

بسم الله الرحمن الرحيم

تقریرات درسی حقوق قراردادهای اداری

دکتر مهدی هداوند

دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی

سال تحصیلی 91-92

تهیه کننده محمد مهدی رحیمی

فهرست

- مبانی و کلیات قراردادهای اداری
- انواع قراردادهای دولتی
- عناصر تعریف در قراردادهای دولتی
- قانون حاکم در قراردادهای دولتی
- شرط تثبیت
- مبنای تشخیص و تمایز قرارداد اداری از قرارداد اداره چیست
- ویژگی های قراردادهای اداری
- تقسیمات قراردادهای اداری
- تقسیم بندی قرارداد از حیث دریافت کننده خدمت (جایگاه دولت)
- تقسیم بندی قرارداد از حیث نوع تعهد
- تقسیم بندی قرارداد از حیث منبع تامین کالا و خدمات
- تقسیم بندی قرارداد از حیث بازه زمانی قرارداد
- تقسیم بندی قراردادها به قراردادهای فرعی و پشتیبانی و قراردادهای اصلی و حیاتی
- منابع مدون قراردادهای اداری
- قانون اساسی
- اصل چهل و نهم قانون اساسی
- اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی
- اصل هشتادم قانون اساسی
- اصل هشتاد و یکم قانون اساسی
- اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی
- قوانین عادی
- قوانینی که مستقیماً ناظر به قراردادهای دولتی است
- قانون محاسبات عمومی
- قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت
- قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی
- قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی
- قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی
- آئین نامه معاملات دولتی (قانون)

قانون حداکثر استفاده از توانمندی‌های داخلی
قانون برنامه و بودجه سابق
قانون ماده واحده‌ی نحوه نظارت مجلس بر انعقاد قراردادها
قانون برگزاری مناقصات عمومی
قوانینی که مستقیماً ناظر به قراردادهای دولتی است
قانون مدنی
قانون تجارت
قانون مالیات‌های مستقیم
قانون مالیات بر ارزش افزوده
قانون تأمین اجتماعی
قانون کار
قانون بیمه
قانون ثبت علائم و اختراعات
قوانین بورس و اوراق بهادار

اسناد بین‌المللی

رویه قضائی

مقررات اداری که بر قراردادهای اداری حاکم است

آئین نامه تضمین برای معاملات دولتی

آئین نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به پیمانکاران

آئین نامه پیش پرداخت و علی‌الحساب موضوع ماده 61 قانون محاسبات عمومی

آئین نامه ارجاع کار به پیمانکاران پروژه‌های صنعتی به روش طرح و ساخت

آئین نامه در خصوص نحوه انتخاب و ارجاع کار به مشاوران در پروژه‌های صنعتی و غیر

صنعتی به روش غیر از طرح و ساخت

دستورالعمل انتخاب و انعقاد قراردادهای مدیریت طرح

تصویب نامه راجع به نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور

نظام اجزائی طرح‌های صنعت نفت

قرارداد پیمان (قرارداد مقاطعه کاری)

منابع حقوقی پیمان عمومی

گروه اول (پیمانهای لازم الاجرا)

پیمانهای عمومی و قراردادهای همسان

ساختار عمومی قرارداد پیمان

موافقتنامه

شرایط عمومی

شرایط خصوصی

ضمانت یا پیوست ها

گروه دوم قراردادهایی است که استفاده از آنها لازم الاجرا است
اما طرفین در شرایط خصوصی می توانند برخی از مفاد آن را تغییر دهند
گروه سوم از قرارداد های همسان کاملاً توصیه ای و ارشادی است

پیمان، عقدی عهدی است یا تمکیلی

پیمان، عقد مستمر است یا عقد فوری

پیمان، عقد تشریفاتی¹ است یا رضائی

پیمان یک عقد معوض² است یا غیر معوض

طرف های پیمانی

مدیریت طرح در پیمانهای عمومی

طرح با پذیرش ریسک و مسئولیت (CMR)

مدیر طرح بدون پذیرش ریسک پروژه (CM)

انواع الگوهای پیمانکاری

پیمان تک عاملی (روش امانی):

پیمان دو عاملی (کلید در دست

قرارداد سه عاملی (روش متعارف)

قرارداد چهار عاملی

روش تعیین قیمت در قراردادهای پیمان

پیمان های (سرجمع یا گلوبال یا لام سام

پیمان های مبتنی بر فهرست بها

پیمان های درصد هزینه

شرط تعدیل

¹. در واقع عقود تشریفاتی عقود هستند که شرایط خاصی که مقنن در رابطه با نحوه انعقاد قرارداد و تنظیم مفاد قرارداد بیان کرده است حتماً باید در آن وجود داشته باشد.

². عقد معوض آنست که هر یک از طرفین (طرف ایجاب و طرف قبول) مکلف به دادن عوض باشد مانند عقد بیع که عوض آن از یکطرف ثمن و از طرف دیگر مثن نامیده میشود.

سه دسته از انواع قراردادهای اداری معین
قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی
قراردادهای فانیانس
قراردادهای نفتی

قراردادهای BOT

انواع قرارداد BOT

قرارداد BOO

قرارداد BOR

قرارداد BOOT

قرارداد BTO:

قرارداد MOT

قرارداد ROO

انواع قرارداد های Public Private Partner Ship

قراردادهای فانیانس (تامین مالی)

روش های استقراضی

قرارداد وام

روش اعتبار اسنادی

خطوط اعتباری

روش گرفتن وام از مؤسسات خارجی و صندوق های بین المللی

روش های غیر استقراضی

سرمایه گذاری مستقیم خارجی

سرمایه گذاری غیر مستقیم خارجی

معاملات جبرانی

قرارداد های نفتی

قرارداد های بالا دستی نفت

قراردادهای معاوضی

قراردادهای امتیازی

قراردادهای خدماتی

قراردادهای خدماتی ساده

قرارداد های خدماتی تحت ریسک

بای بک (Iranian Buy-Back).

قراردادهای مشارکتی

مشارکت بدون مالکیت در مخزن

قراردادهای مشارکت همراه با مالکیت در مخزن

قرارداد مشارکت در تولید

قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری

قرارداد مشارکت در سود

قرارداد مشارکت در عملیات

قرارداد مشارکت در ریسک و درآمد

مناقصات

مناقصه عمومی

مناقصه محدود

هیأت حل اختلاف

مزایده

محتوای قراردادهای اداری

مجوز قرارداد در قراردادهای دولتی

طرفین قرارداد

موضوع قرارداد

مبلغ قرارداد

پرداخت مبلغ

مدت و شروع قرارداد

محل ایفای تعهدات

تضامین قرارداد

تأییدات و تصدیقات کارفرمای دولتی

الزامات و مقررات مربوط به قانون کار و قانون تأمین اجتماعی

دستگاه نظارت

کسورات قانون

فسخ قرارداد

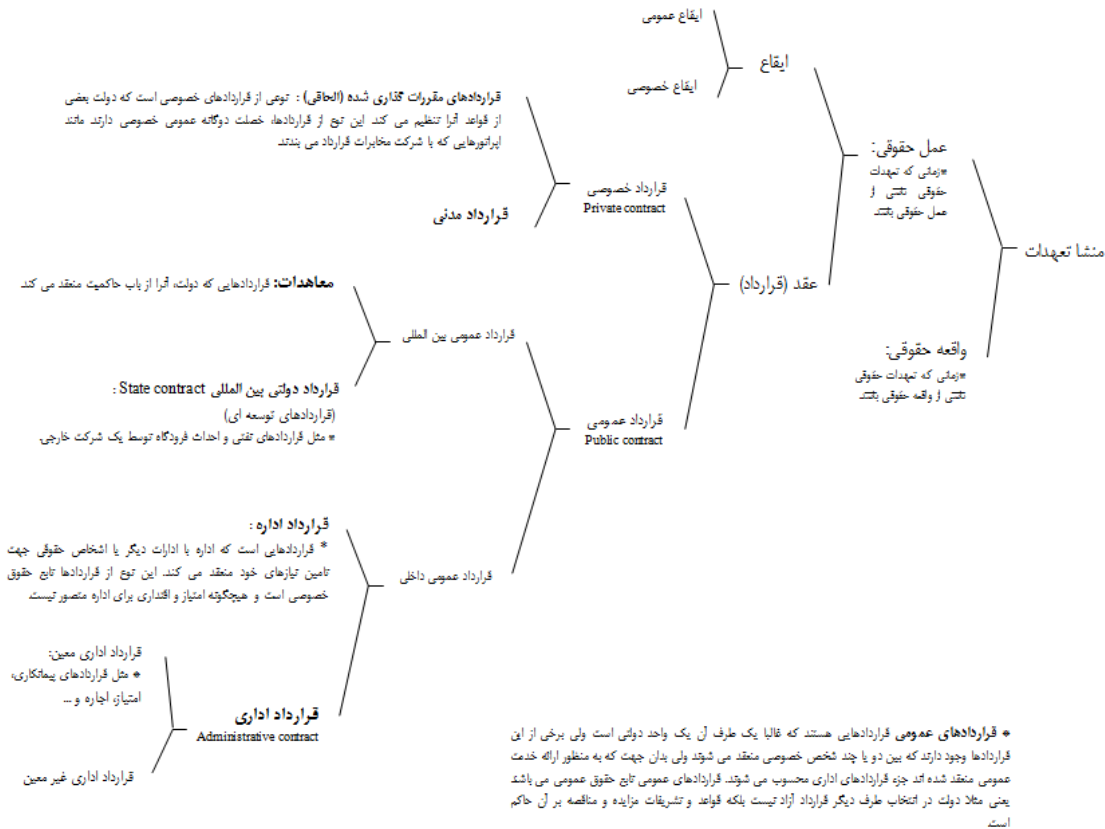
خسارات

تاخیر و جریمه های مربوط به آن
فورس ماژور(قوه قاهره)
ممنوعیت اهدای هدایا و حق کمیسیون
محرمانه بودن اطلاعات
دارایی های فکری و صنعتی
دفینه ها
تعدیل قرارداد
تغییر قرارداد
انتقال یا واگذاری قرارداد
پیمانکاری فرعی
قانون حاکم
حل و فصل اختلافات
زبان قرارداد
اقامتگاه
امضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

مفهوم قراردادهای دولتی در معنی عام، به هر نوع قراردادی گفته می شود که یک طرف آن، دستگاه- های اداری، اعم از دولتی (مثل وزارتخانه ها و موسسات و شرکتهای دولتی) یا دستگاههای بلدی (شهرداریها) باشد.

مطابق این تعریف هر قراردادی که یک طرف آن دولت یا یکی از موسسات عمومی باشد، قرارداد دولتی خواهد بود. اما روشن است که همه قراردادهای دولتی از درجه و اهمیت یکسانی برخوردار نیستند. لذا نمی توان همه قراردادهای دولتی را تابع نظام حقوقی یکسانی دانست. بلکه قراردادهای دولتی بسیاری وجود دارند که تابع قانون مدنی و تجارتند از این منظر می توان قراردادهای دولتی را به دو نوع تقسیم کرد:



انواع قراردادهای دولتی

اول - **قرارداد اداری** : قرارداد اداری، به قراردادی اطلاق می شود که هم از نظر تشریفات انعقاد و هم از نظر احکام حاکم بر آن، تابع قوانین خاص و حقوق عمومی است.

دوم - **قرارداد غیر اداری** : قرارداد غیر اداری به قراردادی گفته می شود که هر چند از نظر تشریفات انعقاد، تابع مقررات عمومی و قواعد آمره می باشد؛ ولی در ماهیت، تابع احکام حقوق خصوصی مدنی و تجارت است.

به لحاظ تبار شناسی لغوی، اصطلاح قراردادهای اداری از نظام حقوقی فرانسه وارد نظام حقوقی ایران شده است و لزوماً برای آشنایی با این مفهوم لازم می آید تعاریف و ویژگی های قراردادهای اداری را در نظام حقوق اداری فرانسه مورد بررسی و مذاقه قرار دهیم. در نظام حقوق اداری فرانسه، قراردادهای اداری دارای چند ویژگی عمده به شرح ذیل می باشند:

1- ضابطه شکلی: به معنای این است که حتماً یکی از طرفین قرارداد، واحد دولتی است و طرف

دیگر آن نیز شخص حقوق خصوصی داخلی.

2- ضابطه نوعی و ماهوی: این ضابطه بیانگر این مفهوم است که قرارداد اداری برای ارائه خدمت

عمومی³ منعقد می شود.

3- صلاحیت دادگاههای اداری در رسیدگی به دعاوی قراردادهای اداری: رسیدگی به دعاوی چنین

قراردادهایی در صلاحیت دادگاههای اداری قرار می گیرد.

4- بهرمندی دولت از اقتدارات و امتیازات قدرت عمومی.

³ . خدمت عمومی، خدمتی است که دولت در راستای اجرای سیاستهای عمومی اش بر عهده می گیرد. گاهی اوقات خدماتی را که دولت ارائه می دهد ماهیت تصدی دارد (مثل توزیع آب در مواقع حساس) و گاهی اوقات نیز انجام یک خدمت عمومی که جنبه حاکمیتی هم دارد را به بخش خصوصی واگذار می کند (مثل تولید اسلحه یا تامین امنیت بخشی از سرزمین تحت حاکمیت). لذا می بنیم که ارائه یک خدمت عمومی اساساً ربطی به به عمل حاکمیتی و تصدی ندارد بلکه دولت در راستای انجام سیاست های عمومی خود به ارائه خدمت عمومی اقدام می کند

با توجه به ظوابط فوق الاشاره قرارداد اداری در حقوق فرانسه بدین گونه تعریف می شود؛ که هرگونه قراردادی که اولاً یک طرف آن دولت و ثانیاً موضوع آن ارائه یک خدمت عمومی بوده و ثالثاً رسیدگی به دعاوی آن نیز در صلاحیت دادگاههای اداری قرار گرفته و همچنین دولت از امتیازات ویژه‌ای برخوردار باشد را قرارداد اداری می گویند.

چنانچه یکی از طرفین قرارداد سازمانی دولتی بوده ولی هدف از انعقاد آن، نه ارائه خدمت عمومی بلکه هدف رفع نیاز و تامین تجهیزات و امکانات خود اداره باشد به این نوع قرارداد اصطلاحاً قرارداد اداره گفته می شود که تابعی از قواعد و مقررات حقوق خصوصی است. بنابراین چنانچه شهروندی با سازمانی دولتی، قراردادی را منعقد نماید که موضوع آن ارائه خدمت عمومی نیست این قرارداد، قراردادی اداری محسوب نمی شود.

قرارداد اداری در نظام حقوق اداری ایران، دقیقاً با مفهوم قرارداد اداری در فرانسه یکسان نیست، به عبارت صحیح‌تر قرارداد اداری در ایران با قرارداد اداری در فرانسه دارای یکسری تفاوت های ظریفی است.

قرارداد اداری در ایران به قراردادی گفته می شود که یک طرف آن سازمانی دولتی بوده و هدف از ایجاد آن ارائه خدمتی عمومی است ولی برخلاف نظام حقوقی فرانسه، دولت زمانی از اختیارات و امتیازات ویژه برخوردار است که این امتیازات در قالب مواد قانونی و یا در متن قرارداد ذکر شده باشد و رسیدگی به چنین قراردادهایی نیز در صلاحیت دادگاههای عمومی و مدنی می باشد.

بنابراین سه تفاوت و تمایز بین مفهوم قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه وجود دارد: با نظر به قوانین موجود درمی‌یابیم که در نظام حقوقی ایران ضابطه خدمت عمومی به عنوان مبنای قراردادی ذکر نشده است و رویه قضایی کشور هم تمایزی را بین دو نوع قرارداد اداری و قرارداد اداره به رسمیت نشناخته است. بعلاوه در این نظام، چنانچه در متن قرارداد حق فسخ و شرط فسخ برای دولت مقرر نشده باشد این حق قابل مطالبه از سوی دولت نبوده و قاضی نیز قادر به صدور رای به نفع دولت و

بر اساس امتیازات و اقتدارات قدرت عمومی نخواهد بود. همچنین اکثر دعاوی قراردادی فی مابین شهروند و اداره در دادگاه عمومی و مدنی رسیدگی می شود.

عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به اختلافات ناشی از قراردادهای دولتی، مربوط به رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری است که دیوان با این استدلال که قراردادهای اداری ماهیت ترافعی دارند از خود سلب صلاحیت نموده است.

به نظر می رسد که رای مذکور نادرست است⁴ چرا که بر اساس ماده 13 قانون دیوان عدالت اداری کلیه تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مامورین آنها قابل اعتراض در دیوان خواهد بود و از آنجا که قرارداد هم یک تصمیم و هم یک اقدام (تصمیم نوعی و موردی) تلقی می شود می توان نتیجه گرفت اعتراضات، شکایات و تظلمات مردم نسبت به حوزه های قراردادی دولت همانند سایر تصمیمات نوعی و موردی آن قابل رسیدگی در دیوان است.

دکتر انصاری در کتابش، قراردادهای اداری را اینگونه تعریف نموده است؛ قرارداد اداری، قراردادی است که یکی از سازمانها یا موسسات دولتی یا به نمایندگی از آنها، با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی، به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، با احکام خاص منعقد می کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن در صلاحیت دادگاههای اداری است

مطابق این تعریف؛ قرارداد اداری را با اثبات چهار عنصر میتوان شناسایی کرد. این عناصر را در زیر مرور می کنیم.

⁴ بر اساس اصل 173 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی به تظلمات، شکایات و اعتراضات مردم از واحدهای دولتی باید در دیوان عدالت اداری رسیدگی شود. حال از آن جهت که قرارداد هم یک تصمیم است و هم یک اقدام، شایسته است اختلافات ناشی از قراردادها در دیوان طرح و رسیدگی شود. می دانیم که تصمیمات دولت یا نوعی است مثل مقررات گذاری که رسیدگی به این نوع از تصمیمات و ابطال آنها در هیات عمومی دیوان خواهد بود و یا موردی است مثل تصمیمات و اقداماتی که ماهیت تقنینی ندارند و در چهارچوب عقد و ایقاع انجام می شود. بنابراین قراردادهای اداری علی الاصول باید در صلاحیت دیوان عدالت اداری باشد.

عناصر تعریف

اول - لزوم حضور یک شخص حقوق عمومی: وجه مشترک قراردادهای اداری و قراردادهای غیر اداری دولتی این است که همیشه یک طرف قرارداد، شخص حقوق عمومی است. البته اگر شخص حقیقی یا حقوقی خصوصی، به نمایندگی از دولت مسئولیت ارائه یک خدمت عمومی را بر عهده گرفته باشد؛ در این صورت، قراردادی را که در راستای ارائه آن خدمت عمومی منعقد می شود نیز قرارداد اداری به شمار می رود.

دوم - وجود هدف عمومی: اگر چه همه فعالیت‌های دستگاه‌های دولتی برای تحقق اهداف عمومی (و نه خصوصی) صورت می‌گیرد؛ اما بعضی از آنها آنقدر جزئی و در زمره اعمال خرد و متوسط است که نمی توان وجود هدف یا خدمت عمومی را از آن استنباط کرد. در مقابل، بسیاری از قراردادهای دولتی آنچنان با هدف خدمات عمومی آمیخته است که حقیقتاً نمی توان چنین قراردادهایی را در ردیف قراردادهای خصوصی قرار داد. به عنوان مثال قرارداد نقاشی یک دستگاه اتومبیل دولتی را نمیتوان همسنگ پیمانکاری راجع به ساخت فرودگاه و راه آهن و جاده و اتوبان دانست. عنصر هدف یا خدمت عمومی بهترین ضابطه تشخیص قرارداد اداری از غیر اداری است.

سوم - پیروی قراردادهای اداری از احکام خاص (قواعد اقتداری ، ترجیحی) : البته این عنصر از آثار قراردادهای اداری است. از این جهت تعریف ارائه شده تعریف کاملی نیست. زیرا غرض از ارائه تعریف آن است که احکام خاص حقوق عمومی نسبت به آن قرارداد اعمال شود. اگر معلوم بود که کدام قرارداد تابع قواعد عمومی و کدام یک تابع قواعد حقوق خصوصی است دیگر ضرورت چندانی برای ارائه تعریف وجود نداشت.

چهارم - صلاحیت دادگاههای اداری برای حل اختلاف: این عنصر نیز همانند عنصر قبلی از آثار قراردادهای اداری است و به عنوان عنصری که ما را در شناخت قراردادهای اداری کمک کند از اهمیت چندانی برخوردار نیست.

قانون حاکم در قراردادهای دولتی

کشورهای میزبان و صاحب کالا و منبع همیشه تمایل دارند که قانون حاکم بر این قراردادهای دولتی، قانون کشور خودشان باشند اما خارجیان با این استناد که قراردادهای نفتی، ماهیت بین المللی دارند معتقدند که این نوع از قراردادهای اداری باید تابع اصول کلی حقوق تجارت بین المللی باشد و عمدتاً به قواعدی عرفی تحت عنوان حقوق تجار استناد و تمسک می کنند.

شرط تثبیت^۵

این اصطلاح در قراردادهای عمومی و اداری کاربرد دارد و منظور از آن شرطی است که در قراردادهای دولت با طرف خارجی بسته می شود. با این مضمون که قانون حاکم بر قرارداد همان قانونی خواهد بود که در زمان انعقاد جاری بوده است. مثلاً در مورد پرونده قرارداد ایرانسل، اینگونه شد که مفاد این قرارداد به موجب وضع قانونی در مجلس تغییر یافت و قانون جدید تصریح کرد قراردادهایی که بصورت کنسرسیوم بسته می شود می بایست سهم طرف خارجی کمتر از 50٪ و سهم شرکت های ایرانی بیشتر از 50٪ درصد باشد. بنابراین می بینیم که قرارداد منعقد شده، از طریق وضع قانون جدید تغییر کرد.

⁵ . Stability close

شرکت ایرانسل به صورت کنسر سیومی متشکل از تعدادی شرکت داخلی و شرکت ترکسل ترکیه بود که سرمایه شرکت ترکسل بیش از 50٪ بود.

این امر یکی از نگرانی های سرمایه گذاران در کشورهای دیگر است چرا که دولتهای میزبان به راحتی خواهند توانست مفاد قرارداد را با وضع قانون جدید و بصورت یک طرفه تغییر دهند و موجبات زیان صاحب سرمایه را فراهم آورند.

در واقع شرط تثبیت مفاد قرارداد، بدین معنی است که اگر قانون هم تغییر کند، مفاد قرارداد تغییر نخواهد کرد مثلا اگر نرخ مالیات تغییر کند قرارداد همچنان تابع نرخ های مالیاتی سابق می باشد.

