بررسی قراردادهای بین‌المللی بی. او. تی از منظر حقوقی

مجید منفرد[1]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۱۹

چکیده:

یکی از انواع قراردادهای جذب سرمایه و تامین مالی، قرارداد احداث (ساخت)، بهره‌برداری، انتقال (واگذاری) (BOT) است که از ترکیب سه نوع رابطه قراردادی تشکیل شده است. در این نوع قراردادها یک طرف که اغلب دولت (کارفرما) است، برای استفاده از ظرفیت های اقتصادی، فناوری و زیربنایی بین‌المللی، اقدام به انعقاد قرارداد با شرکتهای بزرگ و قدرتمند (اغلب در قالب یک کنسرسیوم تشکیل شده از چند شرکت خارجی) در زمینه‌های احداث و سرمایه‌گذاری می‌کند تا با جذب سرمایه و تکنولوژی به هدف کلان خود برسد. این هدف می‌تواند در حوزه‌های مهم و استراتژیک نظیر انرژی (ساخت نیروگاه‌ها و پالایشگاه‌های نفت و گاز)، توسعه شهری و سایر زیرساخت‌های حیاتی (مانند احداث بزرگراه‌ها، فرودگاه‌ها و سدها) باشد. به طور کلی BOT ساز و کاری قراردادی است که به واسطه آن طرح‌های اقتصادی و زیر بنایی با مشارکت دولت و توسط شرکت‌های خصوصی تامین مالی و اجرا شده و مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد.

کلیدواژه: مزایا و معایب بی او تی، قوانین و مقررات عام راجع به بی او تی

۱. دیوان محاسبات کشور، ایمیل: mnfrd6255@gmail.com

مقدمه

امروزه نیازهای عمومی در جهان، حقوق را به سمت و سوی تحولات روزمره و قالب بندی‌های حقوقی جدید سوق می‌دهد این گرایش در عرصه تجارت بین‌المللی قویتر می‌باشد و ظاهر شدن قراردادهـای تجـاری جدید یکی از جلوه‌های آن به حسـاب می‌آید امروزه شـاهد حضور فعالانه دولت‌ها و سازمان‌های وابسـته به آن در این زمینه هسـتیم . در بسـیاری از موارد دولتها جهت اجرایی شدن طرحها و پروژه‌های عمرانی خود نیازمند سرمایه‌گذاری هم در بخش مالی و هم در بخش فنی و مهندسی از سوی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی خارجی می‌باشند لکن قراردادهای ساخـت، بهره‌برداری و واگذاری مناسب ترین و یکی از جدیدترین شـیوه‌های قراردادی در سطح جهان به شـمار می‌رود . اهمیت و نقش این گونه قراردادها ضرورت بررسی آن را نشـان می‌دهد. لکن در تحقیق پیش رو تلاش شده است تا قراردادهای مد نظر در یک شمای کلی شناخته شود و این سوال که چرا قراردادهای بی او تی در جهان کنونی وبه دنبال آن در کشـور ما از اهمیت بسزایی برخوردار است پاسخ داده شود.

کلیاتی در خصوص قراردادهای بی او تی :

در ایـن فصـل مفهوم ، ساختار ،انواع ساختار، مشـخصات طرحها،مقایسـه و ماهیت حقوقی قراردادهی بی او تی

بخش اول : مفهوم بی او تی

بـی او تی مخفف ۳ واژه build (ساخت) ،operate (بهره‌برداری) و transfer (واگذاری)[1] است و به قراردادهایی گفته می‌شـود که در آن ، طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی، برای ساخت به یک شـرکت خصوصی واگذار می‌گردد، پس از ساخت ، امتیاز بهره‌برداری از طرح برای مدتی به شـرکت سازنده داده می‌شـود و او مالک طرح و منافع حاصل آن می‌شود لکن پس از انقضای مدت قرارداد مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد منتقل می‌شـود بدین ترتیب شرکت یا سرمایه‌گذار خصوصی که غالباً خارجی هستند تامین مالی طرح زیربنایی را به عهده گرفته ،آن را ساختـه و پـس از مدتی بهره‌برداری ، مالکیت طرح را بـه طورمجانی یا معرفی به دولت انتقال می‌دهد.(صادقی،۱۲۴،۱۳۸۵)

عبارت بی اوتی به معنای اعم متضمن ۳ فعالیت عمده است : طراحی و مهندسی ،تامین کالا و تجهیـزات و ساخت ، نصـب و راه اندازی ، براساس طراحی و مهندسـی ،کالاهای و تجهیزات مورد نیاز طرح سفارش داده می‌شود و سپس براساس آن کارهای ساختمانی طرح انجام میشود، تجهیزات و ماشین آلات نصب می‌گردد و نهایتاً طرح راه اندازی و آزمایش می‌شود.

---

۱. در زبان حقوقی قراردادهای بی او تی به قراردادهای ساخت ، بهره‌برداری و وانتقال ترجمه شـده است اما از آنجا که درقانون تشـویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران(مصوب۱۳۸۱) از لفظ واگذاری استفاده شده به جای واژه انتقال از لفظ واگذاری استفاده شده است.

بهره‌برداری نیز شامل فعالیتهای گوناگونی از قبیل راهبری روزانه طرح ، نگهداری از تاسیسات و ساختمان‌ها ،انجام تعمیرات لازم ، تامین قطعات مورد نیاز و تعویض آنها و تامین مواد مصرفی موردنیاز است .

پس از آنکه طرح بی او تی در مدت مقرر توسط سرمایه‌گذار مورد بهره‌برداری قرار گرفت ،کل طرح باید به کارفرما (دولت) واگذارشود در این واگذاری ضمن انتقال کلیه تاسیسات و تجهیزات ،کلیه مجوزهاو لیسانسها نیز به کارفرما منتقل می‌شود به نحوی که کارفرما بتواند خود راساً یا از طریق به کارگیری شرکتهای دیگر نسبت به بهره‌برداری از طرح اقدام نماید.(شیروی،۱۳۹۴،۱۴)

بخش دوم : اشکال مختلف بی او تی :

قراردادهای بی او تی ممکن است به ترتیب به اشکال مختلف و با تغییراتی در آن مورد استفاده قرار گیرد که ذیلاً به تشریح دسته بندیهای مختلف آن می‌پردازیم .

