

به نام خداوند جان و خرد

بررسی حقوقی قراردادهای
ساخت، بهره برداری و واگذاری
(B.O.T)

مؤلفان

دکتر محمدعلی سعیدی
(دکترای حقوق خصوصی)

محمدمتین رازقیان
(کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	رازقیان، محمدمتین، ۱۳۶۵-
عنوان قراردادی	ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc.
عنوان و نام پدیدآور	بررسی حقوقی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) / مولفان محمدمتین رازقیان، محمدعلی سعیدی.
مشخصات نشر	تهران: چتر دانش، ۱۴۰۰.
مشخصات ظاهری	۲۳۰ص.
شابک	۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۲-۶
وضعیت فهرست نویسی	فیپا
یادداشت	کتابنامه: ص. ۲۱۳ - ۲۳۰.
موضوع	قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری -- ایران
موضوع	Build-operate-transfer (Public contracts) -- Iran
شناسه افزوده	سعیدی، محمدعلی، ۱۳۵۱-
رده بندی کنگره	HD۳۸۶۱
رده بندی دیویی	۳۵۲/۵۳۰۹۵۵
شماره کتابشناسی ملی	۸۴۴۵۵۱۶
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا	

نام کتاب	بررسی حقوقی قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (B.O.T)
ناشر	چتر دانش
مؤلف	محمدمتین رازقیان - دکتر محمدعلی سعیدی
نوبت و سال چاپ	اول - ۱۴۰۰
شمارگان	۱۰۰۰
شابک	۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۲-۶
قیمت	۱۲۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خمیبری جاوید(اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله یکی از پرترفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز میرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته موردتوجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک‌سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، موردتوجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه علمی بیش از پیش به منصه ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

فصل اول: چستی قرارداد B.O.T ۱۷

- مبحث اول: تاریخچه قرارداد ۲۱
- گفتار اول: در حوزه بین المللی ۲۱
- گفتار دوم: در حوزه داخلی ۲۴
- مبحث دوم: ماهیت قرارداد ۲۶
- گفتار اول: معین بودن قرارداد ۲۷
- گفتار دوم: لازم بودن قرارداد ۳۱
- گفتار سوم: صلح بودن قرارداد ۳۴
- مبحث سوم: اقسام قرارداد ۳۵
- گفتار اول: معرفی اقسام قرارداد ۳۵
- بند اول: B.O.O.T (ساخت، تملک، بهره‌برداری، واگذاری) ۳۵
- بند دوم: B.O.L.T (ساخت، تملک، اجاره، واگذاری) ۳۷
- بند سوم: B.T.O (ساخت، واگذاری، بهره برداری) ۳۸
- بند چهارم: B.L.T (ساخت، اجاره، واگذاری) ۳۹
- بند پنجم: M.O.T (نوسازی، بهره برداری، واگذاری) ۴۰
- بند ششم: R.O.T (بازسازی، بهره برداری، واگذاری) ۴۱
- بند هفتم: B.O.O (ساخت، تملک، بهره برداری) ۴۲
- بند هشتم: D.B.F.O (طراحی، ساخت، تأمین مالی، بهره برداری) ۴۵
- گفتار دوم: قابلیت تسری مقررات قرارداد به اقسام آن ۴۶

فصل دوم: ساختار قرارداد B.O.T ۵۱

- مبحث اول: مراحل قبل از تاریخ قطعیت ۵۳
- گفتار اول: شناسایی ۵۳
- بند اول: تعریف پروژه ۵۳
- بند دوم: تعیین شکل تأمین مالی ۵۳
- بند سوم: مطالعات امکان سنجی اولیه ۵۴
- بند چهارم: تعیین مدیر پروژه و تیم آن ۵۴

- بند پنجم: تصمیم گیری سرمایه پذیر ۵۵
- گفتار دوم: آماده سازی سرمایه پذیر برای مناقصه ۵۷
- بند اول: انتخاب گزینه مناسب برای فراخوان سرمایه گذاران ۵۹
- بند دوم: شاخص های ارزیابی پیشنهادات ۶۳
- گفتار سوم: آماده سازی پیشنهاد توسط سرمایه گذاران ۶۴
- بند اول: تشکیل کنسرسیوم اولیه یا جوینت ونچر قراردادی اولیه ۶۵
- بند دوم: مطالعات امکان سنجی پروژه ۶۵
- بند سوم: شناسایی شرکای بالقوه ۶۶
- بند چهارم: ارائه پیشنهاد مناقصه ۶۶
- گفتار چهارم: ارزیابی فنی، مالی و انتخاب برنده پروژه ۶۶
- بند اول: ارزیابی فنی ۶۷
- بند دوم: ارزیابی مالی و انتخاب برنده پروژه ۶۷
- الف: موافقت نامه پروژه ۶۸
- ب: موافقت نامه شرکت پروژه ۷۷
- گفتار پنجم: اجرای شروط مقدم ۸۱
- بند اول: انعقاد موافقت نامه ها و قراردادها ۸۲
- الف: موافقت نامه تأمین مالی (وام) ۸۲
- ب: موافقت نامه بیمه ۸۶
- ج: موافقت نامه سرمایه گذاری (سهامداران) ۸۹
- د: قرارداد ساخت ۹۱
- ه: قرارداد تأمین و تدارک ۹۸
- و: قرارداد بهره برداری و نگهداری ۹۹
- ز: موافقت نامه خرید محصول پروژه ۱۰۳
- بند دوم: صدور روادید ورود با حق کار ۱۰۴
- بند سوم: صدور پروانه اقامت ۱۰۶
- مبحث دوم: مراحل بعد از تاریخ قطعیت ۱۰۷
- گفتار اول: دوره مجاز (اجرا و بهره برداری) ۱۰۷

- بند اول: ساخت و نصب تجهیزات..... ۱۰۸
- بند دوم: آزمایش ۱۰۹
- بند سوم: پذیرش ۱۱۰
- بند چهارم: انتقال تکنولوژی ۱۱۰
- الف: اعطای لیسانس و یا صدور پروانه ۱۱۰
- ب: انتقال مهارت های فنی ۱۱۱
- ج: استفاده از کالا و خدمات ملی ۱۱۲
- بند پنجم: رعایت سلامت، حفاظت، ایمنی و محیط زیست ۱۱۲
- بند ششم: استفاده از حداکثر توان فنی و مهندسی ۱۱۳
- بند هفتم: بهره برداری ۱۱۶
- بند هشتم: بازرسی، تعمیر و نگهداری ۱۱۸
- بند نهم: آموزش ۱۱۹
- گفتار دوم: واگذاری پروژه ۱۱۹
- بند اول: مالیات بر درآمد حقوق کارکنان خارجی ۱۲۰
- بند دوم: ابطال پروانه کار ۱۲۲
- بند سوم: صدور رواید خروج ۱۲۳

فصل سوم: ریسک های قرارداد B.O.T..... ۱۲۵

- مبحث اول: ریسک های اجرای پروژه ۱۲۹
- گفتار اول: ریسک های تحت مدیریت سرمایه گذار ۱۲۹
- بند اول: ریسک سرریز شدن هزینه ۱۲۹
- بند دوم: ریسک تأخیر در ساخت ۱۳۰
- بند سوم: ریسک عدم اتمام ۱۳۰
- گفتار دوم: ریسک های تحت پوشش قوانین ۱۳۲
- بند اول: ریسک ورود سرمایه نقدی ۱۳۲
- بند دوم: ریسک ورود انواع ماشین آلات ۱۳۵
- بند سوم: ریسک ورود حقوق مالکیت صنعتی ۱۳۷

- بند چهارم: ریسک تأمین ارز..... ۱۳۹
- مبحث دوم: ریسک‌های بهره برداری از پروژه ۱۴۲
- گفتار اول: ریسک‌های تحت مدیریت سرمایه‌گذار ۱۴۲
- بند اول: ریسک منبع..... ۱۴۲
- بند دوم: ریسک بهره برداری ۱۴۳
- گفتار دوم: ریسک‌های تحت پوشش قوانین ۱۴۳
- بند اول: ریسک بازار ۱۴۳
- بند دوم: ریسک مالیات..... ۱۴۷
- مبحث سوم: ریسک‌های واگذاری پروژه ۱۴۹
- گفتار اول: ریسک انتقال ارز..... ۱۴۹
- گفتار دوم: ریسک خروج سرمایه خارجی ۱۵۰
- مبحث چهارم: ریسک‌های متداول کل پروژه ۱۵۲
- گفتار اول: ریسک‌های تحت مدیریت سرمایه‌گذار ۱۵۲
- بند اول: ریسک اعتباری ۱۵۲
- بند دوم: ریسک فنی..... ۱۵۳
- گفتار دوم: ریسک‌های تحت پوشش قوانین ۱۵۳
- بند اول: ریسک سیاسی ۱۵۳
- الف: ریسک تغییر قوانین و مقررات ۱۵۵
- ب: ریسک سلب مالکیت و ملی شدن ۱۵۸
- ج: ریسک رفتار برابر و عدم تبعیض ۱۵۹
- بند دوم: ریسک حادثه قهریه..... ۱۵۹