حال آیا قانونگذار می تواند مفاد قرارداد را با وضع قانون جدید بصورت یکجانبه تغییر دهد و آیا از باب ایراد خسارت از این ناحیه مسئول جبران خسارت خواهد بود یا نه؟ به نظر می رسد که در ارتباط با نظام مسئولیت مدنی دولت بعضی از مقامات یا بعضی از تصمیمات و اقدامات حکومتی، برای دولتها مسولیت مدنی ایجاد نمی کنند که یکی از این موارد قانونگذاری است. یعنی چنانچه بواسطه وضع قانونی به افراد خسارتی وارد شد حکومت مسئول جبران خسارت نخواهد بود. بنابراین در خصوص موضوع مورد بحث می توانیم به این مطلب برسیم که چنانچه وضع قانون جدید موجب کاهش منافع طرف خارجی شد، دولت مسئول جبران خسارت نخواهد بود. البته الان شاهد آن هستیم که هر روز بر حوزه مسئولیت مدنی دولت افزوده می شود و گاهی اوقات برای قانونگذار هم مسئولیت پیش بینی می شود.

ویژگی های قراردادهای اداری

قراردادهای اداری، قراردادهای در سطح شیب دار هستند بدین معنا که دولت در این نوع از قراردادهای در مقایسه با طرف دیگر قرارداد در موقعیت برتری قرار دارد و از ترجیحات و اقتدارات ویژه ای برخوردار است یعنی دولت مثلا می تواند بدلیل کمبود بودجه قرارداد خود را یکطرفه تعلیق نماید یا فی المثل بواسطه قدیمی بودن تکنولوژی مورد استفاده در موضوع قرارداد، آنرا یکطرفه و یکجانبه فسخ نماید.

مبنای تشخیص و تمایز قرارداد اداری از قرارداد اداره چیست؟

در نظام حقوقی فرانسه ارائه خدمت عمومی را مبنای قرارداد اداری قلمداد نموده است و اعلام می دارد که دولت بدان جهت که مبادرت به ارائه خدمت عمومی می نماید می بایست از یکسری اختیارات استثنائی مثل فسخ یکجانبه و بدون دلیل، خاتمه قرارداد، عدم رعایت اصل لزوم، اصل نسبی بودن و .. برخوردار باشد.

ارائه یک ضابطه نوعی و ملاک قراردادن آن به عنوان مبنای تشخیص قراردادهای اداری، صحیح و کامل نمی باشد به عبارت دیگر صرفاً نباید قراردادی را که مربوط به ارائه خدمت عمومی، منفعت عمومی یا قدرت عمومی است یک قرارداد اداری بدانیم بلکه درست تر آن است که به یک ضابطه شخصی تحت عنوان سیاست عمومی^۶ اشاره کرد بدین معنا که چنانچه حکومت به دلیل سیاست های عمومی تشخیص دهد که قراردادی باید ماهیت اداری داشته باشد آن قرارداد یک قرارداد اداری خواهد بود حتی اگر این قرارداد برای ارائه یک خدمت عمومی منعقد نشده باشد. به عنوان نمونه قانونگذار بیان کرده است که در طرح های تملک سرمایه ای یعنی فعالیت هایی نظیر امور زیربنایی، عمرانی و ... باید از قراردادهای اداری که یکی از آنها پیمان عمومی است استفاده شود و متعاقباً در شرایط عمومی پیمان عمومی^۷ که یک مقرر اداری است شرایطی به نفع دولت تعیین شده است.

^۶ . Public Policy

^۷ . شرایط عمومی پیمان قانون نیست بلکه جزء مقررات اداری محسوب می شود و لذا قابل ابطال در دیوان عدالت اداری می باشد.

در ارتباط با قراردادهای خصوصی سه اصل بسیار مهم وجود دارد که این اصول در قراردادهای عمومی و اداری بواسطه ارائه خدمت عمومی⁸ توسط دولت تعدیل می شوند این اصول عبارتند از:

1- اصل آزادی اراده

2- اصل لزوم قراردادها: یعنی هنگامی که قراردادی منعقد می شود اصل بر آن است که هیچیک از طرفین به تنهایی نمی توانند قرارداد را یکطرفه و بدون دلیل و مجوز فسخ کنند.

3- اصل نسبی بودن قراردادها: این اصل بدین معنا است که تعهدات قراردادی فقط نسبت به طرفین قرارداد وجود دارد و نسبت به اشخاص ثالث اثر ندارد اما در قراردادهای دولتی این امکان وجود دارد که در قرارداد، به نفع یا ضرر شخص ثالثی تعهدی صورت گیرد به عنوان مثال الزام پیمانکار توسط کارفرمای دولتی نسبت به پرداخت بیمه کارگران.

تقسیمات قراردادهای اداری

اولین تقسیم بندی ما در حوزه قراردادهای اداری مربوط به تمایز بین عمل حقوقی و واقعه حقوقی است. آثار حقوقی یا ناشی از عمل حقوقی است و یا ناشی از واقعه حقوقی، آثار حقوقی آن چیزی است که قانونگذار برایش آثاری را در نظر گرفته است.

عمل حقوقی عملی است که عامل آنرا با قصد ایجاد آثار حقوقی معین انجام می دهد و انتظار تحقق نتایج مورد نظر از آن عمل را دارد مثلا عقد و قرارداد یک عمل حقوقی محسوب می شود چرا که طرفین عقد یا ایقاع آنرا به قصد ایجاد آثار حقوقی انجام می دهند در حالیکه واقعه حقوقی با قصد ایجاد آثار حقوقی انجام نمی شود. واقعه حقوقی ممکن است ارادی یا غیرارادی باشد یعنی ممکن است شخصی

⁸. در نظام حقوقی ایران در هیچ کجا به مفهوم خدمت عمومی به عنوان مبنای قراردادهای اداری اشاره نشده است و لذا در هیچ متنی تقسیم بندی قراردادهای به اداری و اداره را مشاهده نمی کنیم.

که اراده خودش را معطوف به انجام دادن عملی کرده، اساساً قصد ایجاد آثار حقوقی نداشته باشد مثل غصب که یک عمل ارادی است..

بنابراین اولین تقسیم بندی ما از آثار حقوقی مبحث عوامل ایجاد آثار حقوقی است. عمل حقوقی به دو دسته ایقاع و عقد دسته بندی می شود^۹ و ایقاع نیز به دو دسته معین و غیر معین. ایقاع معین به ایقاعی گفته می شود که قانونگذار برای آن مقررات ویژه ای معین کرده و ایقاع غیر معین ایقاعاتی هستند که قانونگذار برای آنها احکام دقیق و مشخصی را در نظر نگرفته است، این دسته از ایقاعات تابع قواعد عام حقوق عمومی است مثل اصل برابری، اصل قانونی بودن، اصل رقابت و ...

دسته دیگر اعمال حقوقی، عقد است که موضوع اصلی بحث می باشد. عقد و قرارداد یا خصوصی است و یا عمومی. در برخی از قراردادهای خصوصی، حقوق عمومی و قواعد آن ورود کرده است و اصل حاکمیت اراده را به کناری رانده است که ما اسم آنها را قراردادهای مدنی و یا قراردادهای مقررات گذاری شده می گذاریم. دولت قواعد این قراردادها را از قبل تعریف می کند مثل قراردادهای بانکی که نرخ بهره آن از قبل معین شده است (قراردادهای مقررات گذاری شده یکی از انواع عقود الحاقی است).

قراردادهای عمومی نیز به دو دسته قراردادهای دولت و قراردادهای دولتی تقسیم می شود. قراردادهای دولت ماهیت بین المللی دارد که نام دقیق تر آن قراردادهای تجاری دولت می باشد. همچنین قراردادهای دولتی به قراردادهای اداری و قراردادهای اداره تقسیم می شود. قرارداد اداره نیز ممکن است بین یک اداره با اداره ای دیگر انجام گیرد و یا یک اداره با مردم باشد. قراردادهای اداری هم یا قراردادهای معین هستند و یا قراردادهای غیر معین. قراردادهای اداری معین، قراردادهایی هستند که قانونگذار شرایط و ترتیبات مربوط به آن را مشخص کرده باشد مثل قرارداد پیمانکاری، پیمان عمومی،

^۹ یک نهاد دیگری فی مابین عقد و ایقاع وجود دارد که جدیداً ایجاد شده است که از آن با عنوان توافقات داوطلبانه نام می برند. به عنوان مثال سازمان حفاظت از محیط زیست برای وضع مقرراتی جهت کاهش آلودگی در بعضی صنایع یک روش آن است که از ایقاع استفاده نماید و بخشنامه ای را در این زمینه صادر نماید و در آن صنایع پلاستیک سازی را مکلف به انجام اقداماتی در ظرف مدت 6 ماه بنماید و روش دیگر اینگونه است که قانونگذار به سازمان محیط زیست اجازه می دهد در قالب با صنایع یک توافقنامه را ایجاد نماید و در آن در قبال کاهش آلودگی امکانات و امتیازاتی را در اختیار آنان قرار دهد.

فاینانس، WOT، امتیاز، اجاره، اجازه و قراردادهای اداری غیر معین نیز قراردادهایی هستند که قانونگذار مقررات خاصی را برای آنها پیش بینی نکرده است ولی سازمانها می توانند در مورد آنها از صلاحیت های تشخیصی یا اجازه ای که قانونگذار به آنها داده است استفاده نمایند.

قراردادهای مدنی چگونه قراردادهایی هستند؟ نوعی از قرارداد است که تابع اصل حاکمیت و آزادی اراده و قواعد تاخیری و تکمیلی است و تا حدودی نیز مقید به قواعد امری است که غایت آنها تضمین شرایط صحت عقد و تحقق حاکمیت اراده است. حاکمیت اراده بدین مفهوم است که طرفین قرارداد مفاد قرارداد را به هر ترتیبی که اراده کردند تنظیم نمایند. حال چنانچه مواردی در قرارداد بلامتکلیف ماند و طرفین در متن قرارداد اشاره ای به آن نکردند قواعدی تکمیلی توسط قانونگذار پیش بینی شده است که این خلاء را برطرف خواهد کرد به عنوان مثال چنانچه محل تحویل کالا و ایفای تعهد در متن قرارداد ذکر نشده باشد، قانونگذار تحت یک قاعده تکمیلی عنوان می کند که محل ایفای تعهد همان محل انعقاد عقد می باشد. علاوه بر قواعد تکمیلی، قواعد امری نیز بمنظور تضمین تحقق حاکمیت اراده، بر این قراردادها حاکم است. به عنوان نمونه قانونگذار مقرر کرده که چنانچه عقدی در حالت اکراه منعقد شود نافذ نخواهد بود چرا که اراده فرد مخدوش شده است. بنابراین قواعد امری هم در جهت تضمین اصل حاکمیت اراده می باشند.

در نظام حقوقی کنونی ما قلمرو چنین قراردادهایی هر روز کاسته می شود چرا که حاکمیت به دنبال تعیین شرایط برای قراردادها می باشد و هر روز به دنبال مقررات گذاری قراردادها پیش می رود مثلاً آنچه که در مورد قرارداد کار که اساساً یک قرارداد حقوق خصوصی است افتاد و ما الان نمی توانیم قرارداد کار را یک قرارداد مدنی بنامیم چرا که حاکمیت اراده در آن مخدوش شده و همه چیز از قبل توسط قانونگذار مشخص شده است یا مثل آنچه که در مورد قراردادهای بانکی مطرح است که نه بانک و نه وام گیرنده نمی توانند بر سر شرایط قرارداد مذاکره نمایند چرا که تمام شرایط مثل نرخ بهره، دوره بازپرداخت و ... قبلاً توسط بانک مرکزی تعیین شده است.

به این نوع از قرارداد ها، قراردادهای مقررات‌گذاری شده می‌گویند که هدف از آن تحقق عدالت معاوضی و توزیعی می باشد.

بنابراین بطور خلاصه، **حاکمیت اراده** به معنای این است که طرفین قرارداد هم در انتخاب طرف مقابل خود و هم در **تعیین شرایط قرارداد** و هم در **تعیین آثار ناشی از قرارداد** آزاد می باشند. حال زمانی که حاکمیت اراده در چنین قراردادهایی مخدوش شود آن قرارداد باطل و غیر نافذ خواهد بود چرا که یکی از طرفین یا هر دوی آنها دارای قصد نیستند.

حال این سوال مطرح می شود که حقوق خصوصی هم در حقوق عمومی، در زمینه قراردادهای تصرفاتی داشته است یا نه؟

اساساً **شرایط اساسی صحت عقد** که در حقوق خصوصی وجود دارد در حقوق عمومی هم مطرح است و قطعاً عقدی که در آن قصد وجود نداشته باشد در حقوق عمومی هم باطل است.

تقسیم بندی قرارداد از حیث دریافت کننده خدمت (جایگاه دولت)

الف) قراردادهای تامین کالا و خدمات جهت رفع نیازهای خود دولت:

در برخی از موارد، دریافت کننده خدمات ناشی از قراردادهای اداری، خود دستگاه اداری ذیربط است به عبارت دیگر خدمات و کالاهایی که از استفاده کننده‌ی موضوع قراردادهای منعقدی دولت، خود دولت می باشد. برای مثال قراردادهایی را که دولت برای سرویس کارمندان خود می بندد از این دسته از قراردادها هستند.

ب) قراردادهای تامین کالا و خدمات برای اشخاص خصوصی:

خدمات و کالاهای ناشی از برخی قرارداد دولت، مورد استفاده اشخاص ثالث قرار می گیرد و دولت به هیچ وجه از خدماتی که تولید و ارائه می شود استفاده نمی کند مثل عقد قرارداد با یک سازمان

جهت اعطای وام به دانشجویان یا دفاتر خدمات پلیس+10 .

این نوع از قرارداد به دو دسته تقسیم می‌شود به عنوان مثال فرض کنید که یک قرارداد پیمانکاری برای احداث یک جاده و یا یک سد بین دولت و اشخاص خصوصی منعقد می‌شود، این جاده و یا سد اگر چه نوعی ارائه خدمت به اشخاص ثالث است ولی مالکیت و اداره آن جاده یا سد کماکان در اختیار دولت خواهد بود.

ج) قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی:

در این نوع از قراردادها که توسط بخش عمومی و خصوصی مشترکا ایجاد شده است نمی‌توان دقیقا شخص بهره‌بردار این خدمت را مشخص نمود چرا که در مشارکتهای بخش عمومی و خصوصی گاهی دولت بهره‌بردار است و گاهی بخش خصوصی و گاهی هم هر دو بهره‌بردار می‌کنند و توسط اشخاص خصوصی به مصرف می‌رسد.

انواع قرارداد از حیث نوع تعهد

الف) قراردادهایی که تعهد به آن، تعهد به نتیجه است:

قراردادهای پیمانکاری یک نمونه از این قراردادهاست. در قراردادهای پیمانکاری ساخت و ساز تعهد پیمانکار به نتیجه است بنابراین پیمانکار ملزم است محصول نهایی مورد نظر دولت را فراهم و تهیه نماید.

ب) قراردادهایی که تعهدات مندرج در آن، تعهد به وسیله یا تلاش است:

قراردادهایی که نوعا در حوزه پژوهش، دانش و فناوری منعقد می‌شود از این نوع قراردادها می‌باشند. این قراردادها اگر چه ممکن است به نتیجه خاصی منجر نشود ولی دارای اعتبار و اثر است. این نوع از قرارداد از حیث تنظیم، پرداختها، امنیت قرارداد و مکانیزم های ارزیابی آن

با قراردادهای تعهد به نتیجه متفاوت است به عنوان مثال ارزیابی نتیجه در این نوع قرارداد به راحتی مقدور نیست. بنابراین برخی از قراردادهای دولتی، فقط تعهد به وسیله و تلاش است.

تقسیم بندی قراردادهای اداری از حیث منبع تامین کالا و خدمات

الف) قراردادهای دولتی با منابع انحصاری:

گاهی اوقات مرجع و منبعی که بناست از آن کالا و خدماتی را دریافت کنیم یک منبع انحصاری است به عنوان مثال دولت می خواهد یک دانش فنی را از شخصی که تنها مخترع آن است خریداری کند و در صنعت نظامی خود مورد استفاده قرار دهد در این حالت هیچ منبع و رغیبی برای آن وجود ندارد که اصطلاحاً به آن **single source** می گویند. در این صورت دولت بدان جهت قادر به برگزاری تشکیلات و تشریفات که منجر به ایجاد رقابت شود نیست لذا بطور طبیعی تنها روشی که برای انعقاد قرارداد وجود دارد مذاکره است یعنی دولت باید از طریق **مذاکره** و چانه زنی قیمت و کیفیت را تعیین می نماید. انحصاری بودن عرضه کننده کالا و خدمات یکی از موارد ترک تشریفات است.

ب) قراردادهای اداری با منابع محدود:

این نوع از قراردادها قراردادهایی هستند که دارای منابع محدود می باشند یعنی آنکه فقط بنگاهها و شرکت های خاص و محدودی دارای چنین خدمات و کالاهایی هستند مثلاً در صنعت نفت ایران و در بخش حفاری فقط 3 شرکت توانایی ارائه خدمات حفاری در چاههای نفت هستند. دولت همچنین زمانی که به دنبال دریافت کالا و خدمات خاصی با کیفیت بالا و یا قیمت پائین و یا هر دوی آنها می باشد از این نوع قرارداد استفاده می کند.

در این حالت دولت‌ها برای انعقاد قرارداد می‌توانند از دو روش بهره ببرند یکی از این دو روش، ایجاد رقابت محدود بین بنگاه‌های ارائه‌کننده کالا و خدمات، برای دریافت خدمات و کالاهای بهتر با قیمت پائین^{۱۰} و روش دیگر ایجاد کنسرسیوم است. کنسرسیوم^{۱۱} اساساً نهادی است که در نتیجه آن 2 یا چند شرکت ظرفیت‌ها و منابع مالی خود را در داخل آن جمع می‌نمایند تا یک پروژه را مشارکتاً به انجام برسانند. کنسرسیوم‌ها برخلاف شرکت‌های مشارکتی (جنینت ونچرها^{۱۲}) که ماهیت طولانی مدت دارند، اصولاً موقتی دارند بنابراین نهاد کنسرسیوم برای انجام یک پروژه خاص ایجاد می‌شوند و بعد از اتمام پروژه نیز از بین می‌روند.

ج) قراردادهای اداری با منابع نامحدود:

در مواقعی که منابع تامین کالا و خدمات نامحدود است بهترین روش برای تامین کالا و خدمات برگزاری مناقصه عمومی است به عنوان مثال تهیه و خرید کالاهای قفسه‌ای مثل میز و صندلی و کاغذ برای مدارس دولتی از آن جهت که پیچیدگی فنی خاصی ندارند و به وفور یافت می‌شود از طریق برگزاری مناقصه عمومی خواهد بود. بنابراین در این مورد بهترین روش ایجاد رقابت بین ارائه‌دهندگان کالا و خدمات است.

تقسیم بندی قراردادهای اداری از حیث بازه زمانی قرارداد

الف) قراردادهای مقطعی:

گاهی اوقات دولت‌ها کالا و خدمات مورد نیاز خود را بصورت مقطعی تهیه می‌نمایند.

¹⁰. البته این روش در همه مواقع کارساز نیست چرا که در این روش امکان تبانی بین شرکت‌ها وجود دارد.

¹¹ Consortium

¹² Joint venture agreement (مشارکت در سرمایه‌گذاری)

ب) قراردادهای سفارش محور^{۱۳} (قراردادهای چارچوبی)

در برخی مواقع دولتها به دلیل آنکه از فراهم بودن کالاهایی خاص برای یک دوره زمانی نسبتاً طولانی اطمینان حاصل کند از قراردادهای سفارش محور استفاده می نماید. این نوع قرارداد بدین صورت است که کالاهای مورد نیاز اداره با قیمت های توافقی، در قرارداد لیست می شود و در زمانهای قید شده در قرارداد تحویل گرفته می شود و بدین معنا نیست که همه کالاهای توافق شده در یک زمان منتقل شود بلکه به مرور کالاها و خدمات ارائه و عوض آن نیز به مرور پرداخت می شود. در واقع این نوع از قرارداد تعهد به بیع است نه بیع.

این نوع از قراردادها روش های بسیار خوبی هستند چرا که هم تولید کنندگان از بازار فروش ثابتی در یک بازه زمانی چند ساله اطمینان خواهند داشت و هم اداره از وجود کالاهای مورد نیاز خود با قیمت هایی که از قبل توافق شده اطمینان حاصل خواهد نمود همچنین تولید کنندگان قادر به مدیریت بر سرمایه گذاری، تجهیز کارخانه و تربیت نیروی متخصص خود خواهد بود. این نوع قرارداد در صنعت نظامی و صنعت نفت و ...^{۱۴} کاربرد فراوانی دارند.

در قراردادهای سفارش محور می بایست همان تشریفات مناقصه و مزایده بصورت متعارف انجام شود همچنین بدان جهت که قیمت کالا و خدمات در این نوع از قراردادها از قبل تعیین می شود و امکان چانه زنی بر سر قیمت وجود ندارد در مواقعی که نرخ تورم افزایش قابل توجهی دارد می توان در متن قرارداد نرخ تعدیل را ذکر کرد که اگر چنانچه نرخ تورم از یک حدی بیشتر شد به ازای هر میزان افزایش نرخ تورم می توان قیمت کالا را نیز افزایش داد.

¹³ Fraim work contract

¹⁴ در صنعت خودرو سازی هم از این قراردادها استفاده می شود به عنوان مثال زمانی که شرکت ایران خودرو صنعت پژو را به ایران آورد ابتدا با تولیدکنندگان قطعات قراردادهای چارچوبی منعقد نمود.

تقسیم بندی قراردادهای به قراردادهای فرعی و پشتیبانی و قراردادهای اصلی و حیاتی^{۱۵}

قراردادهایی که مربوط به مأموریت اصلی سازمان است را قراردادهای اصلی و حیاتی گویند و قراردادهایی که قرارداد اصلی را پشتیبانی می کنند را قراردادهای فرعی و پشتیبانی گویند. به عنوان مثال در صنعت نفت یکسری از قراردادهای فرعی و پشتیبانی وجود دارد و یکسری قراردادهای اصلی و حیاتی مثلا قرارداد تامین غذای کارکنان و قرارداد احداث ساختمان های وزارت نفت ماهیت پشتیبانی دارد ولی قراردادهای مربوط به اکتشاف، استخراج، انتقال، پالایش و فروش نفت ماهیت اصلی و حیاتی دارند. یا به عنوان مثال برای احداث یک جاده، قراردادهای ساخت و تامین و تدارک جزء قراردادهای اصلی خواهند بود و قراردادهای تامین مالی (فاینانس)، قراردادهای تامین و نگهداری، قراردادهای تامین نیروی انسانی، قراردادهای تامین ماشین آلات و ... جزء قراردادهای فرعی محسوب می شوند.