الف- قراردادهای بی . او .او (build-own-operation) یعنی ساخت ،تملک و بهره‌برداری. آنچه که بی او او را از بی او تی جدا می‌کند تملک طرح توسط سرمایه‌گذار است که در بی او تی معمولاً وجود ندارد .

ب- قراردادی بی . او او .تی (build-own-operation-transfer) یعنی ساخت، تملک، بهره‌برداری و واگذاری: تنها تفاوتی که بی او او تی با بی او تی دارد این است که در بی او تی معمولاً سرمایه‌گذار مالک طرح نمیشود بلکه امتیازاستفاده و بهره‌برداری از طرح را در طول مدت قرارداد پیدامی کند درحالی که در بی او اوتی ، سرمایه‌گذار درطول مدت قرارداد مالک طرح و از جمله اموال، داراییها و تجهیزات و تاسیسات می‌شود و می‌تواند در این مدت و تاحدی که با تعهد به انتقال بعدی به طرف دولتی تعارض نداشته باشد نسبت به تصرفات مالکانه اقدام کند .

ج- قراردادهی بی . تی . او (build-transfer-oprate): یعنی ساخت ، واگذاری و بهره‌برداری

د- قراردادهای بی . ال . تی (build-lease-transfer) : یعنی ساخت،اجاره و واگذاری: در این روش، طرح مورد نظر پس از ساخت در مدت مشخص به موسسه دولتی طرف قرارداداجاره داده میشود.

هـ - قراردادهای بی . او .او. اس(build-own-operate-sell) : یعنی ساخت ،تملک ، بهره‌برداری و فروش : در این روش کنسرسیوم یا شرکت پروژه متعهد می‌شود که پس از انقضای مدت قرارداد ، طرح را در قبال دریافت مبلغی به دولت یا موسسه دولتی طرف قرارداد بفروشد.

و- قراردادهای آر . او. تی (refurbish operate-transfer) یعنی بازسازی ، بهره‌برداری و واگذاری: در این روش کنسرسیوم یا شرکت پروژه متعهد می‌شود که طرح موجودی را بازسازی و برای مدت معینی بهره‌برداری کند . این روش بیشتر در طرحهای ساختمانی استفاده می‌شود. (شیروی،۱۳۹۴،۱۷)

بخش سوم: ساختار بی او تی

دولت کارفرما: یکی از طرفهای اصلی قرارداد بی او تی دولت یا یک نهاد عمومی است که در قلمرو حاکمتی و اختیارات خود اجازه میدهد تا کنسـرسیوم خصوصی (یا شرکت پروژه) ساخت یک طرح زیر بنایی و تامین مالی آن را تقبل کرده و پس از ساخت ، برای مدتی از آن بهره‌برداری کند در عمل یکی از نهادها، موسسات و یا شرکتهای دولتی یا عمومی مسئولیت مستقیم طرح را به عهده گرفته ،قرارداد را منعقد می‌نماید.

سرمایه‌گذار(کنسرسـیوم / شرکت پروژه/ پیمانکار) : طرف دوم قرارداد بی او تی شخص یا اشـخاص خصوصی اند که ممکن است در قالب یک کنسـرسیوم مشترکاً مسئولیت تامین مالی ، ساخت ، اجرا و بهره‌برداری از پروژه را تقبل کنند.

تامیـن کننـدگان مالی/ وام دهندگان: برای اجرای طرح بی او تی نیاز به منابع مالی است که این وظیفه به عهده اعضای کنسـرسیوم یا شـرکت پروژه است بخشـی از منابع مالی مورد نیاز از طریـق آورده اعضاء تامین می‌گردد . معمولا بخش عمده‌ای از منابع مالی نیاز طرح از طریق عقد قرارداد وام یا سایر ترتیبات فاینانس با بانکها، موسسـات مالی و اعتباری یا سایر تامین کنندگان انجام می‌گیرد.

پیمانکاران فرعی: برای ساخت یک طرح زیربنایی یا اقتصادی به طراحی ، تامین کالا و انجام کار نیاز است . سرمایه‌گذار از طریق انعقاد قراردادهای فرعی نسـبت به اجرای طرح اقدام می‌کند که این امر ممکن است از طریق انعقاد قراردادهای متعدد پیمانکاری ،خرید کالا و مشـاوره انجام پذیرد.

عرضـه کننـدگان مواد اولیه / خـوراک : در طرح‌های بی او تی مواد اولیـه لازم برای اجرای طرح مثل شن و ماسه ، سیمان ، فولاد ، سوخت و غیره توسط کنسرسیوم یا شرکت پروژه تامین می‌گردد . به این جهت کنسـرسیوم یا شـرکت پروژه قراردادهای لازم را با عرضه کنندگان مواد اولیـه منعقـد می‌کند یا تامین آنها را بـه پیمانکاران فرعی محول می‌نماید. عـلاوه بر مواد اولیه مـورد نیاز برای ساخت طـرح، در مرحله بهره‌برداری نیز ممکن است بـه خوراک مانند گاز برای نیروگاههای گازی تولید برق نیاز باشد.

خریداران محصولات طرح : برای جبران سرمایه‌گذاری و حصول سود، کالاها و خدمات تولید شـده از طرح بی او تی باید فروخته شـود تا کنسرسیوم یا شرکت پروژه بتواند به نقدینگی دست یابد.