فصل چهارم: تعیین شیوه حل اختلافات قرارداد B.O.T ۱۶۵

- مبحث اول: تفکیک اختلافات سرمایه‌گذاری ۱۶۷
- مبحث دوم: رویکرد قوانین در زمینه حل اختلافات سرمایه‌گذاری ۱۶۸
- مبحث سوم: رویکرد شهرداری در زمینه حل اختلافات سرمایه‌گذاری ۱۷۴
- مبحث چهارم: شیوه‌های جایگزین حل اختلاف ۱۷۵

فصل پنجم: اعمال خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ در قرارداد B.O.T... ۱۷۷

- مبحث اول: اعمال خیار شرط در قرارداد ۱۷۹
- مبحث دوم: دلایل فسخ قرارداد ۱۸۳
- گفتار اول: فسخ به دلیل منافع عمومی ۱۸۴
- گفتار دوم: فسخ به دلیل نقض قرارداد ۱۸۵
- گفتار سوم: فسخ به دلیل تعذر موقت و دائم قرارداد ۱۹۱
- مبحث سوم: اعمال شرط فاسخ در قرارداد ۱۹۴
- مبحث چهارم: میزان و روش پرداخت غرامت در قرارداد ۱۹۹

پیوست ۲۰۵

- نیروگاه گازی جنوب اصفهان ۲۰۷
- نیروگاه سیکل ترکیبی پره سر گیلان ۲۰۹
- تصفیه خانه آب شرب خلخال ۲۱۰
- ارتقای کمی و کیفی تصفیه خانه فاضلاب پرکند آباد ۲ مشهد ۲۱۱

فهرست منابع ۲۱۳

- الف) منابع فارسی ۲۱۳
- ب) منابع عربی ۲۲۰
- ج) منابع انگلیسی ۲۲۲
- د) قوانین و مقررات ۲۲۶

پیشگفتار

برای ساخت پروژه‌های زیربنایی که احتیاج به تأمین مالی بالایی دارند، بکارگیری یک سیستم اجرایی کارآمد، برای پیشبرد پروژه‌های فوق که در پیشرفت رفاهی و اقتصادی این مرز و بوم نقش بسزایی را ایفا می‌کنند، تضمین مناسبی را ارائه می‌دهد. قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (B.O.T)، می‌تواند روش مساعدی در راستای تأمین مالی و مدیریت ساخت در پروژه‌های زیربنایی به حساب آید که باعث مشارکت بخش عمومی و خصوصی (P.P.P) در ساخت پروژه‌های زیربنایی میشود. در یک قرارداد متداول B.O.T، ساخت پروژه‌ای از جانب سرمایه پذیر به سرمایه گذار «که اکثراً خارجی است»، محول می‌شود و سرمایه گذار بعد از بهره برداری از پروژه مذکور در مدت زمان معین، آن را به سرمایه پذیر واگذار می‌نماید.

نوظهور بودن این سیستم تأمین مالی پروژه‌ای، مسبب ابهامات و ایجاد جنبه‌های مجهول بسیار و سردرگمی رویه‌های اتخاذی دستگاه‌های اجرایی برای منعقد کردن قرارداد فوق شده است. لذا سعی بر این است که علاوه بر تشریح ماهیتی و ساختاری این نوع قرارداد، راه حل کاربردی در جهت پاسخگویی به جنبه‌های مجهول و مبهم از جمله؛ دامنه ریسک‌های

تحت پوشش قوانین، تعیین شیوه حل اختلاف، قابلیت اعمال خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ در قرارداد مذکور ارائه داد.

ذکر این نکته ضروری است که، کتاب پیش رو با بهره گیری و ملاحظه آخرین قوانین و مقررات مصوب و رویه های موجود، تنظیم شده است و سعی بر تحلیل مستند و مستدل و تطبیقی مطالب می باشد.

در انتها از جناب آقای نادر همایونی مدرس مناقصه، مزایده و معاملات دولتی که در پیشبرد نگارش کتاب حاضر ما را یاری نمودند، سپاسگزار و قدردانیم.

خواستار دعای خیر همه خوانندگان عزیز هستیم.

مقدمه

رشد اقتصادی هر جامعه ای در گرو سرمایه‌گذاری در پروژه‌های عمومی آن است. برای شکوفایی اقتصادی، بدون بهره‌گیری از زیر بناهای مدرن و کافی، چندان نمی‌توان توفیقی حاصل کرد. لذا از اواسط دهه هشتاد میلادی آنچه بیشترین توجه جوامع را معطوف خود نموده، ساخت پروژه‌های عظیمی می‌باشد که در هر کشور برای ایجاد و توسعه تسهیلات عمومی اجرا می‌گردند. پروژه‌های فوق‌الذکر غالباً دارای حجم عظیم عملیات بوده و زمان طویل‌المدتی را به خود اختصاص داده و به منابع مالی فزاینده ای احتیاج دارند.

در این راستا، قرارداد نوظهور موسوم به ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T)¹ راهکار مناسبی را در جهت بهره‌گیری از سرمایه، مدیریت و تکنولوژی بخش خصوصی در ساخت و ساز پروژه‌های زیربنایی به جوامع از جمله جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌دهد.

قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T) را می‌توان به عنوان روشی دانست که در آن، با مشارکت بخش عمومی و خصوصی

1- Build, Operate & Transfer

(P.P.P)^۱، تأمین مالی، طراحی، ساخت و بهره برداری یک پروژه زیر بنایی به طور کامل تحت یک دوره بهره برداری با مجوز بخش عمومی به وسیله بخش خصوصی انجام می‌شود. بهره‌برداری از پروژه زیربنایی در طول زمان مشخص، شامل حقی برای بخش خصوصی است که بتواند از مطالباتی که از استفاده کنندگان پروژه دارد، به عنوان یک منبع درآمد و ایجاد سود برای سرمایه گذاری که انجام داده است، بهره گیرد. بعد از اتمام دوره بهره برداری، پروژه به بخش عمومی طرف قرارداد واگذار میشود.

عنوان قراردادی فوق برای اولین بار در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن که در سال ۱۳۸۱ به تصویب رسید، وارد حقوق موضوعه ایران شد. در اواخر سال ۱۳۹۳ نیز بخشنامه‌ای تحت عنوان چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی- خصوصی (P.P.P) به کوشش معاونت نظارت راهبردی- امور نظارت بودجه سرمایه‌ای، تنظیم شده که دستگاه‌های اجرایی می‌توانند ضمن تطبیق مفاد آن با شرایط حقوقی دو طرف موافقت‌نامه، نحوه تأمین مالی، انتقال، بهره برداری، اندازه پروژه و میزان پیچیدگی محیط حقوقی کار و با لحاظ قرار دادن قوانین و آیین نامه‌ها و... از آن برای انعقاد قراردادهای B.O.T استفاده نمایند. لازم به ذکر است، بخشنامه مذکور جایگزین بخشنامه‌ای که در سال ۱۳۸۷ تحت عنوان موافقت‌نامه ساخت، بهره برداری و واگذاری (B.O.T)، توسط معاونت نظارت راهبردی- دفتر نظام فنی اجرایی تنظیم شده بود، گردیده‌است. شایان ذکر است، دستگاه‌های اجرایی در تنظیم موافقت‌نامه مشارکت عمومی- خصوصی باید مفاد ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۳ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵ و تبصره ۱۹ قانون بودجه

۱۳۹۸ را مدنظر قرار دهند.

کتاب پیش رو در پی یافتن پاسخ های مناسبی برای سؤالات اساسی ذیل است:

ماهیت قرارداد B.O.T چیست؟ آیا قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۱ و دیگر مقررات موجود در این خصوص قابل تسری به اقسام B.O.T نیز می باشد؟ ساختار قرارداد B.O.T در طی چه مراحل سازماندهی میشود؟ اقدامات و تعهدات منفرد و مشترک سرمایه پذیر و سرمایه گذار چیست و چگونه اجرایی میشود؟

ریسک^۱ های تحت پوشش قوانین جمهوری اسلامی ایران کدامند؟ علاوه بر این، چه ریسک هایی تحت مدیریت سرمایه گذار می باشند؟ وقوع هر ریسک در چه مرحله ای از پروژه محتمل می باشد؟ برای حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری در قرارداد B.O.T با ملاحظه قوانین ایران از چه شیوه هایی می توان بهره برد؟

آیا سرمایه پذیر می تواند از خیار شرط برای خاتمه دادن یک جانبه قرارداد B.O.T بهره گیرد؟ دلایل فسخ^۲ قرارداد B.O.T چه می باشد؟ آیا سرمایه پذیر می تواند شرط فاسخ را سببی برای خاتمه دادن به قرارداد B.O.T قرار دهد؟ در صورت خاتمه دادن به قرارداد B.O.T سرمایه پذیر در چه صورتی ملزم به پرداخت غرامت^۳ است، به عبارتی میزان و روش پرداخت غرامت چگونه می باشد؟

برای پاسخ به سؤالات فوق الذکر؛ باید به واکاوی تاریخچه و ماهیت قرارداد B.O.T پرداخت و قوانین و مقررات موجود از جمله؛ قانون تشویق

1- Risk

2- Termination

3- Compensation

و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۱، بخشنامه چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی- خصوصی (P.P.P) مصوب ۱۳۹۳، ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۳ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵ و تبصره ۱۹ قانون بودجه ۱۳۹۸ را به دقت بررسی نمود.