منابع حقوقی قراردادهای اداری

مجموعه ای از قواعد (نوعا) امری در حوزه قراردادهای عمومی یا دولتی وجود دارد که باید نسبت به آن شناخت داشته باشیم.

متأسفانه در ایران قانون منسجمی که همه قواعد مربوط به این نوع قراردادها را بصورت یکجا در خودش جمع کرده باشد وجود ندارد و شایسته است این قانون تهیه و به تصویب برسد.

مثلا بخشی از این قواعد در آئین نامه معاملات دولتی است که مصوب مجلسین سابق و بسیار بسیار قدیمی است. بخش زیادی از این قانون منسوخ شده است ولی البته هنوز هم معتبر است. یک بخش دیگر این قواعد در قانون محاسبات عمومی است که باز هم قسمت های مربوط به مناقصه آن منسوخ شده است ولی در بخش های دیگر کماکان لازم الاجرا است. بخش دیگر نیز در قانون برگزاری مناقصات

¹⁵ . main contract

عمومی است (همانطور که از اسم این قانون بر می آید فقط مربوط به مناقصات است و لذا مزایده و سایر مباحث مربوط به قراردادها در این قانون مورد بحث قرار نگرفته است).

علاوه بر این بویژه در حوزه پیمانکاری مجموعه ای عظیم از آئین نامه ها و دستورالعمل ها را داریم که مصوب هیأت وزیران است. مثلا آئین نامه های مربوط به رتبه بندی پیمانکاران که بر اساس سطح تخصص، تجربه و ظرفیت هایشان طبقه بندی می شوند.

قواعد و مقرراتی که در بالا ذکر آن رفت، مستقیما به قراردادهای دولتی اشاره دارند درحالیکه علاوه بر اینها قواعدی نظیر حقوق مدنی و حقوق تجارت هم کماکان بر قراردادهای دولتی جاری است.

علاوه بر اینها یکسری مقررات عمومی دیگری در مورد همه قراردادها وجود دارد که باز هم بر قراردادهای اداری حاکم است (مثلا مقررات مربوط به تأمین اجتماعی (ماده 38 قانون تأمین اجتماعی مقرر نموده که کارفرما می بایست 5 درصد مبلغ قرارداد را از پیمانکاران کم کنند و نزد خودشان نگهدارند ...)

یا مثلا مقررات مالیاتی مثل ماده 104 قانون مالیات های مستقیم که مالیات تکلیفی را بیان کرده است. همچنین یکسری اصول هم در قانون اساسی وجود دارد که مستقیما به قراردادهای دولتی مربوط می-شود. بنابراین مشاهده می کنیم که این قواعد در یکجا جمع نشده است، ما در حوزه قراردادهای اداری یک قانونی مثل قانون مدنی نیاز داریم که فقط به قرارداد های مالی دولتی مربوط شود. ایالات متحده دارای چنین قانونی است به نام مقررات تأمین کالا و خدمات فدرال^{۱۶}، که دارای بیش از هزار ماده در مورد قراردادهای دولتی است.

دسته بندی منابع قراردادهای دولتی

¹⁶ . FAR

در یک تقسیم بندی کلی منابع حقوقی قراردادهای اداری را می توان به منابع مدون و منابع غیر مدون تقسیم نمود:

منابع مدون قراردادهای اداری

1- **قانون اساسی:** در ارتباط با معاملات دولتی و قراردادهای اداری اصول بسیار مهمی در قانون

اساسی وجود دارد که برخی از آن اصول عبارتند از چهل و نهم، هفتاد و هفتم، هشتادم، هشتاد

و یکم، صد و سی و نهم که شرح آنها در ذیل آمده است:

(الف) اصل چهل و نهم قانون اساسی^{۱۷}:

تنها اصلی که به کلمه مقاطعه کاری و قراردادهای پیمانکاری اشاره کرده است همین اصل می

باشد در این اصل از کلمه معاملات دولتی نیز استفاده شده است.

این اصل کاربرد مستقیمی در قراردادهای دولتی ندارد و فقط اصطلاح معاملات دولتی مورد شناسایی

قرار گرفته است. در هیچیک از منابع حقوقی ما در واقع از لفظ قرارداد اداری استفاده نشده است و تنها

واژه ای که بدان تصریح شده عبارت قراردادهای دولتی و معاملات دولتی است.

(ب) اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی^{۱۸}:

برخی معتقدند منظور از واژه قرارداد در این اصل، عهدنامه است (یعنی قراردادهایی که ماهیت

معاهده دارند) و بر این عقیده هستند که صرفا معاهدات (البته معاهدات ساده را نیز مشمول این اصل

ندانستند) باید به تصویب مجلس برسد اما اخیرا عده ای دیگر بر این باورند که عبارت اصل مزبور خیلی

عام و گسترده است و لذا قابلیت آنرا دارد که حتی تمام قراردادهای بخش خصوصی را نیز در بر گیرد و

استدلال می کنند که متن اصل حتی واژه دولتی را نیز به قراردادهای بین المللی اضافه نکرده است.

¹⁷. دولت موظف است ثروت های ناشی از ربا، غصب، ... سوء استفاده از مقاطعه کاریها و معاملات دولتی، ... و سایر موارد غیر مشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت المال بدهد ...

¹⁸. عهدنامه ها، مقاوله نامه ها، قراردادها و موافقتنامه هی بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

اما از میان دو نظر فوق به نظر می رسد آن تفسیری که هم اکنون اجرا می شود درست باشد^{۱۹} یعنی باید بگوئیم که منظور از کلمه قرارداد و موافقت نامه های بین المللی^{۲۰} همان عهدنامه است. بنابراین علاوه بر عبارت عام اصلهفتاد و هفتم (که حتی ظاهرا قراردادهای منعقد دولتی با اشخاص خصوصی را شامل می شود) منظور از اصل مزبور این است که در حال حاضر کنوانسیونهای و معاهدات بین المللی دولت حتما باید به تصویب مجلس برسد و اصل فوق نیز غیر از این هم گنجایش تفسیر ندارد چرا که روزانه فقط در وزارت بازرگانی دهها و صدها قرارداد بین المللی برای انواع و اقسام خریدها انجام می شود و اصلا امکان تصویب این حجم گسترده از قراردادها در مجلس وجود ندارد و همچنین اینکه این قراردادها کاملا ماهیت اجرایی دارند.

مثلا چنانچه دولت ایران مطابق قراردادی تسلیحاتی را از یک شرکت چینی متعلق به دولت چین خریداری نماید این قرارداد ماهیت معاهده ندارد چرا که خرید تسلیحات یک عمل تجاری محسوب می شود^{۲۱} بنابراین اینکه طرف قرارداد کیست اهمیت ندارد بلکه آنچه اهمیت دارد موضوع قرارداد است.^{۲۲}

ج) اصل هشتماد قانون اساسی^{۲۳}:

¹⁹ چرا که اگر بنا بود اصل هفتاد و هفتم دقیقا اجرا شود لازم می آمد که تمام قراردادهایی را که واحدهای دولتی با اشخاص خارجی می بستند باید به تصویب مجلس شورای اسلامی می رسید ولی شورای نگهبان با توجه به این مطلب تفسیر مضیقی را از این اصل ارائه داده است و منظور اصل هفتاد و هفتم از عبارت قراردادها و موافقت نامه های بین المللی دقیقا به قراردادهایی مربوط می شود که تحت حاکمیت حقوق بین الملل عمومی (یعنی معاهده و کنوانسیون) است.

²⁰ تفاوت معاهده بین المللی با قرارداد بین المللی در این است که در معاهده بین المللی دولت، در مورد موضوعات حاکمیتی با دولت های دیگر توافق می کند و اساسا قانون حاکم بر معاهدات بین المللی، حقوق بین الملل عمومی است ولی در مورد قراردادهای بین المللی دولت اینگونه نیست و در واقع قراردادهایی هستند که دولت از منظر تاجر بودن و از باب تصدی گری با دیگر کشور ها وارد قرارداد می شود مثل قراردادهایی که وزارت بازرگانی برای خرید برنج و روغن و ... منعقد می کند. حال در واقع می توان گفت که بنا به اصل هفتاد و هفتم قراردادهایی که باید به تصویب مجلس برسد این نوع قراردادها نیست.

²¹ ماده 2 قانون تجارت اعمال تجاری ذاتی را بیان کرده و ماده 3 آن نیز اعمال تجاری تبعی را ذکر کرده است. از نظر قانون تجارت چنانچه کالایی را به قصد مصرف خریدیم ولی آنرا فلروختیم عمل تجاری محسوب نمی شود.

²² سازمان صنایع دفاعی کشور بر اساس اساسنامه خود تاجر محسوب می شود.

²³ گرفتن و دادن وام یا کمک های بدون عوض داخلی و خارجی از طرف دولت باید با تصویب مجلس شورای اسلامی باشد.

این اصل تاکید دارد که دادن و گرفتن وام و کمک های بلاعوض داخلی و خارجی از طرف دولت باید به تصویب مجلس برسد. بنابراین فاینانس یا تامین مالی توسط دولت، باید با تصویب مجلس باشد (این یکی از قواعد امری است). در این اصل هیچ محدودیتی ارتباط با امور تصدی و حاکمیتی قید نشده است بنابراین دولت چنانچه قصد دریافت وام برای هر نیازی اعم از اینکه ماهیت حاکمیتی داشته باشد یا تصدی ملزم به اخذ اجازه از مجلس می باشد.

پس می توان گفت که یکی از انواع قراردادهایی که دولت ها می بندند، فاینانس یا تامین مالی است که باید با اجازه مجلس صورت گیرد. در عمل هم این اصل در حال اجرا است.

اصل هشتاد و یکم قانون اساسی^{۲۴}:

این اصل مربوط به قرارداد امتیاز است. امتیاز در ایران دارای سابقه ای تاریخی بویژه در حوزه صنعت نفت است چرا که اولین قراردادهایی که در صنعت نفت ایران منعقد شد در قالب امتیاز بوده است.

در ارتباط با اینکه امتیاز عقد است یا ایقاع اختلاف وجود داشته و دارد ولی اغلب نویسندگان تاکید دارند که امتیاز نوعی قرارداد است ولی به هر حال کشورهای امتیاز دهنده همیشه استدلال می کردند که امتیاز ماهیت ایقاعی دارد و چون آنرا ایقاع می دانستند معتقد بودند هر موقع که بخواهند می توانند آنرا استرداد نمایند.

با دقت در اصل هشتاد و یکم قانون اساسی متوجه می شویم که آنچه معمولاً از این اصل استنباط می شود با آنچه منطوق اصل می باشد متفاوت است چرا که اصل مزبور می گوید "دادن امتیاز تشکیل

²⁴ . دادن امتیاز تشکیل شرکتها و موسسات در امور تجاری، صنعتی، کشاورزی، معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.

شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و خدمات به خارجیان مطلقا ممنوع است".²⁵ لذا می بینیم که اصل هشتاد و یکم ظاهرا از اجازه تاسیس شرکت توسط خارجیان صحبت می کند در حالیکه منظور مجلس خبرگان آن موقع چنین چیزی نبوده است بلکه منظورشان دقیقا ممنوعیت قرارداد امتیاز بوده است که به اشتباه در هنگام تقریر متن اصل، متن فعلی به تصویب می رسد.²⁵

مکانیسم امتیاز²⁶ بدین نحو است که دولت مالکیت مخزن را برای یک دوره زمانی نسبتا طولانی بطور انحصاری²⁷ در اختیار شخصی قرار می دهد و آن شخص نیز به هر میزان که توان داشته باشد به استحصال و استخراج مخزن می پردازد و آنچه را که به دولت می دهد را بهره مالکانه یا اصطلاحا روباتیو می گویند. دولت علاوه بر بهره مالکانه، مالیات بر درآمد هم دریافت می نماید.

انحصاری که در این اصل به آن اشاره رفته است فقط در مورد خارجیان است بنابراین می توانیم بگوئیم که اعطای امتیاز به اتباع داخلی هیچ ممنوعیت قانونی ندارد. همچنین این اصل، امتیاز را در کلیه حوزه های تجاری، صنعتی، کشاورزی و معادن می داند و لذا می توان قراردادهای اپراتورهای تلفن همراه را هم مشمول این اصل دانست و در نتیجه اعطای امتیاز استفاده از سرویس های مخابراتی را به طرف خارجی ممنوع دانست.

البته راه فرار از محدودیت اصل هشتاد و یکم باز است و لذا سرمایه داران خارجی می توانند از محدودیت ایجاد شده توسط این اصل خارج شوند و آن را مربوط به تابعیت شرکت ها است. اگر چنانچه

²⁵ شورای نگهبان بعدها در نظر تفسیری خود اعلام نمود " خارجیان نیز به شرط عمل متقابل می توانند در ایران شرکت تاسیس نمایند و به ایجاد شعبه یا نمایندگی اقدام کنند" و در واقع با این نظر تفسیری مشخص کرد که اصل هشتاد و یکم برخلاف ظاهر آن به نکته ای دیگر که همانا ممنوعیت قرارداد امتیاز است اشاره دارد.. بنابراین با توجه به آخرین نظری که شورای نگهبان اعلام نموده است مانعی جهت تاسیس شرکت های خارجی در ایران وجود ندارد. تاسیس شرکت خارجی دقیقا از طریق ایجاد شعبه یا نمایندگی است. (نهاد شعبه در ایران دارای شخصیت حقوقی مستقلی نیست و در واقع ادامه شخصیت حقوقی شرکت مادر می باشد ولی نهاد نمایندگی دارای شخصیت حقوقی مستقل از شرکت اصلی می باشد

²⁶ مکانیسم امتیاز یکی از روش های رایج در قراردادهای نفتی در گذشته بوده که الان مدل های جدید آن در قالب **bot** , **boo** , ... استفاده می شود.

²⁷ فرق انحصاری و انفرادی: در صورت انحصاری بودن، دولت تعهد می کند که شخص دیگری را در موضوع قرارداد وارد نکند ولی تعهدی نسبت به عدم ورود خود به موضوع قرارداد و انجام آن توسط خودش ندارد. در صورتی که در حالت انفرادی بودن، دولت هم متعهد می شود که موضوع قرارداد را به شخص دیگری ندهد و هم اینکه خودش اقدام به بهره برداری نکند.

سرمایه‌داران خارجی شرکتی را در ایران تاسیس کنند که اقامتگاه و محل ثبت آن ایران باشد، این شرکت حتی اگر صد در صد سرمایه آن متعلق به اشخاص خارجی باشد دارای تابعیت ایرانی خواهد بود.²⁸

البته واقعا باید بررسی نمود که آیا منظور قانونگذار از کلمه "خارجیان" در اصل هشتاد و یکم صرفا بحث تابعیت بوده یا اینکه قصد جلوگیری از امکان استیلای خارجی ها بر منابع کشور یا قاعده نفی سبیل در فقه را دنبال می کرده است.

اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی²⁹:

این اصل در خصوص داوری یا صلح اموال عمومی است و مقرر می دارد که صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد و در مواردی که طرف دعوی خارجی است و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس برسد.

اصل یکصد و سی و نهم در واقع مربوط می شود به روش حل و فصل اختلافات در قراردادهای دولتی، ما در قراردادهای دولتی اصولا می توانیم دو روش حل اختلافات را داشته باشیم که یکی مراجع قضائی است و دیگری روش های جایگزین قضائی که داوری و صلح و سازش از آن دسته اند.

در کشور ما از یک طرف مقرراتی چون اصل 139 قانون اساسی ارجاع داوری راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری را منع کرده و از طرف دیگر مقرراتی چون شرایط عمومی پیمان و ماده 20 قانون برنامه سوم توسعه یگانه مرجع حل و فصل اختلافات موضوع این مقررات را داوری می داند.

²⁸ مطابق قانون تجارت شرکتی که در ایران به ثبت برسد و اقامتگاه آن در ایران باشد این شرکت یک شرکت ایرانی محسوب می شود اگر چه سرمایه‌گذاران یا شرکای آن اشخاص خارجی باشند.

²⁹ صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.

با کمی تأمل متوجه خواهیم شد که از یک طرف مراجعی چون شورای عالی فنی و هیات داوری در اختلافات ناشی از امر واگذاری مدیریت و سهام شرکت های دولتی، یک مرجع اختصاصی و یا شبه قضائی بوده و اطلاق داوری بر آنها، مبتنی بر تسامح می باشد و از طرف دیگر فقط اختلافات ناشی از قراردادهایی که اشخاص حقوق عمومی در مقام اعمال وظایف حاکمیتی منعقد می سازند قابل ارجاع به داوری می باشد.

نکته ای که در مورد اصل مزبور قابل اشاره می باشد این است که برای ارجاع یک اختلاف به داوری می بایست موافقتنامه داوری بین طرفین امضاء شود چرا که اگر چنین موافقتنامه ای وجود نداشته باشد صلاحیت حل و فصل اختلافات اصالتاً متعلق به مراجع قضائی (دادگاهها) خواهد بود.

حال از آنجائی که موافقتنامه داوری در دو مقطع زمانی قبل و بعد از بروز اختلاف می تواند منعقد شود سوال مطرح می شود که کدام مورد مشمول اصل مذکور می باشد؟

به نظر می رسد که هیچدام از دو حالت فوق الذکر مشمول این اصل نمی باشند چرا که بنا به اصل یاد شده، آنچه که باید به تصویب برسد، صلح و داوری راجع به دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی است نه اختلاف مربوط به این اموال. لذا اگر این اصل به واژه " اختلاف " اشاره کرده بود درست می نمود حال آنکه از واژه " دعوی " استفاده نموده است و مراد از دعوی اختلافی است که در دستگاه قضا و در دادگاه طرح شده است به عبارت دیگر از مرحله اختلاف گذشته است (با نظر به اینکه روش داوری یکی از روش های جایگزین قضائی است). بنابراین اگر در یک قرارداد دولتی قید کنیم که " هر گونه اختلافی که بعداً پیش بیاید بایستی به داوری برود " مخالف اصل یکصد و سی و نهم نیست.

در ضمن برای اینکه امکان استفاده از روش داوری را در قراردادهای دولتی توسعه بدهیم می بایست بین سه مرحله تفکیک قائل شویم. اولین مفهوم " مفهوم ادعا " است یعنی شخصی در مقابل طرف خود مدعی حقی است. حال چنانچه طرف مقابل منکر حق مدعی شود " مفهوم اختلاف " بروز خواهد کرد و

چنانچه یکی از طرفین این اختلاف را در دستگاه قضاوی مطرح نماید در این صورت "دعوی" شکل خواهد گرفت.

بنابراین این اصل به این امر اشاره دارد که چنانچه دو نفر پس از آنکه اختلاف فی ما بین خود را در دادگاه مطرح کردند و اقامه دعوی نمودند، اراده کردند که آنرا از دادگاه بیرون بیاورند و از طریق داوری به آن رسیدگی نمایند، در این صورت نیاز به تصویب هیات وزیران و مجلس می باشد (پس بنابر منطوق اصل مزبور، چنانچه دعوایی بوقوع پیوست و بعد دو طرف اراده نمودند که آن را از طریق داوری حل و فصل نمایند، طرف دولتی باید از هیات وزیران و مجلس اجازه بگیرد).

خلاصه استدلال آنکه ارجاع اختلافات به داوری در موارد پیش از بروز اختلاف نیازی به تصویب مجلس و هیات وزیران ندارد و در موارد پس از بروز اختلاف، چنانچه اختلاف منجر به اقامه دعوی در دادگاه شود نیاز به تصویب احساس می شود.

در قانون داوریه‌های بین‌المللی قانونگذار ارجاع اختلافات به داوری را پیش‌بینی کرده است و همچنین ایران به کنوانسیون اجرای احکام داوری کنوانسیون نیویورک ملحق شده است و لذا می‌بینیم که در هیچ‌کدام از دو مورد یاد شده اشاره‌ای به این موضوع که اگر دعوی‌ای دولتی بود باید برای آن مجوز دریافت کرد نشده است. و برعکس حتی ارجاع اختلافات به داوری را مجاز اعلام کرده است.

در شرایط عمومی پیمان نیز نهاد داوری با عنوان "کمیسیون فنی" پیش‌بینی شده است³⁰ که هرگاه در اجراء یا مفاد پیمان بین دو طرف اختلافی پیش‌آمد هر یک از طرفین می‌توانند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نمایند و چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود "شورای عالی فنی" مرجع حل اختلاف خواهد بود.

³⁰. بند ج ماده 53 شرایط عمومی پیمان

شورای عالی فنی یک نهاد داوری محسوب می شود بنابراین نهاد داوری در قراردادهای دولتی مورد پذیرش قرار گرفته است

حال سوال این است که وجود بند ج ماده 53 شرایط عمومی پیمان از نظر حقوقی معتبر است یا خیر؟ اگر ما آن تفسیر رایجی که درخصوص اصل یکصد و سی و نهم مطرح است را در نظر بگیریم این بند دارای اعتبار نمی باشد چرا که اصل مزبور بنا به تفسیر رایج می گوید "ارجاع قراردادهای دولتی به داوری باید به تصویب مجلس برسد" در حالیکه در مورد پیمانهای عمومی چنین مجوزی دریافت نمی شود بنابراین این بند مغایر با قانون اساسی می باشد و باطل است.

حال چنانچه این بند دارای اعتبار نباشد چه اثراتی بر قرارداد خواهد داشت؟ این بند در شرایط عمومی پیمان، شرطی است که باطل است ولی چون با ذات قرارداد تعارضی ندارد مبطل قرارداد نیست. حال به فرض معتبر بودن چنین شرطی در شرایط عمومی پیمان در چه نهادی می توان علیه آرای داور اعتراض کرد؟ از آنجائی که هیات عمومی دیوان عدالت اداری در دو رای وحدت رویه از خود سلب صلاحیت نموده می بایست به دادگاه عمومی مراجعه و از آرای این داوری اعتراض نمود. منهی تصمیماتی را که منجر به قرارداد می شود را می توان در دیوان رسیدگی کرد.

2- قوانین عادی:

الف) قوانینی که مستقیماً ناظر به قراردادهای دولتی است مثل قانون برگزاری مناقصات عمومی.

قوانین عادی: الف) قوانینی که مستقیماً ناظر به قراردادهای دولتی است که عبارتند از:

1- قانون محاسبات عمومی: این قانون که به قراردادهای دولتی مربوط می شود دارای چند فصل است و موضوعاتی مثل مناقصه و مزایده را مورد بررسی قرار می دهد. موادی که مربوط به مناقصه است بخاطر تصویب قانون برگزاری مناقصات عمومی تقریباً منسوخ شده است ولی موادی که مربوط به مزایده و سایر موادی که مربوط به قراردادهای دولتی است هنوز به قوت خود باقی می باشد.

2- قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب 1380 : این قانون اگرچه مربوط به موضوعات مالی دولت است ولی در داخل این قانون موادی وجود دارد که به قراردادهای دولتی مربوط می شود از جمله وجود چند ماده درباره قراردادهای خارجی دولت.

3- قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی؛ این قانون یکی از قوانین قدیمی در حوزه معاملات دولتی است.

4- قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی.

5- قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی،(که بسیار مهم است)؛ این قانون، کارکنان و مقامات عالی سیاسی مثل وزراء، قضاوت و نمایندگان مجلس، معاونین وزراء و... را از انعقاد هرگونه قرارداد با دولت ممنوع کرده است. انواع معاملات دولتی که در این قانون ممنوع شده است را توضیح داده است. بنا بر این قانون کارمند دولت به عنوان شخص حقیقی نمی تواند با دولت قرارداد ببندد.

به عنوان شخص حقوقی چطور؟ اگر بیشتر از 5٪ سهام متعلق به شخص حقوقی باشد (و کارمند هم جزئی از این شخصیت حقوقی باشد) و یا اینکه عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل شرکت باشد، نمی تواند با دولت معامله ای را انجام دهد.

به استناد این قانون است تعاونی ها مشمول این ممنوعیت نمی شوند. یک استناد هم در برخی از مقررات وجود دارد مثلا اینکه کارمند دولت در یک سازمان دولتی قرارداد حق التدریس ببندد این هم ممنوعیت ندارد. این قانون بسیار پیچیده است و دقیقا حدود آن مشخص نیست که شامل چه اشخاص می شود مثلا بحث است که کارمند رسمی منظور است یا غیر آن را هم شامل می شود؟ به نظر می رسد که همه اینها را پوشش می دهد.

6- (قانون) آئین نامه معاملات دولتی که خیلی مهم و قدیمی است علی رغم اینکه عنوان آئین نامه دارد ولی یک قانون است (یعنی مقررات اداری محسوب نمی شود). خیلی از مواد آن باقی مانده است، از

جمله محتوای قراردادهای اداری (ماده 31 و 32) این دو ماده گفته است که یک قرارداد اداری چه چیزهایی را داشته باشد. موادی که در این قانون مربوط به مناقصه می باشد منسوخ شده است.

7- قانون حداکثر استفاده از توانمندی‌های داخلی؛ این قانون مقرر می دارد، در قراردادهایی که واحد-های دولتی می بندند باید حتما درصدی از فعالیت های آن قرارداد به پیمانکاران داخلی واگذار شود (تا نیمی از قرارداد)، مثلا در یک پروژه باید برخی از فعالیت‌ها مثل خرید، ساخت و ساز و ... در داخل کشور و به دست متخصصان داخلی انجام شود. این قانون اخیرا اصلاحاتی داشته است.

9- قانون برنامه و بودجه سابق (هنوز هم معتبر است)، ماده 22 این قانون مربوط به قراردادهای همسان است.

در این قانون، قراردادها به 3 گروه اول، دوم و سوم تقسیم می شوند. که گروه اول لازم الاجراست ولی بدون تغییر در محتوای شرایط عمومی آن. گروه دوم اگر چه مثل گروه اول لازم الاجرا هستند ولی امکان تغییر شرایط آن وجود دارد. گروه سوم نیز قراردادهایی کاملا اختیاری هستند.

10- قانون ماده واحده‌ی نحوه نظارت مجلس بر انعقاد قراردادها مصوب 1381، این قانون یک حکم بیشتر ندارد و آن هم مربوط به قراردادهای خارجی و قراردادهای ارزی است، که اگر چنانچه این قراردادها از یک سقفی بیشتر بود حتما باید به اطلاع مجلس برسد.

11- قانون برگزاری مناقصات عمومی، بعدا توضیح داده می شود. این قانون بر همه ی واحدهای دولتی، عمومی و شهرداری ها حاکم است (به استثنا و نیروهای مسلح).

اینکه آیا عبارت نیروهای مسلح شامل وزارت دفاع هم می شود یا نه؟ در صدور ماده وزارتخانه ها را مشمول این قانون می داند ولی اینکه وزارت دفاع را جزو نیروهای مسلح قرار دهیم یا وزارتخانه بحث بوده که البته الان بنا به تفسیر مجلس، وزارت دفاع هم مشمول این قانون نمی‌باشد.

ب) قوانینی که بصورت غیر مستقیم بر قراردادهای دولتی حاکم است (قوانین مرتبط با قراردادها):

1- قانون مدنی

2- قانون تجارت

3- قانون مالیات های مستقیم: ماده 104 و 107 مربوط می شود به مالیات تکلیفی³¹، 5/2 درصد از هر پرداختی باید تحت عنوان مالیات تکلیفی از هر قرارداد خدماتی کسر شود و به حساب سازمان امور مالیاتی واریز شود (در قراردادهای خرید این مالیات گرفته نمی شود).

مالیات دارای سه مرحله می باشد؛ مرحله اول آن وضع مالیات است، مرحله دوم آن مربوط به تشخیص مالیات بوده و مرحله سوم نیز به وصول مالیات تعلق دارد.

وضع مالیات بر اساس قانون اساسی وظیفه قانونگذار است و تنها مجلس می تواند مالیات وضع کند. در ارتباط با تشخیص مالیات یک سازمان تشخیص وجود دارد که در واقع همان سازمانی است که برگه‌ی تشخیص مالیاتی را به مؤدی ابلاغ می کند.

در وصول مالیات دو روش وجود دارد: در مالیاتهای تکلیفی مأمورین وصول، مالیات را وصول نمی کنند بلکه پرداخت کننده وجه به مؤدی مالیات را وصول می کند.

زمانی که بطور مثال دولت قرارداد خدماتی را با یک پیمانکار منعقد می کند هنگامی که صورت وضعیت ارائه می دهد، 5/2 درصد یا بیشتر از وجه را (در لحظه پرداخت)، دولت (کارفرما) کسر می کند و به حساب اداره مالیاتی واریز می کند و رسید واریز را به پیمانکار تحویل می دهد.

4- قانون مالیات بر ارزش افزوده: این قانون هم مانند سایر قوانینی که ذکر آن رفت بر همه قراردادها از جمله قراردادهای دولتی حاکم است. در مالیات بر ارزش افزوده، دریافت کننده خدمت یا خریدار کالا این مالیات را به ارائه دهنده خدمت یا فروشنده کالا پرداخت می کند. دوره تشخیص مالیات در مالیات بر ارزش افزوده سه ماهه است.

³¹ . مالیات تکلیفی: مالیاتی است که پرداخت کننده وجه در زمان پرداخت وجه بایستی وصول دریافت بکند و به حساب سازمان امور مالیاتی واریز کند.

این قانون، دو قسمت دارد یک قسمت آن همان مالیات بر ارزش افزوده است و قسمت دیگر آن مربوط به عوارض است (این بخش عوارض هم در مورد قراردادهای دولتی حاکم است). آن قسمتی که مالیات است به حساب دولت و آن قسمتی که عوارض است به حساب شهرداری واریز می شود.

البته در ارتباط با عوارض، قبل از مالیات بر ارزش افزوده، قانون تجمیع عوارض بود که کاملاً منسوخ شده است و در حال حاضر عوارض کاملاً بر قانون مالیات بر ارزش افزوده مبتنی است.

در این قانون دو نوع عوارض پیش بینی شده است: یکی عوارض ملی و دیگری عوارض محلی.

1- عوارض ملی: عوارضی است که به یک محل خاصی مربوط نمی شود بلکه در سطح کشور جاری است. این دسته از عوارض به دو دسته تقسیم می شوند که یک دسته‌ی آن بخشی از مالیات بر ارزش افزوده است و دسته دیگر آن عوارض ملی موردی است.

عوارض ملی موردی: مثل عوارض خروج از کشور، عوارض بزرگراهها، عوارض بزرگراهها، عوارض خودرو، عوارض نوسازی و...

میزان اولیه عوارض نوسازی $1/5$ درصد بود که قانون بودجه سال 1388، عوارض نوسازی را به $1/2$ افزایش داد، به نظر می رسد از آنجا که قانون بودجه سنواتی است بنابراین شهرداری از آن سال به بعد می‌بایست همان $1/5$ درصد را دریافت می کرد.

2- عوارض محلی: عوارضی هستند که شهرداری شهر وضع می‌کنند

قانونگذار برای عوارض محلی دو ویژگی در نظر گرفته است:

الف) عوارض محلی باید در مقابل ارائه خدمت باشند.

ب) باید حتما ماهیت محلی داشته باشند.

عوارضی را که تا به حال شورای شهر کشور در قالب عوارض محلی وضع کرده اند عبارتند از:

1- عوارض کسب و پیشه (عوارض مشاغل)

2- عوارض پسماند

3- عوارض حق العرض (در برخی از شهرها از شهروندان مطالبه می شود)، عوارضی که بابت استفاده از زمین برای قراردادن لوله ها و کابل های آب و برق دریافت می شود³². شهرداری ها دارای دو نوع اموال هستند که نسبت به یک دسته از این اموال دارای ید مالکانه اند ولی نسبت به اموال دیگر که جزو مشترکات عمومی هم محسوب می شوند صرفا دارای ید مدیریتی هستند یعنی شهرداری مسئول اداره و مراقبت کردن از این دسته از اموال می باشند بنابراین وقتی شهرداری مالک این اموال نیست یقینا نمی تواند بابت استفاده از آنها از اشخاص پول دریافت کند مثلا دریافت پول توسط پارک بانها را می توان با این استدلال غیرقانونی دانست.

4- عوارض تابلوهای تبلیغاتی

5- عوارض تغییر کاربری

به نظر می رسد کلیه عوارض محلی که در بالا ذکر شد غیر قانونی هستند چرا که اولاً این عوارض در مقابل ارائه خدمت نیست و دوما اینکه اساسا ماهیت محلی ندارند.

6- قانون تأمین اجتماعی: در ماده 38 این قانون، کارفرمایان مکلف شده اند که در قراردادهای پیمانکاری 5 درصد از هر پرداختی را بعلاوه قسط آخر پرداخت کسر کنند و نزد خود نگهدارند و پیمانکار نیز باید در انتهای قرارداد مفصاحساب تأمین اجتماعی ارائه دهد و بعد از آن به کارفرما مراجعه نموده و این مبالغی را که کارفرما نگه داشته است باز پس گیرد.

فرق ماده 38 تأمین اجتماعی با ماده 104 قانون مالیات مستقیم: در ماده 104 گفته شده که کارفرما مالیات را کسر و بلافاصله به حساب اداره مالیات واریز نماید یعنی کارفرما مالیات را نزد خودش نگه نمی دارد اما در ماده 38 کارفرما مبلغ مذکور را کسر کرده و نزد خودش نگه می دارد و به سازمان

³². قانون عمران و نوسازی در مورد کانال های حفر شده مقرر کرده نموده که لازم است فقط به وضعیت سابق برگردند.

تأمین اجتماعی پرداخت نمی کند، و بعد از اینکه پیمانکار بیمه کارگزارانش را به تأمین اجتماعی پرداخت کرده و رسید آنرا به کارفرما ارائه داد در آن صورت کارفرما مبالغی را که جهت تضمین نزد خودش نگه داشته بود را به او پرداخت می کند.

ماده 38 بسیار ایراد دارد و لازم است که تغییر کند، چون با این حساب ممکن است یک پروژه ای 5 سال طول بکشد و این مبالغ کسر شده به جای اینکه به حساب تأمین اجتماعی واریز شود نزد کارفرما بماند و حال آنکه دلیلی وجود ندارد که مبالغ بیمه کارگران تا پایان قرارداد پیش کارفرما باقی بماند، بنابراین ماده 104 بهتر است. دومین ایرادی که از این ماده ناشی می شود این است که هنگامی که پیمانکاران به کارفرما مراجعه می کنند تا مفاصاحساب خود را جهت تسویه به کارفرما ارائه دهند و در نتیجه مبالغ خود را از کارفرما بازپس گیرند، معمولاً کارفرمایان در پرداخت این پول تعلل می کنند و این امر هم بخاطر عدم وجود ضمانت اجرا جهت بازپس دادن مبالغ نزد کارفرما می باشد).

علی رغم اینکه قصد قانونگذار این بوده که از پرداخت بیمه کارگران توسط پیمانکاران اطمینان حاصل شود ولی باز شاهد این هستیم که حتی با وجود این ماده باز پیمانکاران، کارگران خود را بیمه نمی کنند و یا اینکه اگر صد کارگر دارند، هنگام ارائه لیست کارگران به تأمین اجتماعی، اسم 50 کارگر را درج می کند و بقیه را قید نمی کنند.) و اساساً ماده 38 که برای اطمینان از بیمه شدن کارگران بود باز بیمه آنها به مشکل بر می خورد.

7- قانون کار

8- قانون بیمه

9- قانون ثبت علائم و اختراعات

10- قوانین بورس و اوراق بهادار (مثلاً قانون انتشار اوراق مشارکت که خیلی مهم است) این قانون برای جاهایی است که دولت برای انجام پروژه هایش اوراق مشارکت توزیع می کند که این امر تابع قانون

انتشار مشارکت است. (یعنی چه بخش خصوصی منتشر کند و چه بخش دولتی، این قانون بر آن حاکم است) یا مقررات مربوط به انتشار اوراق صکوک (چک).

3- اسناد بین المللی: ما به برخی از معاهدات ملحق شده‌ایم که بعضا معاهدات 2 جانبه یا معاهدات عام تر یا معاهدات منطقه ای مثل موافقت نامه‌ای مربوط به اجتناب از مالیات مضاعف است که در قراردادهای اداری تأثیر می‌گذارند. ما با این ضرورت که یک ماخذ درآمدی مشمول دو مالیات نشود با خیلی از کشورها موافقت نامه‌های اجتناب از مالیات مضاعف منعقد کرده‌ایم. مثلا یک شرکت ثبت شده خارجی وقتی در ایران قراردادی را منعقد می‌کند هم مشمول پرداخت مالیات در ایران خواهد شد و هم در کشور خود.

علاوه بر این اسناد، یکسری دیگر از اسناد وجود دارد که توسط سازمانهای بین المللی مثل WTO یا صندوق بین المللی پول و... که به کشورها و سازمانهای دیگر وام می‌دهند وضع می‌شود. این سازمانها جهت ارائه خدمات وام و تامین مالی خود، مقررات و فرمها خاصی را دارند که بر اساس پذیرش این مقررات و اسناد توسط وام گیرندگان، به ارائه‌ی تامین مالی و فاینانس پروژه‌ها می‌پردازند.

علت این امر کسب اطمینان از صرف مبالغ تخصیص داده شده‌ی توسط صندوقها، در پروژه های موردنظر می باشد مثلا مطابق این مقررات این اسناد، پروژه باید به پیمانکاری داده شود که توانایی اجرای پروژه را داشته باشد.

این اسناد شامل سه سند است (که به فارسی هم ترجمه شده است) و در آن جریان برگزاری مناقصه یا تأمین کالا و خدمات عمومی باید منطبق با این آئین نامه انجام شود، در غیر این صورت این صندوقها وام ها و هدایایشان را به آن پروژه اعطا نمی‌کنند.

4- رویه قضائی: در ارتباط با رویه قضائی متاسفانه به دلیل اینکه دیوان عدالت اداری خودش را صالح به رسیدگی به شکایت های مربوط به قراردادهای دولتی نمی داند ما رویه قضائی خیلی زیادی نداریم به جز چند رأیی که آن هم به رد صلاحیت دیوان از خودش مربوط می شود. در دادگاههای عمومی (دیوان عالی کشور) هم تقریبا آرای وحدت رویه وجود ندارد.

دیوان استناد کرده که چون قراردادهای ماهیت ترافیعی دارند بنابراین در صلاحیت دیوان قرار نمی گیرد این اصطلاح ترافیعی بودن به نظریه ای که در حقوق اداری فرانسه است بر می گردد و این استناد اشتباه است به این دلیل که اصولا بقیه دعاوی دیوان هم ماهیت ترافیعی دارد (اختلاف و ترافیعی بودن در همه اعمال دولت اعم از اعمال موردی دولت و هم در اعمال نوعی دولت و هم در قراردادهای دولت امکان ظهور و بروز دارد بنابراین از این جهت هیچ تفاوتی بین دعوایی که الان در دیوان رسیدگی می شود با دعوایی که مربوط به قراردادها است وجود ندارد.

آخرین رأی مربوط به این قضیه مربوط به 2، 3 هفته پیش بود که هیأت عمومی دیوان به استناد آرای قبلی خودش از خود سلب صلاحیت کرد (که مربوط به پیمانهای ارزی بود. پیمانهای ارزی پیمانهایی است که در تجارت بین الملل تجار با دولت می بندند تا ارز ترجیحی که دولت به آنها داده است را دوباره به دولت برگردانند).

البته اخیرا بعضی از شعب دیوان، مقداری از این رای و نظر فاصله گرفته اند و بنابراین مواردی که مستقیما به خود قرارداد مربوط نمی شود را رسیدگی می کند مثلا اگر کسی تا زمان انعقاد قرارداد در مورد مراحل برگزاری مناقصه شکایت داشته باشد، چون هنوز منجر به قرارداد نشده، مورد رسیدگی قرار می گیرد.

مورد دیگری که دیوان اعلام صلاحیت کرده مربوط می شود به فسخ بدون دلیل (فسخ بدون دلیل پیمانهای عمومی) ماده 48 می گوید که اگر دولت صلاح بداند که قرارداد را بدون دلیل فسخ کند می تواند این کار را انجام دهد ولی در مورد خود فسخ و آثار ناشی از فسخ نمی شود در دیوان شکایت کرد

چون باز هم خصلت قراردادی دارد ولی یک کلمه ای در ماده 48 تحت عنوان: "بنا به مصلحت"، ذکر شده که بر اساس آن، چنانچه پیمانکار ادعا داشته باشد که اساسا مصلحتی وجود نداشته (یعنی هیچ مصلحتی برای خاتمه پیمان وجود نداشته است) در این صورت دیوان به آن رسیدگی خواهد کرد (فسخ به مصلحت) در این صورت "تصمیم به خاتمه دادن به مصلحت"، قابل ابطال در دیوان است، چون خود این تصمیم یک تصمیم موردی است و این تصمیم ماهیت قراردادی ندارد.

مقررات اداری که بر قراردادهای اداری حاکم است:

مقررات اداری در حوزه قراردادهای اداری را می توان به دو دسته تقسیم نمود یکی آئین نامه ها و بخشنامه ها و دیگری قراردادهای همسان (قراردادهای تیپ).

مجموعه ای از آئین نامه هایی که به قراردادهای اداری می پردازند عبارتند از:

1- آئین نامه تضمین برای معاملات دولتی: در این مقرره چند نوع ضمانت نامه نام برده شده است:

الف) ضمانت نامه شرکت در مناقصه. (بسیار مهم است).

ب) ضمانت نامه پیش پرداخت

ج) ضمانت نامه انجام تعهدات

د) تضمین حسن انجام کار

2- آئین نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به پیمانکاران

3- آئین نامه پیش پرداخت و علی الحساب موضوع ماده 61 قانون محاسبات عمومی

4- آئین نامه ارجاع کار به پیمانکاران پروژه های صنعتی به روش طرح و ساخت

5- آئین نامه در خصوص نحوه انتخاب و ارجاع کار به مشاوران در پروژه های صنعتی و غیر صنعتی به

روش غیر از طرح و ساخت

6- دستورالعمل انتخاب و انعقاد قراردادهای مدیریت طرح

7- تصویب نامه راجع به نظام فنی و اجرایی طرح های عمرانی کشور

8- نظام اجزائی طرح های صنعت نفت

بخش دوم مقررات اداری قراردادهای اداری مربوط می شود به ماده 23 قانون برنامه و بودجه مصوب 1351 که در خصوص قراردادهای پیمان (همسان) می باشد.

قرارداد پیمان (قرارداد مقاطعه کاری)

گاهی اوقات دولت برای تأمین نیازمندیهای عمومی و انجام بخشی از وظایف محوله خود آنها را از طریق انعقاد قرارداد به بخش خصوصی واگذار می کند، به این نوع قراردادها که دولت بر اساس آن خدماتی را دریافت و یا پروژه های زیربنایی خودش را (ساختمانها-جاده-سد و ...) به انجام می رساند را پیمان عمومی³³ می گویند.

پیمان عمومی یکی از مهمترین و اصلی ترین قراردادهای اداری محسوب می شود چرا که بخش زیادی از فعالیت های دولت از طریق همین نوع از قراردادها انجام می شود. این قرارداد دارای ویژگی هایی به قرار ذیل می باشد:

اول اینکه پیمان، یک قرارداد اداری محسوب می شود. یعنی همه ویژگی های قراردادهای اداری را دارا می باشد لذا اولاً یک طرف این قرارداد حتماً یک واحد دولتی است دوماً طرف دیگر قرارداد یک شخص حقوقی است. سوماً موضوع قرارداد تأمین یک نیاز عمومی یا ارائه یک خدمت عمومی است چهارم اینکه

³³. در متون و مقررات، علاوه بر اصطلاح پیمان عمومی از اصطلاحات قرارداد پیمان و مقاطعه نیز نام برده شده است.

دولت در این قرارداد از یک سری امتیازات و برتری‌هایی نسبت به طرف مقابل خود برخوردار است (قرارداد در سطح شیب دار).

دوم اینکه این قرارداد یک قرارداد اداری معین است (یعنی علاوه بر اینکه از شرایط عمومی حاکم بر قرارداد های دولتی تبعیت می‌کند شرایط اختصاصی این قرارداد هم توسط ابلاغیه‌ای که سازمان برنامه و بودجه سابق صادر کرده مشخص شده است، بنابراین جزو عقود معین اداری محسوب می‌شود).

بخش خصوصی نیز همانند بخش دولتی می‌تواند پیمان ببندد و بخشی از فعالیت‌هایش را از طریق قرارداد واگذار کند ولی عبارت "عمومی" نشان می‌دهد که پیمانی مورد نظر ماست که توسط بخش دولتی منعقد شود.

