



بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه های راهسازی

فصلنامه علمی تخصصی

مهندسی و مدیریت ساخت

سال دوم، شماره هفتم، پاییز ۱۳۹۶

نویسنده مسئول: سودابه والی زاده

آدرس ایمیل:

sv.valizadeh@gmail.com

سودابه والی زاده

دانشجوی کارشناسی ارشد مدیریت ساخت، دانشکده فنی مهندسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خمین، خمین ایران.

داریوش والی زاده

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (وکیل پایه یک) بروجرد، بروجرد ایران.

علی پروری

عضو هیئت علمی، گروه عمران، دانشکده فنی مهندسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد، خمین، خمین ایران.

چکیده:

قراردادهای BOT و EPC اهمیت بسزایی در نزد متخصصان حقوق و اقتصاد یافته است. کشورهای مختلف بویژه کشورهای در حال توسعه، این قراردادها را ابزاری کارآمد برای جذب سرمایه های خارجی و استفاده از مدیریت بخش خصوصی در طرح های زیربنایی می دانند. برای موفقیت دولت باید بستر مناسب اقتصادی، سیاسی و بویژه حقوقی را برای سرمایه گذار خصوصی فراهم سازد. تنها متن قانونی موجود در نظام حقوقی ایران که به این قرارداد پرداخته است، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی است که البته درباره بسیاری از جنبه های بی.ا.و. تی ساکت است. برخی از مقررات داخلی ایران در خصوص این قرارداد، با مقرراتی از سازمان تجارت جهانی، مغایرت داشته و باید اصلاح شوند. لذا در این مقاله به بررسی حقوقی دو قرارداد مذکور پرداخته شده است. که نتایج نشان می دهد به دلیل تنوع پروژه هایی که می توانند به این روش اجرا شوند و ویژگی های خاص هر یک به نظر می رسد لازم است نهادها و وزارتخانه های مختلف با رعایت این قانون اقدام به تهیه آیین نامه اجرایی آن با توجه به ویژگی پروژه ها در بخش مربوطه خود بنمایند.

کلید واژه: قرارداد ، EPC ، BOT ، حقوقی

Legal review of BOT and EPC contracts in road construction projects

Soudabeh Valizadeh

Graduate Student in Construction Management, Faculty of Engineering,, Khomein Branch, Khomein Iran.

Dariush Valizadeh

Master of Private Law (First Lawyer) Borujerd, Borujerd Iran.

Ali Parvari

Faculty Member, Civil Engineering Department, Faculty of Engineering, Islamic Azad University, Branch, Khomein, Khomein Iran.



V. 02 No. 07 - autumn2017

Corresponding author:

s.valizadeh

Email address:

sv.valizadeh@gmail.com

۱- مقدمه

پروژه های عمرانی کارهای پیچیده ای هستند. این پروژه ها به ناگزیر با مجموعه ای یکتا از نقشه ها و مشخصات فنی تشریح می شوند و توسط پیمانکاری اصلی و تعدادی پیمانکار دست دوم (جزء) اجرا می شوند، که بسیاری از آن ها پیشتر با یکدیگر کار نکرده اند. جنبه های منحصر به فرد هر پروژه و مجموعه یکتای تشکیل دهنده هر تیم از عوامل معمول عدم توافق هایی است که رخ می دهند. چون هر پروژه منحصر به فرد می باشد، نمی توان انتظار داشت که طراح، تمام جنبه های آن را ببیند و پیش بینی کند. در نتیجه سهو ها و در مواردی تناقض هایی در اسناد قرارداد پیش می آید. حتی امکان دارد بر سر تفسیر مواردی که در اسناد قرارداد به آن ها اشاره شده، از سوی طرف های مختلف درگیر در فرآیند کار ساختمانی توافق وجود نداشته باشد. سرچشمه عدم توافق هر چه که باشد، به هر حال بروز اختلاف در صنعت ساخت و ساز امری معمول است. با توجه به آنچه که گفته شد جلوگیری از وقوع اختلاف و نحوه حل و فصل اختلافات یکی از مشکلات اساسی صنعت راهسازی است و پیش بینی مکانیسم هایی که از بروز و گسترش اختلاف جلوگیری نماید، همچنین انتخاب شیوه های مناسب حل اختلاف، می تواند کمک زیادی به کاهش هزینه ها و مدت اجرای پروژه های ساختمانی نماید و به دنبال آن نیز ریسک اجرای پروژه و سرمایه گذاری کاهش یافته و موجب شکوفایی این صنعت شود. با توجه به اینکه دادگاه ها در حل این مشکل موفق عمل نکرده اند برای حل این مشکل، شیوه های حل اختلافات ساختمانی در کشورهای مختلف جهان به خصوص در سالهای اخیر تحولات شگرفی یافته است و دست اندرکاران قراردادهای ساختمانی اقدام به ابداع روش های نوین حل اختلاف نموده تا با حل سریع و ارزان اختلافات و جلوگیری از وقوع اختلافات بیشتر به پیشرفت این صنعت حیاتی کمک نمایند، به طوری که امروزه از این صنعت به عنوان ابداع کننده روش های جدید حل اختلاف یاد می شود.

۲- توضیح قرارداد BOT و EPC

EPC حاصل کنار هم قرار دادن حروف اول کلمات Construction, Procurement, Engineering است که در ایران به عنوان قراردادهای مهندسی، تدارکات و اجرا شناخته می شود.

EPC در واقع نوعی روش قراردادی اجرای پروژه های طرح و ساخت است. امروزه تعداد زیادی از پروژه ها به این روش اجرا می شوند. در این نوع قراردادها که به صورت فرآیندهای مورد توجه قرار گرفته است، اساساً یک شخصیت حقوقی مستقل مسئولیت طراحی و اجرای پروژه را عهده دار می شود که ممکن است یک شرکت تنها یا مشارکت چند شرکت باشد. شرکت یا سازمانی که مبادرت به اجرای پروژه ها به روش طرح ساخت می نماید الزاماً ضرورتی ندارد که تمامی امکانات مورد نیاز را هم برای طراحی و هم اجرا در دست خود داشته باشد. در EPC، طراحی پروژه از طراحی پایه تا طراحی تفصیلی و همچنین تامین تمامی مصالح و تجهیزات پروژه شامل تجهیزات و مصالح بخش های مختلف و همچنین اجرا، روش راه اندازی توسط

پیمانکار انجام می شود. فدارسیون بین المللی مهندسین مشاور این موضوع را تحت عنوان روش اجرای پروژه های طراحی مهندسی که تدارک و اجرا به شیوه کلید در دست بیان نموده است. نشریه ۵۴۹۰ سازمان مدیریت و برنامه ریزی نیز منظور از روش EPC انجام کارهای زیر بیان نموده است:

- تمام یا برخی از مراحل مختلف کارگاهی مهندسی پروژه شامل مهندسی مقدماتی به مهندسی تفصیلی
- تامین و تدارک کالاها، تجهیزات و مصالح پروژه و خدمات حتی مرتبط با آنها

- عملیات ساختمان، نصب و راه اندازی و آزمایش های کارایی و سایر خدمات جانبی مرتبط با آن ها که به طور توأم توسط پیمانکار انجام می شود.

قراردادهای EPC (طراحی - خرید - ساخت) از قابلیت های قرارداد کلید گردان می باشند. روش کلید گردان که به آن طراحی - ساخت نیز گفته می شود، مسئولیت طراحی و اجرا را بطور کامل بر عهده پیمانکاری گذارد به قسمی که بعد از تکمیل پروژه، کارفرما فقط با چرخاندن یک کلید می تواند بهره برداری از تاسیسات اجرا شده را آغاز نماید. پروژه های بزرگ کشور در بخش انرژی با الگوهای مختلفی دنبال می شوند. ملموس ترین الگوی کار پروژه های مطرح در صنایع پتروشیمی الگویی است که در آن شرکتهای ایرانی غالباً در الگوی (طراحی + تامین تجهیزات و یا EPC در منطقه ویژه درگیر پروژه های متعددی می باشند. الگوی مطرح دیگر برای اجرای پروژه صنعتی، قراردادهای طراحی و تامین تجهیزات اجرای این قراردادها می باشد. قراردادهای در قالب EPC برای کارفرما به لحاظ تداوم و پیوستگی مسئولیتهای پیمانکار از ابتدا تا پایان کار دارای مزیت بیشتری است، اما از طرف دیگر با توجه به اینکه این قراردادها معمولاً بشکل فاینانس تامین اعتبار و اجرا می گردند، تامین هزینه های ریالی در این شکل برای پیمانکار همراه با دشواری ها و محدودیت هایی می باشد. اگر کارفرما بتواند هزینه های اجرایی را خود فراهم نماید، راه حل مناسب برای وی کماکان قرارداد EPC خواهد بود. در پروژه های EPC چه برای ارائه قیمت و یا پس از آن برای انجام کار، طراحی های بنیادی Basic Design لازم است که مطالعات اولیه پروژه و یا امکان سنجی همراه با طراحی های محتوایی انجام شده باشد.