همچنین برای بررسی ساختار قرارداد B.O.T، باید تک تک مراحل پروژه B.O.T را از لحاظ اقدامات و تعهدات صورت گرفته در هر مرحله مورد تحلیل و ارزیابی قرار داد. بعلاوه اطراف مختلف این پروژه و موافقت نامه ها و قراردادهای منعقد در آن را شناسایی نمود.

لازم به ذکر است، قراردادهای B.O.T در مرحله عمل و اجرا ممکن است با عوامل پیش بینی نشده ای روبرو شوند که هزینه های پروژه را افزایش و سود سرمایه گذاری را کاهش دهد. این عوامل دور از انتظار، که ریسک پروژه نام می گیرند، چنانچه شناسایی و مدیریت شوند بر گزینه های سرمایه گذاری اثر می گذارند. لذا در کتاب حاضر شناسایی و تخصیص این ریسک ها انجام می گیرد.

برای پاسخ به تعیین شیوه حل اختلافات قرارداد B.O.T، باید ابتدا انواع اختلافات سرمایه گذاری را تفکیک نمود و در وهله بعد رویکرد قانونگذار جمهوری اسلامی ایران را بررسی نمود. البته رویکرد متفاوت شهرداری نیز به عنوان یکی از مهم ترین دستگاه های اجرایی در خصوص حل اختلاف تحلیل و ارزیابی می شود. در گام آخر برخی از روش های مختلف برای بهبود روند حل اختلاف بررسی خواهند شد.

در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران به اخص در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۱ در

زمینه خاتمه دادن به قرارداد B.O.T مقرراتی پیش بینی نشده است. بر این اساس، دستگاه های اجرایی باید برحسب توافق صورت گرفته با طرف قرارداد در حدودی که قوانین و مقررات اجازه می دهد، حکم قضیه را در این خصوص در آورند.

ویژگی خاص مدل تأمین مالی پروژه های عمرانی که تحت مالکیت جمهوری اسلامی ایران است، این حساسیت را برمی انگیزد که دستگاه های اجرایی به نمایندگی از دولت به عنوان سرمایه پذیر در مشارکت با سرمایه گذار خارجی چه محدودیت هایی را باید لحاظ نمایند که با حفظ سیاست های کلان کشور با تشویق و حمایت سرمایه گذار خارجی بتوان در جامعه جهانی نیز وجهه متعالی را ارائه نمود.

برای دستیابی به این مهم، می بایست به آنالیز قرارداد فوق پرداخت و برای مسائلی از جمله؛ محدودیت های قانونی ثبت شرکت های خارجی، چگونگی قواعد برگزاری مناقصات برای جذب سرمایه گذاری، بکارگیری رویه قضایی کارآمد در جهت رسیدگی به اختلافات احتمالی و راهکار مساعد برای خاتمه دادن به قرارداد بالاخص از جانب دستگاه های اجرایی و مسائلی از این دست به دنبال پاسخی مناسب بود.

شایان ذکر است، کتاب موجود می تواند منبع مفید و مثمر ثمری برای تمامی دستگاه های اجرایی که ساخت پروژه های زیربنایی از قبیل: نیروگاه، بنادر، راه سازی، سد سازی، راه آهن و ... را در دستور کار خود دارند، باشد و همچنین می تواند در جهت شناسایی مستند و مستدل جوانب پروژه های مذکور به تحقیقات و ارزیابی های بخش خصوصی، وسعت بخشد.

کتاب حاضر در پنج فصل تنظیم شده است:

در فصل اول سیر تاریخی قرارداد B.O.T را اعم از حوزه بین المللی و حوزه داخلی توضیح داده و به بررسی ماهیت قرارداد B.O.T پرداخته و

قرارداد B.O.T را با انواع آن مقایسه کرده‌ایم.

در فصل دوم، پروژه ای که با روش قراردادی B.O.T، تأمین مالی، ساخت و بهره برداری میشود را در نظر گرفته و مراحل طی آن پروژه مذکور سازماندهی میشود را بررسی نموده‌ایم.

یافتن راه حل مناسب برای مدیریت کردن ریسک‌هایی که طرف‌های درگیر در طول پروژه B.O.T با آنها روبرو می‌شوند موضوع فصل سوم را تشکیل می‌دهد.

تعیین شیوه‌های حل اختلاف در قراردادهای B.O.T در فصل چهارم گنجانده میشود.

در فصل پنجم، با ارائه تحلیل‌های مناسب با دید تطبیقی، اعمال خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ در قرارداد B.O.T، بررسی خواهد شد.



فصل اول: چستی قرارداد B.O.T



عنوان قرارداد (B.O.T)، مخفف Build که در فرهنگ حقوقی، به معنای ساختن می‌باشد.^۱ Operate؛ این واژه که در ترکیب B.O.T با حرف «O» نشان داده میشود، در فرهنگ حقوقی به معنای بهره برداری به کار رفته است^۲ و واژه Transfer که در فرهنگ حقوقی در دو معنا ترجمه میشود. معنای اول انتقال دادن و معنای دوم واگذار کردن.^۳ به تبعیت از قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۱ معنای واگذار کردن برای این واژه در نظر گرفته میشود. چراکه عنوان قراردادی B.O.T برای اولین بار در قانون مذکور و آیین‌نامه اجرایی آن، وارد حقوق موضوعه ایران شد.

قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (B.O.T) را می‌توان روشی دانست که در آن، با مشارکت بخش عمومی و خصوصی (P.P.P)،^۴ تأمین مالی، طراحی، ساخت و بهره برداری یک پروژه زیر بنایی^۵ به طور کامل تحت یک دوره بهره برداری با مجوز بخش عمومی (سرمایه پذیر یا به عبارتی دستگاه‌های اجرایی)^۶ به وسیله بخش

۱- صمیمی کیا، مسعود الظفر، آذر فر (هندی زاده)، فروز (۱۳۷۳). فرهنگ حقوقی (فارسی- انگلیسی). چاپ اول، تهران: هستی، ص ۲۰۶.

۲- رضائی نوری، محمود (۱۳۸۴). فرهنگ حقوقی مدین. چاپ اول، تهران: خط سوم، ص ۵۱۹.

۳- همان، ص ۷۴۷.

4- Public- Private Partnership

۵- پروژه‌های زیر بنایی، پروژه‌هایی هستند که برای سرویس دهی زندگی عمومی، طراحی و ساخته می‌شوند. این پروژه‌ها نیاز به تعهد مالی بالایی داشته و از ظرفیت عملیاتی بالایی برخوردار بوده و حجم انبوهی از پرسنل را در طول پروژه به خدمت می‌گیرند.

۶- در خصوص تعریف دستگاه‌های اجرایی رجوع کنید به: بخشنامه چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی- خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، پیوست‌ها، پیوست ۲۱.

خصوصی (سرمایه گذار^۱ در قالب شرکت پروژه^۲) انجام میشود. بهره برداری از پروژه زیربنایی در طول زمان مشخص (دوره مجاز^۳)، شامل حقی برای بخش خصوصی است که بتواند با لحاظ مطالباتی که از استفاده کنندگان پروژه دارد، به عنوان يك منبع درآمد و ایجاد سود برای سرمایه گذاری که انجام داده است، بهره گیرد. بعد از اتمام دوره بهره برداری، پروژه به بخش عمومی طرف قرارداد واگذار میشود.^۴

پذیرش اصل حاکمیت اراده^۵ به طرفین قرارداد مشارکت عمومی - خصوصی این امکان را می دهد که از قالب B.O.T با توجه به این که نوع ساخت پروژه ممکن است به صورت احداث، نوسازی و بازسازی باشد، و نیز اینکه پس از پایان مدت

۱- لازم به ذکر است که، به طور معمول سرمایه گذار در پروژه B.O.T بخش خصوصی خارجی است و سرمایه گذار خارجی به اشخاص حقیقی یا حقوقی غیر ایرانی و یا ایرانی با استفاده از سرمایه با منشأ خارجی اطلاق میشود (قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، ماده ۱). با این حال، اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی متقاضی سرمایه گذاری در کشور، به منظور برخورداری از تسهیلات و حمایت های قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرائی آن، مصوب ۱۳۸۱، باید مستنداتی را که موید فعالیت های اقتصادی و تجاری در خارج از کشور باشد نیز ارائه دهند (آیین نامه اجرائی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، ماده ۵). همچنین باید توجه داشت که، سرمایه گذاری شرکت های دولتی خارجی، خصوصی تلقی میگردد. فلذا، سرمایه گذاری دولت یا دولت های خارجی در جمهوری اسلامی ایران منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی می باشد (قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، ماده ۴).