ما در قرارداد پیمانکاری موضوع ذیل را مورد بررسی قرار خواهیم داد:

1- منابع حقوقی پیمان عمومی: مهمترین منبع حقوقی یا مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری در ایران ماده 23 قانون برنامه و بودجه مصوب 1351³⁴ است. ماده 23 قانون برنامه بودجه³⁵ به سازمان مدیریت سابق یا سازمان برنامه و بودجه سابق اختیار ایجاد قراردادهای همسانی را داده است که در طرح های عمرانی و غیر عمرانی مورد استفاده قرار گیرد و شرایط عمومی پیمانهای عمومی و فعالیت های مقاطع کاری دولت را تنظیم نماید. بنابراین مقام اداری بر اساس اجازه ای که قانونگذار به وی داده است شرایط عمومی پیمان را تنظیم و قوانین پیمان را مدون سازی می‌کند. دولت بر اساس ماده 23

³⁴ سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها و همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرحهای عمرانی، آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب

هیأت وزیران براساس آن دستورالعمل لازم به دستگاههای اجرایی ابلاغ می‌نماید و دستگاههای اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند.

³ این قانون هنوز هم دارای اعتبار می‌باشد.

قانون برنامه و بودجه، قراردادهایی را ایجاد می کند که اصطلاحاً به آن قراردادهای همسان و یا قراردادهای تیپ می گویند.

در سال 1352 ماده 23، دارای یک آئین نامه اجرایی شد که بر اساس این آئین نامه اجرایی پیمانهای عمومی و قراردادهای همسان به 3 گروه تقسیم می شوند یعنی دولت اجازه دارد 3 نوع پیمان یا قراردادهای عمومی را تنظیم نماید:

1- گروه اول (پیمانهای لازم الاجرا): این پیمانها، پیمانهایی هستند که سازمان برنامه و بودجه سابق ابلاغ کرده و بخش های دولتی و دستگاه های اجرایی طرفاً مکلف هستند از این قراردادها استفاده نمایند و مجاز به استفاده از قراردادهای دیگری نمی باشند همچنین سازمان های دولتی مجاز به هیچ گونه تغییری در مفاد آن نبوده و امکان تغییر مفاد آنرا ندارند. پس در این نوع از پیمانها دو نکته وجود دارد اول اینکه دستگاهها ملزم هستند فقط از این نوع پیمان استفاده کنند و دوم اینکه مجاز نیستند که مفاد چنین پیمانی را تغییر بدهند.

این مدل قراردادهای پیمان عمومی، هم دارای شرایط عمومی است و هم دارای شرایط اختصاصی. علی رغم اینکه در فرم های پیمان عمومی، شرایط خصوصی و اختصاصی نیز پیش بینی شده است ولی این شرایط هم، تا حدود زیادی از قبل توسط دولت مشخص شده است (یعنی دستگاههای اجرایی امکان دخل و تصرف در شرایط قرارداد را ندارند)

شرایط عمومی پیمان در پروژه های عمرانی، دارای 54 ماده است و آخرین ابلاغیه نیز تحت عنوان بخش نامه در سال 1378³⁶ به دستگاه های اجرایی ابلاغ شده است (یعنی از سال 78 به بعد شرایط

³⁶ شرایط عمومی پیمان و شرایط خصوصی پیمان بر اساس بخشنامه شماره 102.108854.842 در تاریخ 78.3.3 به دستگاه های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردید. این موافقتنامه (شرایط عمومی و شرایط خصوص پیمان و مقررات آنها) به استناد ماده 23 قانون برنامه و بودجه، آیین نامه اجرایی آن و نظام فنی و اجرایی طرح های عمرانی کشور (مصوبه 24525/ت13898 هـ مورخ 75.4.4 هیات وزیران) از نوع گروه اول (لازم الاجرا) به شمار می رود و می بایست برای انعقاد پیمان ها مورد استفاده قرار گیرد. در مواردی که این مجموعه، به طور کامل پاسخگوی نیاز کار نباشد، دستگاه اجرایی تغییرات مورد نظر خود را به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می نماید تا پس از تایید معاونت راهبردی ریاست جمهوری (سازمان برنامه بودجه) به مورد اجرا گذاشته شود. لازم به ذکر است طی این بخشنامه پیمان های حمل و نقل، پیمان های خرید مصالح، تجهیزات و ماشین آلات و پیمانهای تهیه و

عمومی نوع اول تا الآن تغییری نکرده است البته بخش خصوصی پیشنهادات زیادی جهت اصلاح آن داشته ولی تا به حال تغییری نکرده است).

بند اول بخشنامه- (منظور از گروه اول پیمانها): به استناد ماده 23 ق برنامه و بودجه آئین نامه اجرایی آن... نظام فنی اجرایی)

ساختار عمومی قرارداد پیمان دارای 4 جزء است: جزء اول، موافقتنامه (موضوعاتی از قبیل طرفین قرارداد، مبلغ پروژه و ...) جزء دوم، شرایط عمومی (تمام مفاد حقوقی قرارداد در آن مندرج است) جزء سوم، شرایط خصوصی (اطلاعاتی که با توجه به نوع پیمان باید تکمیل شود نظیر مراحل پرداخت، نرخ تعدیل و...) جزء چهارم، ضمايم یا پیوست ها (مواردی از قبیل اطلاعات فنی، فهرست بها، نقشه ها، اطلاعات مربوط به ساخت پروژه و...)

2- گروه دوم قراردادهایی است که استفاده از آنها لازم الاجرا است (یعنی بخش دولتی در ارتباط با این گروه حتما باید از شرایطی که دولت اعلام کرده استفاده کند) اما طرفین در شرایط خصوصی می توانند برخی از مفاد آن را تغییر دهند و بنابراین اجازه به بخش دولتی داده شده است که بر سر برخی از مفاد و شرایط عمومی قرارداد، در چارجوب شرایط خصوصی توافق کنند.

پس قراردادهای نوع دوم اولاً از این حیث که فرمتی لازم الاجراست با گروه اول فرقی ندارد منتهی در آن مکانیزمی طراحی شده است که طرفین امکان تغییر برخی از مواد شرایط عمومی در شرایط خصوصی را داشته باشند. پس در قالب شرایط خصوصی می توان موادی را درج نمود که مواد مندرج در شرایط عمومی را فسخ نماید. پس در متن شرایط خصوصی سه اقدام می تواند صورت گیرد که عبارتند از پاک شدن شروطی که در شرایط عمومی ذکر شده است، اضافه کردن مواد، تغییر دادن مواد مندرج در شرایط عمومی.

نصب تجهیزات صنعتی که بیشتر از 75 درصد برآورد هزینه آنها مربوط به تهیه تجهیزات و ماشین آلات است، مشمول این بخشنامه (شرایط عمومی پیمان و شرایط خصوصی پیمان) نیست.

پس گروه دوم قراردادهای گروهی است که استفاده از این قرارداد، در آن شاخه ای که اعلام می شود لازم الاجراست ولی امکان مذاکره و توافق بر سر آن وجود دارد که روش مذاکره و توافق در این نوع قرارداد اصلاح مواد شرایط عمومی در شرایط خصوصی می باشد.

3- اما گروه سوم از قرارداد های همسان کاملا توصیه ای و ارشادی است یعنی اصلا الزامی در تنظیم قرارداد بر اساس آن فرم و قرارداد همسانی که دولت ابلاغ می کند وجود ندارد و لذا دستگاههای اجرایی می توانند از این فرم استفاده نکنند یا نکنند مثلا در سال 1383 سازمان برنامه سابق (معاونت راهبردی)، قرارداد واگذاری لیسانس و دانش فنی برای فرایندهای تولید محصول را به دستگاههای اجرایی، مشاوران و پیمانکاران ابلاغ کرد و در بخشنامه اعلام شد این قرارداد، از نوع گروه سوم است یعنی دستگاههای اجرایی ملزم به اجرای آن نیستند اما نوعا سازمانهای دولتی برای اینکه در معرض اتهام قرار نگیرند، بصورت داوطلبانه از فرم های گروه سوم استفاده می کنند.

قرارداد پیمان چه نوع قراردادی است آیا پیمان یک عقد لازم است یا جایز؟ قرارداد پیمان علی الاصول باید یک عقد لازم باشد (یعنی عقدی که هیچیک از طرفین، بدون اجازه دیگری حق خارج شدن از قرارداد را ندارند) در اغلب کتابها هم ذکر شده است که پیمان، یک عقد لازم است و معتقدند که پیمان اولاً جزء عقود عهدی است و ثانياً اینکه چون اصل بر لزوم است قانونگذار باید عقود جایز را از قبل احصاء کند و حال قانونگذار در هیچ کجا اشاره به جایز بودن عقد پیمان نکرده است.

اما در شرایط عمومی پیمان، ماده 48 وجود دارد که اصطلاحاً به آن فسخ به مصلحت می گویند و بر اساس آن اجازه یا اختیار فسخ بدون دلیل و فسخ بدون مدت به مقامات دولتی داده شده است.

در ماده 48³⁷ آمده است که اجازه فسخ قرارداد بصورت یکجانبه و یک طرفه به سازمانهای دولتی داده شده است و لذا مطابق این ماده جهت فسخ پیمان ، نیازی به احراز تخلف از سوی پیمانکار نیست و علاوه بر این قانونگذار برای این فسخ، هیچ مدتی را پیش بینی نکرده است.

عده ای معتقدند که وجود ماده 48 در شرایط عمومی پیمان، موجب بطلان شرایط عمومی پیمان شده است. استدلال این دسته در حقوق خصوصی این است که شرط فسخ بدون مدت باطل و مبطل عقد است. در قراردادهای خصوصی می توان، فسخ بدون دلیل را پیش بینی کرد ولی حتما باید برای آن، مدت تعیین شود.

پس پیمانکارها می توانند به نوعی مدعی شوند که اساسا شرایط عمومی پیمان بخاطر وجود ماده 48، باطل است. اما سازمانهای دولت ها مدعی هستند که ماده 23 قانون برنامه و بودجه اجازه تهیه قرارداد همسانی را به ما داده است ولی به هر حال، از جهت سلسله مراتب منابع حقوقی جزء مقررات اداری محسوب می شود و لذا مقررات اداری نمی تواند با قانون مغایرت داشته باشد چرا که اگر مغایرت داشته باشد قاضی بموجب اصل 170 می تواند این قرارداد اداری را اجرا نکند.

استدلال دیگری نیز در مقابل این استدلال وجود دارد که مبتنی بر قواعد حقوقی عمومی است(یک اصلی تحت عنوان اصل انطباق پذیری، یا پویایی در حقوق عمده وجود دارد). در حقوق اداری فرانسه، برخی از اعمال دولتی هستند که برای او مسئولیت ایجاد نمی کند که یکی از آن عمل حاکم است لذا استدلال می شود که وجود ماده 48 در شرایط عمومی پیمان، اگرچه با قواعد عمومی قراردادهای

³⁷ . هر گاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان ، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار شود ، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر ، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد ، خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل ، که نباید بیشتر از 15 روز باشد ، به پیمانکار ابلاغ می کند . کارفرما کارهایی را که ناتمام ماندن آنها موجب بروز خطر یا زیان مسلم است در این ابلاغ تعیین می کند و مهلت بیشتری به پیمانکار می دهد تا پیمانکار بتواند در آن مهلت ، این گونه کارها را تکمیل کند و کارگاه را آماده تحویل نماید.

خصوصی سازگار نیست ولی با قواعد عمومی قراردادهای اداری و عمومی سازگار است چرا که دولت تامین کننده ی مصالح عمومی است مثلاً بدلیل عدم تأمین بودجه، تغییر موضوع قرارداد و تغییر موضوع خدمت عمومی می تواند بصورت یکجانبه از قرارداد خارج بشود البته باید خسارت پیمانکار بصورت فوری، مناسب و منصفانه پرداخت شود.

سومین استدلال در مورد ماهیت شرایط عمومی پیمان و اینکه پیمان عقدی است جایز یا لازم، این است که ماده 23 قانون برنامه و بودجه به مقام عمومی اجازه داده است که چنین قراردادی را تنظیم کند و این بصورت ضمنی به معنای آن است که مفاد همان قرارداد را نیز می تواند تغییر دهد.

اما نظر صحیح آن است که گفته شود، مقام عمومی که همان سازمان برنامه و بودجه سابق یا معاونت راهبردی است قراردادی را ایجاد کرده است که از طرف کارفرما (دولت) جایز است و از جانب پیمانکار لازم است ما مشابه این نهاد را در عقد رهن نیز داریم.

پس بطور خلاصه در مورد ماهیت عهد پیمان سه نظر وجود دارد که عبارتند از لازم بودن عقد پیمان، جایز بودن از طرف کارفرمای دولتی و لازم بودن از طرف پیمانکار و در آخر اینکه این قرارداد بواسطه وجود ماده 48 اساساً باطل است.

خلاصه آنکه، بر اساس ماده 48 کارفرمای دولتی در هر زمان و بنا به مصالح عمومی و بدون اینکه حتی طرف مقابل تعهدات خودش را نقض نکرده باشد می تواند پیمان را فسخ بکند، به همین دلیل عده ای معتقدند که پیمان عمومی از طرف کارفرما جایز است و از طرف پیمانکار لازم است، عده ای دیگر هم می گویند پیمان عمومی یک عقد لازم است که یکی از طرفین (کارفرمای دولتی) حق فسخ بدون مدت را برای خودش پیش بینی کرده است.

کدام نظر درست است؟ اگر نظر دوم را بپذیریم، مطابق قانون مدنی شرایط عمومی پیمان، یک قرارداد باطل خواهد بود چرا که حق فسخ بدون مدت هم باطل و هم مبطل عقد است (یعنی شرطی در شرایط عمومی پیمان قید شده است که نه تنها آن شرط باطل است بلکه قرارداد را هم باطل می کند)

اگر بگوئیم که شرایط عمومی پیمان قراردادی است که از طرف کارفرما، جایز است و نسبت به پیمانکار لازم است با منطق حقوقی سازگاری بیشتری دارد چون ما مشابه این مطلب را در عقد رهن هم داریم که نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است منتهی تنها ایرادی که باقی می ماند این است که یک عقدی جایز (نسبت به هریک از طرفین یا نسبت به 2 طرف) نیاز به حکم قانونگذار دارد چون در عقود اصل بر لازم بودن است، ولی می بینیم که ما هیچ مقرره قانونی نداریم که در مورد شرایط عمومی پیمان اعلام کرده باشد که نسبت به کارفرما عقدی جایز است. بهترین و راحت ترین کار برای اصلاح این امر آن است که برای ماده 48 مدت تعیین شود (یعنی برای حق فسخ دولت، مدت پیش بینی شود).

دولت اگر بخواهد از ماده 48 سوء استفاده نکند (یعنی مثلاً مصلحتی وجود نداشته باشد که بخواهد در نتیجه به آن قرارداد را فسخ کند) در اینجا پیمانکار خصوصی می تواند علیه دولت در دیوان عدالت اداری شکایت کند، چرا در دیوان؟ چون دیوان عدالت اداری نسبت به این قسمت از ماده 48 که بیان نموده "در صورت مصلحت می تواند فسخ کند" صالح به رسیدگی است بنابراین چنانچه دیوان متوجه شود که مصلحتی برای فسخ وجود نداشته، می تواند تصمیم را ابطال کند.

در شرایط عمومی پیمان آمده است که اگر دولت پرداخت به موقع انجام ندهد پیمانکار خصوصی حق مطالبه خسارت از او را ندارد و خسارت تأخیر یا وجه التزام بگیرد (چرا که در قرارداد پیش بینی نشده است) البته بعضی ها می گویند که بموجب قانون مدنی می تواند با توجه به نرخ بانک مرکزی مطالبه کند.

در حالیکه برای پیمانکار خسارت تأخیر پیش بینی نشده است (یعنی اگر پیمانکار کارش را به موقع انجام ندهد باید خسارت بدهد).

اگر کارفرما در پرداخت تأخیر کرد پیمانکار می تواند چه اقدامی را انجام دهد؟ یک مفهومی تحت عنوان ادعا، در شرایط عمومی پیمان است که پیمانکار بر اساس آن می تواند دو چیز را از کارفرمای دولتی

مطالبه کند و کارفرما باید آن دو را انجام دهد. 1- تمدید مدت (یعنی به میزان مدتی که کارفرمای دولتی در پرداخت تأخیر کرده است پیمانکار نیز می‌تواند قرارداد را به همان میزان ادامه دهد. 2- مطالبه وجوه اضافه (یعنی پیمانکار می‌گوید در مدتی که کارفرمای دولتی پرداخت را انجام نداده است عملاً نیروی و تجهیزات و ... معطل مانده است لذا خسارت وارد شده باید به مبلغ قرارداد اضافه شود. البته یک راه حل دیگری هم وجود دارد که اگر پیمانکار ملاحظه کرد که قرارداد از یک دوره ای (مثل دوره 3 ساله و...) بیشتر شد می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در شرایط عمومی پیمان، کارفرما می‌تواند دو مرتبه‌ی 3 ماهه، قرارداد را تعلیق کند.

قرارداد پیمان، عقدی عهدی است یا تمکیلی؟ **عهدی است.**

قرارداد پیمان، عقد مستمر است یا عقد فوری؟ **عقد مستمر است**

قرارداد پیمان، عقد تشریفاتی³⁸ است یا رضائی؟ اغلب منابع ذکر شده است که پیمان یک عقد تشریفاتی است چرا که برای صحت قرارداد نیاز به تشریفاتی مثل ثبت اسناد می‌باشد همچنین استدلال دیگر در این زمینه این است که چون برای انتخاب پیمانکار می‌بایست تشریفات مناقصه و مزایده رعایت شود پس این عقد یک عقد تشریفاتی است اما این گفته صحیح نیست چرا که وجود تشریفات در قرارداد نشان دهنده این نیست که این قرارداد تشریفاتی است.

به نظر می‌رسد پیمان، یک عقد رضائی است و تشریفات پیش از انعقاد قرارداد مثل مناقصه و مزایده ارتباطی به شرایط اساسی صحت معامله ندارد و لذا صحت قرارداد، منوط به طی کردن آن تشریفات نیست اگرچه دولت مکلف است جهت انتخاب طرف مقابل خود، تشریفاتی را رعایت کند ولی این تشریفات اثری در صحت قرارداد ندارد.

³⁸ . در واقع عقود تشریفاتی عقود هستند که شرایط خاصی که مقنن در رابطه با نحوه انعقاد قرارداد و تنظیم مفاد قرارداد بیان کرده است حتماً باید در آن

آیا پیمان یک عقد الحاقی است یا عقدی معمولی^{۳۹}؟ پیمان یک عقد الحاقی است (یعنی این قرارداد قابل مذاکره نیست در واقع عقد الحاقی به این صورت است که یکی از طرفین قرارداد شرایط و مفاد قرارداد را از قبل تعیین می کند و طرف دیگر به آن شرایط ملحق می شود. (مثلاً شرایطی را که بانکها در مورد خدمات پرداخت وام در قراردادها قید می کنند، غیرقابل تغییر هستند، لذا این قراردادها، الحاقی محسوب می شوند).

در بسیاری از کتابها کلیه انواع پیمان عمومی را، عقد الحاقی دانسته اند که این اشتباه است و صحیح آن است که پیمان عمومی چنانچه از نوع گروه اول باشد، یک عقد الحاقی است ولی چنانچه از نوع گروه دوم یا سوم باشد یک عقد الحاقی نیست و لذا قابل مذاکره می باشد (توافقی). چرا که در ماده 23 پیش بینی شده است که پیمانکار می تواند، با سازمان دولتی مذاکره کند و نحوه اعمال این مذاکرات در قرارداد، از طریق درج در شرایط خصوصی می باشد.

پیمان یک عقد معوض^{۴۰} است یا غیر معوض؟ از آنجایی که پیمان یک عقد معوض است بایستی حق حبس هم در آن پیش بینی شده باشد. در نظام حقوقی ایران حق حبس یا تعلیق فقط برای کارفرما پیش بینی شده است لذا پیمان عمومی در ایران، عقد معوضی است که فقط یکطرفه آن حق حبس دارد.

اصطلاح حق حبس در پیمان عمومی وارد نشده است بلکه بجای آن از عبارت تعلیق قرارداد استفاده شده است (تعلیق گسترده تر از حق حبس است و لذا می تواند شامل مواردی فراتر از حق حبس هم

³⁹ منظور از عقد معمولی عقدی است که شرایط آن بین طرفین مورد مذاکره قرار می گیرد.

منظور از عقد الحاقی عقدی است که شرایط یکی از طرفین قبلاً معلوم و عرضه داشته است و طرف مقابل ناگزیر به قبول یا رد آن میباید مانند پاره ای قراردادهای استخدامی.

⁴⁰ عقد معوض آنست که هر یک از طرفین (طرف ایجاب و طرف قبول) مکلف به دادن عوض باشد مانند عقد بیع که عوض آن از یکطرف ثمن و از طرف دیگر مثن نامیده میشود.

باشد در واقع حق حبس، فقط زمانی معنا پیدا می کند که طرف مقابل تعهدات خودش را انجام نداده باشد درحالیکه تعلیق فقط شامل این مورد نمی شود و موارد دیگری را نیز در بر می گیرد.

مثال حق حبس: کارفرما در صورتی که مشاهده کند پیمانکار وظایفش را انجام نمی دهد از پرداخت خودداری می کند یا اینکه پیمانکار چنانچه در مقابل ارائه ی صورت وضعیت های خود از کارفرما عوضی را دریافت نکند، از انجام کار خودداری می کند.

مثال تعلیق: در قوانین و مقررات دو گونه حق تعلیق احصا شده است که هر دو مورد برای کارفرمای دولتی است که عبارتند از تعلیق به مصلحت و تعلیق بدون دلیل. (سازمانهای دولتی می توانند برای 2 دوره متوالی کار را تعلیق کند).

طرف های پیمانی:

پیمان، دارای دو طرف اصلی است که یکی کارفرما و دیگری پیمانکار است حال اگر دولت برخی از اجزای پیمان مثل بخش های طراحی و مهندسی و نظارت را به شخص دیگری واگذار کند طرف سوم نیز به قرارداد اضافه خواهد شد که این شخص هم به نوعی پیمانکار دولت محسوب می شود ولی از طرف دیگر نماینده کارفرما در مقابل پیمانکار است به این فرد مشاور گفته می شود. پس در این نوع قراردادها سه طرف وجود دارد 1- کارفرما 2- پیمانکار 3- مشاور.

نوع دیگری از پیمان های عمومی وجود دارد که دارای 4 عامل است: 1- کارفرما 2- پیمانکار 3- مشاور 4- مدیر طرح (manager)

در این نوع از پیمان ها طرف چهارم که مدیر طرح می باشد اضافه می شود، وظیفه مدیر طرح این است که مدیریت پروژه را از جانب کارفرما، بر عهده بگیرد (CX-XC). وظایفی چون انتخاب و تهیه اسناد مناقصه، برگزاری مناقصه، تهیه اطلاعات اولیه و... بر عهده ی مدیر طرح می باشد.

علت بوجود آمدن عامل چهارم این است که عمدتاً کارفرماهای دولتی حتی دانش اولیه جهت اجرای پروژه را ندارند و در بعضی موارد حتی از توانایی انتخاب مشاور و پیمانکار نیز بی بهره اند.