۳- ویژگی های بارز قراردادهای EPC

- در مراحل اولیه طراحی بایستی مشخصات فنی کامل و به روشنی قید شود.

- کارفرما از نظر فنی و قراردادی نیازهای خود را کاملاً مشخص کند.

- بعد از انعقاد قرارداد، معمولاً کارفرمایان در بحث ها و مذاکرات موضوع ضعف خواهد داشت.

- ممکن است محدوده و نیز روش کنترل کارها توسط کارفرما منشا بروز اختلاف کرد.

- خواسته ها و الزامات کارفرما در مورد راه اندازی باید در

قرارداد به دقت ذکر شود.

۴- اجرای پروژه های متناسب با روش EPC

- کارفرما اطمینان زیادی دارد که قیمت و زمان انجام کار از میزان توافق شده تجاوز نخواهد کرد.
 - کارفرما نخواهد خود را درگیر مسائل پیشرفت روزانه کار نماید.
 - پیچیدگی پروژه، یکی بودن گروه طراحی و ساخت را ایجاب کند.
 - زمان و اطلاعات کافی برای بررسی و کنترل ارائه طرح وجود ندارد.
 - کار شامل مقادیر چشمگیری عملیات زیرزمینی باشد.
 - کارفرما قصد نظارت نزدیک و کنترل داشته باشد.
 - مبلغ هر پرداخت موقت، اجبارا باید توسط مقامات مورد ارزیابی قرار گیرد.

۵- علت استفاده از قراردادهای EPC

در قراردادهای EPC پیمانکار به منزله یک شخصیت حقوقی، با عهده دار شدن کلیه مسئولیت ها در انتخاب روش کار برای تامین نتایج نهایی طبق مشخصات عملکرد تعیین شده به وسیله کارفرما دارای اختیار و آزادی عمل کامل است. کارفرما هم ضمن انجام تعهدات خود، پیشرفت کار را پی گیری می نماید

۶- مزایا و معایب انجام پروژه به روش EPC

مزایای انجام پروژه به روش EPC از دید کارفرما

- کارفرما در انجام بحث های قراردادی وقت زیادی را هدر نمی دهد و آغاز و انجام پروژه به دلیل آشنایی پیمانکار با سیستم او ساده تر انجام می شود.
 - کل تعهدات مالی کارفرما از قبل مشخص است و اطمینان دارد که هزینه های نهایی پروژه از مبلغ نهایی توافق شده تجاوز نمی کند.
 - رقابت میان پیمانکاران مختلف سبب بهبود وضع کارفرما و انجام معامله عادلانه تری می شود.
 - ارتباط کوتاه و سریع بین کارفرما و پیمانکار وجود دارد.
 - با توجه به ماهیت این روش و تلفیق کار طراحی با خرید و اجرا، زمان و هزینه به حداقل کاهش می یابد.
 - با توجه به هماهنگی و یکپارچگی خرید و اجرا، اقتصاد هزینه ها، مد نظر قرار گرفته، از تاخیرات و عوامل غیر اقتصادی که در موقع وابسته بودن فعالیت های طراحی، خرید و اجرا به سازمانها و مبادی مختلف پیش می آمد، جلوگیری می شود.
 - عمده ی ریسک پروژه و مسولیت آن از کارفرما به پیمانکار منتقل می شود.
 - استفاده از تامین منابع مالی به روش فاینانس در این روش با سهولت بیشتری صورت می گیرد.

بوروکراسی در این روش به مراتب کمتر از روش متداول است.
 - ادعاهای پیمانکار برای کارهای اضافی به حداقل کاهش می یابد و درگیریها و تداخل کارها کم می شود.
 - اطمینان بیشتری نسبت به عملکرد پروژه به هنگام بهره برداری وجود دارد.

- قابلیت ساخت داخل کشور و نوآوری، ارتقا می یابد.
 - این روش اساسا بیشترین مسوولیت را متوجه یک سازمان می کند و نیاز کارفرما را به استفاده از منابع خویش به حداقل می رساند.

مزایای انجام پروژه به روش EPC از دید پیمانکار

- به دلیل سرعت بیشتر انجام کار، زمان دستیابی پیمانکار به حق الزحمه سریعتر خواهد بود.
 - با توجه به ویژگی های قرارداد کلید در دست، در بیشتر مواقع این نوع پروژه ها وابسته به برنامه زمانبندی یا فعالیت های دیگران نخواهد بود.

- انعطاف پذیری و یکپارچگی بیشتر در اجرای کار وجود دارد.
 - پیمانکار برای انتخاب تجهیزات و روش های اجرایی آزادی عمل بیشتری خواهد داشت.

با این حال مورد آخر برای کارفرما جزء معایب محسوب نمی شود. چون هر چند احتمال دارد یک پیمانکار با به کار بردن تجهیزات ارزان قیمت و سطح پایین، کیفیت کار را پایین بیاورد، ولی در عین حال او می داند که چه نوع تجهیزاتی به راحتی می تواند فراهم شده، مطمئن تر بوده و کار را بهتر انجام می دهد و نهایتا در صورتی که تجهیزات به درستی عمل نکنند، پیمانکار ریسک عدم دریافت آخرین پرداخت را تقبل نموده، مهمتر از آن اینکه ریسک عدم گرفتن کار بعدی را باید بپذیرد. بدیهی است این مزایای زمانی حاصل خواهد شد که شرایط زیر در نظر گرفته شده باشد :

- پیمانکاران صحیح انتخاب شده باشند؛ نه لزوما بر اساس پایین ترین قیمت پیشنهادی.
 - در زمان برگزاری مناقصه ها، الزامات و خواسته های کارفرما با دقت لازم و جزئیات مورد نیاز تعریف شود تا پیمانکار، قیمت قطعی ارائه نماید.
 - بعد از انعقاد قرارداد، تغییرات عمده و اساسی در الزامات و نیازهای پروژه ایجاد نشده، از ناحیه ی کارفرما (یا مشاورانش) در کار پیمانکار EPC دخالت نشود. با این حال نظارت کامل انجام شده تا کار مطابق مفاد قراردادی پیش برود .

معایب انجام پروژه به روش EPC از دید کارفرما

- انتقال دانش فنی به کارفرما صورت نمی گیرد.
 - با توجه به این که طرح ها از قبل آماده اند، تغییرات مورد نیاز کارفرما پس از عقد قرارداد، هزینه ی زیادی را به پیمانکار تحمیل می کند و سرآغاز بحث های زیادی است
 - کنترل کیفیت کار پیمانکار، به خصوص در بخش طراحی، در غیاب بازرسی های مستقل کارفرما مشکل است.
 - قیمت قرارداد مشتمل بر ضرایب ریسک پیمانکار بوده، لذا بالا می باشد.

بسته به اندازه و پیچیدگی پروژه، کارفرما ممکن است به این نتیجه برسد که در انتخاب پیمانکاران و سازندگی با تجربه و قابل اعتماد، بسیار محدود است. زیرا معمولاً به دلیل حجم بزرگ پروژه ها، هزینه های شرکت در مناقصه و منابع مورد نیاز برای کارهای طراحی و اجرایی بسیار بالا می باشد و شرکتهای محدودی توان تامین این منابع را دارند.

معایب انجام پروژه به روش EPC از دید پیمانکار

با توجه به حجم بالای کار، ریسک پیمانکار بسیار بالاست و پیمانکارانی که توان تقبل از ریسک مسوولیت را داشته باشند، محدود هستند.

۷- معرفی روش ساخت - بهره برداری - انتقال

این عنوان در بردارنده سه مفهوم کلی است که عبارتند از: ساختن و اجرا و بهره برداری کردن و نهایتاً انتقال دادن است. در یک قرارداد متعارف BOT پروژه های با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می شود و پس از انقضای مدت قرارداد منتقل می شود. به بیان دیگر دولت به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکتهای خصوصی امتیاز می دهد تا کنسرسیوم مطابق قرارداد تأمین مالی یک طرح زیربنایی را عهده دار شده آن را بسازد و در ازای مخارجی که تقبل کرده برای مدتی از پروژه ساخته شده بهره برداری کند و پس از سپری شدن مدت قرارداد پروژه و حق استفاده از آن را به صورت رایگان به دولت منتقل کند.