۲- لازم به توضیح است که، در قرارداد B.O.T، به طور معمول و متداول، سرمایه گذار یا سرمایه گذاران، اجرا کننده پروژه نیستند. لذا، پس از برنده شدن در مناقصه و یا توافق با سرمایه پذیر بر اساس مذاکره (ترک تشریفات مناقصه) و اطمینان از اجرائی شدن پروژه و قبل از رسیدن به مرحله ساخت پروژه، برای امضای موافقت نامه پروژه و مجوز اقدام در جمهوری اسلامی ایران مبادرت به ثبت شرکت با موضوع خاص می نمایند که این شرکت «شرکت پروژه» نامیده میشود و شرکت پروژه جانشین شرکت های سرمایه گذار میشود و با قبول مفاد قرارداد B.O.T نسبت به اجرای آن اقدام مینماید و پس از انقضای قرارداد B.O.T این شرکت نیز منحل و تصفیه میشود.

۳- دوره ای که شرکت پروژه اجازه می یابد که سرمایه گذاری کند و سرمایه خود به انضمام سود مورد توافق را از عواید پروژه مستهلک سازد دوره مجاز نام می گیرد (بخشنامه چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، پیوست ها، پیوست ۲۱).

4- Rajakhairul Anuar Bin Raja Abd Karim (2012). Malaysia B.O.T Method Implementation for Highway Development Projects, Thesis Presented to the Higher Degree Committee of Rintumeikan Asia Pacific University in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Sciences in International Cooperation Policy, Malaysia, p. 33.

۵- اصل حاکمیت اراده یعنی: «اصل در روابط اشخاص در زندگی قضائی آن است که اراده های آنان منشأ اثر باشد و عدم تأثیر اراده محتاج به دلیل و باعث مخصوصی است» (جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۴). ترمینولوژی حقوق. چاپ هفتم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۴۲).

قرارداد، ممکن است مستحقات پروژه به مالکیت بخش خصوصی درآید و یا در مالکیت بخش عمومی باقی بماند، در شکل های مختلفی برای تأمین مالی پروژه های بزرگ زیربنایی استفاده کنند. شایان ذکر است، اخذ مجوز سرمایه گذاری موقعیتی برای سرمایه گذاران خارجی جهت استملاک زمین به همراه ندارد. زیرا مطابق تبصره ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، تملك هرنوع زمین به هر میزان بنام سرمایه گذار خارجی در چهارچوب این قانون مجاز نمی باشد. اگرچه، مفاد بند (ب) ماده ۳۵ آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱ امکان اعطای پروانه اقامت، با اعتبار سه ساله را برای سرمایه گذاران، مدیران، کارشناسان خارجی و بستگان درجه يك آنان فراهم آورده است. علاوه بر این در تبصره مذکور مقرر می دارد؛ قانون مربوط به تملك اموال غیر منقول اتباع خارجی، مصوب ۱۳۱۰، کماکان به قوت خود باقی است. هرچند که این قانون ناظر بر غیر قابل استملاک بودن املاک مزروعی توسط اتباع خارجی می باشد؛ قانون گذار ایران این حکم را بر کلیه املاک اعم از مزروعی و غیر مزروعی تسری داده است. البته، محدودیت تملك منحصر به زمین است و نه هر مال غیر منقول. بنابراین، سرمایه گذار خارجی مجاز است سایر اموال غیر منقول را تملك نماید. از جمله اموال غیر منقولی که قانون گذار در مواد ۱۲ تا ۱۶ قانون مدنی آورده است.^۱

در این فصل، نویسندگان تاریخچه و ماهیت حقوقی قرارداد B.O.T را واکاوی نموده و به شناسایی متداولترین اقسام آن پرداخته اند، و برای پاسخ به این سؤال که؛ آیا قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۱ و همچنین دیگر مقررات موجود در این خصوص قابل تسری به اقسام B.O.T نیز می باشد؟ تحلیل مناسبی ارائه داده اند.

۱- فلاحي، آزاد (۱۳۹۳). بررسی تحلیلی ساختار B.O.T. چاپ اول، تهران: بهنامی، ص ۲۰۴.

مبحث اول: تاریخچه قرارداد

در این مبحث ابتدا به تشریح تاریخی قرارداد B.O.T در حوزه بین المللی پرداخته می‌شود و سپس سیر تاریخی بکارگیری قرارداد فوق الذکر در ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

گفتار اول: در حوزه بین المللی

ریشه قراردادهای B.O.T را می‌توان در تأمین مالی پروژه‌ها و پل‌های فرانسه در قرن هفدهم میلادی^۱ و همچنین در سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری بخش خصوصی در برنامه‌های مربوط به حمل و نقل مردم و مواد خام در زمان انقلاب صنعتی و یا قراردادهای اعطای امتیاز برای تأمین آب شرب پاریس جستجو کرد.^۲

البته برخی بر این عقیده هستند که B.O.T با سیستم اعطای امتیاز تفاوت اساسی دارد، چرا که اولاً، نظارت بخش عمومی در قراردادهای اعطای امتیاز با مکانیسم نظارت بخش عمومی در پروژه‌های B.O.T تفاوت دارد

۱- عزیزی، فاطمه (۱۳۸۶). «تضمین‌های مقرر بر ای سرمایه‌گذاری خارجی به روش B.O.T در قوانین و مقررات ایران». بررسی‌های اقتصاد انرژی، سال سوم، شماره یازدهم، ص ۶۴.

۲- سبط، محمد حسن، شایق، سهیل (۱۳۸۵). بی‌اوتی و کاربرد آن در قراردادهای زیر بنایی ایران. چاپ اول، تهران: دانشگاه صنعتی امیر کبیر، ص ۴۰.

و محدودتر می باشد و همچنین قراردادهای متعددی از قبیل قرارداد بیمه در سیستم اعطای امتیاز بر خلاف سیستم اجرای B.O.T منعقد نمیشود؛ ثانیاً قراردادهای B.O.T، بر خلاف قراردادهای اعطای امتیاز که منحصر به معادن بوده، در پروژه هایی چون نیروگاه ها، پالایشگاه ها، اسکله، پل، خطوط لوله، جاده، فرودگاه ها و... کاربرد فراوان دارد.^۱

صرف نظر از این عقیده می توان گفت که، اولین نمونه قرارداد B.O.T به سال ۱۳۸۴ میلادی برمی گردد که مربوط به احداث پروژه کانال سوئر بود که به موجب آن، کمپانی های انگلیسی و فرانسوی با دولت مصر قرارداد احداث این کانال و بهره برداری از منافع آن به مدت ۹۹ سال و سپس انتقال پروژه به دولت مصر را منعقد نمودند.^۲ همچنین ساخت راه آهن و نیروگاه ها در آمریکا در قرن ۱۸ میلادی از اولین نمونه های قرارداد B.O.T می باشد.^۳

در نیمه دوم قرن ۱۹ میلادی، بخش های عمومی برای گسترش راه آهن و جاده، تصمیم به جذب کمک های مالی بخش خصوصی گرفتند، اما به رغم موفقیت هایی که حاصل شد، بعد از مدتی دچار افول گردید؛ زیرا بخش خصوصی تنها به شرط نرخ بالای بازگشت سود حاضر به سرمایه گذاری در بخش عمومی بود که این امر با توان مالی بخش عمومی تعارضی آشکار داشت. این افول تا اواسط قرن ۲۰ میلادی ادامه یافت تا اینکه افزایش ترافیک جاده ها، نیاز به توسعه بزرگراه ها و کمبود منابع مالی، بخش های عمومی را بار دیگر به جذب سرمایه بخش خصوصی وا داشت، اما این بار سیاست دولت های اروپایی نسبت به بخش خصوصی تغییر کرده و بر مشارکت این

۱- صادقی، محسن (۱۳۸۵). «بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری B.O.T و جایگاه آن در حقوق ایران». فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره سی و هشتم، ص ۱۲۷.

۲- محمدی، محمد (بی تا). «وضعیت حقوقی قرارداد B.O.T همراه با مقایسه قراردادهای مشابه». ص ۱.

۳- سبط، شایق، منبع پیشین، ص ۴۰.

دو بخش در کنار یکدیگر تأکید می‌نمود.

دو تن از متخصصان خصوصی سازی،^۱ دهه ۱۹۸۰ میلادی را نقطه آغاز جدی فرآیندی دانسته‌اند که به مشارکت بخش‌های عمومی و خصوصی در راه اندازی و بهره برداری طرح‌های زیر بنایی توجهی خاص داشته است و بر مبنای این فرآیند، قراردادهای B.O.T را از جمله مشارکت بخش عمومی و بخش خصوصی دانسته‌اند.^۲

به هر رو، اصطلاح «ساخت، بهره برداری و واگذاری» که اغلب به شکل مخفف و به نام B.O.T شناخته می‌شود، اولین بار در سال ۱۹۸۴ میلادی توسط تورگوت اوزال^۳ نخست وزیر اسبق ترکیه، به عنوان روشی برای اجرای برنامه‌های خصوصی سازی در این کشور مورد استفاده قرار گرفت.^۴ از آن به بعد قرارداد B.O.T در سراسر جهان برای ساخت انواع پروژه‌های زیر بنایی به کار گرفته شد.

