

باسمه تعالی

موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی

همایش ملی مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت

موضوع: معرفی الگوهای مناسب قراردادی مشارکت عمومی خصوصی
در ایران با توجه به مبانی حقوقی و ویژگی های خاص اقتصادی /
اجتماعی جمهوری ایران

دکتر حمید رضا علوم یزدی: عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

تیر ۱۳۹۱

چکیده: مشارکت عمومی خصوصی به عنوان یکی از راهکارهای استفاده از پتانسیل های بخش خصوصی در ارائه خدمات عمومی در بسیاری از کشورها به توفیقات نسبی دست یافته است. در میان عوامل گوناگون موثر در توفیق این شیوه، انتخاب الگوی قراردادی مناسب برای این مشارکت نیز نقش غیر قابل انکاری دارد. مراد از الگوی قراردادی، هم قالب حقوقی مناسب برای توافق بین بخش خصوصی و بخش عمومی است و هم محتوای شروط و مفاد مهم و کلیدی این قرارداد ها. قالب و مفاد قرارداد، با توجه به طولانی بودن دوره این قراردادها از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و ضرورت دقت بیشتر در انتخاب ساختار و شروط مناسب قراردادی را اقتضاء می کند. در بررسی قالب های قراردادی به اختصار قالب های "ساخت، بهره برداری و انتقال BOT"؛ "طراحی، ساخت، تامین مالی و بهره برداری DBFO" در دو شکل "قراردادهای امتیازی Concession" و "استفاده از منابع مالی بخش خصوصی PFI" و همچنین "مشارکت انتفاعی Joint Venture" مورد بررسی قرار خواهد گرفت و ضمن بیان ویژگی های هر یک از این قالب های قراردادی میزان سازگاری آن ها با مبانی حقوقی حاکم در کشور مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بنظر میرسد بعضی از مفاد و شروط قراردادی که در انواع قراردادها مشترکا یافت می شوند، مثل شرط تعیین قانون حاکم، شیوه و مرجع حل و فصل اختلافات، ضمانت اجرای نقض قرارداد، نحوه تخصیص ریسک ها و تضمینات بین طرفین، از اهمیت بیشتری از قالب قراردادی برخوردار باشند. توفیق بخش عمومی در جلب مشارکت بخش خصوصی بیش از آنکه در گروهی انتخاب قالب قراردادی باشد در گروهی ارائه پاسخ مناسب به محتوای اینگونه شروط قراردادی است، به نحوی که تامین کننده نظرات و دغدغه های بخش خصوصی و اهداف و منافع بخش عمومی در درازمدت باشد. از سوی دیگر بخش عمومی نیز در تبیین قراردادی انتظارات و استانداردهای مد نظر خود از خدمت و محصول نهایی باید نهایت دقت را بکارگیرد و مهارت خود را در پیش بینی و تبیین محصول نهایی مد نظر (Output) توسعه دهد. بعلاوه بخش عمومی می تواند بخش عمده ای از ملاحظات نظارتی، ضابطه گذاری و استاندارد سازی خود در مورد خدمات موضوع قرارداد را از طریق درج شروط قراردادی تامین کند.

طراحی قرارداد های نمونه و استاندارد سازی شروط قراردادی مورد استفاده بخش عمومی در مشارکت های عمومی خصوصی، هرچند هدف والا و قابل توجهی است که مخاطرات مربوط به کم تجربگی و فساد احتمالی دستگاه اداری در تنظیم قرارداد را کاهش می دهد اما رسیدن به آن مرحله منوط به آزمون و به تجربه گذاشتن قالب های مختلف و شروط گوناگون و تجمیع و بررسی و تجزیه و تحلیل تجربیات است که در این زمان ممکن نیست. بنظر می رسد چالش قراردادی پیش روی مشارکت عمومی خصوصی در کشور ما، بیش از آنکه به قالب های قراردادی برگردد به مفاد و محتوای قرارداد و نحوه پاسخ قرارداد به سوالات کلیدی مذکور در بالا برگشت می کند؛ زیرا نگرانی بخش خصوصی امروزه امتیازات و منافع حاصل از قرارداد است نه شکل و قالب آن.