قراردادهای BOT در شکل اولیه خود به صورت تأمین مالی پروژه های دولتی در ازای اراپه امتیاز به یک کنسرسیوم خصوصی طی دوره ای مشخص می باشد که برای توسعه یک طرح پس از انجام مرحله ساخت، بهره برداری و مدیریت آن طی چند سال توسط شرکت پروژه انجام و با صرف هزینه های ساخت و بهره برداری تجاری از منافع طرح مازادی را به عنوان درآمد برای خود کسب می کند و در پایان دوره امتیاز طرح به دولت کشور میزبان منتقل می شود به بیانی دیگر این روش تعهد یک شرکت خصوصی جهت ساخت، نصب تجهیزات و تأسیسات یک طرح عمرانی در یک با هزینه خود و با شرط بهره برداری، کسب درآمد و نهایتاً انتقال آن به دولت میزبان در زمان انقضای امتیاز اعطایی است.

۸- مشکلات انعقاد قراردادهای BOT

سختی هایی در تهیه تأمین مالی پروژه ها وجود دارد که باعث رو آوردن به روش BOT است. ولی این روش مشکلاتی دارد که باعث می شود پروژه ها همیشه موفق نباشند مگر دولت تضمین های لازم اتخاذ کند تا یکسری مشکلات رفع شود. حال به بررسی برخی مشکلات حاد می پردازیم.

تأمین منابع مالی

با توجه به شرایط اقتصادی کشور دولت در تأمین هزینه ها برای ساختن زیرساخت های کشور با مشکلاتی روبروست و حتی

گاهی برای پرداخت سهم در صورتی مثل حال که نقدینگی وجود ندارد با پرداخت مصالح و یا قیر دادن و .. به طرف مشارکت این نبود منابع مالی جبران می کند. گاهی با پرداخت اوراق مشارکت این بدیهی خود را جبران می کند که خود اوراق باعث مشکلاتی می شود. مشکلات اوراق مشارکت به صورت زیر دسته بندی کرد:

مشکلات اوراق مشارکت

- وقتی سرمایه گذار این اوراق را می خواهد تبدیل به نقدینگی کند با ارزش کمتری خریداری می شوند و باعث ضرر به سرمایه گذار می شود.
- تاریخ این اوراق معمولاً یک ساله است.
- دولت بدیهی های فراوانی از این اوراق و اسناد به وجود می آورد و باعث می شود دولت مقروض باشد مدت زیادی دولت برای رفع این مشکل ها به سمتی می رود که از سرمایه گذاران خارجی دعوت به همکاری می کند و تلاش فراوان برای جذب این سرمایه گذاران دارد.

اهمیت سرمایه گذاران خارجی

با ورود سرمایه گذاران خارجی به کشور باعث مزیت هایی در اقتصاد کشور می شود و کم کم مشکل تأمین منابع را کم می کند.

- ورود ارز به کشور: ارز تبدیل به ریال می شود و همین باعث می شود اعتبار ریال افزایش یابد و تورم کاهش می یابد.

- حضور سرمایه و اموال خارجی در کشور که امنیت بیشتری به وجود می آورد و باعث اعتبار بخشی به کشور می شود و رنکینگ های اقتصادی به تراز بالاتری برسیم.
- باعث ثباتی سیاسی بیشتری در کشور می شود و دیگر کشورها به سرمایه گذاری راغب شوند.

دولت برای این که سرمایه گذاران خارجی استقبال بهتری داشته باشند یکسری مزایا باید در نظر داشته باشد که می توان ریکس سیاسی ورود و خروج ارز را در کشور تضمین کند.

تبدیل نرخ ارز به نرخ آزاد که باعث ضرر نشود. اگر دولت تضمین بازگشت سرمایه را قطعی کند باعث استقبال فراوان سرمایه گذاران خارجی می شود. شاید بعضی ها بگویند به ضرر دولت است این کارها ولی دولت عدم بهره وری کشور را باید جبران کند زیرا مردم ایران خیلی بهره ور نیستند و دولت این توانان را باید پرداخت کند.

مشکلات اجتماعی - فرهنگی

این مشکلات در ابتدای امر وجود دارد یعنی از زمان ساخت تا زمان بهره برداری گریبان گیر بوده.

در زمان ساخت می توان به مواردی اشاره کرد: عدم همکاری مالکین: این مشکل به این گونه است که عده ای که مالک زمین هایی هستند و احداث راه از آن

است با کاهش تعرفه یا مقاومت در مقابل افزایش تعرفه موافقت ظاهری مردم فراهم شود اما جامعه بهای به مراتب سنگین تری را برای نگهداری و تعمیر همین آزادراه در آینده پرداخت خواهد کرد.

۹- بررسی قوانین و مقررات مرتبط با قراردادهای BOT در کشور

در این قسمت با اهداف امکان سنجی اجرای قراردادهای BOT در کشور به مطالعه تمام قوانین موجود در رابطه با این نوع قراردادهای پرداخته و موانع و محدودیتها و حمایتها و تسهیلات قانونی و اجرایی موجود را بررسی می‌نماییم. به دلیل این که تجربه‌های اجرای BOT در کشور بسیار اندک است و فقط در بخش‌های خاصی از جمله ساخت و توسعه نیروگاه‌ها و سیستم‌های حمل و نقل مانند جاده‌ها و بزرگراه‌ها رشد بیشتری داشته است به همین دلیل ذکر تمام محدودیت‌های قانونی و اجرایی امکان پذیر نیست، زیرا بسیاری از کمبودهای موجود در قانون و مقررات در رابطه با این نوع قراردادهای BOT در زمان اجرایی شدن آن آشکار می‌شود. به همین دلیل در این بخش سعی شده با بهره‌گیری از نظرات طراحان این شیوه در کشور و مطالعه مسیر اجرای قراردادهای موجود BOT، در موانع و یا تسهیلات موجود را شناسایی کرده و در پی ایجاد چارچوبی مناسب برای آن برآمد. بطور کلی قوانینی که در کشور برای انواع قراردادهای حاکم هستند، در مورد قراردادهای BOT نیز صدق می‌کنند. قوانین مربوط به قراردادهای شامل دو بخش می‌باشد:

بخشی که موضوع قانون مدنی است و نسبت به اصل حق و تکلیف صحبت می‌شود (قانون ماهوی) و بخش دیگر مربوط به تشریفات رسیدگی به اختلافات است که موضوع آیین دادرسی مدنی و کیفری می‌باشد. (قانون شکلی)..

اساساً طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، کلیه قراردادهایی که منعقد می‌سازیم تابع قانون مدنی کشور می‌باشد به عبارت دیگر حقوق ما و طرف قرارداد ما (شرکت مجری پروژه) در خصوص مسائل مربوط به پروژه BOT شامل موارد مندرج در قرارداد و قانون مدنی است و در واقع کلیت حاکم بر قرارداد همان قانون مدنی می‌باشد. به همین دلیل تمام سرمایه گذاران خارجی ملزم به عقد قرارداد با رعایت اصول مذکور در قانون مدنی می‌باشند.

در مورد پذیرش سیستم قضایی و حل اختلاف معمولاً سرمایه گذاران تمایل چندانی به پذیرش آن ندارند که این می‌تواند به خاطر عدم کفایت قوانین دادرسی و قضایی ایران در خصوص پروژه‌های BOT باشد.

از آنجایی که شرکت مجری پروژه یا (Project Company) به عنوان یک شرکت ثبت شده خارجی و در قالب یک کنسرسیوم در قرارداد وارد می‌شود و پس از طی مراحل که قبلاً بدان اشاره شد با ورود سرمایه خود، اقدام به تأمین مالی، ساخت، بهره‌برداری و نهایتاً انتقال پروژه به دولت می‌نماید، در نتیجه پروژه‌های BOT مصداقی از سرمایه گذاری خارجی به شمار می‌روند و باید تمام قوانین حاکم بر سرمایه گذاری خارجی در مورد آن رعایت شود که مهمترین آن‌ها، قانون تشویق و حمایت از سرمایه های خارجی است، به گونه‌ای که مفاد این قانون و آئین نامه اجرایی آن به همراه قانون مدنی کشور ایران به عنوان قوانین و مقررات حاکم بر BOT می‌شوند.