از جمله تلاش‌هایی که برای شناسایی قراردادهای B.O.T در حوزه بین‌المللی صورت گرفته می‌توان به سازمان توسعه صنعتی سازمان ملل متحد^۵ اشاره داشت که این قرارداد را به عنوان یک مکانیسم ظریف و پیچیده بر پایه یک مدل نسبتاً روشن و واضح معرفی کرده که به بخش عمومی اجازه ساخت تأسیسات زیر بنایی از طریق استفاده از منابع بخش عمومی را می‌دهد.^۶ این سازمان در زمینه توسعه زیر ساخت‌ها از طریق پروژه‌های B.O.T، راهنمایی را تهیه کرده است که توسط بخش توسعه

1- Ernest & Fam

۲- صادقی، منبع پیشین، صص ۱۲۷-۱۲۸.

3-Turgut Ozal

۴- عزیزی، منبع پیشین، صص ۶۳-۶۴.

5- UNIDO

۶- فلاح، میرفیض، عباس زاده، حسن (۱۳۸۶). «مدیریت ریسک در قراردادهای ساخت- بهره برداری- انتقال B.O.T». فصلنامه تازه‌های اقتصاد، شماره صد و پانزدهم، ص ۲۳.

سرمایه‌گذاری و تکنولوژی یونیدو، خدمات تکنولوژی و تحت نظارت «خوزدو کالدس لیما»^۱ و مدیریت «ریکاردو سیدل فونسکا»^۲ تهیه شده است.

همچنین لازم به ذکر است که، در تاریخ ۲۱ لغایت ۲۲ ژانویه سال ۲۰۰۳ میلادی نیز در خرطوم، پایتخت سودان، کنفرانسی در زمینه سیستم B.O.T و همچنین راهکارهای مشابه آن برگزار شد که توانست مطالب مفیدی را در این زمینه ارائه دهد.^۳

گفتار دوم: در حوزه داخلی

اولین اقدامات ایران در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، تصویب قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در تاریخ ۱۳۳۴ و انعقاد معاهده مودت با آمریکا بود. سوابق تاریخی حاکی از این است که انعقاد معاهده دو جانبه و مهیا کردن زمینه‌های حقوقی برای سرمایه‌گذاری، در مذاکرات بین ایران و آمریکا مطرح شد و در آن مذاکرات، دولت آمریکا تمایل خود را در آن راستا به عنوان زمینه‌ای برای ورود شرکت‌های نفتی آمریکایی به صنعت نفت ایران مطرح نمود.

علاوه بر این طی یک تبادل یادداشت بین ایران و آمریکا در سال ۱۳۳۶ که به تصویب مجلس ایران نیز رسید، مقرر شد در صورتی که دولت آمریکا سرمایه‌گذاری شرکت‌های آمریکایی در ایران را بیمه نماید و متعاقباً مبالغی به آن شرکت‌ها از بابت خسارت وارده پرداخت کند، دولت ایران جانشینی دولت آمریکا را خواهد پذیرفت.

قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، مصوب ۱۳۳۴ قریب به

1- Josedo Caldas Lima

2- Ricardo Seidl Fonseca

۳- محمدی، منبع پیشین، ص ۲.

۴۸ سال قانون اصلی در زمینه سرمایه گذاری خارجی بود، یعنی نیمی از دوران خود را قبل و نیمی را بعد از انقلاب سپری کرد. لیکن با توجه به شرایط بعد از انقلاب و بخصوص بعد از جنگ، بازبینی و تحول در قوانین مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی نیاز بود. لذا قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین نامه اجرایی آن در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۸۱/۳/۴ با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب نهایی رسید.

جلب سرمایه خارجی به روش B.O.T ابتدا در اواخر دهه ۱۳۷۰ در برخی از تصویب نامه‌های هیأت دولت مطرح شد. مع هذا این بدان معنی نیست که استفاده از روش B.O.T در ایران اساساً مطرح نبوده‌است. چرا که در ارتباط با ساختن راه‌ها و بزرگراه‌ها، روش B.O.T مطرح بوده و بزرگراهایی نیز با مشارکت بانک‌ها و دیگر مؤسسات دولتی بر اساس این مکانیزم ساخته شده که جنبه داخلی داشته است. مقرراتی که زمینه ساز استفاده از روش B.O.T در فعالیتهای خاص اقتصادی است ممکن است صراحتاً به روش B.O.T اشاره نکرده باشند، ولی مجوزها و تسهیلات کلی و عام آن شامل استفاده از روش B.O.T نیز می باشد.

لازم به ذکر است که، ایران معاهدات دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری را با کشورهای متعددی امضاء کرده است، به عنوان نمونه فقط در سال ۱۳۸۲، هجده موافقت نامه تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی منعقد شده است. این معاهدات ماهیت مشابهی دارند. به عنوان مثال در موافقت نامه ایران و فرانسه، مورخ ۱۳۸۲/۷/۱۷ که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود، سرمایه گذاری به نحوی تعریف شده است که شامل سرمایه‌گذاری به روش B.O.T نیز می گردد.^۱

مطابق ماده ۱ این موافقت نامه: «سرمایه‌گذاری شامل هر نوع مال یا دارایی از جمله اموال منقول و غیر منقول، سهام و مالکیت معنوی می‌باشد که توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاقد در قلمرو کشور طرف متعاقد دیگر به کار گرفته شود»^۱.

باید افزود، در اواخر سال ۱۳۹۳ نیز بخشنامه ای تحت عنوان چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی - خصوصی (P.P.P) به کوشش معاونت نظارت راهبردی - امور نظارت بودجه سرمایه ای، تنظیم شده.^۲ لازم به ذکر است، بخشنامه مذکور جایگزین بخشنامه ای که در سال ۱۳۸۷ تحت عنوان موافقت نامه ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T)، توسط معاونت نظارت راهبردی - دفتر نظام فنی اجرایی تنظیم شده بود، گردیده است.^۳ همچنین تصویب برخی قوانین از جمله؛ ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۳ و دستوالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵، تبصره ۱۹ قانون بودجه ۱۳۹۸ و لایحه مشارکت عمومی - خصوصی مصوب ۱۳۹۷/۹/۱۸ هیأت وزیران در روند تسهیل موافقت نامه‌های مشارکت عمومی - خصوصی از جمله قرارداد B.O.T اقدامات مؤثری محسوب میشود.

مبحث دوم: ماهیت قرارداد

در این مبحث بررسی میشود که، قرارداد B.O.T عقدی معین است یا غیر معین؟ لازم است یا جایز؟ علاوه بر اینکه قرارداد B.O.T نوعی قرارداد جدید و مستقل است، آیا می‌توان آن را از طریق قرارداد معلومی

۱- روزنامه رسمی، شماره ۱۷۱۰۲، مورخ ۱۳۸۲/۸/۲۱.

۲- بخشنامه چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶.

۳- بخشنامه موافقت نامه ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T)، شماره ۱۰۰۰۸۳/۱۰۰/۱۰، مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۴، نشریه شماره ۴۶۹.

چون صلح تخریج کرد و در حیطة این قرارداد دانست؟

گفتار اول: معین بودن قرارداد

می دانیم که، عقود معین قراردادهایی هستند که قانون نام خاصی بر آنها گذاشته و شرایط و احکام ویژه ای برای آنها مقرر داشته است. عقود غیر معین یا بی نام، قرارداد هایی هستند که قانونگذار برای آنها نام و شرایط خاصی متصور نیست^۱ و از آنجایی که لفظ قانون در این تعریف، منحصر به قانون مدنی نیست، لذا چنانچه نام، شرایط و احکام قراردادی در قوانین و مقررات کشور ذکر شود، در بیان ماهیت حقوقی باید آن را جزء قراردادهای معین به حساب آورد. از آنجایی که نام قرارداد مورد بحث در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱ و همچنین در ماده ۳ آیین نامه اجرایی قانون مذکور تحت عنوان «قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری» آمده است و احکام اصلی و مهم آن نیز در قانون فوق الذکر تصریح شده است، بنابراین در بیان ماهیت این قرارداد می توان گفت؛ قرارداد B.O.T در عرصه سرمایه گذاری خارجی از جمله عقود معین بوده و برای تعیین شرایط دیگر آن می توان از متون فقهی و نصوص قانونی به اخص قانون مدنی و از جمله آن، ماده ۱۰ قانون مدنی بهره برد. همچنین با توجه به اینکه قانونگذار با تصویب قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۱۳ و دستوالعمل اجرایی ماده ۲۷ آن مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵ در خصوص مشارکت عمومی- خصوصی از جمله قرارداد B.O.T مقررات لازم الاجرائی را وضع نموده، لذا در عرصه سرمایه گذاری داخلی نیز می توان این قرارداد را معین محسوب نمود. البته تبصره ۱۹

۱- صفایی، سید حسین (۱۳۸۷). قواعد عمومی قرارداد ها، چاپ ششم، تهران: میزان، ص ۴۰.

قانون بودجه ۱۳۹۸ (که شرح این مقررات در ادامه خواهد آمد) نیز از دیگر قوانین لازم‌الاجرائی است که در این زمینه وضع شده‌اند و قابل تسری به سرمایه‌گذاری خارجی نیز می‌باشند. با این وجود، با عنایت به بخشنامه چهارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، کماکان استناد به قوانین عمومی و عام برای پوشش برخی کاستی‌های قوانین مذکور، با منعی مواجه نیست.

