

قرار دادهای مشارکت

عمومی - خصوصی

(ماهیت، انواع و کارآیی)

آلف:

بهاره صی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و وکیل پایه یک دادگستری



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: حسنی، بهاره،
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی (ماهیت، انواع و کارایی) / تألیف بهاره حسنی.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۵.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۷۸۸-۰
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
موضوع	: همکاری بخش عمومی و خصوصی -- ایران
موضوع	: همکاری بخش عمومی و خصوصی
موضوع	: قراردادها -- ایران
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۵ ج ۹ / الف ۳۸۷۲ HD
رده بندی دیویی	: ۳۳۸/۹۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۶۲۹۷۵۹

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، یا ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
مؤلف تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرماید.

قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی (ماهیت، انواع و کارایی)

تألیف: بهاره حسنی

انتشارات: مجد

چاپ اول: ۱۳۹۶ تعداد: ۵۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجد» است.

دفتر مرکزی مجد:

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

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۳۸۶۱۶

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۷۸۸-۰

ISBN: 978-600-193-788-0

شعبه فروردین: خیابان ۱۲ فروردین، مقابل تعزیرات، پلاک ۲۸۳، طبقه دوم تلفن: ۶۶۴۹۰۹۹۸

شعبه اردیبهشت: خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، تقاطع شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹ تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.ir

E-mail: majdlaw92@gmail.com

سیستم اشتراک پذیری «مجد»:

ارسال پیامک حاوی نام و نام خانوادگی و شغل (در صورت تمایل) به شماره ۰۲۱۶۶۴۹۰۹۹۸

فصلنامه حقوقی مجد با ارائه مقالات اساتید میرز حقوق کشور بطور منظم منتشر می شود.

فهرست مطالب

درآمد ۹

فصل اول: مفهوم و اهداف مشارکت عمومی - خصوصی ۱۳

مبحث اول: تاریخچه و تعریف مشارکت عمومی - خصوصی ۱۳

گفتار اول: سیر تاریخی مشارکت عمومی - خصوصی ۱۵

بند اول: تاریخچه مشارکت عمومی - خصوصی در دنیا ۱۵

بند دوم: تاریخچه مشارکت عمومی - خصوصی در ایران ۲۰

گفتار دوم: مفهوم مشارکت عمومی - خصوصی ۳۰

بند اول: تعاریف موجود از مشارکت عمومی - خصوصی ۳۰

بند دوم: مبانی و اصول مشترک تعاریف و تعریف نهایی ۳۲

الف) مشارکت ۳۳

ب) ترتیبات قراردادی ۳۵

ج) اهداف مشارکت ۳۶

د) قلمرو و کاربرد مشارکت عمومی - خصوصی ۳۶

گفتار سوم: تمیز مشارکت عمومی - خصوصی از مفاهیم مشابه ۳۸

بند اول: مشارکت عمومی - خصوصی و تبارک عمومی سنتی ۳۹

بند دوم: قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی و قرارداد امتیاز ۴۱