محل عبور می‌کند باعث می‌شود این افراد سوء استفاده کنند و بیشتر از ارزش واقعی زمین خود را به سرمایه گذار بفروشند در برخی موارد حتی مجبور به تغییر نقشه‌ها شده است.

وجود زمین‌های اوقافی : باعث کشمکش‌های اداری می‌شود.

در برخی پروژه‌ها در زمان بهره‌برداری استقبال صورت نمی‌گیرد. این مسأله به خیلی از مسائل برمی‌گردد اول این که باید برای مردم فرهنگ سازی بشود به نوعی باید نهضت آزادراه سازی را برپا کنیم و آن را توسعه دهیم باید مردم درک کنند برای حفظ جان و رفاه خود از آزاد راه‌ها استفاده کنند گاهی وقت‌ها وقتی دچار آسیب شدیم آن وقت است که از آزادراه‌ها استفاده می‌کنیم. مورد بعدی که مردم از آزاد راه‌ها استفاده نمی‌کنند پرداخت هزینه‌ی عوارض است که به دو مورد برمی‌گردد یکی باز هم مشکل مالی مردم و سرانه پایین ماهانه مردم که دریافت می‌کنند دوم عده‌ای فکر می‌کنند پرداخت عوارض پول زوری است که باید پرداخت شوند ولی باید بیان شود که آزادراه را بخش خصوصی ساخته و پول بیت المال است.

مشکلات زمان انتقال پروژه

تا کنون پروژه‌هایی که انتقال داده شده در بخش راهسازی نداشتیم حال بعضی از پروژه‌ها تاریخ انتقال آن‌ها فرا رسیده و همین باعث مشکلاتی برای طرفین و سرمایه گذار و کارفرما شده.

مشکلات اختلاف نظر داشتن در تردد خودروها به نوعی آمار درستی از تردد نیست که هر دو به توافق برسند و می‌توان این گونه هم بیان کرد ، نبودن سیستم کنترل تردد به روز ETC (سیستم اخذ عوارض الکترونیکی) . مشکلاتی در زمان حسابرسی‌ها که نحوه حسابرسی از طرف سرمایه‌گذار و کارفرما متفاوت است با توجه به این که هر ساله پروژه چک می‌شود ولی باز هم اختلاف نظر و مشکلاتی در این حین وجود دارد.

عوامل سیاسی

فضا و پایداری سیاسی کشور به گونه‌ای نیست که بخش خصوصی را به پروژه‌های زیربنایی هدایت کند طی جابه‌جایی‌های قدرت سیاسی طی سال‌های اخیر در ایران دو دولت با خط مشی‌های سیاسی کاملاً متفاوت بر سر کار آمدند که نظرات متفاوتی در عرصه‌های سیاسی و اقتصادی داشته و دارند. این ناپایداری سیاسی باعث تأثیر مستقیم بر اقتصاد و جذب سرمایه‌گذاری خصوصی در پروژه‌های زیربنایی می‌گردد که تأثیرات آن به وضوح روی قراردادهای مشاهده می‌شود. مسائل سیاسی در تعرفه‌های آزادراه‌ها نیز نقش دارند. فشار نمایندگان و استانداران مربوط به هر استان یا هر شهر برای کاهش تعرفه‌ها از مسائل مهمی است که بخش آزادراهی با آن مواجه است و لازم است که نمایندگان مصالح جامعه را بر اهداف کوتاه مدت خود ارجح بدانند. چرا که ممکن

با توجه به قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی، سرمایه‌هایی که مطابق این قانون به ایران وارد می‌شوند و به تبع آن منافع حاصل از بکار انداختن این سرمایه‌ها، حمایت قانونی دولت بوده و کلیه حقوق و معافیت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌ها و بنگاه‌های تولیدی خصوصی داخلی موجود است. در مورد سرمایه‌ها و بنگاه‌های خارجی نیز صادق خواهد بود، در واقع با شرکت‌های مجری پروژه (PC) پس از اخذ مجوز، مانند یک سرمایه گذاری داخلی به لحظه قانون کار، گمرکی و قوانین عمومی و مقررات کیفری و... برخورد می‌شود.

برخی موانع و محدودیت‌های موجود در اجرای قراردادهای BOT در کشور

به دلیل این که در کشورمان قانون ویژه‌ای برای قراردادهای BOT تعریف نشده است. اصلی‌ترین قوانینی که ناظر بر این نوع قراردادها می‌باشند قانون اساسی و قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی هستند. به همین دلیل مفاد تعریف شده در این قوانین می‌تواند تأثیر بسیاری بر روند اجرای این قراردادها داشته باشد.

-طبق اصلی قانون اساسی، مالکیت عمومی تمامی سرمایه‌گذاری‌های خارج ساخته است و این در حالی است که پروژه‌های BOT توسط بخش عمومی سرمایه گذاری می‌گردد.

-مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در صورت بروز اختلاف، رسیدگی به ادعای جبران عادلانه خسارت وارده که دولت آن را تضمین کرده است به عهده محاکم صلاحیت‌دار ایرانی قرار گرفته است. که این مطالب بعضاً مورد اختلاف می‌باشد و سرمایه‌گذاران خارجی تمایل ندارند که رسیدگی به اختلافات در محاکم ایرانی صورت گیرد بلکه تمایل دارند به داوری بین المللی ارجاع گردد. در این خصوص در اصل ۱۳۹ قانون اساسی آمده است که در صورتی که رسیدگی به اختلافات در داوری بین المللی بخواهد صورت گیرد باید طرح و پروژه به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده باشد و ایشان اجازه داوری بین المللی را داده باشند.

با توجه به این که اصولاً سرمایه گذاران خارجی بیشتر درآمد حاصل از سرمایه گذاری پس از کسر مالیات و سایر هزینه‌های اشاره شده توجه دارند، طبیعی است که وجود مالیات، عوارض و سایر حقوق دولتی از جمله حقوق و سود بازرگانی می‌تواند بر افزایش غیر ضروری هزینه‌های سرمایه گذاری، مؤثر واقع شده و در مواردی نیز انگیزه‌های سرمایه گذاری را در کشور تضعیف کند لذا وضع این هزینه‌ها بر سرمایه گذاری، موجب انعکاس این هزینه‌ها با بهره‌های متعلق در نرخ خدمات عرضه شده و پیدایش یک فرایند تکراری در گردش مالی دولت خواهد شد به ویژه آن که هزینه‌های زایدی را بر بودجه تحمیل می‌نماید.

در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذار خارجی، سرمایه

گذار خارجی از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه گذار داخلی موجود است خصوصاً در بحث مالیات، بهره‌مند می‌شود. با توجه به این قانون به مدت طولانی ساخت و بهره‌برداری و انتقال پروژه‌ها، فقط چند سال اول آن مشمول معافیت مالیاتی قرار می‌گیرد و چون سرمایه گذار خارجی نمی‌تواند به دقت پیش بینی کند که هزینه‌های مالیاتی او چه خواهد شد پس ریسک هزینه‌های مالیاتی و عوارض بالا برای او به عنوان یک مانع جدی تلقی می‌شود.

بررسی راهکارهایی در خصوص اجرایی شدن قراردادهای BOT در تمامی قوانین، محدوده وسیعی از انگیزه‌ها و منافع برای سرمایه گذاران در نظر گرفته شده است قوانین سرمایه گذاری برای سرمایه گذاری به روش BOT که شکلی دیگر از سرمایه گذاری خارجی در پروژه‌های زیربنایی است قابل کاربرد گردد. با در نظر گرفتن موارد ذکر شده در بخش‌های قبلی لازم است برای تهیه یک قانون و آیین نامه کلی و جامع برای اجرای قراردادهای BOT در کشور، از تجربه کشورهای موفق در اجرای این قراردادها و شرایطی و که این کشورها برای هر چه عملی تر شدن آن فراهم می‌نماید و در نظر گرفتن شرایط موجود در کشور و همچنین نظرات و پیشنهادات متخصصین و مسئولین امر در این زمینه استفاده نمود.

به همین دلیل در این تحقیق با استناد بر قوانین کشورهای مختلف در این زمینه و همچنین قوانین موجود در کشور در زمینه جلب سرمایه های خارجی و اجرای قراردادهای BOT پرسشنامه‌ای تهیه شد و با مراجعه به سازمان‌ها و وزارتخانه‌های مختلف که به نوعی متولی اجرای قراردادهای BOT در کشور هستند و استفاده از نظرات کارشناسی در این زمینه، نحوه تأثیر این قوانین در هر بخش و موانع و مشکلاتی موجود بر سر راه اجرای این قراردادها، مورد بررسی قرار گرفت.

