

۲۰۷۰۱۴۷

آسیب شناسی قراردادهای بی اوفتی در حقوق ایران

آسیب شناسی قراردادهای بی اوفتی در حقوق ایران

مؤلف :

علیرضا نوازی

سرشناسه	: نوازی، علیرضا، ۱۳۵۸
عنوان و نام پدیدآور	: آسیب‌شناسی قراردادهای بی‌اتمی در حقوق ایران / مولف علیرضا نوازی.
مشخصات نشر	: تهران : گروه آموزشی مدرس: سنجش و دانش، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۱۰۵ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۲۱۶-۳۹۰-۷
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۰۴ - ۱۰۵.
موضوع	: قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری -- ایران
موضوع	: Build-operate-transfer (Public contracts) -- Iran
موضوع	: همکاری بخش عمومی و خصوصی -- ایران
موضوع	: Public-private sector cooperation -- Iran
موضوع	: سرمایه‌گذاری خارجی -- ایران
موضوع	: Investments, Foreign -- Iran
رده بندی کنگره	: ۲۰۰ HD
رده بندی دیویی	: ۸۳۰/۵۵۱
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۸۶۰۰۲



www.sanjesh.ir

sanjeshodanesh@iran.ir

عنوان: آسیب‌شناسی قراردادهای بی‌اتمی در حقوق ایران

مولف: علیرضا نوازی

ناشر: انتشارات سنجش و دانش

نوبت چاپ: اول ۱۳۹۸

صفحه آرای: مهدیه مخبری

طراح جلد: مهتاب دوستی

ناظر: نسرين خانی

قطع و تیراژ: وزیری، ۵۰۰ نسخه

«کلیه حقوق برای مؤلف محفوظ است»

بهاء: ۳۰۰۰۰ ریال

چاپ و نشر: تهران، ملارد، مارلیک، بلوار هفت تیر، مجتمع تجاری اداری امیر، آکادمی تخصصی دکتری

مرکز پخش: تهران، خیابان انقلاب، خیابان دانشگاه، پلاک ۱۲۶

تلفن تماس: ۰۲۱-۶۵۱۴۰۰۲۷

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه.....
۴	مرور ادبیات و سوابق مربوط.....
۶	فصل اول.....
۶	کلیات.....
۷	مفهوم شناس قراردادهای بی او تی.....
۷	تعریف قراردادهای بی او تی.....
۷	طراحی و مهندسی؛ نام؛ کالا و تجهیزات؛ و ساخت، نصب و راه اندازی.....
۹	تاریخچه قراردادهای بی او تی.....
۱۰	اقسام قراردادهای بی او تی.....
۱۰	قراردادهای ساخت، تملک و بهره داری (بی او او).....
۱۱	قراردادهای ساخت، تملک، بهره براری و انتقال بی او او تی.....
۱۱	قراردادهای ساخت، اجازه واگذاری (بی ال تی).....
۱۱	قراردادهای سرمایه گذاری مشابه بی او تی.....
۱۲	قراردادهای تامین مالی (فایناس).....
۱۲	وجوه مشابهت با بی او تی.....
۱۲	مزایا و معایب این مدل قراردادی.....
۱۳	بیع متقابل.....
۱۴	وجوه تشابه با بی او تی.....
۱۴	معایب این نوع قرارداد.....
۱۶	قراردادهای ای پی سی.....
۱۸	وجوه تشابه با بی او تی.....
۱۹	مزایا و معایب این مدل قراردادی.....
۲۰	فازهای مختلف، جهت اجرای قرارداد بی او تی.....
۲۱	مرحله پیش قرارداد.....
۲۱	مطالعات پیش قراردادی.....
۲۴	مناقضه / مذاکره.....
۲۷	مرحله توسعه و اجرای پروژه.....
۲۷	انتخاب سرمایه گذار.....