تامیـن کنندگان قطعـات یدکی و پیمانـکاران بهره‌بـرداری: در طول مـدت بهره‌برداری از طـرح ،باید قطعـات یدکی و کالاهای مصرفی مـورد نیاز طرح تامین گـردد همچنین طرح باید نگهـداری ، تعمیـر و راهبری گـردد به این منظور ممکـن است برای تامین قطعـات ، کالاهای مصرفـی ، تعمیـرات نگهداری و راهبری ، قراردادهای جداگانه و یـا قرارداد واحدی منعقد گردد. (شیروی،۱۳۹۴،۲۱)

بخش چهارم : مشخصات قرارداد بی او تی

قرارداد بی او تی سند مکتوبی است که بین کارفرما و یک یا چند سرمایه‌گذار منعقد می‌شود که متضمن مشخصات طرح ،حقوق و تکالیف طرفین و سایر شروط و جزییات قراردادی است . به رغم تفاوتهای قابل توجهی که بین تک تک قراردادهای بی اوتی وجود دارد، قراردادهای مذکور از مشخصه‌های مشترکی برخورداند که در ذیل به مهم ترین آنها اشاره می‌شود .

۱. اولین ویژگی آن است که دولت به شخص یا اشخاص خصوصی اجازه می‌دهد که درتامین مایحتاج عمومی و ا رائه خدمات رفاهی مشارکت کنند و به این جهت به آنها امتیاز ساخت و بهره‌برداری از یک طرح اقتصادی را اعطا می‌کند.
۲. دومین ویژگی تامین منابع مالی طرح است که اصولا به عهده طرف خصوصی قرارمی گیرد.
۳. سومین ویژگی این است که طرف خصوصی باید طرح مورد نظر را بسازد به این جهت او باید پروژه را طراحی و مهندسی کند و کالاها و تجهیزات ماشین آلات و مواد لازم را تامین نماید و طرح را ساخته و راه اندازی کند.
۴. چهارمین ویژگی مسئولیت کنسرسیوم یا شرکت پروژه در بهره‌برداری بهینه از طرح است بهره‌برداری بهینه از طرح یعنی ارائه کالاها و خدمات حاصل از طرح با کیفیت مطلوب به عموم است .
۵. ویژگی دیگر اینکه سرمایه‌گذاری بخش خصوصی و سود آن باید از طریق درآمد حاصل از فروش کالاها و ارائه خدمات حاصله از بهره‌برداری طرح مستهلک گردد.
۶. آخرین ویژگی این است که کنسرسیوم یا شرکت پروژه موظف است در طول بهره‌برداری و تا زمان تحویل طرح را قابل استفاده نگه داشته و در صورت مقتضی تعمیرات و یا اصلاحات لازم را به هزینه خود انجام دهد به نحوی که طرح در زمان تحویل از جهت فنی سالم و قابل بهره‌برداری باشد. (شیروی،۱۳۹۴،۲۷)

بخش پنجم: طرحهای موضوع بی او تی

روش بی او تی عمدتاً در طرحهای زیر بنایی مورد استفاده قرار می‌گیرند که متضمن اجرای فعالیتهای فیزیکی وسیع بوده و محصولات و خدمات حاصله از آن مستقیماً مورد نیاز است . این طرحهای زیر بنایی شامل گستره وسیعی ازطرحهای اقتصادی مثل جاده‌ها و بزرگراهها، پلها، خطوط راه آهن ،مترو ، تونلها ،فرودگاهها ،بنادر، سدها ، تاسیسات آبرسانی ، فاضلاب ،نیروگاههای مولد برق ، شبکه‌های برق رسانی ،پروژه‌های آب شیرین سازی ، پالایشگاهها ، خطوط انتقال نفت و گاز ، ذخیره سازی نفت و گاز ، استخراج معادن و مایع سازی گاز طبیعی است . (شیروی،۱۳۹۴،۳۲)

بخش ششم: مقایسه بی او تی با ترتیبات مشابه

برای شناخت بهتر روش بی او تی مناسب است این روش با روشها و ترتیبات مشابه مورد

مقایسه قرار گیرد تامشخص شود که چه تفاوتها یامشابهت‌هایی بین آنها وجود دارد.

بی او تی و مشارکت عمومی - خصوصی

مشارکت عمومی - خصوصی[1] به روشهایی اطلاق می‌شود که بخش عمومی با مشارکت دادن بخش خصوصی نسبت به اجرای طرحهای زیر بنایی و رفاهی اقدام می‌کند . در این روشها ، دولت یا یک نهاد دولتی امتیاز ساخت بازسازی ، نوسازی یا بهینه سازی یک طرح مربوط به رفاه عمومی را به بخش خصوصی می‌سپارد که بخش خصوصی ضمن تامین منابع مالی آن ، نسبت به ساخت ، بازســازی یا نوسازی آن اقــدام کند وسپس آن را برای مدتی مورد بهره‌برداری قرار دهد . بخش خصوصی از گذر بهره‌برداری طرح هزینه‌ها و سود خود را مستهلک می‌کند .

روشهای گوناگون بی او تی از قبیل بی او او ، بی او او تی ، بی ال تی و امثال آن را از مصادیق روشن مشارکت عمومی- خصوصی هستند .

بی او تی و سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی[2]

از آنجــا که روش بی او تی مســتلزم تامین مالی پروژه توســط بخش خصوصی است چنانچه بخش خصوصی مزبور خارجی باشــداین روش نوعی از «سرمایه‌گذاری مســتقیم خارجی »تلقی می‌گــردد. در سرمایه‌گذاری مســتقیم اصــولا سرمایه‌گذار اموالی را که در کشــور پذیرنده تملک می‌کند بدون این که این مالکیت به موجب قرارداد محدود به مدت معینی باشد ، در حالی که در قراردادهای بی او تی این تملک یا کاملا مطرح نیست و یا اگر هم مطرح باشد به صورت موقت و برای سالهای مشــخصی است در قراردادهای بی اوتی سرمایه‌گذار بخش خصوصی مکلف است تا پس از انقضای مدت مقرر، طرح بی او تی را به طور مجانی به دولت پذیرای سرمایه منتقل نماید در صورتی که درسرمایه‌گذاری مستقیم سرمایه‌گذار چنین تعهدی ندارد.