در این پرسشنامه با توجه به نهاد و یا وزارتخانه مربوط به سؤالاتی در زمینه فعالیت‌های انجام گرفته در راستای بکارگیری قراردادهای BOT در آن بخش و مشکلات موجود بر سر راه این فعالیت‌ها مطرح شده و راهکارهایی برای هر چه اجرایی تر شدن این قراردادها خواسته شده است.

با توجه به نتایج بدست آمده، می‌توان به جمع بندی زیر رسید: از نظر مسئولین و کارشناسان بخش‌های مختلف کشور، در تمام انواع پروژه‌ها با توجه به ویژگی‌های مالی و طبیعت بلندمدت قراردادهای BOT، عناوین زیر در قوانین سرمایه گذاری پروژه‌های BOT اهمیت خاصی می‌یابد:

- مباحث مربوط به مالکیت زمین
- مسائل مربوط به مرجع حل اختلاف
- حق تبدیل پول محلی به ارز خارجی.
- اجازه انتقال وجه به کشور خارجی با ارز خارجی.
- بازپرداخت کامل وام‌ها و مفاص‌های سرمایه در صورت اتخاذ سیاست‌هایی توسط دولت که منجر به انتقال پروژه گردد (از قبیل خلع ید، ملی کردن و تملک)
- روش‌های ساده گمرکی و اعطای مجوز ورود.
- حق استخدام و اجازه ورود اتباع بیگانه مورد نیاز جهت ساخت، بهره‌برداری و نگهداری پروژه.
- حق تأسیس شرکت در کشور میزبان برای سرمایه گذاران خارجی.
- نظام‌های مالیاتی برای سرمایه گذاری خارجی.

-حق بیمه سرمایه برای سرمایه گذاران خارجی.
-تضمین در برابر حوادث مختلف سیاسی مانند ملی شدن و سلب مالکیت

قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ اکثر موارد فوق را پوشش می دهد و تقریباً مطابقت مناسبی با قراردادهای BOT یافته است ولی وجود برخی از محدودیتها اعمال شده توسط قوانین دیگر در کشور مشکلاتی را بر سر راه اجرای این نوع قراردادها به وجود آورده است که راهکارهای زیر برای آنها پیشنهاد می شود:

به عنوان مثال در مورد بزرگراههای وزارت راه که اخذ عوارض آن توسط بخش خصوصی می باشد و یا نیروگاههای وزارت نیرو که بهره برداری آن توسط شرکت خصوصی صورت می گیرد.

در زمینه مجوز تبدیل ارز و اجازه انتقال سود و اصل سرمایه محدودیت خاصی وجود دارد و بانک مرکزی با مجوز دولت به میزان تعیین شده اجازه خروج اصل و سود سرمایه را پس از کسر مالیات و با نرخ تبدیل آن زم آن را صادر می نماید. پرداختها در ایران به هر دو صورت ریالی و ارزی امکان پذیر است. در برخی پروژهها ۱۰۰٪ به صورت ریالی پرداخت می شود که بانک مرکزی به نسبتی که در قرارداد تعیین شده است می تواند آن را به ارز تبدیل کند. به این منظور لازم است با توجه به تغییر نرخ ارز معمولاً پیش بینی تعدیل برای پرداختهای ریالی صورت گیرد و یا پرداختها به صورت ارز خارجی انجام گیرد تا نیاز به دادن تضمینهای تبدیل نیز وجود نداشته باشد. در زمینه مرجع حل اختلاف برای رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، از آنجایی که هیچ گونه قانون خاص و یا چارچوب مدون قانونی برای پروژههای BOT نداریم، سرمایه گذاران خارجی در ابتدای انجام قرارداد شرط می کنند که بایستی مصوبه مجلس شورای اسلامی مبنی بر اجازه به دآوری بین المللی را به وی ارائه دهیم تا پس از آن، انعقاد قرارداد صورت گیرد. ولیکن مشکل موجود آن است که اخذ این مجوز نیازمند پروسه و فرایند طولانی است که باعث تعویق افتادگی شدید قرارداد و پروژه خواهد شد.

به همین دلیل راه چاره در آن دیده می شود که در قرارداد بر سر مرجع دآوری بین المللی توافق صورت گیرد و در صورت بروز اختلاف، طرف ایرانی مصوبه مجلس را پیگیری نماید. بدین ترتیب توافق موقت حاصل می گردد ولی در صورت بروز اختلاف در صورتی که مجلس این مجوز را به دستگاه ذیربط و پروژه آن ندهد، طرف ایران دآوری را خواهد باخت چرا که بدون مصوبه مجلس مجاز به شرکت در دآوری بین المللی نیست و حتماً بایستی در محاکم ایرانی رفع اختلاف صورت گیرد

در صورت کسب مجوز، می توان برای حل اختلاف به اتاق بازرگانی بین المللی ICC که محل آن در پاریس است و در تمام کشورها شعبه دارد مراجعه نمود. ICC سازمانی فراملی است و مرجع حل اختلاف مناسبی است.

برای رفع ممنوعیت ثبت شرکت های ۱۰۰٪ خارجی در کشور با توجه به اصل ۸۱ قانون اساسی معمولاً راهکارهای زیر بکار گرفته می شود:

مشارکت شرکت خارجی در یک شرکت ایرانی که سهامداران ایرانی نیز در آن حضور دارند - ولو این که شرکای خارجی حتی تا ۹۹ درصد سهام را داشته باشند - یک شرکت ایرانی محسوب می شود و امتیازی برای آنان به حساب نخواهد آمد و مغایرتی با

قانون اساسی به وجود نخواهد آمد.

راه حل دیگر مشارکت، به وسیله خرید سهام کنترل می باشد که در این سهام علاوه بر این که میزان سرمایه در اقلیت است ولی حاکمیت اکثریت سرمایه در اساسنامه نیست. با این راه حل سرمایه گذاران با داشتن ۴۹٪ سهام، کنترل شرکت را می توانند در دست بگیرند.

پیشنهاد یک چارچوب قانونی برای قراردادهای BOT

همان گونه که قبلاً اشاره شد هیچ یک از قوانین موجود در کشور به طور کامل با شرایط پروژههای BOT سازگار نمی باشد و هر کدام به نوعی نقایص خاصی در خصوص پروژههای BOT دارند در همین راستا ممکن است توسل به یک اصلاحیه، الحاقیه و مکمل به قانون موجود، برای پر کردن شکافهای متصور در قانون آسان تر باشد و یا بالعکس ارائه یک متن جدید قانون مؤثرتر واقع شود.

برخی از دولت های کشورها مانند ویتنام، کامبوج، ترکیه و فیلیپین برای اجرای قراردادهای BOT قوانین خاصی برای این نوع قراردادها تنظیم نموده اند که همراه دیگر قوانین موجود در این کشورها مانند قوانین حمایت از سرمایه گذاری خارجی، پایه و اساس اجرای قراردادهای BOT در آن کشورها به شمار می روند. در پیوست ۳ و ۴ این تحقیق دو نمونه از این قوانین و آیین نامه ها که متعلق به کشورهای کامبوج و ویتنام است آورده شده است.

بطور کلی استراتژی های زمینه ساز چارچوب قانونی توافق های پروژه BOT بسیار متفاوت هستند و رویکرد قانونی ممکن است به یکی از سه شکل زیر باشد:

- رویکرد توافق باز که در آن اختیار تفویض شده به دولت و یا سازمان های وابسته برای هر پروژه BOT بسیار قابل انعطاف است.

- رویکرد توافق محدود که در آن قانونگذار خود شرایط اساسی توافق های BOT را تعیین می کند.

- محدود و وسیعی از رویکردهایی که مابین باز و محدود قرار می گیرند.

از آنجایی که در کشور ایران مطابق ماده ۴۴ قانون اساسی بخش خصوصی نمی تواند مالکیت پروژه های زیربنایی را در اختیار داشته باشد و این امر مختص به دولت است. رویکرد توافق باز (نوع اول) در ایران قابل اجرا نمی باشد و پذیرش رویکرد نوع سوم نیز با محدودیت های زیادی مواجه است.

لیکن می توان به عنوان یک راه حل اساسی رویکرد توافق محدود را پیشنهاد داد.