کلمات کلیدی: مشارکت عمومی-خصوصی؛ قالب قراردادی؛ الگوی حقوقی؛ حقوق ایران

مقدمه:

مشارکت عمومی - خصوصی به عنوان یکی از شیوه های کاستن از بار دولت و واگذاری امور به بخش خصوصی و به منظور استفاده از پتانسیل های این بخش، شیوه ی متفاوتی از انتشار اوراق قرضه (یا اوراق مشارکت)، پیمان مدیریت و بیرون سپاری و حتی سیاست ها و روش های خصوصی سازی است. در این روش بخش عمومی ضمن حفظ وظایف خود به عنوان متولی ارایه خدمت عمومی و یا ایجاد زیر ساخت، از تمامی پتانسیل های بخش خصوصی اعم سرمایه، تخصص و دانش فنی، مهارت های مدیریتی و بازاریابی بهره می برد و بخش خصوصی بطور معمول در قالب یک قرارداد داز مدت معینی به عهده می گیرد. رابطه حقوقی بین بخش عمومی و بخش خصوصی بطور معمول در قالب یک قرارداد داز مدت تنظیم می شود. توفیق این مشارکت بستگی به رسیدن به یک قرارداد متعادل و مستحکم و برد-برد برای طرفین دارد. این نوشتار بطور بسیار اجمالی به بررسی ساختار و محتوای این قراردادها خواهد پرداخت. از آنجا که این قراردادها در یک بستر و چارچوب قانونی منعقد می شوند، ابتدا الزامات انعقاد این قرارداد بررسی شده و سپس به محتوای مشترک و مهم این قراردادها خواهیم پرداخت. در نهایت از آنجا که استاندارد سازی و تهیه قراردادهای نمونه مشارکت می تواند از اهداف مهم و عمده هر دو بخش عمومی و خصوصی باشد روند تحقق این امر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف: جایگاه قرارداد در مشارکت عمومی-خصوصی

قرارداد بر حسب تعریف، توافق الزام آور دو یا چند شخص حقیقی و/یا حقوقی بر امر یا اموری است که از دید قانونگذار ملزم و مجاز تلقی شده است. هر چند در ضرورت "تجویز قانونگذار" در مورد قرارداد اتفاق نظر بین مکاتب فلسفی حقوق وجود ندارد و تعریف ارائه شده بیشتر با مبانی مکتب تحققی (positivism) سازگاری دارد تا مکاتب حقوق فطری^۱، اما در حوزه قراردادهای عمومی و دولتی بی تردید اصل آزادی قراردادها در مقابل اصل "تجویزی بودن" رنگ باخته^۲ و صرفا انعقاد آن دسته از قراردادها در حقوق عمومی مجاز می باشد که مورد تجویز قانونگذار قرار گرفته باشد. به بیان دیگر، در حقوق عمومی، هم موضوع قرارداد باید مورد تجویز قانون قرار گرفته باشد و هم مقام امضا کننده باید مجاز به امضای قرارداد باشد.^۳ باین ترتیب در قرارداد های بخش عمومی، مقامات یا دستگاه مجاز در حدود اختیارات و در محدوده مانوری که قانون برای آنها تعیین کرده توافقاتی را با طرف دیگر قرارداد انجام می دهد. بنابر این نقش قرارداد و مانورهای قراردادی مقامات اجرایی محدود به دایره تجویزی قانونگذار می گردد و همین امر ضرورت راهگشایی ها و تفویض اختیارات در قوانین در خصوص قراردادهای عمومی را بیشتر آشکار می کند. بنا بر این وجود قوانین جامع و کاملی که اجازه انعقاد این گونه قرارداد

^۱ شهیدی، دکتر مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان: ۱۳۷۷، نگاه کنید به شماره های ۲۷، ۲۸ و ۲۹

^۲ سنجابی، دکتر کریم؛ حقوق اداری ایران، چاپ سوم، تهران: مهر آیین، بی تا، صفحه ۲۱۷

^۳ انصاری، ولی الله؛ کلیات حقوق قراردادهای اداری؛ تهران: حقوقدان ۱۳۸۰، ص ۵۶ به بعد

ها را بخش عمومی اعطا نماید، و در کنار آن راهکارهایی در خصوص موضوعات مهمی چون مسائل مالیاتی ارائه نماید، کاملاً ضروری است.

نکته قابل ذکر دیگر این است که هرچند اجرای یک پروژه در قالب مشارکت عمومی-خصوصی متضمن انعقاد قراردادهای متعدد بین شرکای بخش خصوصی مانند قرارداد مشارکت و کنسرسیوم، قرارداد با بانک ها و موسسات اعتباری و قرارداد با ارائه کنندگان خدمات تخصصی دیگر نباشد، اما در این نوشتار عمدتاً تمرکز بر روی قراردادی است که بین بخش عمومی و خصوصی برای تحقق این مشارکت منعقد می شود.

