نتیجه ای زیباتر و دلربا تر خواهد داشت. مانند آنچه دیوید فریدمن حقوقدان بزرگ آمریکایی برای حقوق قائل بود.

این کتاب با نظارت آقای دکتر جلیل قنوازی - استاد دانشگاه تهران - و با راهنمایی ایشان، نویسنده گردیده است. لازم است از حمایت ایشان تشکر گردد و نیز از همسر بزرگوارم که تلاش فراوان در تهیه این کتاب داشته اند تشکر می نمایم. از دکتر نصرت الله حیدری که این کتاب را مورد لطف و محبت خود قرار داده اند، کمال تشکر را دارم. همچنین از پشتیبانی و حمایت آقای دکتر عباس حسینی - مدیر مسئول انتشارات مجد - تشکر می‌نماید.

دکتر محمد نوروزی

بهار ۱۳۹۶