لازم به توضیح است که بخشنامه مذکور فقط جنبه راهنمایی و ارشاد را دارد، چراکه از نوع گروه سوم ابلاغ گردیده است. در این خصوص باید بیان داشت، مطابق ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی موضوع ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه: «دستورالعمل‌های موضوع این آیین‌نامه به سه گروه زیر تقسیم می‌شود: بند ۱- گروه اول، دستورالعمل‌هایی که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و عوامل دیگر ضروری است (نظیر فرم ضمانت‌نامه‌ها، فرم پیمان‌ها، استانداردهای فنی، تجزیه واحد بها و غیره). بند ۲- گروه دوم، دستورالعمل‌هایی که به طور کلی و برای موارد عادی تهیه می‌گردد و برحسب مورد دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و عوامل دیگر می‌توانند به تشخیص خود مفاد دستورالعمل و یا ضوابط و معیارهای آن را با توجه به کار مورد نظر و در حدود قابل قبولی که در دستورالعمل تعیین شده تغییر داده و آن را با شرایط خاص کار مورد نظر تطبیق دهند (نظیر حق الزحمه مهندسان مشاور و شرایط عمومی پیمان و مشخصات عمومی و غیره). بند ۳- گروه سوم، دستورالعمل‌هایی است که به عنوان راهنمایی و ارشاد دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور و پیمانکاران و سایر عوامل تهیه می‌شود و رعایت مفاد آن در صورتی که دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور، روش‌های بهتری داشته

باشند، اجباری نیست»^۱.

از طرفی به استناد قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵^۲ با اصلاحات تا تاریخ ۱۳۹۵/۶/۷، فعالیت‌های اقتصادی در ایران شامل سه گروه میشود که مؤسسات و شرکت‌های مشول گروه سوم عبارتند از: ۱- شبکه‌های مادر مخابراتی و امور واگذاری بسامد (فرکانس)، ۲- شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی، ۳- تولیدات محرمانه یا ضروری نظامی و امنیتی به تشخیص فرماندهی کل نیروهای مسلح، ۴- شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز، ۵- معادن نفت و گاز، ۶- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه صادرات، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه تعاون، ۷- بیمه مرکزی و شرکت بیمه ایران، ۸- شبکه‌های اصلی انتقال برق، ۹- سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی ایران، ۱۰- سد ها و شبکه های بزرگ آبرسانی، ۱۱- رادیو و تلویزیون.^۳

ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات

۱- آیین نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی موضوع ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه، مصوب ۱۳۵۲، ماده ۷.

۲- اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۵۸ چنین مقرر می‌دارد: «نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه ریزی صحیح و منظم استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش تعاونی شامل شرکت ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است که در شهر و روستا بر طبق ضوابط اسلامی تشکیل میشود. بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات میشود که مکمل فعالیت های اقتصادی دولتی و تعاونی است. مالکیت این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند».

۳- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ با اصلاحات تا تاریخ ۱۳۹۵/۶/۷، ماده ۲.

دولت (۲) چنین مقرر می‌دارد: «به دولت اجازه داده می‌شود اقدامات زیر را به عمل آورد:

الف- واگذاری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای^۱ جدید^۲ و نیمه‌تمام^۳ و تکمیل شده و آماده بهره‌برداری در قالب قراردادها و شرایط مورد تصویب شورای اقتصاد با تعیین نحوه تأمین مالی دوره ساخت، پرداخت هزینه‌های بهره‌برداری یا خرید خدمات در مدت قرارداد با رعایت استانداردهای کیفیت خدمات و نهایتاً واگذاری طرح پس از دوره قرارداد به بخش غیر دولتی با حفظ کاربری.

ب- واگذاری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای نیمه‌تمام و تکمیل شده که خدمات آنها قابل عرضه توسط بخش غیر دولتی است به صورت نقد و اقساط به بخش غیر دولتی با حفظ کاربری.

ج- واگذاری مالکیت، حق بهره‌برداری و یا بهره‌برداری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای قابل واگذاری و نیز اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مالی مازاد بر نیاز دولت با حفظ کاربری...».

در این خصوص تبصره ۱۹ قانون بودجه ۱۳۹۸ چنین مقرر می‌دارد:

۱- طرح تملک دارایی‌های سرمایه‌ای: مجموعه عملیات و خدمات مشخصی است که براساس مطالعات توجیهی، فنی و اقتصادی و اجتماعی که توسط دستگاه‌های اجرایی انجام می‌شود طی مدت معین و با اعتبار معین برای تحقق بخشیدن به هدف‌های برنامه توسعه پنجساله به صورت سرمایه‌گذاری ثابت یا مطالعه برای ایجاد دارایی سرمایه‌ای اجرا می‌گردد و منابع مورد نیاز اجرای آن از محل اعتبارات مربوط به تملک دارایی‌های سرمایه‌ای تأمین می‌شود و به دو نوع انتفاعی و غیرانتفاعی تقسیم می‌گردد (دستورالعمل ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵، ماده ۱، بند ۵).

۲- پروژه جدید: پروژه‌ای که لازمه اجرای آن ایجاد تعهد برای دولت است و از محل اعتبارات بودجه سنواتی هیچگونه اعتبار مصوبی نداشته و لازم است فرآیند قانونی کسب مجوز مطابق ماده ۲۳ قانون الحاق ۲ را طی نماید (دستورالعمل ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵، ماده ۱، بند ۳).

۳- پروژه نیمه تمام: پروژه‌ای که دولت اجرای آن را از محل اعتبارات بودجه سنواتی متعهد شده و مرحله‌ای از اجرای پروژه آغاز شده است و درصد پیشرفت آن می‌تواند بیشتر از صفر تا کمتر از ۱۰۰٪ باشد (دستورالعمل ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵، ماده ۱، بند ۴).

«به منظور اجرایی نمودن ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت (۲)، دستگاه‌های اجرایی مکلفند از محل منابع بودجه کل کشور و دارایی‌های خود تمهیدات لازم را برای اجرای طرح جدید، نیمه تمام و آماده بهره برداری و در حال بهره برداری از طریق انعقاد قرارداد واگذاری و یا مشارکت با بخش‌های خصوصی، تعاونی و شهرداری ها و دهیاری ها با اولویت بخش‌های خصوصی و تعاونی فراهم کنند.

۳... دولت می‌تواند در احداث، توسعه و بهره برداری از حوزه های سلامت، آموزش و تحقیقات و فرهنگ موضوع تبصره ۲ بند (ج) ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی و همچنین در اجرای کلی طرح های بنگاه‌ها و فعالیت‌های گروه سوم ماده ۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) با استفاده از روش‌های مشارکت عمومی - خصوصی از ظرفیت این تبصره با رعایت قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) استفاده کند...».

همانطور که ملاحظه می‌شود بند ۳ تبصره ۱۹ قانون بودجه سال ۹۸ استثنایی بر صدر تبصره است. چراکه علی رغم تکلیف دستگاه‌های اجرایی در رعایت تبصره فوق‌الذکر، در بند ۳ رعایت آن از سوی مؤسسات گروه سوم در روش‌های مشارکت عمومی - خصوصی (از قبیل B.O.T) الزامی نمی‌باشد.^۱

گفتار دوم: لازم بودن قرارداد

قرارداد B.O.T عقدی لازم است، برای اثبات این مدعا تحلیل زیر آورده می‌شود:

۱- برای مطالعه رجوع کنید به: ماده واحده لایحه بودجه ۱۳۹۸، شماره ۱۷۵۴۸۰، مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶، تبصره ۱۹.

منظور از لزوم عقد، غیر قابل انحلال بودن و لزوم اجرای مفاد آن است. به طور کلی در همه سیستم های حقوقی، اصولاً هر قرارداد باید اجرا شود و هیچ یک از طرفین نمی‌توانند از زیر بار تعهدات ناشی از آن شانه خالی کنند، مگر در موارد استثنایی.^۱

ماده ۲۱۹ قانون مدنی محمل این اصل است. مفاد این ماده که از عموماًت فقهی مانند «أوفوا بالعقود» به دست آمده، به گونه ای است که مبنای روابط ناشی از پیمان‌های خصوصی قرار گرفته، هر قرارداد جز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم است و طرفین عقد نمی‌توانند به دلخواه خود آن را بر هم زنند.^۲ این اصل علاوه بر مبنای فقهی، دارای مبنای عقلایی است و جامعه، حاکمیت آن را در روابط قراردادی لازم می‌بیند.^۳

راجع به لازم یا جایز بودن قرارداد B.O.T در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ و آیین نامه اجرایی آن نصی وارد نشده است. لذا، با توجه به اصل لزوم که فوقاً به آن اشاره شد، می‌توان بیان داشت قرارداد B.O.T عقدی لازم است.