بند سوم: مشارکت عمومی - خصوصی و خصوصی سازی ۴۶

مبحث دوم: اهداف مشارکت عمومی - خصوصی ۵۰

گفتار اول: تأمین مالی ۵۱

بند اول: مفهوم تأمین مالی پروژه‌ای ۵۴

بند دوم: اوصاف، مزایا و معایب تأمین مالی پروژه محور ۵۹

الف) اوصاف ۵۹

ب) مزایای تأمین مالی پروژه محور ۶۰

ج) معایب تأمین مالی پروژه محور ۶۱

گفتار دوم: توزیع ریسک ۶۲

بند اول: انتقال و مدیریت ریسک ۶۴

بند دوم: طبقه‌بندی ریسک‌های پروژه ۶۶

الف) ریسک‌های خارج از پروژه ۶۷

ب) ریسک‌های داخلی ۶۹

فصل دوم: قلمرو و کارایی مشارکت عمومی - خصوصی	۷۱
مبحث اول: قلمرو و محدودیت موضوعی مشارکت عمومی - خصوصی	۷۱
گفتار اول: انواع زیرساخت و محدودیت‌های موضوعی مشارکت عمومی - خصوصی	۷۲
بند اول: تعریف زیرساخت و انواع آن	۷۲
بند دوم: محدودیت‌های موضوعی مشارکت عمومی - خصوصی	۸۱
گفتار دوم: ارزیابی، انتخاب پروژه و وظایف بخش عمومی	۸۳
بند اول: تعیین محدوده و ملزومات پروژه	۸۵
بند دوم: بیان پروژه در قالب ستاده‌ها و خروجی‌ها	۸۷
گفتار دوم: یارهای ارزیابی مشارکت پذیری طرح	۸۷
بند اول: مقرون به صرفه بودن	۸۸
بند دوم: شناسایی و توزیع ریسک	۹۱
بند سوم: باندهای ارزیابی	۹۴
مبحث دوم: قلمرو و اثرات مناسب قراردادی مشارکت در ایران	۹۸
گفتار اول: کاربرد و قلمرو مشارکت عمومی - خصوصی در ایران	۹۸
بند اول: تعریف زیرساخت در حقوق ایران	۱۰۳
بند دوم: محدودیت نظام حقوقی ایران از حیث قابلیت مشارکت در ایجاد زیرساخت	۱۰۵
گفتار دوم: الگوی مشارکت عمومی - خصوصی	۱۰۸
بند اول: مشارکت در امور حاکمیتی	۱۰۹
بند دوم: مشارکت در امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی	۱۱۳
بند سوم: مشارکت در امور اقتصادی	۱۱۷
فصل سوم: اقسام و ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی	۱۲۹
مبحث اول: اوصاف و اقسام قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی	۱۲۹
گفتار اول: شرکا	۱۲۹
بند اول: شخص حقوقی عمومی	۱۳۱
بند دوم: وضعیت مبهم نهادهای عمومی غیردولتی	۱۳۲
بند سوم: بخش خصوصی	۱۳۷
گفتار دوم: سایر ویژگی‌ها	۱۳۸
بند اول: رابطه طرفین	۱۳۸
بند دوم: منابع	۱۳۹
بند سوم: نوع خدمات	۱۳۹
گفتار سوم: انواع قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی	۱۴۰

۱۴۰	بند اول: معیار محل باز پرداخت هزینه‌های بخش خصوصی
۱۴۱	الف) مشارکت عمومی - خصوصی امتیازی
۱۴۱	ب) مشارکت عمومی - خصوصی دسترسی محور
۱۴۲	بند دوم: معیار مشارکت در نگهداری یا ایجاد
۱۴۳	الف) قراردادهای مدیریت و اجاره
۱۴۳	ب) پروژه‌های زمین سبز
۱۴۴	بند سوم: معیار شخصیت حقوقی مشارکت
۱۴۴	الف) مشارکت نهادی
۱۴۶	ب) مشارکت قراردادی
۱۴۶	بند چهارم: معیار رابطه دارایی و بخش خصوصی
۱۴۶	الف) قراردادهای عین محور
۱۴۷	ب) قراردادهای منفعت محور
۱۴۷	مبحث دوم: مالیت قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی
	گفتار اول: قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی از نظر اطراف و موضوع
۱۴۸	قرارداد
۱۵۶	گفتار دوم: اوصاف قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی
۱۵۷	بند اول: تقسیم عقد به عقد عین و نامعن
۱۶۳	بند دوم: تقسیم عقد از جهت اثرات آن (عقد تملیکی، عهده، اذنی)
۱۶۶	بند سوم: تقسیم عقد از حیث دوم (عقد لازم و جایز)
	بند چهارم: تقسیم عقد از حیث وحدت و تعدد موضوع (عقد معوض و غیرمعوض)
۱۷۱	غیرمعوض
۱۷۳	بند پنجم: تقسیم قراردادهای بر حسب شرایط انعقاد (عقد رضایی و تشریفاتی)
۱۷۹	برآمد
۱۸۱	پیشنهادهای برای پژوهش‌های آتی
۱۸۲	قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹
	آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱/۶/۲۴
۱۸۹	
۲۰۰	منابع

درآمد

از مهم‌ترین شاخص‌های رشد و توسعه اقتصادی و گسترش رفاه در هر کشور، اجرای پروژه‌های زیربنایی است. باید توجه داشت که همراه با افزایش جمعیت، توسعه شهرنشینی و همچنین افزایش درآمد در کشورهای در حال توسعه، تقاضا برای افزایش خدمات زیربنایی نیز مشاهده می‌شود. با توجه به محدودیت ذاتی منابع مالی دولت در کشورهای در حال توسعه، طایعی است که کسری بودجه دولت پس از رویارویی به این نیاز، افزایش می‌یابد. از طرف دیگر، با بروز هر گونه رکود اقتصادی و یا بحران اقتصادی در کشورهای در حال توسعه، حرکات مالی رنی موجود نیز فروکش خواهد نمود و به مشکلات این کشورها برای تأمین نیاز سرمایه‌گذاری‌های زیربنایی دامن زده می‌شود.