بی او تی و تامین مالی پروژه [3]

«تامیــن مالی پروژه » عبارت است از تامین مالی یک واحداقتصادی مشــخص که برطبق آن اعطا کننده تسهیلات کلا یابعضا، برای باز پرداخت وام به داراییهای آن واحد اقتصادی و به درآمد حاصله از آن تکیه می‌کند . تامین مالی پروژه یک مفهوم است که بر روشهای قراردادی متعددی قابل انطباق است بی او تی یکی از این روشــهای قراردادی است که می‌تواند تحت شــمول کلی تامین مالی پروژه قرار گیرد ، زیرادر بی او تی نیز بازگشت اصل و فرع تسهیلات به داراییها و سود طرح بی او تی وابسته است .

با وجود این، در روش بی او تی کنســرسیوم یا شــرکت پروژه وظیفه دارد نه تنها منابع مالی مورد نیاز طرح را تامین کند بلکه باید طرح مورد نظر را مطابق با شرایط قراردادی طراحی و اجرا

1. ppp public-private partnership
2. Foreign direct investment(fdi)
3. Project financing agreements

نمایـد و سپـس آن را برای مدت مقرر در قرارداد موردبهره‌برداری قـرار دهد تا بتواند هزینه‌های انجام شده، بهره متعلقه و سود خود را از طریق منافع و درآمد آن واحد اقتصادی مستهلک نماید . درحالی که تامین مالی پروژه می‌تواند تنها ناظر به نحوه بازپرداخت تسهیلات و بهره آن باشد و اعطا کننده تسهیلات در اداره و بهره‌برداری از آن واحد اقتصادی نقشی نداشته باشد.

بی او تی و اخذ وام در دراز مدت [1]

با توجه به این که در قراردادهای بی اوتی مخارج انجام شده برای ساخت و بهره‌برداری همراه با سود سرمایه‌گذار در طول مدت معینی مستلهلک می‌شود، قراردادهای بی او تی به قراردادهای اخذ وام در دراز مدت شـباهت پیدا میکند . به رغم این شـباهت ظاهری ،قراردادهای بی اوتی با قراردادهایی که طبق آن دولت مبادرت به اخذ وام دراز مدت می‌کند تفاوت اساسی دارد .[2]

بی او تی و تجارت متقابل

قراردادهای «تجارت متقابل[3]» به قراردادهایی اطلاق می‌شود که بر اساس آن صادر کننده به انجـام تعهدات متقابلی به نفع طرف وارد کننده ملزم می‌شـود که این تعهدات اضافه بر تعهدات متعارفی است که یک صادر کننده مشابه در یک قرارداد معمولی نقدی تقبل می‌کند.

بعضـی از نویسـندگان ،روش بی او تی را نوعـی از تجارت متقابل قلمداد کـرده اند[4] به نظر میرسد با این که قراردادهای بی اوتی با قراردادهای تجارت متقابل تشابه زیادی دارندولی در اکثر نوشته‌های حقوقی روش بی او تی مستقل از تجارت متقابل مطرح شده است.

بی او تی و اعطای امتیاز

«قراردادهای اعطای امتیاز»[5] ترتیباتی هسـتند که مطابـق آن امتیاز انحصاری بهره‌برداری و استفاده از معادن و ذخایر نفت و گاز به یک شـرکت خارجی واگذار می‌شـود . از آنجا که موضوع قراردادهای بی او تی عمدتا مرتبط با خدمات عمومی است که یا در انحصار دولت و یا تابع مقررات خاصی می‌باشـد و واگذاری این خدمات به بخش خصوصی نیاز به مجوز دولت دارد، قراردادهای بی او تی به قراردادهای اعطای امتیاز نزدیک می‌شـود زیرا در قراردادهای بی او تی دولت امتیاز ورود به این بخش اقتصادی را به یک کنسـرسیوم خصوصی اعطا می‌کند. در هر حال ، در بعضی از نوشـته‌ها ازعنوان اعطای امتیاز برای بیان قراردادهای بی او تی استفاده شـده است که نشـان دهنده برداشـت مدرن از روشـهای امتیازی است که خیلی از روشـهای بی او تی دور نیسـت.

1. Long-term loan agreement

۲. وامها از حیث مدت به سه گروه کوتاه مدت برای حداکثر تا یکسال ،میان مدت برای بین یک تا ۵ سال و درازمدت برای بیش از ۵ سال تقسـیم می‌شـود. از آنجا که بهره‌برداری از قراردادهای بی اوتی معمولاً برای مدتهای بیش از ۵ سال است مقایسه بین قراردادهای بی او تی و وامهای دراز مدت در اینجا مطرح شده است.

3. Conter trade

4.Clearing arrangements

5. Concession agreements

(شیروی،۱۳۹۴،۳۲)

بخش هفتم : ماهیت حقوقی بی او تی

در برخی اشکال بی او تی نمونه ایی از عقود سنتی را میتوان یافت برای مثال در قرارداد ساخت، مالکیت، بهره‌برداری و فروش ، قرارداد بیع مورداستفاده قرار می‌گیرد یا در قرارداد ساخت، اجاره و انتقال با جریانی مشابه اجاره به شرط تملیک مواجه هستیم با این حال در میان عقود معین مذکور در قانون مدنی ، نمی‌توان قالبی را دید که با قرارداد ساخت ، بهره‌برداری ، و واگذاری ،هماهنگ و منطبق باشد لذا برای تشخیص ماهیت حقوقی بی او تی باید راه دیگری را آزمود.