۱) این رویکرد به قانونگذار و دولت اجازه کنترل دقیق توسعه پروژه زیربنایی و نظارت بر تحقق اهداف BOT ملی را می دهد. همچنین موضع مسئولین را در مذاکره با بخش خصوصی قوی تر می سازد و ممکن است به کاهش زمان و هزینه های قانونی برای نهایی کردن توافق های BOT کمک نماید.

۲) سرمایه گذاران خارجی را یاری می دهد که آسانتر به شرایط قانونی مهم پروژه های BOT دسترسی یابند.

۳) پاسخ‌های لازم به مسایل مهم در پروژه‌های BOT همچون حقوق سرمایه‌گذاران خارجی، روش‌های خرید و تضمین‌های لازم را آماده می‌کند.

۴) انگیزه‌ها و حمایت‌هایی که باید توسط دولت‌ها ایجاد شود را روشن می‌سازد و به آنها اعتبار قانونی می‌بخشد.

۵) با کاهش تعداد موادی که باید در قرارداد گنجانده شود در هزینه پیش‌نویس قراردادهای پروژه و زمان لازم برای آنان صرفه جویی می‌کند.

۶) در صورتی که قانون ویژه BOT مبتنی بر رویکرد توافق محدود به اجرا در آید ریسک سرمایه‌گذاران به خاطر مسایلی همچون نامعلوم بودن نظام مالیاتی و هزینه‌ها و معافیت‌های آن و مسایل مربوط به محیط زیست، عوارض گمرکی و سایر هزینه‌ها، به شدت کاهش می‌یابد و امکان تحلیل هزینه - فایده و توجیه اقتصادی را برای سرمایه‌گذاران خارجی و وام‌دهندگان فراهم می‌آورد.

با آنکه امروزه تلاش‌های زیادی برای انجام موفق پروژه‌ها از طرف عوامل درگیر صورت می‌گیرد، اما هنوز پروژه‌ها با تاخیر به اتمام رسیده و زمان انجام پروژه‌ها گاهی نسبت به مقادیر پیمان بیش از ۱۰۰ درصد افزایش می‌یابد. اما آنچه بیش از هر عامل دیگری در کیفیت انجام پروژه اهمیت دارد مدیریت پروژه است. مدیریت پروژه عبارتست از بکارگیری دانش، مهارت‌ها، ابزار و تکنیک‌های لازم در اداره روند اجرای عملیات موضوع قرارداد به منظور رسیدن به اهداف پروژه. در مورد قراردادهای EPC، به دلیل ماهیت درهم تنیده بخش‌های مختلف این نوع قراردادهای ارتباط بسیار زیاد آنها با یکدیگر، موضوع مدیریت پروژه از اهمیت بیشتری برخوردار است. بطور کل کاهش زمان اجرای پروژه‌ها و کاهش هزینه‌های اجرای کار و همچنین واگذاری بیشتر مسئولیت اجرای طرح به پیمانکار، از عمده‌ترین دلایل رویکرد کارفرمایان به انجام پروژه‌ها از طریق روش EPC می‌باشد. برای پیمانکاران حرفه‌ای در زمینه قراردادهای EPC، این نوع پروژه‌ها می‌تواند دارای مزایای زیادی باشد. پیمانکارانی که ساختار شرکت خود را بر مبنای یک شرکت طرح و ساخت پایه ریزی کرده‌اند و در مجموعه داخلی شرکت، بخش‌های مختلف در رابطه با بخش مناقصات EPC و نحوه حضور در اینگونه مناقصات را تدارک دیده‌اند، همچنین در مجموعه داخلی شرکت گروه‌های مختلف کاری در بخش‌های طراحی، اجرا، خرید و تدارکات، امور قراردادی پروژه‌های EPC، راه‌اندازی و بهره‌برداری پروژه و... آموزش و تدارک دیده‌اند. سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور با در نظر گرفتن سالها تجربه عملی اجرای طرح‌ها و براساس نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی، تهیه ضوابط طرح و ساخت را جزو برنامه‌های خود قرارداد و انجام آن را طی قراردادی به انجمن مدیران فنی و اجرایی واگذار کرد. آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های تدوین شده روش طرح و ساخت در کارهای صنعتی که با مدیریت مهندسان مشاور آوند طرح مورد بررسی قرار گرفت، پس از نظرخواهی از دستگاه‌های اجرایی و انجمن‌های حرفه‌ای و طی مراحل تصویب، برای اجرا ابلاغ گردید.

این مجموعه با نامه ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی "نشریه شماره ۵۴۹۰ توسط انتشارات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی منتشر گردید، که این

ضوابط از نوع گروه سوم تعیین شده تا امکان بهره‌گیری از متون کاملتر برای اهل فن فراهم گردد. در این متن می‌خواهیم نسبت به بررسی چالش‌های حقوقی و مدیریتی و اجرایی ماده ۴۹ از این ضوابط که در خصوص تغییر مقادیر کار در قرارداد می‌باشد بپردازیم.

ماهیت تغییر مقادیر کار

در کلیه قراردادهای که بین دو طرف یا دو ارگان یا دو شخص حقیقی یا حقوقی به منظور انجام کار یا تعهد منعقد می‌شود امکان تغییر در میزان یا چگونگی انجام آن کار یا تولید محصول دور از ذهن نخواهد بود زیرا در مدت انجام موضوع قرارداد ممکن است هر یک از طرفین به نتایجی برسند که بر مبنای نیاز خود بخواهند تغییراتی در قرارداد بوجود آورند آنچه که در اینجا اهمیت دارد این است که حال این خواسته تا چه میزان می‌تواند باشد و یا چهارچوب انجام آن به چه صورت باشد که طرف مقابل را دچار مشکل ننماید و در روند انجام قرارداد خلل ایجاد نکند، مسلماً در صورتی که تغییرات احتمالی را در یکسری ضوابط از قبل پیش بینی شده که در زمان قرارداد به پیمانکار اعلام شود قطعاً محل اختلاف و چانه زنی در این موضوع به حداقل ممکن خواهد رسید لذا بایستی پیش‌بینی‌های لازم بصورت یک پیوست ضمیمه قرارداد گردد تا چهارچوب تغییر مقادیر کار و میزان بها و حجم کارها برای طرفین قرارداد مشخص گردد.

ماده ۴۹ نشریه ۵۴۹۰

این ماده به ضوابط تغییر در کارهای موضوع پیمان می‌پردازد که این تغییرات بایستی مطابق فهرست بهایی که در پیوست ۳ قرارداد پیش بینی شده اعمال گردد و مطابق بند ۱-۲-۳ ماده ۳ هزینه تغییرات کارها، طبق فهرست بهای مذکور اندازه‌گیری و محاسبه می‌شود. همانطور که در بند ۳-۴۹ این ماده ذکر شده میزان افزایش یا کاهش مقادیر نباید بیش از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان شود.

بررسی ماده ۴۹ با توجه به ماهیت اجرایی این نوع قرارداد

ایجاد تغییر در مقادیر کار هر چند که هزینه‌های آن در پیوست ۳ قرارداد پیش بینی شده و به نظر می‌رسد که جای ابهام را برای طرفین پر کرده باشد ولی ایجاد اینگونه تغییرات قطعاً در روند اجرای کار تأثیر قابل توجهی خواهد گذاشت، با توجه به ماهیت صنعتی بودن قرارداد و لزوم تامین تجهیزات توسط پیمانکار می‌تواند در پیش‌بینی‌های انجام شده و برنامه زمان بندی کار و همچنین قراردادهای داخلی بین پیمانکار و پیمانکاران جز و تامین کنندگان قطعات و نصابان آنها تغییر به وجود آورده و با توجه به پیچیدگی این نوع قرارداد بواسطه تعدد عوامل دخیل در روند اجرایی کار ایجاد نقصان نموده و خسارات به پیمانکار وارد نماید، که این امر در صورتی که پیمانکار دارای تجربه کافی جهت انجام کار نباشد منجر به خسارات غیر قابل جبران خواهد گردید. کارفرمایان دولتی گاه در صورت نبود پیمانکاران دیگر می‌توانند از این روش استفاده نمایند. کارفرما در این روش مستقیم با پیمانکار مذاکره نمود. و شرکت مورد نظر انتخاب می‌گوند این روش به ترک تشریفات مناقصه معروف است.