در بسیاری از کشورهای در حال توسعه میزان سرمایه‌گذاری‌ها، حتی در حد جبران استهلاک سرمایه‌گذاری‌ها کافی نیست. از طرف دیگر در بسیاری از این کشورها وظیفه سرمایه‌گذاری‌های زیربنایی در د انحصار دولت است. این پدیده از یک طرف عرضه منابع مالی برای سرمایه‌گذاری‌های زیربنایی را محدود می‌کند و از طرفی با توجه به پایین بودن بهره‌وری سرمایه‌گذاری‌های دولتی، تأثیر آن بر رشد اقتصادی کمتر از حد انتظار است. در چنین شرایطی با توجه به تأثیرات نامطلوب زیربناها در رشد اقتصادی بلندمدت، دولت‌ها به دنبال راه‌حل‌های جایگزین برای حل مشکل کمبود منابع برای سرمایه‌گذاری‌های زیربنایی برآمدند.^۱ پس سرمایه‌بخش خصوصی مورد توجه قرار گرفته است و دولت‌ها سعی در تشویق بخش غیردولتی برای درگیر شدن در ساخت و مدیریت تأسیسات زیر بنایی نموده‌اند، این موضوع منجر به مطرح شدن « مشارکت عمومی - خصوصی »^۲ شده است.

مشارکت عمومی - خصوصی یک نام عمومی و کلی است برای مجموعه‌ای از قراردادهای مشخص بین دولت و بخش خصوصی که هدف از این قراردادهای توسعه زیرساخت‌های عمومی و ارائه خدمات عمومی است. برای مدت‌ها کالاها و خدمات برای

۱- دانش جعفری، داود، بررسی الگوی جمهوری اسلامی ایران در ترتیبات مشارکت عمومی - خصوصی در چارچوب چشم‌انداز ۲۰ ساله کشور، در جمعی از صاحب نظران و کارشناسان، مجموعه مقالات همایش ملی مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت، تهران، ۱۳۹۱، ص ۴۳۶

دولت از طریق روش‌های سنتی ارائه خدمات عمومی تأمین می‌شدند. در مشارکت عمومی- خصوصی، بخش خصوصی به طور فزاینده‌ای فعالیت‌هایی که قبلاً وظیفه انحصاری دولت تلقی می‌شد، عهده‌دار می‌شود به طوری که دولت به جای تأمین‌کننده، خریدار خدمات شده است.

همان‌طور که واژه مشارکت به ذهن تداعی می‌کند، هدف این است که برای ایجاد یک زیرساخت از طریق ترکیب بهترین قابلیت‌های دو بخش عمومی و خصوصی (مانند قانون‌گذاری و مقررات در بخش عمومی و نوآوری، بهره‌وری، تأمین مالی در بخش خصوصی) تیمی مطلوب ایجاد شود تا راه‌حلی را برای ارائه زیرساخت‌هایی که مرتبط با نیازهای عمومی هستند، پیدا کند.^۱ البته جزئیات هر یک از قراردادهای مشارکت عمومی- خصوصی و نقش هر یک از بخش عمومی و خصوصی در آن‌ها، متفاوت است. ولی اصول کلی وجود دارد که مشارکت عمومی- خصوصی را شکل می‌دهد و آن را از سایر روش‌های تدارکات جدا می‌کند. این توجه داشت هدف کلی از مشارکت بخش خصوصی صرفاً حل مشکل کمبود منابع مالی نیست بلکه افزایش بهره‌وری خدمات زیربنایی نیز در کانون توجه قرار دارد.

در واقع به موجب قراردادهای مشارکت عمومی- خصوصی، دولت‌ها نه تنها از منابع مالی بخش خصوصی استفاده می‌کنند بلکه به عنوان یک شریک و ناظر درونی در ریسک، مدیریت و درآمدها با بخش خصوصی مشارکت می‌کنند و این وجه تمایز مشارکت عمومی- خصوصی از خصوصی‌سازی و تدارکات عمومی است.^۲

ظهور قراردادهای مشارکت عمومی- خصوصی موجب گردید که دولت‌ها در مورد نقش انحصاری خود در زیربنای چه از نظر تأمین مالی، مدیریت و بهره‌برداری تجدیدنظر کنند و بیشتر به فکر فراهم آوردن زمینه‌ها و همچنین مقررات مناسب برای حضور بیشتر بخش خصوصی باشند. اکنون دولت‌ها در حال کم کردن از مزایف و تا حدودی مسئولیت‌های خود هستند و در عین حال به تقویت توانمندی‌های خود برای هدایت جامعه به عنوان دولت‌های کوچک، توانمند و توانمندساز مشغول‌اند.^۳

1- Colverson, Samuel and Oshani Pereran, Harnessing the Power of Public- Private Partnership, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development Press, 2012, p 2.