۲۸	اجرای پروژه
۲۹	ساخت پروژه
۲۹	مرحله بهره برداری از پروژه
۳۰	بازرسی
۳۰	آموزش
۳۱	انتقال تکنولوژی
۳۱	مرحله انتقال پروژه
۳۲	رابطه واگذاری و انتقال
۳۴	هزینه ها و ضمانت های واگذاری
۳۶	فصل دوم
۳۶	مزایا و چالش های قراردادهای بی اوتی
۳۶	و نقش دولت ها در اینگونه پروژه ها
۳۷	مزایای قرارداد بی اوتی
۳۷	مزایای قرارداد بی اوتی برای دولت
۳۸	دسترسی به منابع مالی اضافی
۳۹	تسریع در انجام پروژه های مهم و حساس
۴۰	انتقال تکنولوژی
۴۱	تخصیص ریسک ها
۴۲	مزایای پروژه های بی اوتی برای مجری پروژه (سرمایه گذار)
۴۲	سود متصوره سرمایه گذار در دوران امتیاز
۴۳	تشویق ها و حمایت های دولتی
۴۶	تضمین های دولت در قبال سرمایه گذار
۴۸	معروفیت شرکت مجری ناشی از انجام پروژه های بزرگ
۴۸	چالش های قراردادهای بی اوتی
۴۸	چالشها و معایب برای بخش دولتی یا عمومی
۴۹	پیچیدگی های فراوان قرارداد بی اوتی
۵۰	زمان بر بودن اجرای پروژه
۵۰	عدم مطابقت پروژه با قراردادهای
۵۲	مشکلات زمان انتقال
۵۲	چالشها و معایب برای شرکتهای مجری

۵۲		احتیاج به حمایت قوی دولتی
۵۳		نیاز به وجود فضای مناسب و با ثبات اقتصادی و سیاسی در طولانی مدت
۵۳		عدم آشنایی دولت ها با اینگونه قراردادها
۵۳		عدم وجود بسترهای قانونی و محیطی لازم برای اجرای پروژه های بی او تی
۵۴		نقش دولت ها در قراردادهای بی او تی
۵۴		بستر سازی جهت ایجاد ساختار حقوقی برای یک استراتژی بی او تی
۵۵		تصویب قوانین عمومی
۵۵		تصویب قوانین جهت حمایت از سرمایه گذاری خارجی
۵۶		ضمانتها و حمایت های دولتی از پروژه های بی او تی
۵۷		ضمانتها
۵۷		ضمانت به خرید محصول
۵۹		ضمانت به عدم مصادره اموال
۵۹		ضمانت به تامین مالی و جانمایی پروژه
۶۲		ضمانت به آزادی صادرات و واردات
۶۴		حمایت ها
۶۴		حمایت از طریق هدفمند نمودن نظام اخذ "ا" ا
۶۵		حمایت های یارانه ای
۶۵		تعهدات با پایه و اساس دولت ها در پروژه های بی او تی
۶۸		فصل سوم
۶۸		آسیب شناسی قراردادهای بی او تی
۶۹		ریسک های قرارداد های بی او تی
۷۰		ریسک های مربوط به مرحله پیش قرارداد تا امضای قرارداد
۷۰		انتخاب پروژه مناسب
۷۱		نحوه انتخاب شرکت مجری
۷۲		بررسی های پیش قراردادی و مسئولیت های آن
۷۲		ریسک های مربوط به مرحله انعقاد و اجرای قراردادی
۷۳		ریسک های محیطی
۷۳		ریسک سیاسی
۷۳		ریسک اجتماعی
۷۴		ریسک های عملیاتی

۷۴	ریسک های تجاری
۷۶	ریسک های مالی
۷۶	ریسک بازار
۷۷	ریسک نقدینگی
۷۹	ریسک اعتبارات
۷۹	ریسک های مربوطه به مرحله بهره برداری و واگذاری پروژه
۷۹	ریسک تاخیرات
۸۰	ریسک هزینه های اضافی
۸۱	ریسک اجرای مجدد یا تکمیل پروژه
۸۲	صدمات وارده ناسیسات
۸۲	ریسک تقاضا
۸۳	ریسک فورس مازور
۸۳	مدیریت ریسک در قراردادهای بی ایتن یا هدف پیشگیری یا کاهش آسیب
۸۴	شناسایی ریسک
۸۴	ارزیابی ریسک ها
۸۶	امکان سنجی وقوع ریسک
۸۶	اهمیت و عواقب ناشی از خطا
۸۷	امکان شناسایی خطا و رفع آن
۸۷	واکنش ریسک
۸۸	اجتناب
۸۸	انتقال
۸۹	کاهش
۸۹	پذیرش
۹۰	نحوه جبران آسیب های وارده به پروژه های بی ایتن
۹۰	نحوه ی الزام به جبران آسیب های ایجاد شده
۹۰	الزام به جبران به واسطه میانجیگری (هیات اختلاف)
۹۱	الزام به جبران به واسطه مراجعه به مراجع قضایی
۹۲	مرجع قضایی صالح
۹۲	نحوه ی اجرای حکم
۹۲	روشهای جبران آسیب وارد شده
۹۳	تضمین