در نوشته‌های حقوقی باب شده است که برای تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای جهان مدرن، ابتدا سعی می‌شود که قرارداد را با یکی از عقود سنتی قانون مدنی منطبق ساخته و در صورت عدم توفیق در این راه از ماده ۱۰ ق م استفاده میکنندکه منظور از عقد معین ، عقدی است که نام و شرایط و آثار آن در قانون ذکر شده باشد.[1] از آنجا که لفظ قانون در این تعریف منحصر به قانون مدنی نیست لذا اگر نام، آثار و شرایط یکی از قراردادهای تجاری جدید در قوانین و مقررات کشوری ذکر شود، در بیان ماهیت حقوقی باید آن را از اقسام عقود معین دانست. در خصوص قرارداد بی او تی نیز بایدگفت نام این قرارداد در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده ۳ آیین نامه اجرایی همین قانون تحت عنوان «قراردادهای ساخت ، بهره‌برداری و واگذاری » آمده است، آثار اصلی و مهم قرارداد مذکور نیز در قانون تصریح شده است . زیرا مطابق تبصره یک ماده ۳ قانون فوق الذکر با انعقاد قرارداد و راه اندازی طرح ، بخش خصوصی می‌تواند به اعمال حق مالکانه دست زده و پس از انتقضای مدت ملزم است آن را به دولت منتقل نمایند. به برخی از شرایط انعقاد این عقد مانند نحوه خروج ، سود حاصل از طرح نیزدر قانون فوق الذکر اشاره شده است . لذا در بیان ماهیت حقوقی آن می‌توان گفت که بی او تی یکی از اقسام عقود معین بوده و برای تعیین شرایط جزیی قرارداد می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی بهره برد. (صادقی،۱۳۸۵،۱۳۲)

بخش هشتم: دلایل استفاده از بی او تی

رواج قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (بی او تی) در سالهای اخیر ناشی از مناسب بودن این روشها با تعهدات دولتها در تامین نیازهای عمومی و ایجاد رفاه اجتماعی ودر عین حال مشارکت دادن بخش خصوصی در فعالیتهای اقتصادی است.

به این ترتیب هدایت سرمایه‌های بخش خصوصی به سمت طرحهای زیر بنایی و اقتصادی ، جذب سرمایه‌گذاری خارجی ،انتقال تکنولوژی و دانش فنی به کشور و استفاده از مدیریت کارآمد جهت اداره و بهره‌برداری از پروژه‌های زیر بنایی و اقتصادی از جمله مهمترین دلایل استفاده از قراردادهای بی اوتی است که به اجمال در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

---

۱. کاتوزیان . ناصر ، قواعد عمومی قراردادها ، جلداول چاپ پنجم،

۱- آزادســازی اقتصادی: آزادسازی اقتصادی و خصوصی سازی از برنامه‌های بنیادی بسیاری از کشــورها به خصوص کشــورهای درحال توسعه است در اوایل دهه ۱۹۹۰ بیش از هشت کشور جهــان در نوعی از آزاد سازی اقتصادی و برنامه خصوصی سازی واردشــدند و این روند همینطور ادامه پیدا کرد . امروزه بسیاری از کشورها به نحو گسترده ای درصدد آزاد سازی کلیه فعالیتهای اقتصادی خود هستند.

«آزاد ســازی اقتصــادی[1]»و «خصوصی سازی[2]» معمولاً در کنار هم یا بعضا به جای هم به کار میرونــد آزادسازی اقتصادی یعنی برطرف نمودن موانع مشــارکت بخش خصوصی در فعالیتهای اقتصــادی است به نحوی که بخش خصوصی بتواند در بخشــهای گوناگون اقتصادی فعالیت کند. قانون تشــویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مشارکت و فعالیت بخش خصوصی در کلیه بخشهای اقتصادی از طریق روش بی او تی را مجاز دانسته است ورود بخش خصوصی به موجب بی او تی مجاز اعلام شده است .

۲- جذب ســرمایه بخش خصوصی : امــروزه اعتقاد عمومی بین اقتصاد دانان و سیاستمداران بر این است که توسعه و رشــد اقتصادی تاحد زیادی وابســته به سرمایه‌گذاری در پروژه‌های زیر بنایی است .

که تامین چنین حجمی از سرمایه‌گذاری به اتکای بودجه عمومی عملاً امکان پذیر نیســت . بانک جهانی در آخرین گزارش خود برآوردکرده است که کشورهای در حال توسعه تا سال ۲۰۲۰ هــر سال نیاز به هزار میلیــارد سرمایه‌گذاری در طرحهای زیر بنایی دارند . طبق این گزارش ۲/۵ میلیارد نفر به تاسیســات فاضلاب ،۷۴۸ میلیون نفر به آب سالم و حدود یک میلیارد نفر حداقل در بعضی از فصول به جاده دسترسی ندارند.

یکی از طرق جذب سرمایه‌های بخش خصوصی و هدایت آنها به پروژه‌های زیر بنایی استفاده از روش بی او تی است . با توجه به منابع محدود داخلی و نیاز به ارز خارجی جهت اجرای پروژه‌های اقتصادی ،توجه به سرمایه‌گذاری خارجی از اولویت خاصی برخوردار است. (شیروی،۱۳۹۴،۴۴)

مزایا و معایت بی او تی

بخش اول : مزایا

۱. یکــی از مهمتریــن مزایای استفاده از قرارداد بی او تی بــرای دولت آن است که خطر اجرا و بهره‌برداری از طرح را به شرکت خصوصی سازنده طرح تکمیل می‌کند .

۲. واگذارکــردن بخش عمومی به بخش خصوصی برای ساخت و بهره‌برداری طرح ، بهره مندی از مزایــا و امتیــازات بخش خصوصی یعنی کاهش هزینه ، کاهش تشــریفات اداری و بالتبع ،سرعت در انجام کار را به همراه خواهد داشــت ، ضمن آنکه می‌توان از مدیریت کارای این

1. Economic liberalization
2. Privatization

بخش نیز استفاده کرد.

۳. استفاده از بی او تی یکی از شیوه‌های مناسب انتقال تکنولوژی به کشور میزبان به شمار می‌آید .

۴. در کشورهایی که واگذاری کامل بخش دولتی به بخش خصوصی ، با مخالفت‌ها و تردیدهای فراوان روبروست قرارداد بی او تی وسیله است برای مشارکت این دو بخش چرا که دولت از امتیازات بخش خصوصی استفاده کرده و حق نظارت و حق مالکیت نهایی را بای خود محفوظ نگه می‌دارد لذا نگرانی کشورهای مزبور در این زمینه تا حد زیادی مرتفع می‌گردد.

۵. در قراردادهای بی او تی اصلی به نام اصل حمایت از مشارکت کنندگان داخلی و اصل پشتیبانی از صنایع داخلی کشور میزبان حاکم است که بر اساس آن شرکتی برای عهده دار شدن طرح در اولویت است که از نیروها و یا کالاها و خدمات کشور میزبان تاحد امکان استفاده نماید.