۲ - در بحث‌های آتی به تفصیل به وجه تمایز مفاهیم خصوصی‌سازی و تدارکات عمومی سنتی با مشارکت عمومی- خصوصی پرداخته خواهد شد.

۳ - هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۱، ص ۳۸.

مشارکت عمومی - خصوصی یکی از ابزارهایی است که دولت برای کوچک‌سازی خود و انتقال وظایفش به بخش خصوصی استفاده می‌کند. پیدایش قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی به دهه ۱۹۸۰ باز می‌گردد جایی که دولت‌های پست مدرن سعی می‌کنند اعمال و وظایفشان بیشتر در قالب قرارداد انجام دهند. چرا که خصوصی‌سازی گسترده بخشی از روندی است که به کاهش فعالیت‌های دولت منجر می‌شود ولی تنها وسیله کاستن از دامنه دولت نیست. واگذاری انجام کارها به دیگران توسط قرارداد، یکی از راه‌های رایج کاستن از هزینه کالاها و خدمات شده است. رقابت در مناقصه‌ها برای ارائه کالاها و خدمات در درون دولت، به عنوان کاهش قیمت تمام شده در مقایسه با ارائه آنها توسط ورورکراسی تلقی می‌شود.^۱

دو عامل در بروز چنین رشدی در اقبال جهانی نسبت به قراردادهای مشارکت بخش عمومی را بررسی می‌کنیم. طی چند سال گذشته تأثیرگذار بوده‌اند؛ یکی مقابله با محدودیت‌های بودجه‌ای بخش عمومی در قالب طرح‌های مشارکت و دیگری جنبش اصلاح طلبی بخش عمومی تحت عنوان «مدیریت دولتی نوین»^۲ که یکی از زمینه‌های نظری قرارداد مشارکت به حساب می‌آید. جنبش نظری و سیاسی مربوط به اشکال مختلف قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی توسط جنبش «مدیریت دولتی نوین» ارائه گردیده است. جنبش مذکور درصدد بیان این مطلب است که دولت باید از امور عقب نشینی کرده و بخش خصوصی در جایی که موجب افزایش کارایی می‌شود (به ویژه در بخش خدمات عمومی عام المنفعه نظیر آب و برق) به ارائه خدمات عمومی بپردازد. چنین تحولی موجب تشدید رقابت می‌شود که این نیز به نوبه خود منجر به ارائه خدمات بهتر با هزینه پایین‌تر به شهروندان و نیز ائتلاف کمتر منابع اقتصادی می‌گردد.

نظریه مدیریت دولتی نوین به دنبال دولتی کارا تر و مسئولیت پذیرتر به واسطه استفاده از تکنیک‌های بخش خصوصی و ایجاد شرایط بازاری برای ارائه خدمات عمومی است. مدیریت دولتی نوین، تغییر نمونه‌ای در روش دولت و تجزیه و تحلیل سیاست‌هایش است. نشانه‌های ارزش کارآفرینی، انعطاف‌پذیری و خلاقیت است که نقطه مقابل احتیاط و ثبات روش‌های سنتی انعقاد قراردادهای عمومی اداری است که ریسک‌گریز هستند.

در این کتاب سعی بر آن است که با توجه به جدید بودن ادبیات مشارکت عمومی - خصوصی به بررسی ماهیت این قراردادها با توجه به نظام حقوقی خود بپردازیم؛ تبیین

۱- هیوز، آون، مدیریت دولتی نوین: نگرش راهبردی (استراتژیک) سیر اندیشه‌ها، مفاهیم، نظریه‌ها، ترجمه مهدی الوانی و سهراب خلیلی شورینی و غلامرضا معمارزاده، انتشارات مروارید، تهران، ۱۳۹۲، ص ۸۹.
2 - New Public Management. (NPM)

ماهیت مستلزم آن است که ابتدا این قراردادها را تعریف کرده، حوزه کاربرد و محدودیت‌هایی که در جهت استفاده از این قراردادها ممکن است وجود داشته باشد را شناسایی کنیم و سپس بتوانیم با طبقه‌بندی کردن این قراردادها با معیارهای مشخص، به بررسی این قراردادها بپردازیم.

بهاره حسنی