۹۴	پرداخت غرامت
۹۶	توقیف یا ایجاد محدودیت
۹۷	فسخ قرارداد طبق شرایط توافقنامه
۹۹	سایر روش ها (تکمیل پروژه، انحلال شرکت و ...)
۱۰۳	فهرست منابع فارسی
۱۰۴	فهرست منابع غیر فارسی

مقدمه :

استفاده از سرمایه خارجی برای توسعه کشور، از جمله دغدغه‌های دولت بویژه در کشورهای در حال توسعه است. محدودیت منابع داخلی و فقدان ضعف فن آوری و دانش فنی از یک طرف و فراوانی و گستردگی نیازها از طرف دیگر دولت‌ها را برای جلب سرمایه‌های مالی و فنی خارجی به تکاپو انداخته است. آنچه که مشارکت عمومی و خصوصی در بخش زیرساخت را از حیث نظام حقوقی متمایز میکند طرفین و موضوع آن است. طرفین این نوع مشارکت، موضوع شاخه‌های حقوق هستند، دولت یا نهاد عمومی تابع حقوق عمومی است که عمده قواعد آمره را تشکیل میدهد و این قواعد به دولت به عنوان نماینده منافع عمومی امتیازات و مصونیت اعطاء میکند. در مقابل سرمایه‌گذار خصوصی موضوع حقوق خصوصی است که سرزمین حاکمیت اراده و توافق تلقی میشود. موضوع مشارکت عمومی و خصوصی به لحاظ مالکیت عمومی تابع مقررات و محدودیت‌های خاص است. این قبیل پروژه‌ها به لحاظ ریسک‌های خاص و نیز طولانی بودن دوره برگشت سرمایه و حجم بالای سرمایه مورد نیاز، چندان با استقبال بخش خصوصی مواجه نیست لذا دولت‌ها ناگزیر به اعطای امتیازی برای تشویق سرمایه‌گذاری خصوصی در این بخش هستند. این تفاوت‌ها در کنار پاره‌ای دیگر از سمات مشارکت‌های عمومی و خصوصی به ویژه در مواردی که سرمایه‌گذار خارجی است نظام حقوقی حاکم را با پیچیدگی‌هایی مواجه کرده است. مسائلی نظیر لزوم حفظ مالکیت عمومی، تملک اراده و نیاز، تسلط شخص خارجی بر طرح، تأمین مالی از منابع خارجی و ضرورت تمديد تضمین‌ها، در این نیاز، نحوه ساخت و نظارت عمومی بر آن، شرایط بهره‌برداری و نحوه قیمت‌گذاری محصول، ضمن انتقال سرمایه و سود و... نمونه‌هایی از پیچیدگی‌های قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی به آنجا می‌رسد. ساخت میشود. یکی از موضوعات مهم و اصلی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری، انتقال، حقوق تعهدات طرفین آن در دوره بهره‌برداری است. از جمله مهمترین مسائلی که در این بخش مطرح میشود علاوه بر طول دوره بهره‌برداری، شرایط بهره‌برداری، نحوه قیمت‌گذاری محصول، شرایط نظارت دولت یا بخش عمومی بر بهره‌برداری، نحوه نگهداری طرح، کیفیت مالکیت بخش عمومی بر پروژه، مجوزهای بهره‌برداری، نقل و انتقال از درآمد حاصل از پروژه و تضمین‌های دولتی برای خرید محصول است.

اصطلاح بی‌اوتی برای تعریف مدل و سیستمی به کار می‌رود که از سرمایه اشخاص خصوصی برای توسعه زیر ساخت های کشور، که به طور سنتی در انحصار بخش دولتی بوده است استفاده می‌شود، در واقع امتیاز نیست به بخش خصوصی برای ساخت و بهره برداری از تاسیسات معینی، که در شرایط معمول، دولت خود به ساخت و بهره برداری از آن می‌پردازد. در این روش شرکت‌های بخش خصوصی علاوه بر مسئولیتهای ساخت و بهره برداری، مسئولیت تامین مالی و طراحی پروژه را نیز عهده دار می‌گردند و در پایان امتیاز مالکیت پروژه را به دولت واگذار می‌نماید. عده ای معتقدند که این روش ادامه رو سیستم های واگذاری امتیاز قرن نوزدهم و وایل قرن بیستم می‌باشد، لیکن به نظر برخی دیگر، آن سیستمها نوعی استثمارگری بوده که دوره کمترین میزان حضور و کنترل را بر آنها داشته اند لیکن در سیستم بی‌اوتی در واقع نقش پررنگی در تمامی مراحل اجرای پروژه دارا می‌باشند. دلیل جذابیت پروژههای بی‌اوتی برای دولت با بیشتر به موضوعات اقتصادی از جمله: تامین هزینه های پروژههای زیر بنایی توسط بخش خصوصی، کاهش استقراض و ... و گاه موضوعات سیاسی بر می‌گردد و از طرف دیگر سود متصور بخش خصوصی در انجام این پروژه ها در شرایط ایده آل عامل جذب ایشان به انعقاد این گونه قراردادها می‌گردد. نقاط قوت پروژههای بی‌اوتی در کشورهای مختلف جهان از جمله ایالت متحده آمریکا و برخی از کشورهای اروپایی، بسیاری از کشورهای در حال توسعه آفریقایی و آسیایی من جمله دولت ایران را بر آن داشته که در خصوص انجام این پروژهها گام هایی بردارد.