در بند ۵-۴۹ در خصوص عدم توافق طرفین در خصوص تغییرات هزینه و مدت پیمان ناشی از تغییر کارها چنین بیان شده که «در صورت دستور کارفرما مبنی بر اجرای تغییرات، به رغم عدم حصول توافق در مورد هزینه و مدت، پیمانکار موظف به انجام تغییرات است و متعاقبا مذاکرات خود را با کارفرما برای حصول به توافق ادامه می دهند» و همچنین در صورت عدم توافق در مدت ۶۰ روز بایستی طبق ماده ۷۵ که در خصوص حل اختلاف است بایستی موضوع پیگیری گردد آنچه که در اینجا قابل توجه است این است که در صورت عدم پذیرش پیمانکار و تاحصول نتیجه براساس ماده ۷۵ پیمانکار ملزم به انجام کار می باشد که با توجه به طولانی بودن پروسه دادرسی معمولا پیمانکار ریسک پذیرش تغییرات را برای خود خواهد پذیرفت که در صورت عدم پیشبینی های لازم در روند صحیح اجرای کار می تواند منجر به کاهش کیفیت کار و عدم انجام تعهدات در بازه زمانی پیش بینی شده گردد. نکته ای مهم در اینجا این است که باتوجه به انجام طراحی و اجرا توسط پیمانکار بنا به نیاز اولیه کارفرما، پیمانکار می تواند با اشراف بیشتری در مورد تغییر مقادیر کار اعلام شده توسط کارفرما اقدام نماید ولی در صورتی که کارفرما انجام کار یا تامین کالایی را به صورتی که نا آشنا برای پیمانکار باشد در دستور کار خود قرار دهد، انجام این امر برای پیمانکار ایجاد چالش هایی خواهد نمود و هم از نظر فنی و مغایرت با پیش بینی های اولیه پیمانکار می تواند منجر به بوجود آمدن مشکلات اجرایی گردد که این مشکلات می تواند شامل موارد زیر باشد:

- ۱) ناتوانی در نظارت دقیق بر کار به واسطه عدم آشنایی
- ۲) عدم پیش بینی دقیق در انجام امور و هماهنگی لازم برای عوامل دخیل به واسطه نا آشنایی
- ۳) تاثیر روند کار پیمانکاران جز که بواسطه تغییرات به مجموعه پیمانکار اصلی اضافه شده که می تواند منجر به اختلال در کار عوامل دیگر گردد

- ۴) افزایش هزینه ها بواسطه تبعات تغییرات که این هزینه ها در حین اجرا کار خود را نمایان می نماید و جبران آنها در روند انجام قرارداد تاثیر گذار خواهد بود.
- ۵) بالا رفتن ریسک مالی تغییرات کار از لحاظ اجرایی با توجه به اینکه معیار پیوست سه در قراردادها معمولا فهارس پایه بوده که با برخی ضرایب بهبود پیدا میکند و مبالغ محاسبه شده از این طریق معمولا با قیمت های تمام شده واقعی فرق زیادی می نماید (لازم به توضیح است که در برخی قراردادها جهت کاهش ریسک پیمانکار معیار قیمت کارهای اضافی یا نقصانی برحسب مورد با ارائه مدارک مشتمل خرید مصالح و تجهیزات و یا انجام عملیات اجرایی پس از منظور کردن هزینه های بالاسری محاسبه می شود مانند اسناد مناقصه توسعه پست ۲۳۰ کیلو ولت چادر ملو)
- ۶) یکی دیگر از بخش های مهم در تغییر مقادیر کار هزینه های نیروی انسانی است که با توجه به پیچیدگی این نوع قراردادها در پیوست ۳ نمی توان به قطعیت به آن اشاره کرد و ماهیت افزایش یا نقصان در عملیات کاری در واقع تغییرات هزینه دستمزد قابل پیش بینی به همراه نخواهد داشت.

بررسی ماده ۴۹ از لحاظ حقوقی در هنگام انعقاد قرارداد بین دو طرف همواره هر کدام از طرف های قرارداد به دنبال کسب منافع برای خود هستند که در این راه خواهان عدم پذیرش ریسک های احتمالی و به عبارت دیگر در صورت پذیرش ریسک سعی در جبران هزینه های احتمالی متحمل شده در قرارداد در مبلغ قرارداد می باشند. هرچند که با توجه به منافع مشترک در یک قرارداد در صورت ایجاد مشکل برای هر یک از طرفین مسلما تبعات آن طرف مقابل را نیز درگیر خود خواهد نمود. تغییر مقادیر کار در قراردادهای EPC بدلیل پیچیدگی در قرارداد و وجود نقاط ابهام از یک طرف و نوسانات قیمت در حین انجام قرارداد در کشور که متاثر از تورم و قیمت ارز می باشد از طرف دیگر می تواند منجر به ایجاد محل نزاع برای پیمانکاران و عدم آگاهی و اشراف به امور توسط پیمانکار که موجب نقصان در کارهای انجام شده موضوع قرارداد نیز ایجاد محل نزاع برای کارفرما را فراهم آورد که این امر با توجه به پیشبینی مراجع حل اختلاف در شرایط عمومی به نوعی یکطرفه خواهد بود و منافع کارفرما را بیشتر مورد توجه قرارداده به گونه ای که اولین مرجع حل اختلاف را بالاترین مقام اجرایی کارفرما معرفی کرده و پس از آن در صورت عدم توافق دادگاه صالحه کشور مرجع رسیدگی خواهد بود که این عمل خود باعث طولانی شدن مسیر دادرسی و تاثیرات روحی و روانی در ادامه روند کار خواهد داشت که می تواند باعث کاهش کیفیت کار گردد. یکی دیگر از مسائل مهم در تغییر مقادیر کار معیار ۲۵ درصد افزایش و کاهش براساس قیمت پایه است که در این خصوص در شرایط عمومی توجه به تاثیر نوع کار نشده بطوری که ممکن است شما یک آیتم یا چند آیتم را افزایش دهید و هزینه مر بوط به آن از ۲۵ درصد تجاوز نکند ولی این آیتم و یا آیتها از نظر ماهیت دشوار بوده و یا در انجام آیتهای دیگر تاثیر گذار خواهند بود بطوری که باعث افزایش هزینه های آنها یا افزایش مدت زمان کار گردد که خود به تنهایی منجر به بوجود آمدن محل برای اختلاف های بعدی برای طرفین قرارداد گردد که بررسی علل بوجود آمدن این اختلافات نیاز به بررسی دقیق کارشناسانه خواهد داشت که بعضا قابل استخراج برای بهره برداری قضایی بواسطه پیچیدگی فنی عوامل نخواهند بود و عوامل بسیار زیاد دیگر نیز بواسطه کلی بودن شرایط عمومی می تواند موجب اختلاف گردد که بایستی با دقت نظر در بندهای قرارداد و اعمال در شرایط خصوصی آنها را به حداقل رساند.

تاثیر ماده ۴۹ بر روند کار از دیدگاه مدیریتی

کارفرما به واسطه اینکه بتواند شرایطی را فراهم کند که از حق تغییرات خود در انجام یک پروژه استفاده نموده بطوری که کمترین تاثیر را در روند و کیفیت کار داشته باشد بایستی به عوامل مدیریتی در این خصوص توجه ویژه ای نماید روشهای انتخاب پیمانکار در این نوع قراردادها به صورت زیر خواهد بود:

۱) روش انتخاب مستقیم

معمولا روش مورد استفاده کارفرمایان خصوصی است و فاکتورهای انتخاب در این روش شامل سابقه و تجربه اجرایی، شهرت، توانایی های مالی و فنی و مدیریتی می باشد.

۲) انتخاب بر مبنای کیفیت (QRS)

معمولا برای به کارگیری سرویس ها و خدمات حرفه ای و مخصوص به کار گرفته می شود. کارفرما پیمانکاران را براساس سوابق کاری و حرفه ای، پیشنهاد فنی تجربه و کارآیی گذشته و توانایی اجرای کار طبقه بندی نموده سپس با پیمانکاران که رتبه یک را اخذ نموده وارد مذاکره می شود تا بر سر قیمت تداخل کنند اگر نتیجه نداد به سراغ پیشنهاد دهنده بعدی می رود.

۳) انتخاب مذاکره ای

پس از تأیید صلاحیت پیشنهاد مالی و فنی خود را ارائه می دهند و کارفرما پس از بررسی پیشنهادات از آنهایی که مورد توجه قرار گرفته اند دعوت می کند تا با آنها به مذاکره و چانه زنی بپردازد در این روش پیمانکاران می توانند تا قبل از انتخاب نهایی قیمت های خود را تعدیل کنند.