مع ذلک باید بیان داشت که، با توجه به برخی از مواد قانون مذکور می‌توان غیر مستقیم به نتیجه فوق رسید. به عنوان نمونه در ماده ۸ این قانون چنین آمده است: «سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاری‌های داخلی موجود است بطور یکسان برخوردار می‌باشند.» بنابراین همانگونه که در قراردادهای داخلی هر عقدی مابین اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی منعقد شود، جز در موارد مصرح قانونی لازم است، بدین جهت قرارداد B.O.T یک قرارداد لازم تلقی می‌شود.

۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). حقوق مدنی (دوره عقود معین). چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی.

۲- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). اصول قراردادها و تعهدات. چاپ اول، تهران: عصر حقوق، ص ۲۵۴.

۳- همان، ص ۲۵۶.

همچنین در ماده ۹ آن نیز چنین آمده است: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت، مگر برای منافع عمومی، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت.» بنا بر این ماده می‌توان در تقویت استدلال فوق بیان داشت که قانونگذار بر قرارداد منعقدہ بین شخص خارجی و دستگاه اجرایی پایبند است، مگر برای منافع عمومی آن هم به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت غرامت به مأخذ ارزش واقعی. لذا، قانون‌گذار با بیان این اصل که اصلی جهانی و مهم در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی است، اطمینان لازم را به سرمایه‌گذار خارجی خواهد داد که به قرارداد خود پایبند خواهد بود و در صورت لزوم با وجود شرایط سلب مالکیت آن هم به موجب قانون و با پرداخت غرامت خواهد کرد.

با توجه به ماده فوق الذکر می‌توان استدلال نمود که قرارداد B.O.T عقدی لازم- جایز است. به این بیان که، نسبت به دستگاه‌های اجرایی جایز و نسبت به شرکت پروژه لازم است. ولی با توجه به اصالت لزوم و استثنایی بودن عقد جایز باید چنین تحلیل نمود که، قرارداد B.O.T عقدی لازم است و استثنایی که در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ ذکر شده همان موارد معینه‌ای است که در ماده ۱۸۵ قانون مدنی آمده است.

لازم به ذکر است که در دستورالعمل ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۶/۵/۲۵ نیز حکمی در خصوص لازم یا جایز بودن قرارداد B.O.T بیان نشده است. البته باید افزود، هرچند که قرارداد B.O.T عقدی لازم است، این

امکان وجود دارد که با درج خیار در آن خیار محسوب شود. چراکه عقد خیار عقدی است لازم که در نتیجه تراضی، برای هر دو طرف یا یکی از آنها یا شخص ثالث خیار فسخ موجود است.^۱

گفتار سوم: صلح بودن قرارداد

صلح عبارت از تراضی و تسالم بر امری است، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین یا حق و یا غیر آن.^۲ همچنین می‌توان گفت، صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معین داشته باشد.^۳

می‌توان قرارداد B.O.T را در حیطة صلح بررسی نمود، زیرا صلح در بین قراردادهای دارای گسترده‌ترین مجال بوده و از طریق صلح می‌توان به بیشتر نتایج قراردادهای مرسوم دست یافت. این امر با توجه به کلام پیامبر اسلام که «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً و حرام حلالاً» قابل اثبات است. در تحقق صلح نیز وجود اختلاف و نزاع بین دو طرف شرط نیست و صلح ابتدایی که مسبوق به نزاع نباشد هم جایز است.^۴ در این باره در تحریر الوسیله در تعریف صلح آمده: «و آن عبارت است از رضایت طرفین و سازش بر چیزی، از قبیل تملیک عین یا منفعت یا اسقاط نمودن دین یا حق و غیر این‌ها و شرط آن نیست که مسبوق به نزاع باشد».^۵ قانون مدنی نیز در ماده ۷۵۲ در این خصوص مقرر داشته است

۱- فلاحی، منبع پیشین، صص ۱۲۴ تا ۱۲۶.

۲- امامی، سید حسن (۱۳۶۶). حقوق مدنی. جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: کتاب فروعی اسلامی، ص ۳۱۵.

۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰). حقوق مدنی (رهن و صلح). چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۳۵.

۴- ترابی، مرتضی (۱۳۸۹). «قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی». مترجم: توکلی، محمد رضا، فصلنامه تخصصی پژوهشنامه فقهی، سال اول، شماره اول، ص ۴۷.

۵- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۰۲). تحریر الوسیله. جلد دوم، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ص ۴۶۸.

که: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی، در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

مبحث سوم: اقسام قرارداد

همانطور که بیان شد، طرفین قرارداد مشارکت عمومی - خصوصی می‌توانند از قالب B.O.T برای تأمین مالی پروژه‌های بزرگ زیربنایی با توجه به این که نوع ساخت پروژه ممکن است به صورت احداث، نوسازی و بازسازی باشد، و نیز اینکه پس از پایان مدت قرارداد، ممکن است مستحداثات پروژه به مالکیت بخش خصوصی درآید و یا در مالکیت بخش عمومی باقی بماند، در شکل‌های مختلفی استفاده کنند. در واقع پس از دوره مجاز یکی از حالات زیر واقع می‌گردد:

۱. بهره برداری از پروژه خاتمه یافته و دو طرف در مورد زمین، بقایای مستحداثات و تجهیزات آن، تسویه حساب می‌نمایند.
 ۲. بهره برداری از پروژه ادامه یافته و بر اساس مفاد قرارداد، مستحداثات پروژه به تملک شرکت پروژه در می‌آید یا به سرمایه پذیر منتقل می‌گردد.^۱
- بر این اساس، متداولترین اقسام قرارداد B.O.T بدین شرح می‌باشند:

گفتار اول: معرفی اقسام قرارداد

بند اول: B.O.O.T (ساخت، تملک، بهره‌برداری، واگذاری)^۲

در قرارداد B.O.O.T سرمایه پذیر علاوه بر محول کردن تعهد ساخت و بهره برداری از پروژه، امتیاز تملک پروژه را نیز به شرکت پروژه می‌دهد. در حالی که در قرارداد B.O.T پروژه در مالکیت سرمایه پذیر باقی

۱- بخشنامه چهارچوب موافقت نامه مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، راهنمای کاربرد، بند ۴۱.

می‌ماند.^۱ با این وجود، همانطور که بیان شد، از آنجایی که مطابق قوانین ایران اخذ مجوز سرمایه‌گذاری موقعیتی را برای سرمایه‌گذاران خارجی جهت استملاک زمین به همراه ندارد، لذا رکن تملک، بیانگر امتیاز تملک مستحذات می‌باشد و نه استملاک اراضی.

در طول دوره مجاز شرکت پروژه برای رسیدن به هدف اولیه که همانا پوشش هزینه‌های سرمایه‌گذاری است، پروژه را بهره‌برداری می‌کند و همچنین سعی دارد به حاشیه سود بالا در پروژه دست یابد. ویژگی خاص B.O.O.T آنرا مناسب برای پروژه‌های زیربنایی مانند؛ بزرگراه‌ها، جاده‌های حمل و نقل عمومی، حمل و نقل راه آهن و تولید برق می‌نماید. باید گفت این نوع از قرارداد در کشورهایی که تمایل دارند مالکیت پروژه را انتقال دهند، استفاده گسترده‌ای دارد.^۲ به استثنای رکن مالکیت پروژه، دیگر ویژگی‌های این پروژه‌ها همانند B.O.T می‌باشد، از جمله: ساخت، بهره‌برداری، تأمین مالی، بازگرداندن پروژه به سرمایه‌پذیر بعد از دوره مجاز که در تعهد شرکت پروژه است؛ بهره‌گیری از کارکنان مجرب در دوران بهره‌برداری و نگهداری و همچنین برای تأمین مالی و مدیریت سرمایه‌گذاری که این نیز از تعهدات شرکت پروژه می‌باشد؛^۳ شرکت پروژه ریسک حقوق صاحبان سهام و دیگر ریسک‌های بازرگانی را می‌پذیرد؛ شرکت پروژه ریسک ساخت پروژه را در برابر سرمایه‌پذیر می‌پذیرد.^۴

1- Auriol, Emmanuelle, m. Picard, Pierre (2011). A Theory of BOT Concession Contracts, France, p. 3.

2- Gatti, Stefano (2008). Project Finance in Theory and Practice: Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects, Elsevier, London, England, p. 414.

3- Board, Thomas (1992). Build Own Operate Transfer- Real World Comparisons Between Wathba 2 Waste water Treatment Plant- United Arab Emirates and Seaview and Moa Point Wastewater Treatment Plants in Wellington, GHd Ltd, no2- 2Form of PPP- Table1- No.5, Auckland New Zealand, p. 5.

4- PPIAF (2009). Toolkit for Public- Private Partner Ships in Roads an Highways, Module 5,

بکارگیری روش قراردادی B.O.O.T همانند قراردادهای B.O.T مزایایی را به دنبال دارد، از جمله: ترغیب سرمایه‌گذاری خصوصی در پروژه‌های زیربنایی؛ تزریق سرمایه جدید خارجی به کشور میزبان پروژه؛ انتقال تکنولوژی و دانش فنی؛ تکمیل پروژه با چهارچوب زمانی و بودجه برنامه ریزی شده؛ فراهم کردن منابع مالی اضافی برای پروژه‌های دیگر که در اولویت سرمایه‌پذیر هستند.^۱ بهره‌گیری از مدیریت کار آمد بخش خصوصی.