در این مجموعه تلاش شد تا معایب و محدودیت های بی‌اوتی مورد شناسایی قرار گرفته و با تشریح موارد پیاده سازی فاز های مختلف یک قرارداد بی‌اوتی که شامل ۱- تعریف و امکان سنجی پروژه ۲- آماده سازی مدارک مناقصه توسط دولت ۳- تهیه و پیشنهاد توسط سرمایه گذار ۴- انتخاب ۵- فراهم سازی چهار چوب اجرایی: تامین منابع مالی، قراردادهای وام، قرارداد احداث، قرارداد خرید خدمات، خرید محصول پروژه، توافق نامه بهره برداری و نگهداری ۶- اجرا ۷- بهره برداری ۸- انتقال و مواردی که موجب اختلاف طرفین می‌گردد بررسی گردد.

بیشترین تلاش در محوریت این امر قرارداد که عوامل ابتدایی که قراردادهای بی‌اوتی را آسیب پذیر می‌نماید محیط کشور میزبان می‌باشد. طولانی مدت بودن زمان اجرای این گونه

قراردادها، می‌تواند سرمایه‌گذار را با مشکلاتی نظیر عدم ثبات سیاسی دولت میزبان، جنگ، مصادره اموال و غیره روبرو نماید به همین دلیل بررسی کامل کشور میزبان از لحاظ نرخ بهره، تورم، قابلیت تبدیل ارز و مرادفات سایر کشورها با آن و ... توسط کارشناسان مجرب و مطمئن الزامی باشد. همچنین سعی و تلاش گردید تا پیچیدگیهای قراردادهای بی‌اوتی از نقطه نظر علمی و عملی در امور زیر بنایی تبیین گردد به نحوی که چندین کشور با محیطها، فرهنگها و قوانین مختلف به صورت مستقیم یا غیر مستقیم با این قرارداد درگیر می‌شوند و تغییر شرایط هر کدام می‌تواند به قرارداد لطمه وارد نماید. در زمان بهره‌برداری از پروژه نیز، مشکلاتی از قبیل عدم تطبیق کار با قرارداد، مشکل در بازار فروش، عوارض و مالیات می‌تواند موجب ضرر دهی پروژه گردد. وجود بیمه نامه‌های معتبر و بیمه نمودن محصول، ضمانت خرید کالا و تضمین عدم رقابت رایج پاره می‌تواند تا حدی از این آسیب‌ها بکاهد. البته عده‌ای ایجاد انحصار و کاهش رقابت پذیرش را از معایب قراردادهای بی‌اوتی بر می‌شمارند لیکن به نظر می‌رسد که دولت میزبان باید میان تضمین عدم رقابت و تداوم و توسعه زیرساخت‌های کشورش تعادل برقرار نماید تا در نهایت منافع ملی صرف کنندگان دچار ضرر و زیان نشود. از دیگر معایب زمان واگذاری احتمال ایجاد نقص و هلاک پروژه (به علت مدت زمان طولانی امتیاز) وجود دارد. از آنجایی که در زمان واگذاری، شرکت‌های مجری عموماً سود خود را از پروژه برده‌اند نحوه واگذاری به دولت و مطابقت واگذاری با قرارداد و گاه تعمیر و جاگزینی قطعات مستهلک می‌تواند مسئله آفرین باشد و این گونه قراردادهای بی‌اوتی را پذیر نماید. ایرادهای موجود و نقاط ضعف نامبرده شده نیاز به وجود چهار چوب‌های حقوقی قانونی در این زمینه را گسترش می‌دهد به طوری که شاید در آینده بدون وجود قوانین لازم‌الاجرا برای دولتها و سرمایه‌گذاران، سرمایه‌گذاران رغبتی به انعقاد این گونه قراردادهای نشان ندهند. در کشور ایران همانطور که گفته شد موانع قانونی از جمله اصل ۸۱ قانون اساسی مانعی جدی در سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌شود البته قانون‌گذار با تصویب قانون جلب و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی به دنبال تعدیل نمودن شرایط بسته اقتصاد ایران بوده است لیکن این قانون نیز از آنجا که بسیاری از سرمایه‌گذاری‌های خارجی (من جمله فعالیتهای مشاوره‌ای و تحقیقاتی و ...) را شامل نمی‌شود و به بی‌اوتی نیز صراحتاً اشاره‌ای ننموده است و از طرفی امکان