در پیمانهای عمومی اساسا دو نوع مدیریت طرح وجود دارد:

1- مدیر طرح با پذیرش ریسک و مسئولیت⁴¹ (CMR): در این نوع از مدیریت، مدیر طرح ریسک پروژه را می پذیرد. به نظر می رسد که مادر ایران، MC at risk نداریم چرا که که تعهدات مدیر طرح در ایران، تعهد به وسیله و تلاش است و فقط وظایف محوله به خود را انجام می دهد و در مقابل انجام وظایف خود عوض دریافت می کند. پس مدیر طرح صرفا درصد یا حق الزحمه ای را بابت اجرای پروژه، اجرای تشریفات مناقصه، انتخاب طرحهای قرارداد و نظارت بر عملکرد طرفهای قرارداد تا انتهای قرارداد دریافت می نماید.

2- مدیر طرح بدون پذیرش ریسک پروژه (CM)

انواع الگوهای پیمانکاری با توجه به عوامل چهارگانه فوق به قرار ذیل می باشد:

1- پیمان تک عاملی (روش امانی): یعنی اینکه کارفرمای دولتی اساسا فعالیت های مربوط به طرح را، خودش بصورت امانی انجام می دهد. یعنی با انعقاد قرارداد و با استفاده از نیروهای داخلی اش کارها را انجام می دهد. در نتیجه در این نوع پیمان کارفرمای دولتی، چند نقش را ایفا می کند: 1- سرمایه گذار 2- طراحی 3- تأمین و تدارک 4- اجرا

2- پیمان دو عاملی (کلید در دست⁴²):

این پیمان دارای دو طرف است که شامل 1- کارفرمای دولتی 2- پیمانکار می باشد. یعنی اینکه کل کار (از ابتدا تا انتها) به یک پیمانکار سپرده شده است و پیمانکار پروژه را تا انتها انجام می دهد در این نوع پیمان، پیمانکار هم طراحی (e)، هم تأمین و تدارک (p) و هم اجرا (C) را خودش انجام می دهد. این روش نسبتا جدید است و معمولا با قیمت مقطوع به پیمانکارها سپرده می شود. اگر این نوع پروژه

⁴¹ مادر ایران یک قرارداد همان مدیریت طرح داریم که مشابه شرایط عهدهی پیمان است.

⁴² . EPC/ Turnkey

با قیمت مقطوع بسته نشود پیمانکاری که هم خودش طراحی می کند و هم اجرا می کند امکان دارد بگونه ای طراحی کند که مخارج زیادی را بر کارفرما تحمیل نماید که این امر به نفع کارفرمای دولتی نمی باشد.

در پروژه هایی که ریسک زیادی دارد، توصیه می شود که کارفرماها، با این روش پیمان را منعقد کنند چرا که این امر به ضرر پیمانکار خواهد بود و بنابراین پیمانکاران فقط زمانی که موضوع پیمان کاملا برای آنها شفاف باشد از (EPC Turnkey) استفاده می کنند (مثلا ساختن خانه و آپارتمان پیچیدگی خاصی ندارد ولی حفاری سد بسیار سخت و پیچیده است و لذا EPC Turnkey به ضرر پیمانکار خواهد شد چرا که پیمانکار نمی تواند پیش بینی کند که به هنگام حفاری با چه لایه ها و صخره هایی روبرو می شود یا مثلا اخیرا در اصفهان پروژه ای برای ترمیم و بازسازی فاضلاب وجود دارد که صد میلیارد هم بصورت مقطوع برای این پروژه در نظر گرفته شده است شاید پیمانکار به سختی قبول کند چرا که نمی داند داخل فاضلاب چه خبر است و به چه میزان نیاز به بازسازی دارد پس EPC Turnkey به نفع کارفرما است.

3- قرارداد سه عاملی (روش متعارف): این قرارداد شامل سه عامل کارفرما، مشاور و پیمانکار می باشد. در این نوع از پیمان سرمایه توسط کارفرما تأمین می شود. در این نوع قرارداد کارفرما از مشاور می خواهد که طراحی را انجام دهد و لذا قسمت مهندسی و طراحی را به مشاور واگذار می شود و پیمانکار نیز قسمت تامین و تدارک و ساخت را انجام می دهد (یعنی خرید مصالح و عملیات ساخت و ساز بر عهده پیمانکار می باشد). به این روش، اصطلاحا روش متعارف می گویند چرا که متعارف ترین روش برای اجرای پیمانهای عمومی در ایران، روش سه عاملی است. (و اساسا بخش دولتی ایران، عادت ندارد که از روش دیگری استفاده کند).

4- روش 4 عاملی: در این نوع قرارداد علاوه بر کارفرما، پیمانکار و مشاور، مدیر طرح نیز در قرارداد پیمان دخیل می شود. در این روش کارفرما بلافاصله با مدیر طرح قرارداد می بندد و مدیر طرح در واقع به نیابت از کارفرما بر فعالیت های مشاور و پیمانکار نظارت می کند. در این روش دولت یک وظیفه بیشتر ندارد و آن هم تأمین سرمایه است (چرا که علاوه بر واگذاری بخش طراحی و مهندسی، تأمین و تدارک و اجرا، بخش مدیریت پروژه را نیز واگذار کرده است).

روش تعیین قیمت در قراردادهای پیمان

جهت تعیین قیمت پیمان 3 روش وجود دارد که عبارتند از:

1- پیمان های (سرجمع یا گلوبال یا لام سام⁴³):

در این پیمان ها، پیمانکار به ازای اجرای طرح موضوع قرارداد، با مشخصات تصریح شده در قرارداد و مطابق استانداردهای مندرج در نقشه و طراحی، مبلغ مشخصی را دریافت می دارد. معمولاً هماهنگ با درصد پیشرفت کار، در مواعدهای معین، بخشی از مبلغ قرارداد به پیمانکار پرداخت می گردد. این قرارداد زمانی مفید و قابل استفاده خواهد بود که طراحی ها و نقشه ها بصورت دقیق محاسبه شده باشند ولی چنانچه ماهیت و جزئیات کار روشن نباشد موجب افزایش هزینه و حتی ورشکستگی پیمانکار خواهد شد. به عنوان مثال برای پروژه نوسازی فاضلاب اصفهان ارائه قیمت مقطوع و قطعی درست نمی باشد چرا که کمیت این پروژه مشخص نیست و برای پیمانکار بسیار خطرناک و دارای ریسک بالایی است اما در مقابل برای کارفرما بسیار مناسب می باشد.

⁴³ . Lump Sum contracts

این قراردادهای برای پروژه‌هایی که ریسک بالایی ندارند مثل ساختمان سازی روش بسیار خوبی هم برای پیمانکار و هم برای کارفرما است البته این روش موجب خواهد شد تا پیمانکار تا حد امکان اقدام به صرفه جویی در تامین و تدارک اجناس و ساخت نماید تا در نتیجه بر سود خود بیفزاید. بنابراین استفاده از روش قیمت مقطوع بسته به شرایط می‌تونه خوب یا بد باشد.

2- پیمان‌های مبتنی بر فهرست بها⁴⁴ (فهرست آحاد بها) :

در این پیمان‌ها، برای واحد هر یک از اقلام کار، که با مشخصات معینی انجام داده می‌شود، قیمت واحد در نظر گرفته شده است، کل اقلام کارها، برآورد می‌شود و قیمت کل عملیات و مبلغ قرارداد بر مبنای فهرست‌بها، تعیین می‌گردد، که به ازای آن پیمانکار طرح را در مدت معینی اجرا نماید. پرداخت به پیمانکار متناسب با پیشرفت کار و براساس صورت وضعیت‌هایی که پیمانکار ارائه می‌دهد، صورت می‌گیرد. هر صورت وضعیت حاوی شرح و میزان کارهای انجام شده تا تاریخ تنظیم آن می‌باشد که براساس آن قیمت کارهای انجام شده تا آن تاریخ محاسبه و پس از کسر پرداخت‌های قبلی و سایر کسورات مقرر، مابقی آن به پیمانکار پرداخت می‌شود. این روش برای مواردی که کمیت‌های آن مشخص نیست بسیار مناسب است. در ایران سازمان برنامه در معاونت جدید هر ساله، فهرست اقلام را اعلام می‌کند مثلاً قیمت هر متر خاکبرداری یا بتن ریزی و ... را محاسبه می‌کند و در اختیار قرار می‌دهد.

در این روش پیمانکار متناسب با تغییر میزان کمیت (اجرای پروژه) مبالغ بیش‌تری دریافت می‌کند لذا در اینجاست که پیمانکار برای افزایش سود خود به دنبال افزایش کمیت‌ها می‌رود. به عنوان مثال برای

⁴⁴ . Unit Price Contracts

احداث یک ساختمان به جای استفاده از 500 متر بتن از 700 متر بتن استفاده می کند و یا بجای استفاده از 100 تن میلگرد از 150 تن استفاده می کند.

3- پیمان های درصد هزینه (کاست پلاس⁴⁵):

در این پیمان ها، پیمانکار هزینه های اجرایی را پرداخته و در مواعدهای مقرر آن را به اضافه درصدی که پیشاپیش مورد توافق قرار گرفته، از کارفرما دریافت می کند. پیمانکار در مقابل این درصد، متعهد می شود که کار را در مدتی مشخص و طبق مشخصات تعیین شده در قرار داد انجام دهد. محاسبه هزینه کارهای انجام شده ممکن است به روش های مختلفی صورت پذیرد. در این پیمان معمولاً سقفی برای هزینه های کل تعیین می شود که اگر پیمانکار این کار را با هزینه کمتری به انجام برساند قسمتی از مبلغ صرفه جویی شده را به عنوان جایزه دریافت می کند و اگر کار را با هزینه بالاتر از حد معین انجام دهد باید جریمه ای بپردازد و یا حداقل، به مبلغ اضافه شده درصدی تعلق نمی گیرد .

به عبارت ساده تر پیمانکار به ازای میزان هزینه کرد، درصدی را دریافت می کند به عنوان مثال پیمانکار برای احداث یک ساختمان 500 میلیون هزینه نموده که این مبلغ به اضافه 5 درصد سود به او برگردانده می شود.

این روش در ایران و در مورد قراردادهای دولتی مورد استفاده قرار نمی گیرد چرا که موجب جهل به یکی از عوضین است و کارفرما از پرداخت مطلع نمی باشد. این روش برای پیمانکار در صورتی سودآور است که هزینه ها را افزایش دهد. این روش در بخش خصوصی برخلاف بخش دولتی مورد استفاده قرار می گیرد و برای اینکه قرارداد باطل نشود ابتدا در قرارداد یک عدد تقریبی را بر اساس طراحی انجام

⁴⁵ . Cost Plus Contracts

شده می نویسند و سپس شرطی را قرار می دهند که در صورت افزایش یا کاهش هزینه های اجرا، رقم پرداختی هم افزایش یا کاهش پیدا کند.

قیمت مقطوع ممکن است به سه روش تغییر پیدا کند که مهمترین آن شرط تعدیل است بنابراین در روش لام سام هم امکان تغییر قیمت وجود دارد. تعدیل به معنای تغییر در کمیت نیست. در واقع تغییر در کمیت در روش لام سام مورد پذیرش نیست بنابراین منظور از تعدیل، تعدیل در قیمت ورودی ها و اقلام است یعنی چنانچه قیمت ، اقلام، اجناس مورد استفاده در موضوع قرارداد و نیروی انسانی و ... تغییر (اعم از کاهش یا افزایش) کرد قیمت مقطوع هم تغییر می کند. البته ذکر این نکته لازم و ضروری است که فقط در صورتی که شرط تعدیل در قرارداد ذکر شده باشد عدد مقطوع امکان تغییر خواهد داشت. این شرط تعدیل یا تعدیل قراردادی^{۴۶} است یا تعدیل قانونی^{۴۷} و یا تعدیل قضایی^{۴۸}. شرط تعدیل قراردادی دارای سه مدل می باشد که عبارتند از فرمول تعدیل، کمیته تعدیل و شرط مذاکره مجدد، یعنی در متن قرارداد یکی از این موارد قرار داده می شود تا بوسیله آن بتوان اقدام به تعدیل نمود.

مورد دیگر تغییر قیمت مقطوع مربوط به معاذیر عدم اجرا مثل حالت فورس ماژور، قوه قاهره و یا تغییر بنیادین اوضاع و احوال زمان معامله است.

حالت سوم نیز مربوط به تغییر در تعهدات پیمانکار است یعنی کارفرما سفارش جدیدی را به پیمانکار می دهد که در نتیجه آن موجب افزایش هزینه های پیمانکار می شود. در این بحث به غیر از سفارش جدید روش دیگری هم با نام claim نیز وجود دارد که بعدا به آن اشاره خواهد رفت.

تعدیل همچنین بر روی روش فهرست بها هم امکان اجرا دارد.

⁴⁶ . یعنی زمانی که این شرط در متن قراردادها ذکر شود.

⁴⁷ . یعنی این شرط در مقررات سازمان برنامه سابق مورد پیش بینی قرار گرفته است.

⁴⁸ . البته شرط تعدیل قضایی مورد اختلاف است.

سه دسته از انواع قراردادهای اداری معین:

(1) قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی. (BOT یکی از مهمترین این قراردادها است)

(2) قراردادهای فانیانس

(3) قراردادهای نفتی

سازمان مدیریت سابق (معاونت راهبردی)، جزوه راهنمایی را منتشر کرده که به همراه یک نمونه راهنما است که مربوط به قراردادهای ساخت_ بهره برداری _ انتقال است و در آنجا تقریباً مدل متعارف یک قرارداد BOT را توضیح داده است که این توضیحات شامل اصطلاحات و دوره بهره برداری و دوره انتقال و... می شود.

اساساً روش کار در قراردادهای BOT (مشارکت عمومی _ خصوصی) اینگونه است که ابتدا دولت پروانه ای را مبنی بر ایجاد یک پروژه برای یک شرکتی که اصطلاحاً شرکت پروژه⁴⁹ نامیده می شود صادر می کند. شرکت پروژه از دولت پروانه و یا اجازه احداث پروژه را دریافت می کند. این پروانه و اجازه در قالب یک قراردادی بنام قرارداد BOT به شرکت پروژه واگذار می شود.

قراردادهای BOT

آخرین روش و مدل پیمانکاری که هم اکنون در دنیا و در ایران رایج است، انواع و اقسام قراردادهای BOT است در این روش دولت حتی سرمایه اجرای پروژه را نیز تأمین نمی کند.

⁴⁹. شرکت پروژه شرکتی است که بر اساس یک قرارداد (یا موافقتنامه صاحبان سهام) ایجاد می شود. یعنی سهامداران متعدد با یکدیگر موافقتنامه صاحبان سهام را تنظیم می کنند که بر اساس آن، شرکتی با عنوان شرکت پروژه تأسیس می شود.

مدلهای قرارداد BOT بر این اساس است. (دولت به دلیل کمبود بودجه و ضمناً اجرای حتمی یک پروژه اقدام به انعقاد چنین قراردادهایی می‌کند مثلاً دولت قصد احداث یک نیروگاه برقی-آبی را برای قسمتی از کشور دارد لذا از پیمانکار می‌خواهد تمامی بخش‌های پروژه اعم از طراحی، تدارک، مدیریت و ساخت را بعلاوه تامین سرمایه مورد نیاز پروژه بر عهده بگیرد و در عوض اجازه بهره‌برداری از موضوع پروژه را برای یک دوره مشخص با نرخ‌هایی که با هم توافق می‌کنند را به پیمانکار می‌دهد و پیمانکار نیز از محل سود بهره‌برداری شده سرمایه‌گذاری خود را مستهلک می‌کند) و بعد از پایان دوره بهره‌برداری یا مالکیت پروژه برای دولت باقی می‌ماند که اصطلاحاً به آن BOT می‌گویند و یا اینکه مالکیت پروژه به پیمانکار منتقل می‌شود که اصطلاحاً به آن قرارداد Boo می‌گویند.

اولین قرارداد های BOT در ایران مربوط به 8 سال قبل است و بعد از آن بود که این نوع از قرارداد در برنامه چهارم پیش بینی شد. در حال حاضر شاهد گسترش و رواج استفاده از قراردادهای Boo هستیم. این قراردادها یکی از ابزارهای خوب و مناسبی است برای دولتهایی است که منابع مالی چندانی در دست ندارند (البته مدیریت هم ندارد).

در قرارداد های BOT ، فعالیت های ساخت (B)، بهره برداری (O)، انتقال (T) پیش بینی شده است (یعنی دوره ای که در آن، ساخت انجام می شود، دوره بهره برداری و زمانی که در آن انتقال صورت می - گیرد).

پس شرکت پروژه‌ها در قالب قراردادهای BOT با دولت قرارداد می‌بندد که البته ایجاد همین شرکت پروژه حاصل یک قرارداد و موافقتنامه‌ای بین سهام‌داران متعدد است.

ذکر این نکته لازم است که یک نفر سهام‌دار و یا سهام‌داران جزء اساساً قادر به ایجاد چنین شرکتی نیستند لذا این شرکت پروژه‌ها یا در قالب شرکت سهامی خاص و یا در قالب شرکت سهامی عام ایجاد

می شود (یعنی مثلاً سهام یک شرکت سهامی عام در بورس، منتشر می شود و لذا مردم می توانند در احداث شرکت پروژه مشارکت کنند).

زمانی که یک شرکت پروژه احداث می شود، این شرکت پروژه برای انجام قرارداد اصلی خود باید قراردادهایی را تحت عنوان قرارداد های فرعی منعقد کند به عبارت دیگر در قراردادهای BOT یک قرارداد اصلی وجود دارد که شرکت پروژه آنرا با دولت می بندد و تعدادی هم قرارداد فرعی وجود دارد که شرکت پروژه برای احداث پروژه منعقد می کند مثل قرارداد تأمین مالی پروژه:

1- قرارداد فانیاس (قراردادهای تأمین سرمایه پروژه): از آنجایی که دولت در قراردادهای BOT ، سرمایه را تأمین نمی کند و لذا سرمایه پروژه را شرکت پروژه باید تأمین کند پس اولین قراردادی را شرکت پروژه باید منعقد کند قرارداد فانیاس (قرارداد تأمین مالی) است. این قرارداد را ممکن است با یک بانک و یا یک مؤسسه بین المللی مثل بانک جهانی، صندوق بین المللی پول یا صندوق همکاری های توسعه اسلامی و... منعقد کند و یا حتی ممکن است فانیاس پروژه از طریق انتشار اوراق مشارکت صورت گیرد.

2- قراردادهای پیمانکاری های فرعی (قراردادهای ساخت): از آنجایی که لازم نیست شرکت پروژه تمام عملیات مربوط به احداث را خودش انجام بدهد لذا شرکت پروژه قراردادهایی را با پیمانکاران جزء منعقد می کند (یعنی بخش های مختلف اجرای پروژه را به پیمانکاران متخصص واگذار می کند مثلاً با یک مهندس مشاور، قرارداد طراحی منعقد می کند و فعالیت های ساخت را با شخص دیگری می بندد و...).

3- قراردادهای تأمین تجهیزات (خرید کالا ها و تجهیزات) : شرکت پروژه، قراردادهایی را با تأمین کنندگان کالاها و تجهیزات منعقد می کند (مثلاً اگر بنا باشد یک نیروگاه احداث شود باید ژنراتور وارد شود و....)

4- قرارداد بیمه: با توجه به ریسک های بسیار زیاد پروژه، به یک پوشش بیمه ای نیاز است تا ریسک ها و خطرات پروژه را جبران نماید لذا شرکت پروژه، قراردادی را با شرکت های بیمه ای منعقد می کند که هزینه های ناشی از اتفاقات و حوادث را کاهش دهد.

5- قرارداد برای دوره بهره برداری (Operat): قراردادهایی که در بالا گفته شد برای دوره Bild (یعنی دوره ساخت) بود، درحالیکه علاوه بر این دوره، دوره بهره برداری هم وجود دارد. بنابراین شرکت پروژه می تواند برای دوره بهره برداری هم، یک قرارداد بهره برداری و نگهداری منعقد کند (که فی المثل دوره 20 ساله ای که طبق قرارداد باید در آن بهره برداری صورت می گیرد را با یک قرارداد واگذار می کند).

6- قرارداد فروش محصولات پروژه: این قرارداد با چه کسی بسته می شود؟ مثلا در کشور ما که شرکت برق یک شرکت دولتی است قرارداد فروش محصولات نهایی نیروگاه احداثی برق، صرفا با شرکت برق دولت است. لذا در مواقعی که عرضه کننده برق بصورت انحصاری است، این قرارداد باید قبل از همه قراردادهای منعقد شود.

البته یکسری از محصولات است که فروش آنها به صورت انحصاری نیست. این قراردادهای می تواند بعدا هم منعقد شود. مثلا سازمان بنادر، بخشی از خشکی ساحل را در قالب قراردادهای BOT در اختیار اشخاص خصوصی قرار می دهد و اجازه ساخت بنادر و اسکله را به آنها می دهد در این مثال، حتما لازم نیست که با دولت صرفا قراردادهای فروش صورت گیرد بلکه گاهی نیاز است که قراردادهای اجاره ی انبار منعقد شود.

انواع قرارداد BOT

1- قرارداد BOO: ساخت، تملک، بهره برداری^{۵۰}

در این نوع قرارداد، پیمانکار لازم نیست، پروژه احداث شده را بعد از دوره بهره برداری منتقل کند بنابراین پیمانکار موضوع قرارداد را می سازد و لازم نیست بعد از گذشت ایامی، آن را به دولت برگرداند. نیروگاهها را در ایران با روش Boo می سازند.

مثلا شرکت رجاء کوپه هایی را خریداری می کند و با دولت قرارداد می بندد که تا زمانی که کوپه ها سالم است و من از آنها استفاده می کنم، حق بهره برداری دارم و از آنجایی که ریل متعلق به دولت است، سهم دولت را نیز پرداخت می کند. این نوع قرارداد برای خارجیان دارای محدودیت هایی است.

2- قرارداد BOR: ساخت، بهره برداری، نوسازی^{۵۱}

در این نوع قرارداد پیمانکار مکلف است، موضوع پروژه بهره برداری شده را دائما به روز و نوسازی کند و ورژن های جدیدی را ایجاد نماید. مثلا پیمانکاری که مجتمع فولاد را احداث کرده اگرچه در ابتدا آهن مقطع 16 را تهیه می کند ولی به مرور باید مقاطع دیگری را نیز ایجاد نماید.