۶. مزایای مطروح در بند ۵ متوجه کشور میزبان و بخش دولتی است اما بخش خصوصی نیز می‌تواند از امتیازات بی او تی استفاده کند از جمله آنکه دولت در قبال تعهداتی که از بخش خصوصی می‌گیرد متقابلاً متعهد می‌شود که مشوق‌ها ،تسهیلات و معافیت‌هایی را در اختیار بخش مذکور قرار دهند.

بخش دوم : معایب

۱. طرح بی او تی به رغم ظاهر ساده ای که دارد، دارای پیچیدگی‌ها و دشوارهای فراوانی است که یکی از دلایل عمده آن وجود افراد و قراردادهای بیشماری است که در بی اوتی وجود دارد.

۲. شرکت خصوصی گاه در قبال پذیرش خطر مقرر می‌دارد که باید سودبیشتری به او بازگردانده شده و در برابر هر خطر مشتری نهایی باید پولی بپردازد.

۳. از آنجا که اکثر کشورها تجربه زیادی در انعقاد این قرارداد ندارندگاه بی او تی خطراتی را برای آنها بوجود آوره است از جمله خطر ایجاد انحصار در بخش خصوصی و فراموش شدن جنبه و طبیعت عمومی طرح زیربنایی.

۴. بخش خصوصی به هنگام تقبل طرح ، بر مبنای فرضیات آغاز به کار می‌کند بدین معنا که از میزان درآمد و سیاست ارزی و گمرکی دولت میزبان و ثبات یا عدم ثبات قوانین آن اطمینان نداشته و براساس احتمالات عمل می‌نماید.

۵. از این روست که در قراردادهای بی اوتی طرف خصوصی می‌کوشد تا خطر مربوط به تغییر سیاست ارزی یا قانونگذاری را بر دوش دولت میزبان تحمیل کند.

۶. از آنچه گفتیم نتیجه می‌گیریم که چون غالب طرحهای بی او تی راجع به امور زیر بنایی است که در کشورهای درحال توسعه معمولاً در انحصار دولت است لذا برای موفقیت آمیز بودن طرح بی اوتی نباید از نقش دولت پذیرای سرمایه براحتی گذشت زیرا دولت است که

امتیاز ساخت طرح را به کنسرسیوم اعطا می‌کند ، تعهد به پرداخت محصولات طرح می‌کند ، مشوق‌های مالی و غیر مالی در اختیار طرح قرار میدهد و سیاست ارزی ، اقتصادی و گمرکی را معین می‌سازد. (صادقی،۱۳۴،۱۳۸۵)

قوانین و مقررات عام راجع به بی او تی

بخش اول : قانون اساسی

قانون اساسی مهم ترین سند قانونی درایران محسوب می‌شود و سایر قوانین و مقررات باید در چارچوب اصول آن به تصویب برسد و هیچ قانون عادی نباید اصول آن را نقض کند . در قانون اساسی مقررات خاصی در مورد روش بی او تی ذکر نشده است ولی اصولی از قانون اساسی مرتبط با فعالیتهای بی او تی است .

۱- اصل چهل و سوم قانون اساسی

این اصل بر استقلال اقتصادی تاکید می‌کند در این اصل آمده است که «برای تامین استقلال اقتصادی جامعه ... اقتصاد ج . ا. ا بر اساس ضوابط زیر استوار می‌شود :...

جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصادکشور [1]» . از این رو یکی از منفذهایی که ممکن است بیگانگان بر اقتصاد کشور سلطه پیدا کنند، سرمایه‌گذاری خارجی است .

در اینکه چه میزان و تحت چه شرایطی سرمایه‌گذاری خارجی ممکن است به سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور منجر بشود مقررات بیشتری در قانون اساسی مطرح نشده است و این ا مر به قانون گذار عادی محول شده که حسب مورد با وضع قوانین خاص کنترل لازم را اعمال نماید.

۲- اصل چهل و چهارم

در اصل ۴۴ قانون اساسی فعالیتهای اقتصادی به ۳ بخش دولتی ، خصوصی و تعاونی تقسیم شده است . صدر اصل ۴۴ فعالیتهایی را مطرح کرده است که باید در انحصار دولت باشد . بسیاری از حوزه‌های موضوع قراردادهای بی او تی در حیطه صدر اصل (۴۴) قانون اساسی قرار می‌گیرند مانند نیروگاهها ، سدها ، شبکه‌های بزرگ آبرسانی ، راه و راه آهن ، بنادر و امثال آن .

۳- اصل هشتاد و یکم

اصل ۸۱ قانون اساسی مانع دیگری را بر سر راه سرمایه‌گذاری خارجی وقراردادهای بی او تی برقرار میکند به موجب این اصل دادن امتیاز تشکیل شرکتها و موسسات در امور تجارتی وصنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است . ذیل این اصل که مقرر می‌دارد «در امور تجارتی و صنعتی کشاورزی و معادن و خدمات » به حدی عام و گسترده است که شامل کلیه فعالیتهای اقتصادی می‌شود.

طبیعتاً فعالیت سرمایه‌گذاران خارجی در هر کشور مستلزم تاسیس شرکت و بنگاه اقتصادی

---

۱. این اصل قانون اساسی بر قاعده فقهی«نفی سبیل»استوار است مطابق این قاعده حتی اگر سرمایه‌گذاری در بخشهای اقتصادی کشور از جمله نفت مجاز باشد ولی این امر منجر به سلطه خارجی بر کشور اسلامی گردد؛ این سرمایه‌گذاری به موجب «نفی سبیل» غیر مجاز خواهد بود.