برای مثال، ایالت آندرا پرادش هند، پیشگام پروژه خدمات الکترونیک (eSeva) که برای اولین بار در سال ۱۹۹۹ راه اندازی شد، کیوسکی را در سراسر کشور بوجود آورد که در آن بسیاری از خدمات دولت به شهروندان ارائه می‌شد. پروژه (eSeva) بر مبنای B.O.O.T پایه گذاری شد.^۲

بند دوم: B.O.L.T (ساخت، تملک، اجاره، واگذاری)^۳

این قرارداد با نام B.O.R.T^۴ نیز شناخته میشود که همین معنا را می‌رساند. در قرارداد مذکور سرمایه‌پذیر تعهد ساخت پروژه را به شرکت پروژه محول می‌نماید تا بعد از ساخت پروژه، آنرا به تملک گیرد و سپس به سرمایه‌پذیر اجاره دهد و پس از انقضای مدت، پروژه را به سرمایه‌پذیر منتقل کند. قرارداد B.O.L.T به عنوان یک روش تأمین مالی پروژه‌ای امتیازاتی دارد که مهمترین آن انتقال ریسک افزایش هزینه‌های دوره ساخت پروژه به شرکت پروژه می‌باشد. با این وجود، معمولاً سرمایه‌پذیر

Implementation and Monitoring, p. 65.

1- Gatti, same, p. 414.

۲- مشارکت بخش دولتی و بخش خصوصی در دولت الکترونیک (P.P.P) (۱۳۹۴). مترجمان: هوشمند، محسن، فرنود احمدی، رویا، معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی دفتر بررسی‌های فنی اقتصادی، ص ۸.

3- Build, Own, Lease, Transfer

4- Build, Own, Rent, Transfer

در مقابل پاداش هایی را برای شرکت پروژه در نظر می‌گیرد. از آنجایی که مستحقات تحت مالکیت شرکت پروژه می‌باشد، تا پایان دوره اجاره، نگهداری از تأسیسات از وظایف شرکت پروژه است. در واقع سرمایه پذیر مستأجر پروژه می‌باشد و بابت استفاده از پروژه (ماهانه یا سالیانه) به میزان از پیش تعیین شده برای یک دوره زمانی معین، اجاره بها پرداخت می‌نماید. پرداختی اجاره یک روش برای بازپرداخت سرمایه شرکت پروژه می‌باشد. در پایان دوره اجاره، مالکیت پروژه و مسئولیت نگهداری از آن، به سرمایه پذیر واگذار می‌شود.^۱

چنانچه سرمایه پذیر و شرکت پروژه توافق کنند که سرمایه پذیر در فواصل زمانی معین، اجاره بها پرداخته و پس از انقضای مدت، خود به خود مالک پروژه شود، با مکانیزمی مشابه اجاره به شرط تملیک که خود یکی از عقود معین است مواجه می‌شویم.^۲ همانطور که می‌دانیم، اجاره به شرط تملیک قراردادی است که براساس آن مالی در ازای پرداخت اقساطی توسط مستأجر به او اجاره داده شود و مالکیت مال زمانی به طور کامل انتقال می‌یابد که این اقساط به پایان برسد و یا اگر شرایط دیگری بین موجر و مستأجر (طرفین اصلی قرارداد) مقرر شده، آن شرایط تحقق یابد.^۳

بند سوم: B.T.O (ساخت، واگذاری، بهره‌برداری)^۴

روش B.T.O به این معناست که قراردادی برای ساخت یک زیربنا بین سرمایه پذیر و شرکت پروژه امضاء شود و بعد از تکمیل آن، شرکت

1- Shukla, Nirali, Panchal, Riki, Shah, Neel (2014). Build- Own- Lease- Transfer (BOLT): A Public Private Partnership Model that Bridges Gap of Infrastructure in Urban Areas, International Journal of Civil Engineering Research, Volume 5, Number 2, PP. 135- 144, India, pp. 139- 140.

۲- صادقی، منبع پیشین، ص ۱۲۸.

۳- وفادار، علی (۱۳۸۷). «اجاره به شرط تملیک». فصلنامه حقوق، دوره سی و هشتم، شماره اول، ص ۲۵۳.

4- Build, Transfer, Operate

پروژه، پروژه را به سرمایه پذیر واگذار نماید. پیرو آن سرمایه پذیر امتیاز بهر برداری از پروژه در طول دوره مجاز را به شرکت پروژه خواهد داد تا سرمایه اش بازپرداخت شود و سود بدست آورد.^۱

چنانچه در یک قرارداد طرفین اصلی بخواهند تأکید کنند که مالکیت پروژه به محض اتمام ساخت به سرمایه پذیر منتقل خواهد شد و سپس سرمایه پذیر امتیاز انحصاری بهره برداری از پروژه را برای مدت مشخص به شرکت پروژه اعطا کند، از مکانیزم B.T.O بهره گرفته میشود.^۲ مزیت این نوع قرارداد در آن است که خطر ناشی از ورشکستگی شرکت پروژه که در پروژه B.O.T ممکن است بروز یابد، در قرارداد B.T.O برطرف می‌گردد.^۳

بند چهارم: B.L.T (ساخت، اجاره، واگذاری)^۴

این قرارداد در همین معنا با عنوان B.R.T^۵ نیز خوانده میشود. به موجب قرارداد مذکور شرکت پروژه بعد از ساخت، پروژه را در مقابل مبلغی به سرمایه پذیر اجاره می‌دهد و سپس بعد از انقضای مدت اجاره پروژه به صورت رایگان به سرمایه پذیر واگذار می‌شود. به عبارت دیگر می‌توان گفت قرارداد B.L.T یعنی احداث پروژه برای سرمایه پذیر، اجاره آن به سرمایه پذیر و سپس واگذاری پروژه به سرمایه پذیر.^۶ در این قرارداد کنترل و

1- Socialist Republic of Vietnam (2009). Decree on Investment in the Form of Build- Operate-transfer, Build- transfer- Operate or Build- transfer Contract the Government, no: 108/ 2009/ ND- CP, Vietnam, Article 2.

۲- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). «پروژه های ساخت، بهره برداری و انتقال B.O.T». نامه مفید، شماره بیست و ششم، صص ۳۹-۴۰.

۳- صادقی، منبع پیشین، ص ۱۳۰.

4- Build, Lease, Transfer

5- Build, Rent, Transfer

۶- اشعریون قمی زاده، فرزانه، تاجمیر ریحانی، حامد (۱۳۹۳). «بررسی مقایسه ای روش تأمین مالی پروژه های انرژی بر اساس تلفیق اوراق استصناع-قرارداد BLT و اوراق استصناع مستقل». تحقیقات مالی - اسلامی، سال

نگهداری پروژه از شرکت پروژه به سرمایه‌پذیر محول می‌شود. هرچند که به گونه‌ای مالکیت پروژه برای شرکت پروژه باقی می‌ماند ولی فرآیند بهره‌برداری از پروژه با یک قیمت توافق شده اولیه به سرمایه‌پذیر واگذار می‌شود. در این نوع از قرارداد نیز زمانی که طرفین توافق کنند که سرمایه‌پذیر در فواصل زمانی معین اجاره بها را پرداخته و سپس با انقضای مدت، خود به خود مالک پروژه شود، با عقد اجاره به شرط تملیک، روبرو می‌شویم.

امضای الحاقیه قرارداد راه آهن اصفهان - اهواز به طول ۵۴۰ کیلومتر و به ارزش تقریبی ۴/۵ میلیارد یورو با کره جنوبی در خرداد ماه ۱۳۹۵، از موارد کاربرد قرارداد B.L.T در ایران می‌باشد. در این قرارداد B.L.T کره ای‌ها پروژه را می‌سازند و آن را به بهره‌بردار که در واقع شرکت راه آهن جمهوری اسلامی ایران است، تحویل می‌دهند و راه آهن هم از محل استفاده از این پروژه، سرمایه‌گذاری صورت گرفته شرکت کره‌ای را باز می‌گرداند.^۱

بند پنجم: M.O.T (نوسازی، بهره‌برداری، واگذاری)^۲

زیربنایی را تصور کنید که وجود دارد و همچنان قابل استفاده است، در حالی که تجهیزات آن فرسوده می‌باشد و نیاز به تعویض دارد و یا به خاطر گذشت زمان قابل استفاده نیست. حال سرمایه‌پذیر می‌تواند برای منعقد کردن قرارداد با شرکت پروژه از روش قراردادی M.O.T بهره‌گیرد. به عبارتی اگر پروژه زیربنایی موجود، به شرکت پروژه واگذار شود تا آن را به یک پروژه مدرن تبدیل کرده و در عوض برای مدتی مورد بهره‌برداری قرار دهد و سپس آن را به طور رایگان به سرمایه‌پذیر واگذار نماید،

سوم، شماره دوم، ص ۱۷۱.

۱- به نقل از خبرگزاری ایلنا، کد خبر: ۳۸۲۳۱۳، ۱۳۹۵/۳/۳۰. (www.ilna.ir)