۴) روش بودجه ثابت (fixed uddget/Best) (tachnical response or designs)

در این روش هزینه و بودجه طرح ثابت بود و در فرم RFP به پیشنهاد دهندگان اعلام می گردد و پیشنهاد دهندگان در زمینه ارایه بهترین طراحی مطابق با بودجه مورد نظر با یکدیگر رقابت می کنند.

۵) روش امتیاز دهی

پیشنهادات به صورت مجزای فنی و مالی ارائه می شود. ابتدا پیشنهادهای فنی ارائه شده و امتیاز دهی می شوند (براساس معیار دهی کارفرما سپس پیشنهادهای مالی مورد بررسی قرار گرفته و به ترتیب به کمترین هزینه بیشترین امتیاز تعلق می گیرد و پیمانکار برنده کسی است که بیشترین امتیاز را در مجموع به دست آورد.

۶) روش تبدیل به قیمت مبنا

همانند روش قبل بعد از دریافت فرم ها، گروه کارشناسی به طرح های پیشنهادی پیمانکاران امتیاز داده و پس اقدام به بازگشایی پاکت های مالی می کند. قیمت های پیشنهادی بر امتیازات به دست آمده از مراحل اول تقسیم شده و حاصل تقسیم به عنوان قیمت مبنای طرح در نظر گرفته می شود طرحی که کمترین قیمت مبنا را داشته باشد برنده است.

۷) روش یکسان سازی طراحی ها

در این روش کارفرما بعد از دریافت طرح ها آن ها را مورد بررسی قرار داده و پیمانکار زمانی را برای هماهنگ کردن با اهداف پروژه می دهد. بعد از هماهنگ طرح ها با اهداف پروژه کمترین قیمت پیشنهادی ملاک انتخاب است [۵]. با توجه به روشهای ارائه شده در بالا روش شماره ۴ در شرایطی که امکان تغییر مقادیر کار وجود داشته باشد روش مناسبی نخواهد بود و

در روشهای دیگر کارفرما بایستی از توان مالی و تجربی و فنی پیمانکار مطمئن شود و در رزومه پیمانکار به انجام کار مشابه توجه ویژه ای نماید تا در صورت ایجاد تغییرات در انجام قرارداد با مشکلات کمتری روبرو شود چالشها و موانع پیش روی پیمانکاران که با تغییرات در مقادیر کار می تواند نمود بیشتری پیدا کند می توان به عوامل زیر اشاره نمود:

۱) وجود شرایطی که خارج از کنترل پیمانکار و بعضا کارفرماست، مانند تغییر نرخ ارز و یا نرخ تبدیل دلار به یورو یا افزایش ناگهانی قیمت فولاد مس در دو سال گذشته، هزینه ها زیاد را به پیمانکاران تحمیل می کند و ریسک آنها را افزایش می دهد. - کارفرما روی تمام نقشه ها نظر می دهد، در صورتی که مسئولیت ۱۰۰ درصد با پیمانکار است و این موجب اتلاف وقت، هزینه و اختلاف نظر می شود.

۲) مساله روابط خارجی و تحریم اقتضا در بر کیفیت، هزینه در زمان انجام پروژه تاثیر منفی دارند. و محدود به خرید از تعداد اندکی هستیم.

۳) بدلیل بوروکراسی کارفرما تصمیم گیری سخت و زمان بر است.

۴) درک درستی از قرارداد از سمت کارفرما وجود ندارد و ما را وارد قانون عمل می کنند.

۵) مفاد قرارداد تحکم آمیز است و با عرف جهانی هم خوانی ندارد. در قراردادها خارجی جریمه تاخیر دو طرفه در حالیکه در ایران در صورت تاخیر کارفرما فقط قرارداد تمدید می شود.

۶) عدم حمایت از بخش خصوصی: مثلا قانون کار یکطرفه و جانب کارگرایی می گیرد و در صورت شفافیت شکایت مدیر عامل باید پاسخگو باشد.

۷) سود بانکی بیش از سود پروژه است.

هرچند که مشکلات مدیریتی قراردادهای EPC بیش از موارد ذکر شده می باشد ولی موارد ذکر شده در بالا از مشکلات مدیریتی است که با اعمال ماده ۴۹ نمود بیشتر خواهد داشت.

۱۰- نتیجه گیری

تصویب قانون برای این نوع پروژه ها می تواند بسیار مناسب باشد، یعنی تعریف و تصویب قانونی که به طور کلی موارد فوق را شامل شود، همان طور که در قوانین BOT کشورهای دیگر نیز آمده است، می تواند کمک بزرگی در روند رو به رشد استفاده از این نوع قراردادها در کشور محسوب شود. ولی به دلیل تنوع پروژه هایی که می توانند به این روش اجرا شوند و ویژگی های خاص هر یک به نظر می رسد لازم است نهادها و وزارتخانه های مختلف با رعایت این قانون اقدام به تهیه آیین نامه اجرایی آن با توجه به ویژگی پروژه ها در بخش مربوطه خود بنمایند.

۹- واحد احمدیان، سعیدمزیای و معایب قراردادهای EPC در پروژه های عمرانی، اولین کنفرانس ملی اجرای پروژه به روش EPC.

۱۰- نایب ولی، رامتین، ابراهیمی، سید نصرالله انتخاب و مدیریت اعضا تیم در پروژه های EPC.

۱۱- ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه های صنعتی. نشریه ۵۴۹۰ معاونت امور فنی دفتر امور فنی و معیارها، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور.

با توجه به اینکه در ماده ۴۹ نشریه ۵۴۹۰ میزان مجاز تغییر در مقادیر کار مشخص و پیمانکار قبل از انجام کار در قرارداد با این مسئله برخورد کرده و جای اعتراض برای خود نخواهد داشت ولی آنچه باعث ایجاد مشکل در این راستا می گردد پیچیدگی قراردادهای EPC بواسطه عوامل متعدد و متنوع دخیل در انجام پروژه می باشد که این امر موجب ایجاد مشکلات ناشناخته و غیر قابل پیش بینی خواهد گردید که شرایط و سیاستهای داخلی کشور نیز در روند اجرایی کار به واسطه تامین قسمتهایی از تجهیزات و خدماتهای مرتبط با قرارداد نیز در آن تاثیر بسزایی خواهد داشت نکته حائز اهمیت در اینجا این است که به منظور کمک به انجام قرارداد و کاهش اختلافات فی مابین بایستی کارفرما و پیمانکار در انجام امور همکاری لازم را معمول نمایند بطوری که با برگزاری جلسات مشترک و دوره ای مشکلات پیش رو را مورد بررسی قرارداد و با توجه به پتانسیل های موجود در هر کدام از طرفین نسبت به بررسی دقیق تغییرات احتمالی در روند و میزان کار به توافق جامع و کامل رسیده تا بتوانند بر اساس چهارچوب تعیین شده در قرارداد موضوع قرارداد را با کیفیت تعیین شده و در مدت زمان تعیین شده در آن جامع عمل ببوشانند.

منابع:

۱- محمد کریمی، شهریار، محمد کریمی. شهرام، عربشاهی. نادر، «(۱۳۹۴)»، روش های حل اختلاف و دعاوی قراردادهای ساخت»، چاپ دوم، فدک ایستیس.

۲. Hinchey, J. and I. schor, 2002, The Quest for the right Question in the construction industry, dispute resolution journal, august/October 2002.

۳- شمس و مرتضی، (۱۳۸۶). مطالعه موردی بررسی و مدیریت ریسک در قراردادهای EPC. کنفرانس ملی توسعه نظام اجرایی پروژه های عمرانی، صنعتی و شهری.

۴- نجابت، ا. (۱۳۸۲). مدیریت تاخیرات پروژه. سیستم فرایندگرا، مرکز تحقیقات و توسعه مدیریت پروژه

۵- روانشادنی، مهدی (۱۳۹۵)، اصول و مقررات و روش های مدیریت پیمان طرح های عمرانی.

۶- سیف، حامد، (۱۳۸۴) «مدیریت قراردادهای بین المللی در ساخت آزادراه ها»، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران.

(۱۳۸۴) ناسایی و مدیریت ریسک در پروژه های BOT دومین کنگره ملی مهندسی عمران.

۷- Villar-Lopez, Cesar. An Camison, Cesar. An Villar-Lopez, Ana. (2011). Non-technical innovation: Organizational memory and learning capabilities as antecedent factors with effect on sustained competitive advantage. Industrial Marketing Management

۸- پرچمی جلال، مجید بررسی چالش های حقوقی و فنی استفاده از قراردادهای تیپ طرح و ساخت و EPC ایران و فیدیک