در کشـــور میزبان می‌باشـــد . چنین برداشت عامی از اصل ۸۱ باعث خواهد شد که سرمایه‌گذاران خارجی از یکی از ابزارهای ضروری برای فعالیت اقتصادی خود یعنی تشـــکیل شـــرکت در ایران محروم گردند این برداشـــت با تعهد به عدم تبعیض بیـــن سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی مندرج در معاهـــدات دو جانبه سرمایه‌گذاران و قانون تشـــویق و حمایـــت سرمایه‌گذاری خارجی منافات دارد نتیجـــه اینکه قانون اساسی یکســـری محدودیتهای کلی برای سرمایه‌گذاری بخش خصوصی خاصه خارجی مقرر می‌دارد که میتواند شـــامل سرمایه‌گذاری به روش بی او تی نیز باشـــد .بسیار از فعالیتهـــای عمده اقتصادی طبق اصل (۴۴) به صورت انحصاری در دست دولت است که ظاهراً دولـــت نمی‌تواند این امور را کلاً یا جزئاً یا به صورت مشـــارکت عمومی – خصوصی یا بی اوتی به اشخاص خصوصی واگذار نماید.

بخش دوم قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴

بـــه دلیل گســـتردگی فعالیتهایی که در صدر اصـــل۴۴ قانون اساســـی در انحصار دولت قرار گرفته است و مشـــکلاتی که این اصل برای حضـــور بخش خصوصی در فعالیتهای عمده اقتصادی ایجاد می‌کرد به تدریج از اواخر دهه ۱۳۷۰ قوانینی تصویب شد که واگذاری محدود برخی از این فعالیتها را به بخش خصوصی تجویز می‌کرد.

بـــه عنوان نمونـــه قانون برنامه سوم توسعـــه اقتصادی اجتماعی و فرهنگـــی به صورت معدود واگـــذاری برخی از فعالیتهای اقتصادی مذکوردر صدر اصل (۴۴) را به بخش خصوصی مورد تایید قرارداد.

تمایلات مجلس هفتم (۱۳۸۳) و دولت هشـــتم (۱۳۸۴) به تقویت اقتصاد دولتی باعث شـــد که روند خصوصی سازی که به تدریج در حال شـــکل گیری بود مجدداً دچار اختلال شـــود و لزوم تفسیر رسمی اصل (۴۴) قانون اساسی به طور جدی در برنامه کار مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گیرد. نهایتاً متن سند سیاستهای اصل (۴۴) توسط مجمع تشخیص مصلحت نهایی شد و در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۱ مطابق بند (۱) اصل ۱۱۰ توسط مقام رهبری ابلاغ گردید .

ایـــن قانون زمینه‌هـــای اقتصادی زیادی را برای سرمایه‌گذاری بخـــش خصوصی فراهم نمود . بـــا توجه به اینکه سرمایه‌گذاری مســـتقیم دولت در فعالیتهای مصـــرح در صدر اصل ۴۴ محدود به حداکثر بیســـت درصد کل سرمایه‌گذاری شـــده است،بی او تی یک روش عملی است که دولت می‌تواند طرحهای مورد نیاز خود را از طریق بخش خصوصی اجرا کند .

بخش سوم : قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

در قانـــون راجع به جلب حمایت سرمایه‌های خارجی مصـــوب ۱۳۳۴ و آیین نامه اجرایی آن صراحتا به روش بی او تی اشاره نشده بود ، ولی قانون مزبور حاوی برخی از مقررات عام حمایتی بود که شـــامل سرمایه‌گذاری خارجی به روش بـــی او تی نیز می‌گردید . بر این اساس در تصویب نامه مورخ ۱۳۸۷/۷/۲۸ هیات وزیران راجع به ضوابط پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی تحت پوشش

قانـون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی به روشـهای ساخـت ، بهره‌برداری و انتقال (bot) و ساخـت ، مالکیـت ،بهره‌برداری و انتقال (boot) توسـط سرمایه‌گذاران خارجی تصریح شده است .

بخش چهارم : معاهدات دوجانبه

جمهـوری اسلامی ایران معاهدات دو جانبه تشـویق و حمایت متقابـل از سرمایه‌گذاری را با کشـورهای متعددی امضاء کرده است که روند تصویب این معاهدات در اوایل دهه ۱۳۸۰ شـتاب بیشـتری به خودگرفت به عنوان نمونه فقط در سال ۱۳۸۲ معاهدات دوجانبه تشـویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و کشورهای کرواسی ،بلغارستان ، تاجیکستان ، اوکراین ،ایتالیا ، قرقیزستان ، گرجسـتان،تونس ،ازبکسـتان ، کره جنوبی ، فرانسه ، اسپانیا؛ فنلاند ، بحرین ،کره شـمالی ،ترکمنسـتان ، اتریش و آلمان منعقد گردید . به قوانین و مقررات دیگری از جمله قانون برنامـه دوم ، سـوم ،چهارم و پنجـم توسعه اقتصـادی ،اجتماعی و فرهنگـی و قوانین مالیاتی و همچنیـن قوانین و مقررات خاصی از جمله حمل و نقل ،راه ترابری ،فرودگاهها ،بنادر ، آب و برق ،صنعت نفت و ....نیز می‌توان اشـاره کرد که می‌بایسـتی به طور مفصل و در جای دیگر نسبت به آنها بررسی جداگانه صورت گیرد. (شیروی،۱۳۹۴،۷۴)

موضوعات حقوقی مطرح در قراردادهای بی او تی

بخش اول : مراحل اجرایی طرح بی او تی

۱. تصمیم دولت برای واگذار امتیاز طرح به بخش خصوصی
۲. آمادگی دولت برای انجام مناقصه
۳. اعلام آمادگی شرکت کنندگان
۴. مرحله گزینش
۵. ایجاد مقدمات اجرایی طرح
۶. مرحله اجرا
۷. مرحله بهره‌برداری
۸. مرحله واگذاری(صادقی،۱۴۱،۱۳۸۵)

بخش دوم : قراردادهای مطرح در طرح بی او تی

یکـی از ویژگیهای بارز قراردادهای بی او تی که باعث تمایز آن از قراردادهای دیگر و در عین حـال ، پیچیدگی بی او تی می‌شـود قراردادهای متعددی است کـه درخلال اجرایی طرح منعقد می‌گردد. مهمترین این قراردادها به شرح ذیل است.