ب: طرفین یا اطراف قراردادهای مشارکت عمومی-خصوصی

قراردادهای مشارکت عمومی-خصوصی بین بخش عمومی و بخش خصوصی منعقد می شوند. بخش خصوصی در قالب اشخاص حقیقی و یا اشخاص حقوقی و یا کنسرسیوم ها و مشارکت های مدنی و جوینت ونچر (برای مثال در قالبی مشابه قالب ماده ۱۰۷ قانون پنجم توسعه یعنی "گروه اقتصادی با منافع مشترک") می توانند طرف قرارداد با بخش عمومی قرار گیرند. بسیار متداول است که تمامی اشخاص خصوصی که به نحوی در مشارکت حضور دارند با تشکیل یک شرکت خاص^۴ (SPV) نقش خود را در مشارکت ایفاء کنند. در این شرکت که با هدفی خاص تشکیل می شود حسب مورد، طراح یا طراحان، اجرا کنندگان پروژه، مدیران اجرایی، تامین کنندگان منابع مالی و ... مشارکت و حضور دارند. با توجه به طولانی بودن دوران این طرحها و نیز ضرورت وجود شخصیت حقوقی مستقلی که طرف قرارداد با بخش عمومی قرار گیرد، استفاده از مشارکت های شرکتی (Incorporated Joint Venture) در مقایسه با مشارکت های شرکتی (Contractual Joint Venture) از مطلوبیت و مزیت بیشتری برخوردار است.^۵

از طرف دیگر، معمولاً دستگاه متولی حاکمیت بر بخشی که جوینت مشارکت بخش خصوصی است طرف قرارداد با بخش خصوصی قرار می گیرد. بدیهی است که دستگاه حاکمیتی مزبور باید مجوز های لازم از قانونگذار را، بطور کلی و یا موردی، برای انعقاد چنین قراردادی تحصیل نموده باشد.^۶ دستگاه حاکمیتی، بطور خاص در مورد قراردادهایی که جنبه امتیازی دارند طرف مناسبی برای قرارداد با بخش خصوصی می باشد؛ در حالیکه در قراردادهایی که بر مبنای شراکت و همکاری مشترک بخش عمومی و بخش خصوصی (Joint Venture) برای ارائه خدمات عمومی منعقد می شود دستگاههای اعمال تصدی طرف قرارداد مناسب تری می باشند.

⁴ Special Purpose Vehicle (SPV)

⁵ ITC Contractual Joint Venture Agreements, Geneva 2004, International Trade centre UNCTAD/WTO 2004; ITC/P161.E/TSS/BAS/03-XII

⁶ Gerrard, Michel B., Public-Private Partnerships, "Finance and Development, A quarterly magazine of IMF", September 2001, Volume 38, Number 3

در تجربیات بسیاری از کشورها همانند انگلستان^۷ و ایتالیا^۸، ایجاد نهاد مستقلی در بخش عمومی به عنوان نهاد تخصصی مشارکت عمومی-خصوصی که وظیفه ارائه مشاوره و تبیین دقیق انتظارات قراردادی بخش عمومی، تجمیع اطلاعات و تجربیات و استاندارد سازی و نظارت بر اجرای اینگونه قراردادها را بر عهده دارد دیده می شود.^۹ اما در ضمن اینکه این نهاد باید مسئول و پاسخ گوی اظهار نظرها و اقدامات خود باشد، نباید موجب سلب مسئولیت از دستگاه متولی شود.