رجوع به محاکم بین‌المللی نیز در آن پیش‌بینی نشده است، نتوانسته موجب جذب سرمایه‌گذار خارجی جهت انجام پروژه‌های بی‌اوتی در ایران گردد در ضمن عدم وجود ثبات اقتصادی، تحریم‌ها و تاریخچه مصادر اموال سرمایه‌گذاران خارجی در ایران همگی باعث می‌شود که قراردادهای بی‌اوتی در ایران آسیب‌پذیر باشد البته زمزمه‌هایی از حضور سرمایه‌گذار فرانسوی جهت توسعه شبکه‌های ریلی کشور و فرودگاه‌ها و بنادر وجود دارد که هنوز به قطعیت نرسیده است.

هر چند قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام و بیان‌نامه اجرای آن مقررات و قواعد مربوط به قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری را بر سرپا است ولی نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل، در این مورد کمتر به مباحث تحلیلی مربوط به مقررات مزبور پرداخته و اغلب به نحو مختصر به بیان تفسیر مواد مربوطه اقدام کرده‌اند، در آثار خود به نحو جامع به بررسی و تحلیل مطالب مرتبط با قراردادهای بی‌اوتی و مقایسه آن با سایر قراردادهای تجاری بین‌الملل پرداخته‌اند که همین مطلب می‌تواند موجب خلط موضوع گردد و در آخر، مشکلات حقوقی را به بار آورد لذا با توجه به اینکه وزارت نیرو، وزارت راه و ترابری و وزارت نفت از جمله وزارت خانه‌های هستند که استفاده از قراردادهای بی‌اوتی را مورد قرار نداشت‌اند، بررسی به نظر آمد با توجه به آنکه تحقیق جامعی تا به حال از لحاظ علمی و عملی صورت نگرفته است، این مهم توسط نگارنده انجام پذیرد. در عین حال برای شناخت خلاهای قانونی و توضیح آن نیز چاره‌اندیشی در جهت رفع این نواقص لازم می‌نمود که با بررسی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آئین‌نامه اجرایی آن و همچنین قراردادهای منعقد شده بی‌اوتی را ردی که احساس می‌شود نیازمند اصلاح یا تدوین قانون است در قالب پیشنهادی اصلاح و یا تدوین قانون در مقررات مربوط به بی‌اوتی ارائه گردد.

مرور ادبیات و سوابق مربوط

جنیدی، لعلیا (۱۳۷۶)؛ قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران. - شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)؛ "دلایل استفاده از قراردادهای بی‌اوتی و نقش دولت در موفقیت این طرح‌ها"، مجله مجتمع آموزش عالی قم، زمستان، شماره ۱۱. -

کانونزبان ، ناصر (۱۳۸۰)؛ قواعد عمومی قراردادها ، جلد اول ، چاپ پنجم ، تهران ، شرکت سهامی انتشار . - قراردادهای ساخت ، بهره برداری و واگذاری (بی‌اوتی) دکتر عبدالحسین شیروی - راهنمای توسعه زیر ساخت ها از طریق پروژه های ساخت، بهره برداری، واگذاری ، ترجمه مصطفی خانزادی، گرشاسب خزائنی، مرکز انتشارات دانشگاه علم و صنعت، ۱۳۸۸ - بی‌اوتی و کاربرد آن در قراردادهای زیربنایی ایران، محمد حسن سبط، سهیل شایق، انتشارات دانشگاه صنعتی امیر کبیر، ۱۳۸۵ - مشارکت بخش خصوصی در پروژه های صنعت آب و فاضلاب و برق کشور بر اساس روش بی‌اوتی، گالیک بدلیانس قلی‌کندی، انتشارات نورپردازان، ۱۳۸۵. حق قراردادهای و تعهدات طرفین قراردادهای بی‌اوتی در دوره بهره برداری انتشارات جاوید، جنگل ۱۳۹۵