۱. قرارداد تاسیس شرکت طرح
۲. قرارداد اعطای تسهیلات

۳. قرارداد اعطای طرح یا قرار داد اعطای امتیاز
۴. قرارداد خرید محصول
۵. قرارداد ساخت
۶. قرارداد بهره‌برداری و نگهداری (صادقی،۱۴۲،۱۳۸۵)

بخش سوم : مسئله خطر

در قراردادهایی که یک طرف آن به‌عنوان سرمایه‌گذار بخش خصوصی وارد عمل می‌شود بویژه اگر این سرمایه‌گذار،خارجی باشد مسئله خطر کاملاً موردتوجه مشاوران حقوقی و حتی بخش خصوصی است . متعدد بودن طرفین متعاقد در قرارداد بی او تی و اینکه چه کسی خطر را متحمل می‌شود بر اهمیت مسئله می‌افزاید . بطور کلی اهم خطرهایی که ممکن است درجریان طرح بی او تی پیش آید عبارتند از :

۱. خطرهای مالی نظیر خطرهای مالیاتی ،محدودیت‌های صادرات و واردات،کوتاهی در صدور مجوزهای لازم و لغو امتیاز
۲. خطرهای قانونی نظیر تغییر در قوانین و مقررات یا تاخیر در ارزیابی خسارت
۳. خطرهای تجاری نظیر خطر توام،خطر مربوط به نرخ یا خطر مربوط به مبادله و تسعیر ارز خارجی
۴. خطرهای سیاسی نظیر وقوع انقلاب یا شورش در کشور میزبان و تغییر حکومت
۵. خطر مربوط به انجام مقدمات طرح نظیر تاخیر در برنامه ریزی یا خطر ناشی از اخذ مجوز
۶. خطرهای مربوط به ساخت و یا تکمیل طرح نظیر تاخیر در کار ،فورس ماژور .
۷. خطرهای مربوط به بهره‌برداری نظیر خطرهای فنی ،خطر مربوط به تقاضا و عرضه ،ایجاد خسارت یا تلف شده تجهیزات طرح ،خطر مربوط به مسئولیت. (صادقی،۱۴۴،۱۳۸۵)

بخش چهارم: اقدامات پیش قراردادی و انتخاب سرمایه‌گذار

قبل از انعقاد هر گونه قرارداد بی او تی ، مطالعات فرصت سنجی ، امکان سنجی ، و ارزیابی باید انجام شود که امکان اجرای پروژه بی او تی از لحاظ فنی ، مالی و اقتصادی مورد ارزیابی قرار گرفته ،تاثیر آن را بر رفاه عمومی و محیط زیست بررسی گردد. این مطالعات ممکن است مستقیماًتوسط موسسه دولتی ذیربط (کارفرما) انجام شود یا انجام آن به یک مهندس مشاور محول گردد. نتایج این مطالعات جهت تنظیم اسناد مناقصه و مذاکرات بعدی مورد استفاده قرار می‌گیرد و بر آن اساس ویژگیهای قرارداد تعیین می‌گردد .

پس از مطالعات اولیه و در صورت عملی بودن طرح از جهت فنی و اقتصادی دولت باید نسبت به روش انتخاب سرمایه‌گذار (کنسرسیوم) اتخاذ تصمیم کند . سرمایه‌گذار (کنسرسیوم) ممکن است از طریق طی تشریفات مناقصه یا ترک تشریفات مناقصه و از طریق مذاکره انتخاب شود . (شیروی،۱۴۱،۱۳۹۴)

نتیجه‌گیری:

در پایان می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که با توجه به رشد اقتصادی کشورهای صنعتی و تلاش کشـــورهای در حال توسعه در جهان سوم برای کم کردن فاصله اقتصادی با این کشورها ضرورت دارد تا کشـــور ما نیز به عنوان یک کشـــور در حال توسعه از سرمایه‌گذاری سایر کشورها و بخش خصوصـــی در ایجاد پروژه‌های عمرانی و زیربنایی نهایت استفاده و بهره‌برداری را بنماید تا در این رقابت سریع اقتصادی در جهان و منطقه عقب نیفتاده و جایگاه مناسبی برای خود داشـــته باشـــد. لکـــن در این راه یکی از راههای مفید به فایده و تجربه شـــده استفـــاده از سرمایه‌های خارجی در قالب قراردادهای بی او تی می‌باشد در این راه می‌توان از تجارب و موفقیت‌های برخی کشورهای حوزه خلیج فارس از قبیل امارات متحده عربی و قطر نام برد .

به عنوان نمونه کشـــور امارات متحده عربی در زمینه صنعـــت هوانوردی از چندین سال قبل اقدام به جذب سرمایه‌های خارجی نمود و همانگونه که امروز شـــاهد آن هستیم توانسته است در این صنعت گوی رقابت را از سایر کشـــورهای منطقه ربوده و از این راه میلیاردها دلار سود آوری داشته باشد .بنابراین ضرورت بستر سازی مناسب و استفاده از اینگونه قراردادها برای افزایش توان اقتصادی و رسیدن به رشد اقتصادی مناسب اجتناب ناپذیر می‌باشد.

فهرست منابع

۱. دکتر عبدالحسین شیروی استاد دانشگاه تهران : قراردادهای ساخت ، بهره‌برداری و واگذاری (بی او تی) سال ۱۳۸۴
۲. محمد مزرعتی و محمدرضا مقدم : مدل سازی و تحلیل قراردادهای بیع متقابل و ارائه مدل بهینه سازی قرارداد در ایران : مجله تحقیقات اقتصادی شماره ۷۶ سال ۱۳۸۵ ص ۱۷۰
۳. منوچهر توسلی جهرمی : قراردادهای بین‌المللی ساخت و بهره‌برداری و انتقال ، مجله دانشـــکده حقوق و علوم سیاسی شماره ۶۸ زمستان ۱۳۸۱
۴. پایگاه خبری تحلیلی دادپیشگان ۹ دی ۱۳۹۷
۵. سایت خبری تحلیلی شعار سال ۲۷ بهمن ۱۳۹۶