ج: بایسته های تبیین انتظارات و تنظیم قراردادهای مشارکت عمومی-خصوصی

ویژگی های متعدد این قراردادها از قبیل طولانی بودن دوره، حوزه وسیع تاثیر گذاری آن بویژه بر خدمات عمومی، ابتدای آن بر خروجی و نتیجه بجای داده و ورودی، جایگاه آن در مرز بین قراردادهای عمومی و خصوصی و وجود ریسک های متعدد، اقتضای دقت نظر بیشتری را در مرحله تنظیم آن دارد. در این میان بخش خصوصی به دلیل توان بهره گیری از مشاوران و کارشناسان بیشتر و امکان تهیه چک لیست هایی از موارد مهم و مورد نظر خود که عمدتاً به منافع خود از پروژه مرتبط می شود و با استفاده از تجارب موجود در موارد مشابه مشکل کمتری در تبیین انتظارات خود دارد. اما تبیین انتظارات بخش عمومی در درازمدت به دلایل مختلف از جمله ضرورت برآورد و بیان نیاز های بخش عمومی و عدم تجربه و مهارت کارشناسان بخش عمومی در انعقاد این گونه قراردادها دشوارتر می نمایاند. کارشناسان بخش عمومی برحسب عادت معمول خود برای تنظیم قراردادها بر مبنای بودجه و اقتضانات مالی بخش عمومی در یک دوره مشخص تبحر دارند اما در تبیین انتظارات درازمدت و تعیین خروجی مورد نظر در زمان اتمام طرح تجربه و مهارتی ندارند. خطای در این قراردادها برای بخش عمومی گران تمام می شود و باید در تمامی دوران قرارداد بخش عمومی هزینه خطا یا قصور احتمالی را تحمل کند. پاسخگویی مسئولان در قبال خطاهای احتمالی بدلیل فاصله طولانی بین مرحله انعقاد قرارداد تا ختم آن و احتمال تغییر در مسئولیت ها نمی تواند کاملاً تحقق یابد. ارتشاء و فساد اداری احتمالی از دیگر آفات احتمالی این قراردادها می باشند. از اینرو لازم است بخش عمومی در کنار تقویت توانمندی های ویژه تنظیم این قراردادها، امکان استفاده از مشاوران بزرگ و صاحب نام را در تنظیم این قراردادها برای خود فراهم کند.

د: مطالعه برخی از قالب های قراردادی متداول در مشارکت عمومی خصوصی

با توجه به گستردگی انواع قراردادهای قابل استفاده در تحقق مشارکت عمومی-خصوصی که از قراردادهای نسبتاً ساده اجاره و یا واگذاری اداره و مدیریت تاسیسات متعلق به بخش عمومی به بخش خصوصی تا قراردادهای پیچیده "طراحی، ساخت، تامین مالی و بهره برداری" را در بر می گیرد، در این مقاله صرفاً به قراردادهایی که بخش خصوصی در

⁷ PPP Unit Partnerships UK

⁸ Unita Tecnica della Finanza di Progetto

⁹ Iossa Elisabetta &, Contract Design in Public-Private Partnership, September 2007, p.11

سرمایه گذاری و ایجاد تاسیسات جدید و زیر ساخت مشارکت می کند پرداخته شده و از پرداختن به قراردادهای واگذاری "خدمات نرم" به بخش خصوصی به عمد اجتناب شده است.

منظور از قالب، نوع قرارداد شناخته شده ای است که با یکی از اسامی خاص مورد شناسایی عموم و یا متخصصین می باشد. این قالب شامل قراردادهای معین (ویژه) و عقود غیر معین هر دو می شود.^{۱۱} در ذیل چند قالب قراردادی شناخته شده برای قراردادهای مشارکت بخش عمومی با بخش خصوصی به اجمال معرفی می گردد:

۱:۵ قراردادهای ساخت، بهره برداری و انتقال :

این نوع قرارداد که اصطلاحاً BOT نامیده می شود می تواند یکی از مدل‌های قراردادی برای مشارکت عمومی خصوصی باشد. در این قرارداد بخش خصوصی ساخت تاسیسات عمومی را به عنوان سرمایه گذار بر عهده می گیرد و در طول مدت معینی بهره برداری از تاسیسات ایجاد شده را انجام داده و بهای خدمات ارائه شده را دریافت می دارد و پس از استرداد سرمایه و سود مورد انتظار در مدت توافق شده مالکیت تاسیسات ایجاد شده، به تدریج و یا به یکباره، به بخش عمومی منتقل می شود.

این الگو در کشور ما قبلاً در قوانین و مقررات مختلف از جمله قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی (به عنوان یکی از الگوهای مورد استفاده در امر سرمایه گذاری خارجی)^{۱۲} و قوانین توسعه ای تجویز شده^{۱۳} و حتی معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رییس جمهور طی نشریه شماره ۴۶۹ تحت عنوان "موافقت نامه ساخت - بهره برداری - انتقال" نظام این قراردادها را تبیین نموده و پروژه هایی نیز مخصوصاً در بخش راه و ترابری با استناد به قوانین خاص^{۱۴} در زمینه احداث آزاد راهها با استفاده از این مدل انجام شده است.