3- قرارداد BOOT: ساخت، تملک، بهره برداری، انتقال^{۵۲}

در این نوع قرارداد پیمانکار پروژه ای را می سازد و به دولت اجازه می دهد تا دولت از آن بهره برداری کند و پس از پایان دوره اجازه، به دولت منتقل م کند. این قرارداد شبیه قرارداد اجازه به شرط تملیک است. مثلا، بخش خصوصی اسکله ای را می سازد و به دولت اجازه می دهد و دولت تضمین می کند که اجازه بهای آنرا برای مدت 15 سال پرداخت کند و در نهایت پس از گذشت 15 سال دولت مالک اسکله می شود.

4- قرارداد BTO^{۵۳}:

⁵⁰ .Belt Own Operate

⁵¹ .Belt Operate Reimwal

⁵² .Belt Own Operate Transfer

در این نوع قرارداد پیمانکار پروژه را می سازد و به دولت واگذاری می کند، حال دولت که مالک این پروژه است، آنرا به شرکتی که آنرا ساخته اجازه می دهد.

این قرارداد با BOT هیچ فرقی ندارد (فقط وضعیت در آن بدین صورت است که اول انتقال صورت می گیرد و بعد دولت اجازه بهره برداری را به پیمانکار می دهد. (البته اجازه بهره برداری می تواند در قالب اجازه نباشد بلکه در قالب موضوع ماده 10 قانون مدنی داده شود).

5- قرارداد MOT: مدرنیزه و نوسازی، بهره برداری، انتقال⁵⁴

به عنوان مثال دولت، کارخانه ای قدیمی که کارایی لازم را ندارد، جهت به روز کردن و نوسازی آن و افزودن تکنولوژی و تجهیزات جدید، به بخش خصوصی واگذار می کند. بخش خصوصی هم به میزانی که سرمایه گذاری کرده است برای یک دوره ای بهره برداری می کند و بعد از گذشت آن مدت تجهیزات و تکنولوژی های جدید را به دولت منتقل می کند.

6- قرارداد ROO: بازسازی، تملک، بهره برداری⁵⁵

این قرارداد مربوط به احیاء و بازسازی است و با نوسازی متفاوت است. اصطلاحاً به این قرارداد تغییرات اساسی هم می گویند. به عنوان مثال دولت جاده چالوس را برای تعمیر و بازسازی، به بخش خصوصی واگذار می کند (در این حالت جاده، مدرن و به روز نمی شود بلکه تعمیر و تقویت می شود بخش خصوصی پس از انجام این کار، از مسافرها عوارض دریافت می کند).

انواع قرارداد های Public Private Partner Ship

⁵³ .Belt Transfer Operate

⁵⁴ .Modernize Operate Transfer

⁵⁵ .Rehabilitation Own Operait

قراردادهای فاینانس (تأمین مالی)، قراردادهای خدمات^{۵۶}، قرارداد امتیاز^{۵۷}، قرارداد های مدیریت^{۵۸}، قراردادهای بهره‌برداری، نگهداری، اجاره، BOT و GOV (جوئینت ونچر).

بند اول - قراردادهای فاینانس (تأمین مالی) :

فاینانس و تأمین مالی یکی دیگر از قراردادهای معین اداری است البته قراردادهای فاینانس مثل بقیه قراردادهای اداری، به بخش عمومی اختصاص ندارد و بخش خصوصی هم در صورت لزوم می تواند از این نوع قرارداد بهره ببرد. مطابق آنچه در ابتدای جزوه به آن اشاره رفت بخش دولتی در مورد قراردادهای فاینانس دارای محدودیت هایی در قانون اساسی و قوانین عادی است مثلاً قانون اساسی دریافت یا پرداخت هر گونه وام و کمک های بلاعوض داخلی و خارجی را منوط به اجازه مجلس نموده است البته روش های فاینانس صرفاً محدود به استقراض نمی باشد و در واقع روش های دیگری هم وجود دارند که منجر به تأمین مالی می شوند که ما از آنها با عنوان روش های غیر استقراضی نام می بریم. لذا دولت برای تأمین مالی دارای دو روش است (یعنی دولت^{۵۹}، برای اینکه منابع مالی لازم برای ایجاد پروژه هایش را بتواند تأمین کند، دو روش کلی دارد):

الف - روش های استقراضی:

روش های استقراضی در واقع روش های وام محور است. گفتیم که به موجب قانون اساسی اگر دولت بخواهد وامی را دریافت کند باید از مجلس مجوز دریافت کند (که این مجوز یا در قالب قوانین عمومی و قوانین بودجه می آید و یا اینکه بصورت خاص مجوز صادر می شود).

⁵⁶ .Service Contract

⁵⁷ .contion

⁵⁸ .Manegement Contrat

⁵⁹ . با فرض اینکه نمی خواهد از بودجه عمومی استفاده کند.

انواع روش های استقراضی

الف) قرارداد وام: ما در ایران قراردادهای وام (به نحوی که در کشورهای خارجی مرسوم است و مبلغ وام و تسهیلات بعلاوه یک سود لحاظ می شود) نمی توانیم داشته باشیم چون ما به لحاظ مسائل شرعی نمی توانیم وامی بدهیم که به علاوه سود باشد (ربوی بدون) البته اینگونه نیست که ما قرارداد وام نداشته باشیم بلکه قراردادهای وام در ایران در چهارچوب عقود اسلامی است (مثل جعاله، مضاربه، مشارکت و...)

ب) روش اعتبار اسنادی:

این نوع قرارداد از طریق صدور برات مدت دار انجام می شود. بانکها می توانند از طریق گشایش اعتبار هم این کار را انجام دهند.

مثلا در روش اعتباری اسنادی، زمانی که مدارک مربوط به کالاها توسط فروشنده به بانک ارائه می شود پول فروشنده خارجی را به او می دهند منتهی، خریدار از آنها مهلت می گیرد.

لذا زمانی که کالا داخل ایران می شود، بانک گشایش کننده اعتبار، پولش را از خریدار نمی گیرد و در واقع به او مهلت می دهد (این مهلت برای این است که بتواند کالاها را بفروشد. این دوره را اعتبارات اسنادی می گویند که در بانک های خارجی معمولا از طریق یک برات به ذی نفعی بانک صادر می شود (یعنی خریدار براتی را بر عهده خودش و با ذی نفعی بانک صادر می کند).

ج) خطوط اعتباری:

دولتهایی از این روش استفاده می کنند که روابط اقتصادی آنها با یکدیگر مناسب نیست و قصد بهبود این روابط را دارند.

بر اساس این روش مثلا دولت ایران، به دولت عراق اعلام می کند که اگر بازرگانان تو این کالا را در ایران خریداری کنند بجای اینکه پول نقد بدهند من، بهای کالاهای خریداری شده توسط آنها را به فروشندگان ایرانی پرداخت می کنم و از آنها بصورت اقساط دریافت می کنم (این کار برای تشویق

بازرگانان خارجی برای خرید یک کالایی مثل فولاد و...از ایران است) دولت یک خط اعتباری را ایجاد می کند و از آن طریق پول محصولات خریداری شده توسط بازرگانان خارجی را خودش به فروشندگان داخلی پرداخت می کند و بعداً بصورت اقساط از آنها دریافت می کند.

د) روش گرفتن وام از مؤسسات خارجی و صندوق های بین المللی مثل صندوق بین المللی پول، بانک جهانی و صندوق توسعه اسلامی و...

ب- روش های غیر استقراضی:

در این روش ها معمولاً صحبت از وام و اعتباری نمی شود بلکه مکانیزم هایی وجود دارد که از آن طریق، منابع مالی دولت تأمین می شود. مثلاً یکی از این روش ها، سرمایه گذاری مستقیم خارجی است یعنی ممکن است دولت منابع مالی نداشته باشد و قصد استقراض هم ندارد ولی می خواهد پروژه ای را احداث کند، لذا از خارجی ها دعوت می کند تا مستقیماً آن پروژه را احداث کنند...

در سرمایه گذاری مستقیم، خارجی ها نسبت به سرمایه ای که وارد ایران می کنند کنترل دارند.

روش دیگر سرمایه گذاری غیر مستقیم خارجی است که در این روش، اگرچه خارجی ها منابع مالی خود را وارد می کنند ولی بر منابع مالی خود کنترل ندارند (مثلاً بخشی از سهام بعضی از شرکت های دولتی را خریداری می کنند ولی کنترل بر شرکت و تسهیلات آن ندارند).

سومین روش معاملات جبرانی است، مثلاً دولت ایران می خواهد کالایی را خریداری کند ولی منابع مالی ندارد یکی از روش ها این است که کالا را با کالای دیگر مبادله کند (این روش هم یکی از روش های تأمین مالی محسوب می شود). معاملات تهاتری یکی از انواع معاملات جبرانی است. بای بک و بیع متقابل انواع دیگری از معاملات جبرانی است.

در روش بای بک (بیع متقابل) هم این امکان وجود دارد که دولت بتواند بدون اینکه منابع مالی داشته باشد کارش را انجام بدهد مثلاً دولت ایران می خواهد کارخانه ای را احداث کند ولی منابع مالی ندارد

لذا به طرف خارجی اعلام می‌کند که تجهیزات مربوط به کارخانه را در ایران نصب و راه اندازی کند و در اختیار بگذارد و در مقابل، نحوه بازپرداخت سرمایه‌گذاری طرف خارجی این گونه است که کالاهای تولید شده کارخانه را به او می‌فروشد. (این روش بای بک است). (یعنی منابع مالی طرف خارجی از دریافت محصولات ناشی از سرمایه‌گذاری خودشان جبران می‌شود).

بای بک با بیع متقابل، تفاوت دارد. بیع متقابل، بیع دو کالایی است که مستقل از یکدیگر هستند و هیچ ارتباطی با هم ندارند مثل بیع متقابل پارچه و نفت. به عبارت دیگر در بیع متقابل، دو بیع مستقل از یکدیگر وجود دارد که در بای بک، چنین نیست. البته باید توجه کرد که بیع متقابل، ماهیت تهاتر ندارد بلکه بیع است.

بند دوم- قرارداد های نفتی

قراردادهای نفتی، شاخه‌ی بسیار مهم قراردادهای اداری است. تمامی قراردادهای نفتی از دو دسته کلی خارج نیستند:

قرارداد های بالا دستی نفت: این قراردادها به اکتشاف و استخراج نفت مربوط می‌شود (یعنی قراردادهایی که بواسطه‌ی آن، نفت از کف مخزن تا لب آن و بر روی زمین می‌آید).⁶⁰

قراردادهای پائین دستی نفت: مانند قراردادهای انتقال، احداث خط لوله، احداث پالایشگاه و احداث پتروشیمی و... هر آنچه را که در مورد قراردادهای پیمانکاری گفتیم در مورد قرارداد پائین دستی نیز صادق است.

بطور خاص منظور از قراردادهای نفتی، قراردادهای بالا دستی است. (اکتشاف و استخراج) چون قراردادهای پائین دستی قراردادهایی هستند که نمونه‌ی آن را در قراردادهای پیمانکاری معمولی می

⁶⁰ چرا قرارداد BOT در صنعت نفت ایران مورد ایراد است؟

بینیم (مثلا احداث پالایشگاه هیچ تفاوت ماهوی با احداث یک کارخانه ندارد). لذا قراردادهای پائین دستی ویژگی های قراردادهای نفتی را ندارند.

در بخش بالا دستی صنعت نفت، دو مدل کلی قرار داد وجود دارد که عبارتند از قراردادهای معاوضی(قراردادهای مغابنه‌ای) و قراردادهای مشارکتی.

انواع قراردادهای معاوضی که منجر به انتقال عین یا منفعت می شود،⁴ مدل مختلف می توانیم داشته باشیم(این قراردادها در ایران کلا ممنوع است).

قراردادهای معاوضی: پیمانکاران دولت عملیات اکتشاف و استخراج را در مقابل یک مابه‌ازاء انجام می دهند. قراردادهای معاوضه ای به دو دسته تقسیم می شوند که عبارتند از قراردادهای امتیازی و قراردادهای خدماتی.

قراردادهای امتیازی: در این نوع از قراردادها انتقال حق عینی اتفاق می‌افتد و دولت مخزن یا منافع مخزن را در مقابل یک ما به ازایی واگذار می کند. به عبارت دیگر، قراردادهای امتیاز، از نوع قراردادهای معاوضی با انتقال عین هستند بدین صورت که دولت بخشی از مخزن را برای یک دوره ی طولانی در اختیار یک پیمانکار(صاحب امتیاز داخلی یا خارجی) قرار می‌دهد.

در ایران این طیف از قراردادها، از دسته‌ی قراردادهای نفتی خارج می شوند به بیان ساده‌تر قراردادی نفتی در قالب امتیاز (اعم از اینکه نسبت به عین باشد یا منفعت) در ایران وجود ندارد و مورد استفاده قرار نمی‌گیرد چون دارای ممنوعیت قانون اساسی و قوانین عادی است یعنی اولاً قانون اساسی اعطای هرگونه امتیاز به خارجیان را ممنوع کرده و ثانياً اینکه از آنجایی که مخزن نفت جزء اموال عمومی است و اموال دولتی محسوب نمی شود، دولت حق ندارد که عین یا منفعت آنها را به اشخاص واگذار کند.

قراردادهای خدماتی(Service Contract): قراردادهای خدماتی نوعی از قراردادهای معاوضی است که ماهیت حق دینی دارد. در حقوق ایران قراردادهایی که ماهیت حق دینی دارند وبه عبارتی جزء

حقوق عهده‌ی محسوب می‌شوند مورد پذیرش است. در واقع قرارداد معاوضی که منجر به یک عقد عهده‌ی شود ماهیت پیمانکاری دارد.

قراردادهای خدماتی، مدل رایج قرارداد نفتی در ایران است که ماهیت پیمانکاری دارد. در قراردادهای خدماتی ممکن است که پیمانکار هیچ ریسکی از پروژه را قبول نکند (یعنی پیمانکار می‌گوید استخراج و اکتشاف را انجام می‌دهم و سپس در مقابل عملیاتی که انجام می‌دهم صورت و وضعیت می‌دهم و پولم را دریافت می‌کنم).

انواع قراردادهای خدماتی، دارای انواع مختلفی می‌باشد که عبارتند از قراردادهای خدماتی ساده، قرارداد های خدماتی تحت ریسک و بای بک (Iranian Buy-Back).

قراردادهای خدماتی ساده: نوعی از قراردادهای خدماتی است که پیمانکار ریسک پروژه را قبول نمی‌کند و لذا در مقابل کار انجام شده، مابه‌ازاء دریافت می‌کند در واقع تعهد پیمانکار تعهد به اقدام و وسیله است. در ایران معمولاً دولت با پیمانکارها چنین قراردادی را نمی‌بندد.

قرارداد های خدماتی تحت ریسک: کارفرمای دولتی، در صورتی مابه‌ازای خدمات اکتشاف و استخراج پیمانکار را می‌دهد که کار پیمانکار به نتیجه رسیده باشد. در ایران، از این نوع قرارداد بسیار استفاده می‌شود.

بای بک (Iranian Buy-Back): بای بک، رایج ترین قرارداد نفتی در ایران است، در این قرارداد پیمانکار عملیات اکتشاف در استخراج را انجام می‌دهد و دولت پرداخت را از محل نفت استخراج شده صورت می‌دهد. بنابراین خود پیمانکار در میدان نفتی سرمایه‌گذاری می‌کند و زمانی که پروژه به نفت یا گاز می‌رسد از محل فروش نفت و گاز سرمایه‌گذاری او باز می‌گردد بای بک، ماهیتا service contract است.

بیع متقابل در صنعت نفت و گاز ایران تا اندازه‌ای با مفهوم متعارف آن در تجارت متقابل بین المللی فرق دارد. بیع متقابل نفتی به لحاظ حقوقی، نوعی قرارداد خرید خدمت پیمانکاری است که توسط

طرف خارجی فاینانس یا تامین مالی اعتبار می گردد. بموجب این نوع قراردادهای سرمایه گذار خارجی موظف است کلیه عملیات راجع به توسعه و بازیافت یک میدان نفتی یا گازی را با هزینه و سرمایه خود انجام دهد. فاینانس یا تامین منابع مالی پروژه به عنوان یکی از مهمترین تعهدات مالی پیمانکار محسوب می شود.

در مقابل شرکت ملی نفت تعهد می کند تمام هزینه های سرمایه ای، غیر سرمایه ای، عملیاتی و ... که طرف خارجی جهت انجام عملیات مزبور متحمل شده است را، با بهره مشخصی و طی اقساط برابر، الزماً از طریق از همان حوزه عملیاتی، به او بازپرداخت نماید.

لازم به ذکر است که قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت و گاز جهانی اولین بار توسط ایران مورد استفاده قرار گرفته است و علی رغم انتقادات و ایرات وارده بر این نوع قراردادهای، با گذشت زمان شاهد روند کیفی آنها می باشیم، بطوریکه در فرمول جدید قراردادهای بیع متقابل نوعی ضمانت اجرای ریسک و پاداش گذاشته می شود که به نفع هر دو طرف قرارداد می باشد.

بر اساس این فرمول، چنانچه عملیات پروژه منجر به سطح خاصی از تولید نشود، پیمانکار به نسبت کاهش تولید جریمه می شود و بالعکس اگر بیشتر از سقف مقرر تولید نماید، به نسبت مازاد، پاداش دریافت می کند.

پیمانکاران از این نوع قرارداد استقبال نمی کنند چرا که هم مجبورند سرمایه لازم برای استخراج و استحصال نفت را تامین نمایند و هم خطر پذیری و ریسک کشف و استخراج را بر عهده بگیرند به همین دلیل این نوع از قرارداد، بدترین نوع قراردادی است که یک پیمانکار می تواند امضا کند.

به عبارتی می توان گفت، اگر قراردادهای خدماتی با ریسک، همراه با فانیاس توسط پیمانکار باشد همان بیع متقابل ایرانی خواهد بود.

بند سوم - قراردادهای مشارکتی: این قراردادها زمانی است که دولت با بخش خصوصی شراکت می-

کند (این شراکت ممکن است در سود یا در تولید باشد).

دولت می تواند با طرف مقابل خود، بجای عقد یک قرارداد پیمانکاری، در اکتشاف و استخراج نفت مشارکت داشته باشد و هیچ ممنوعیتی وجود ندارد. شاید قراردادهای مشارکت در مواردی که ریسک اکتشاف بسیار زیاد است و احتمال عدم موفقیت قوی است هنوز الگوی بهتری باشد.

قراردادهای مشارکت دارای دو نوع است که عبارتند از قراردادهای مشارکت بدون مالکیت در مخزن و قراردادهای مشارکت همراه با مالکیت در مخزن.

تردید وجود دارد که در ایران بشود از قراردادهای مشارکت استفاده کرد. بر اساس قانون مدنی عقد شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه، بنابر این تعریف اگر بخش خصوصی در عقد شرکت با طرف دولتی وارد مشارکت بشود، عملاً بخش خصوصی در مخزن مشاعاً شریک شده بنابراین، قرارداد مشارکت بطور ضمنی، متضمن مالکیت شریک دولتی (بخش خصوصی) در مخزن می شود، درحالیکه ما گفتیم که بخش خصوصی (چه خارجی و چه داخلی نمی تواند در مخزن شریک شود.

ولی البته بعضی ها هم معتقدند که مدلهایی از مشارکت وجود دارد که منجر به مالکیت طرف مقابل (بخش خصوصی) در مخزن نمی شود، که یکی از این مدلها، مدیریت مشارکت در تولید^{۶۱} است.

مشارکت در تولید (Production Sharing): نسل جدید قراردادهای نفتی است که در ایران دنبال می شود. کشور عراق بعد از رفتن صدام، از این نوع قرارداد استفاده می کند که به شدت موجب افزایش قدرت تولید نفت عراق شده است^{۶۲}.

⁶¹ . Production Sharing

⁶² .<http://www.mashreghnews.ir/fa/news/164616/%D8%A7%D8%B1%D8%B2%DB%8C%D8%A7%D8%A8%DB%8C-%D8%AC%D8%A7%DB%8C%DA%AF%D8%A7%D9%87-%D8%A7%DB%8C%D8%B1%D8%A7%D9%86-%D8%AF%D8%B1-28-%D9%85%DB%8C%D8%AF%D8%A7%D9%86-%D9%85%D8%B4%D8%AA%D8%B1%DA%A9-%D9%86%D9%B1%D8%AA%DB%8C-%D9%88-%DA%AF%D8%A7%D8%B2%DB%8C>

قراردادهای بای بک برای خارجیان جذابیت ندارد چون دولت عملاً به آنها پولی را پرداخت نمی‌کند و اینها باید منتظر بمانند که نفت استخراج شود و بعد پولشان را بگیرند. درحالی‌که در قرارداد مشارکت در تولید، آنها شریک سرمایه‌گذاری می‌شوند.

با توجه به آنچه در بالا ذکر شد ما در ایران می‌توانیم قراردادهای مشارکت در تولید (که از نوع قراردادهایی است که منجر به مالکیت در مخزن نمی‌شود و به عبارتی پروداکشن شیرینگ است) را مورد استفاده قرار دهیم.

اما مواردی داریم که منجر به مالکیت در مخزن می‌شود و علی‌الاصول نمی‌توانیم از آنها استفاده کنیم مثلاً از طریق جئینت ونچر^{۶۳} (جئینت ونچرها، در واقع قراردادهایی مشارکتی هستند که طرفین، در اجزای آورده‌های یکدیگر مالک می‌شوند)، لذا اگر آورده‌ی دولت، مخزن، و آورده‌ی طرف بخش خصوصی تجهیزات و... باشد، اینها در آورده یکدیگر شریک می‌شوند و عملاً در سود و زیان این مشارکت با یکدیگر شراکت خواهند کرد، یعنی هرکدام به نسبت آورده‌شان و به میزان نفت استخراج شده، در نفت استخراج شده شریک می‌شوند.

البته یک نوع قرارداد مشارکت دیگر هم وجود دارد که در واقع فقط مشارکت در سود است. بنابراین ممکن است طرف خارجی بگوید، من حاضر به مشارکت هستم ولی در زیان با تو شریک نمی‌شوم.

در عقد شرکتی که در حقوق ایران هست، خود عقد شرکت، مستلزم مشارکت در سود و زیان است ولی قانون مدنی می‌گوید که می‌توان شرط ضمن عقدی را در قرارداد مشارکت وارد کرد که یکی از شرکا زیان شریک دیگر را از دارایی‌های خودش جبران کند پس ما از این جهت منع حقوق نداریم و لذا در ایران هم می‌توانیم قرارداد مشارکت در سود هم منعقد کنیم.

⁶³ joint venture agreement

آیا راهی وجود دارد که در ایران در مورد قراردادهای نفتی، قرارداد مشارکت منعقد شود که منجر به مالکیت شرکا در مخزن نشود؟ قانون مدنی اجازه چنین مشارکتی را در قالب ماده 10 یا در قالب صلح می دهد، (حتی در قالب عقد شرکت هم بر اساس نظرات فقهی و دکترین ، طرفین می توانند بر خلاف آن توافق کنند یعنی توافق کنند که مشارکتی باشد ولی مالکیت ایجاد نشود).

بنابراین در ایران سه مدل وجود دارد که می تواند مورد استفاده قرار گیرد که عبارتند از مشارکت در تولید، مشارکت در سود، سرمایه گذاری مشترک.

در قانون مدنی، فقط شرکت را به تنهایی و بدون مضاف عقد آورده است لذا می توان گفت، در بعضی مواقع، شرکت عقد نیست).

مناقصات:

در زمینه معاملات دولتی چند قانون وجود دارد که اهمیت زیادی برخوردارند:

یکی از آنها قانون محاسبات عمومی است که این قانون یک فصل را به مزایده و مناقصه اختصاص داده است، منتهی بخش های زیاد این قانون با توجه به تصویب قوانین جدید، منسوخ شده است.

قانون دیگری هم به نام آئین نامه معاملات دولتی⁶⁴ وجود دارد که در این آئین نامه، تقسیمات اولیه قراردادهای دولتی و اینکه چه قراردادهایی مشمول آئین نامه می شود و حد نصاب های معاملات دولتی، تضمینات قراردادهای دولتی و مفاد یک قرارداد دولتی در ماده 39 بیان شده است.

قانون مناقصات عمومی، اختصاصا مربوط می شود به آن بخش از معاملات دولتی که دولت در مقام خریدار کالا یا خدمت قرار می گیرد .

⁶⁴ . هنوز هم بخش هایی از این قانون لازم الاجرا است ولی قسمت های اصلی این قانون که مربوط به مناقصات عمومی است، بدلیل تصویب قانون برگزاری مناقصات عمومی، منسوخ شده است.

از جهت شمول و گستره قانون، کل قانون برگزاری مناقصات عمومی به نحوی تنظیم شده است که تقریباً همه سازمانهای دولتی (و نهادها وزارتخانه ها، مؤسسات عمومی غیر دولتی، شرکتهای دولتی، شهرداری ها و همه نهادهایی که به نوعی از بودجه عمومی استفاده می کنند یا شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است را شامل می شود البته یک استثناء بیشتر ندارد و آن هم نیروهای مسلح است.^{۶۵} (تبصره ذیل ماده 1 قانون برگزاری مناقصات عمومی)

آیا وزارتخانه‌ی دفاع (که یک وزارتخانه دولتی است و کارکنان آن مشمول قانون استخدامی نیروهای مسلح می باشند) مشمول قانون برگزاری مناقصات هست یا نه؟ بعداً یک نظریه تفسیری داده شد و وزارت دفاع هم از این قانون مستثنی شد.

انواع مناقصه

در قانون مناقصات (همانند آئین نامه معاملات دولتی) معاملات و قراردادهای دولتی به سه حد و نصاب دسته بندی شده است.^{۶۶}

^{۶۵}. این قانون به منظور تعیین روش و مراحل برگزاری مناقصات به تصویب می رسد و تنها در معاملاتی که با رعایت این قانون انجام می شود، کاربرد دارد.

قوای سه گانه جمهوری اسلامی ایران اعم از وزارتخانه ها، سازمانها و مؤسسات و شرکتهای دولتی، مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت، بانکها و مؤسسات اعتباری دولتی، شرکتهای بیمه دولتی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی (درموردی که آن بنیادها و نهادها از بودجه کل کشور استفاده می نمایند)، مؤسسات عمومی، بنیادها و نهادهای انقلاب اسلامی، شورای نگهبان قانون اساسی و همچنین دستگاهها و واحدهائی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، اعم از این که قانون خاص خود را داشته و یا از قوانین و مقررات عام تبعیت نمایند نظیر وزارت جهاد کشاورزی، شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی گاز ایران، شرکت ملی صنایع پتروشیمی ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران و شرکتهای تابعه آنها موظفند در برگزاری مناقصه مقررات این قانون را رعایت کنند.

تبصره - نیروهای مسلح، تابع مقررات و ضوابط خاص خود بوده و از شمول این قانون مستثنی هستند.

^{۶۶}. ماده 3 قانون برگزاری مناقصات عمومی - طبقه بندی معاملات: معاملات از نظر نصاب (قیمت معامله) به سه دسته تقسیم می شوند:

1 - معاملات کوچک: معاملاتی که به قیمت ثابت سال 1382 کمتر از بیست میلیون (20/000/000) ریال باشد

2 - معاملات متوسط: معاملاتی که مبلغ مورد معامله بیش از سقف مبلغ معاملات کوچک بوده و از ده برابر سقف ارزش معاملات کوچک تجاوز نکند

این معاملات عبارتند از معاملات کوچک، متوسط و بزرگ. روش دسته بندی این قانون با قانون معاملات دولتی هیچ تفاوتی ندارد (در آنجا هم بر اساس حد نصاب های مالی این تقسیم بندی انجام شده است).

کاربرد این دسته بندی این است که قانونگذار برای هر یک از این سطوح قراردادها یا معاملات مقررات و تشریفات را در نظر گرفته است.

تشریفات معاملات کوچک: کارپرداز دستگاه اجرایی باید برای خریدهای کالا و خدمات فاکتور ارائه کند. تشریفات معاملات متوسط: واحدهای کارپردازی یا تدارکات سازمانهای اداری مکلف است سه نوع استعلام بگیرند و بر مبنای پائین ترین قیمت ارائه شده در این سه استعلام بایستی خرید انجام شود. تشریفات معاملات عمده: قانونگذار تکلیف کرده است که حتما باید مناقصه صورت گیرد. (مناقصه فقط در این مورد رعایت می شود).

منتهی قانون برگزاری مناقصات، مناقصه ها را به سه دسته تقسیم کرده است: یعنی در قراردادهای عمده ما می توانیم از دو روش مناقصه استفاده کنیم و تصمیم انتخاب یکی از این دو روش بر عهده کمیسیون مناقصات است.

1- مناقصه عمومی

2- مناقصه محدود

معمولا چه کالاهایی و چه خدماتی بصورت مناقصه عمومی مورد خرید قرار می گیرد؟ برای کالاهایی که پیچیدگی فنی خاصی نداشته و اصطلاحا کالاهای قفسه ای هستند از طریق مناقصه عمومی خریداری و

3 - معاملات بزرگ : معاملاتی که مبلغ برآورد اولیه آنها بیش از ده برابر سقف ارزش مبلغ معاملات کوچک باشد. این مبلغ هر ساله بر اساس نرخ تورم تغییر می کند الان بالای 50 میلیون سرمایه است.

تهیه می شوند. مناقصه عمومی یک مرحله ای است (یعنی دولت، با انتشار یک آگهی در روزنامه های کثیرالانتشار و وب سایت مناقصات دولت اعلام می کند که دولت قصد خرید فلان کالا یا خدمت را دارد و کسانی که تمایل دارند خدمات و کالای خود را عرضه کنند پاکت های قیمت خودشان را اعلام نمایند.

پس مناقصه عمومی اولاً بصورت یک مرحله ای است و درثانی مناقصه با یک پاکت انجام می گیرد.

مناقصه محدود: فرایند مناقصه محدود نسبت به مناقصه عمومی، پیچیده تر است:

اولاً مناقصه محدود باید در دو مرحله انجام شود، مرحله ی اول آن، مرحله ی شناسایی پیمانکار است. دولت در این مرحله اسناد مقدماتی را فراهم می کند و اعلام می کند که طرح چه ویژگی و شرایطی را دارد و 10 یا 15 شاخه مربوط به موضوع پیمان را مشخص می کند، شرکت هایی که توانایی انجام کار و ارائه خدمات و کالا را دارند، مدارکی را که حاوی ذکر تجارب و توانایی شان است را به سازمان دولتی تحویل می دهند. دولت در این مرحله، پیمانکاران را مورد ارزیابی فنی قرار می دهد و بر اساس این ارزیابی یک لیستی را از پیمانکاران واجد شرایط تهیه می کند (فهرست کوتاه⁶⁷) و (suplayer list)

مرحله دوم، دعوت از پیمانکاران برای دریافت اسناد مناقصه و ارائه پیشنهاد برای شرکت در مناقصه می باشد. در این مرحله سازمان دولتی لازم نیست آگهی منتشر کند بلکه فقط برای آن دسته از پیمانکاران واجد شرایط، دعوت نامه ارسال می کند و از آنها تقاضا می کند که اسناد مناقصه را خریداری کنند. در مرحله ی دوم، پیشنهاداتی را که پیمانکاران ارائه می دهند باید حد اقل در دو پاکت صورت گیرد که پاکت اول مربوط به پیشنهادات فنی و بازرگانی است و پاکت دوم مربوط به قیمت است. روش کار در مناقصه محدود این است که در مرحله دوم ابتدا پاکت فنی و بازرگانی باز می شود و کمیسیون

⁶⁷ .short list

مناقصات، پیشنهادات فنی و بازرگانی ارائه شده را به یک کمیته فنی خود ارجاع می دهد تا این پیشنهادات را مورد ارزیابی قرار دهند.

اگر پیشنهادات فنی پیمانکار مورد قبول واقع شد ضریبی به پیمانکار داده می شود که نشان دهنده میزان توانایی و تجربه فنی و تخصصی او خواهد بود و در مرحله بعدی پاکت دوم که حاوی پیشنهادات مالی پیمانکاران است باز می شود.

بعد از اتمام مناقصه و مشخص شدن برنده مناقصه ضمانت نامه های شرکت در مناقصه به کسانی که برنده نشده اند عودت داده می شود.

هیأت حل اختلاف:

اگر هرکدام از شرکت کنندگان در مناقصه شکایتی در مورد نحوه برگزاری مناقصه و یا نحوه برنده شدن یک شخص داشته باشند می تواند به این هیأت مراجعه کنند. یکی از دادگاه های اختصاصی اداری که در قوانین ما پیش بینی شده است، همین هیأت حل اختلاف است (آرای این هیأت قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری خواهد بود).

در قانون برگزاری، یک مکانیزم دیگری به نام ترک تشریفات مناقصه پیش بینی شده است. قانون، در موارد بسیار خاص به سازمان دولتی اجازه می دهد که علی رغم حد نصابها، بدون برقراری مناقصه و از طریق مذاکره قراردادی را منعقد کند ای موارد عبارتند از:

1- در مواردی که منبع ارائه کننده کالا یا خدمت منحصر به فرد باشد (Single Source).

2- در مورد اختراعات (مثلا صنعت نظامی نیاز به ایجاد و تهیه یک فناوری و تجهیزات جدید دارد لذا صاحب اختراع مالک انحصاری آن اختراع است).

3- در مواردی که کالا ماهیت امنیتی دارد و به لحاظ امنیتی به مصلحت نیست که در مورد آنها مناقصه عمومی صورت گیرد و همه متوجه شوند که فلان وزارتخانه قصد خریدن فلان تجهیزات را دارد)

مزایده:

مکانیزم مناقصه، مربوط به خرید کالا و خدمت به پائین ترین قیمت است و مکانیزم مزایده مربوط به فروش کالا و خدمات به بالاترین قیمت می باشد.

حراج: در مزایده یک روش خاص هم وجود دارد که مربوط به مزایده ای حضوری می شود، حراج نوعی مزایده است که به صورت مکتوب انجام نمی شود.

دولت چه کالا و خدماتی را می تواند از طریق مزایده به فروش برساند؟ کالا و خدمتی که قانونگذار برای آن قیمتی تعیین نکرده باشد بنابراین در مورد کالاهایی که مشمول قیمت گذاری هستند مزایده برگزار نمی شود مثلا کالاهایی را که شورای عالی اقتصاد قیمت گذاری کرده است یا خیلی از کالاهایی که در قانون بودجه هر ساله قیمت آن کالا و خدمت را قانونگذار مشخص کرده است (مثلا گفته است حق الثبت اسناد رسمی فلان مبلغ است).

مزایده اهمیت مناقصه را ندارد بیشترین بودجهی مندرج در قانون بودجه عمدتا در حوزه بودجه های عمرانی است که تمام اینها منجر به قراردادهای پیمانکاری می شود لذا مناقصه بیشترین نوع فعالیت و روش خریدی است که در دولتها استفاده می شود.

بعضی از موارد مزایده عبارتست از مزایده ای که مربوط به اجرای اسناد رسمی است، مزایده ای که مربوط می شود به کالاهای متروکه ای که در گمرکات دوره آنها گذشته و درحال از بین رفتن است (کالاهای زیر کلید) و مزایده ای که دادگاهها انجام می دهند.

محتوای قراردادهای اداری

در قراردادهای اداری، بعضی از موضوعات وجود دارد که مثل هر قرارداد دیگری باید مورد بحث قرار گیرد.

ماده 39 آئین نامه معاملات دولتی فهرستی از موضوعاتی که در یک قرارداد اداری حتما باید درج شود را بیان کرده است. البته شرایط عمومی پیمان هم لیستی از مفاد شرایط قراردادی را در خود جای داده است لذا ما در اینجا می توانیم فهرستی کوتاه از محتوای یک قرارداد اداری را ذکر کنیم:

1- مجوز قرارداد در قراردادهای دولتی؛ اساسا قرارداد باید قبل از انعقاد، دارای مجوزهای لازم باشد معمولا این مجوز همان موافقتنامه‌ای است که بین دستگاههای مجری پیمان و سازمان مدیریت (معاونت راهبردی) منعقد شود. آن موافقتنامه نشان می دهد که این پروژه دارای مجوز است و قرار است با چه مبلغی و در چه دوره‌ی زمانی به اجرا درآید.

2- طرفین قرارداد؛ در قراردادهای اداری در یک طرف سازمان دولتی (بخش عمومی) است و در طرف دیگر بخش خصوصی.

در بخش دولتی واقعا چه کسی طرف قرارداد است و می تواند باشد؟ اصولا مقامات مجاز برای انعقاد قرارداد، در قانون تأسیس وزارتخانه مشخص شده اند و در مورد شرکت های دولتی در اساسنامه شرکت ذکر شده است. مقامات محلی هم بر اساس قوانین خاص خودشان می توانند قرارداد ببندند.

در مورد طرف دیگر قرارداد که یک بخش خصوصی است، اگر چنانچه آن شخص یک شخص حقیقی باشد باید دید که آیا این فرد دارای اهلیت هست یا نه؟ آیا ممنوع معامله هست یا نه؟ همچنین درجه و رتبه و صلاحیت شخص حقوقی طرف قرارداد، در قالب گواهی نامه‌های دسته بندی، قید می شود (یعنی دولت مجاز نیست با هر شخصی قرارداد ببندد مثلا دولت نمی تواند یک پیمان 10 میلیاردی را با پیمانکاری که رتبه 3 قراردادهای civil هست منعقد کند. حال اگر چنانچه آن شخص یک شخص حقوقی بود، باید به اساسنامه تشکیل آن مراجعه کرد و صلاحیت قراردادی و میزان آنرا به دست آورد.

3- موضوع قرارداد؛ موضوع قرارداد یا تهیه کالا است و یا ارائه خدمت و یا دانش فنی و دارایی‌های فکری و یا ترکیبی از این‌ها است. موضوع قرارداد خارج از این سه مورد نیست.

4- مبلغ قرارداد؛ مبلغ قرارداد از سه حالت خارج نیست، یا بصورت قیمت مقطوع تعیین می‌شود یا بصورت فهرست بها و یا بصورت هزینه - سود^{۶۸} می‌باشد. البته خود مبلغ قرارداد تقسیمات دیگری را هم دارد.

5- پرداخت مبلغ؛ در قراردادهای اداری، پرداخت چگونه انجام می‌شود؟ روش‌های مختلفی جهت پرداخت در قراردادهای اداری وجود دارد. در قراردادهای پیمانکاری، حتماً پرداخت در مقابل ارائه صورت وضعیت انجام می‌شود (صورت وضعیت را پیمانکار تهیه می‌کند)، محتوای صورت وضعیت‌ها، شامل کار انجام شده و مبلغ مورد درخواست می‌باشد.

پیمانکار در چه فواصل و دوره‌هایی می‌تواند صورت وضعیت بدهد؛ الف) روش مقاطع زمانی، مثلاً پس از پایان هر ماه صورت وضعیت ارائه دهد. ب) روش یک مرحله‌ای، مثلاً بعد از اتمام مرحله فونداسیون، یک صورت وضعیت می‌دهد و در مرحله اسکلت یکی دیگر و در مرحله سفت‌کاری یکی دیگر. ج) روش ترکیبی، مثلاً به هر میزانی که در ماه پیشرفت اتفاق می‌افتد می‌تواند صورت وضعیت ارائه دهد.

6- مدت و شروع قرارداد؛ قراردادها معمولاً تاریخ‌های متعدد و مقاطع زمانی مختلفی دارند مثلاً تاریخ امضا و انعقاد قرارداد، تاریخ لازم‌الاجرا شدن قرارداد، تاریخ شروع قرارداد و

7- محل ایفای تعهدات

8- تضامین قرارداد؛ ضمانت نامه شرکت در مناقصه^{۶۹}، ضمانت نامه پیش‌پرداخت^{۷۰} (تا سقف 25 درصد تعیین می‌شود)، ضمانت نامه انجام تعهدات^{۷۱} (معمولاً 5 درصد تا 10 درصد تعیین می‌شود)، ضمانت

⁶⁸. cost plus

⁶⁹. Bit Bound

⁷⁰. AGP

نامه انجام تعهدات (کارفرما از هر صورت وضعیت 5 درصد را کسر می کند و پرداخت آنرا برای دوره رفع عیب می گذارد).

9- تأییدات و تصدیقات کارفرمای دولتی

10- الزامات و مقررات مربوط به قانون کار و قانون تأمین اجتماعی

11- دستگاه نظارت

12- مبالغی که باید از قرارداد کسر شود (کسورات قانون)

13- فسخ قرارداد

14- خسارات

15- تاخیر و جریمه های مربوط به آن

16- ماده مربوط به فورس ماژور(قوه قاهره)

17- ممنوعیت اهدای هدایا و حق کمیسیون

18- محرمانه بودن اطلاعات

19- دارایی های فکری و صنعتی (مثل دانش فنی، علائم، اختراعات و...)

20- دفینه ها (چنانچه در حین پیمانکاری دولتی دفینه ای پیدا شود)

21- تعدیل قرارداد

22- تغییر قرارداد

23- انتقال یا واگذاری قرارداد

24- پیمانکاری فرعی

25- قانون حاکم

26- حل و فصل اختلافات

27- زبان قرارداد

28- اقامتگاه

29- امضاء

آشنایی با انواع قرارداد ها بصورت فشرده

1 - قرارداد های کلید در دست یا کلید گردان **turn – key contracts**

واگذاری مسئولیت طرح و اجرا به پیمانکار تا مرحله بهره برداری بدون نهاد دستگاه نظارت با قیمت های مشخص

2 - قرارداد های طرح و ساخت **design – build contracts**

واگذاری مسئولیت طرح و اجرا به پیمانکار با اختلاف اینکه طراحی اولیه توسط کارفرما صورت پذیرفته است

3 - قرارداد های طراحی و مدیریت (**DM (design Managemen**)

واگذاری مسئولیت مدیریت طرح و اجرا مشابه قراردادهای مدیریت طرح (عامل چهار)

4 - قرارداد های پیمان مدیریت (**MC (Management Contracting**)

واگذاری کلیه اختیارات کارفرمایی به پیمانکار در حوزه طراحی ، اجرا ، مالی و فنی با در نظر گرفتن حق الزحمه ثابت یا درصدی

5 - قرارداد های مدیریت اجرایی (**CM (Construction Management**)

واگذاری مسئولیت انجام امور اجرایی به پیمانکاران ساخت

6- قرارداد با قیمت کلی Lump Sum contracts

عقد قرارداد اجرایی با قیمت ثابت بر اساس مشخصات فنی تعریف شده از قبل

7 - قرارداد های فهرست بهایی Unit Price Contracts

عقد قرارداد اجرایی بر اساس فهرست بهای مشخص

8 - قرارداد های با حق الزحمه مقطوع Contracts Cost Plus

عقد قراردادهای انجام کار با حق الزحمه درصدی روی هزینه های تمام شده بصورت :

هزینه به علاوه درصد ثابت برای حق الزحمه Percentage Cost Plus Fixed

هزینه به علاوه حق الزحمه ثابت (مقطوع) Fixed Free Cost Plus

هزینه به علاوه حق الزحمه درصدی متغیر Percentage Cost Plus Variable

هزینه بر اساس برآورد مطلوب Target Estimate

9 - قرارداد های اجرایی با قیمت تضمین شده Guaranteed maximum price

عقد قراردادهای سقف مشخص و کنترل شده هزینه علی رغم تعریف مشخصات فنی ثابت

10 - قراردادهای مهندسی ، تدارک و اجرا EPC (Engineering Procurement Construction)

عقد قراردادهای انجام مراحل مختلف پروژه اعم از طراحی ومهندسی ، تدارک وتامین کالا، تجهیزات ومصالح ، انجام عملیات اجرایی ، نصب وراه اندازی بصورت توامان وبا شرایط خاص که می تواند به روش های زیر هم صورت گیرد :

مهندسی، تدارک کالا وتجهیزات (Eng .procurement) **EP**

مهندسی، تدارک، مدیریت اجرا (E.P.Const.Manage) **EPCM**

مهندسی، تدارک، اجرا ونصب (E. P. Cons) **Install EPCI**

مهندسی، تدارک ونظارت اجرا (E.P.Cons. Supervi) **EPCS**

مهندسی، تدارک و برنامه ریزی ساخت (E.P.Manufa.Sched) **EPMS**

مهندسی، تدارک و برنامه ریزی تولید (E.P.Production .Sch) **EPPS**

11 – قرارداد های بیع متقابل **Buy_ Back Contracts**

عقد قرارداد با سرمایه گذاری سرمایه گذار خارجی و مفاصا حساب سرمایه گذار از طریق کالا وخدمات تولیدی پروژه

12 – قرارداد های واگذاری امتیاز (**Build Operate Transfer Bot**)

واگذاری امتیاز سرمایه گذاری ، طراحی ، اجرا ، بهره برداری ، فروش محصولات و باز پرداخت هزینه ها ونهایتا واگذاری پروژه در شرایط مطلوب به طرف ، به صورت های :

ساخت، بهره برداری و واگذاری **BOT**

ساخت، مالکیت، بهره برداری و واگذاری **BOOT**

طراحی، ساخت، بهره برداری **DBO**

طراحی، ساخت، بهره برداری و واگذاری **DBOT**

BOO ساخت، مالکیت، بهره برداری

BTO ساخت، واگذاری، بهره برداری

DBFO طراحی، ساخت، تامین منابع، بهره برداری