در این مدل در حالیکه سرمایه گذاری در پروژه توسط بخش خصوصی انجام می شود و ریسک سرمایه گذاری باید توسط بخش خصوصی تحمل شود، مع الوصف بخش عمومی می تواند تامین مالی پروژه را تسهیل کند.^{۱۵}

¹⁰ Soft services

¹¹ Nominate and In-nominate Contracts

¹² ماده ۳ قانون و تبصره ۲ ماده ۲ آیین نامه اجرایی آن
¹³ مانند ماده ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۸۳ که مقرر داشته: "به دولت اجازه داده میشود... در قلمرو فعالیت های تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی، زیربنایی، خدمات و فناوری اطلاعات در اجرای قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، زمینه های لازم را از طریق مذکور در بند (ب) ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۲/۱۹ فراهم نماید."
¹⁴ ماده واحده مصوب ۱۳۶۶ مجلس شورای اسلامی "قانون احداث پروژه های عمرانی بخش راه و ترابری"

¹⁵ Elisabetta Iossa, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez; Contract Design in Public-Private Partnership, Report prepared for the Eorld bank, September 2007, t page 26

در هر حال از موضوعات قابل توجه در این نوع قراردادها موضوع تخصیص ریسک های مختلف سیاسی، تجاری و ریسک های اجرایی است که مدل BOT بخودی خود پاسخ یکسان و قاطعی برای آن فراهم نمی کند بلکه تابع شروط و مفاد توافقات مرتبط با پروژه است.^{۱۶} برای مثال با توجه به طولانی بودن دوران پروژه تغییرات در قوانین و مقررات و یا تغییر در بهای خدمات می تواند در نرخ بازگشت سرمایه و دوره ان موثر باشد حال این سوال اساسی که این ریسک ها تا چه حد بر عهده دولت است و تا چه حد بر عهده بخش خصوصی، نمی تواند بر اساس قالب حقوقی قراردادی پاسخ داده شود. نوع تضمینی که دولت برای بازگشت سرمایه و سود به بخش خصوصی می دهد و شرایط قرارداد امتیازی برای واگذاری نیز می تواند بسیار تعیین کننده باشد و چه بسا در مواردی قانون حدود این تضمین ها را معین می کند. برای مثال قسمت اخیر ماده ۲۴ قانون برنامه چهارم که استفاده از روش BOT را تجویز کرده دولت را موظف نموده تا پرداخت کالا و خدماتی که الزام می بایست توسط دولت خریداری شود را از محل وجوه و منابع متعلق به طرف دولتی قرارداد تضمین نماید و در ادامه مقرر می دارد این تعهد پرداخت نباید از محل وجوه و منابع عمومی باشد. قانونگذار با آنکه ماهیت ضمانت نامه صادره را تجاری میدانند تاکید می کند که این ضمانت نامه نباید ریسک های تجاری و خسارت های ناشی از قصور سرمایه گذار در ایفای تعهدات قراردادی وی را پوشش دهد.

د.۲. مدل قراردادی "طراحی، ساخت، تامین مالی، اداره" DBFO

در این مدل کلیه مراحل طراحی، ساخت، تامین منابع مالی و اداره پروژه با هدف ارائه خدمت عمومی و یا ایجاد زیر ساخت به بخش خصوصی واگذار می شود. بخش خصوصی معمولاً با تشکیل یک کنسرسیوم یا شرکت تمامی مراحل پروژه را به عهده می گیرد. این کنسرسیوم می تواند مرکب از تمامی اشخاص دخیل در پروژه اعم از بانک، موسسات طراحی کننده، اداره کننده، تامین کننده خدمات مورد نیاز و ... باشد. این قراردادها در دو شکل قراردادهای امتیازی (Concession) و یا قراردادهای استفاده از منابع مالی بخش خصوصی

(“Operation Private Finance Initiatives or “operation PFI”)، با تفاوتی اندک از یکدیگر که بعداً توضیح داده خواهد شد، منعقد می گردند.

در قرارداد امتیاز بخش خصوصی وظیفه ساخت و تامین مالی دارایی جدید و یا نوسازی تاسیسات موجود را بر عهده می گیرد و بموجب قراردادی حق بهره برداری از تاسیسات ایجاد شده یا نوسازی شده را در طی دوره ای نسبتاً طولانی (۲۵ تا ۳۰ سال) و حق مطالبه بهای خدمات ارائه شده به عموم را در این دوران تحصیل می کند. در پایان این دوره اموال و تاسیسات مورد بحث به بخش عمومی مسترد می گردد. در این مدل، در طول دوران ساخت بخش خصوصی در امدی

^{۱۶} توسلی جهرمی، منوچهر؛ قراردادهای بین المللی ساخت بهره برداری و انتقال؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، زمستان ۱۳۸۱، صفحه ۹۳ به بعد

تحصیل نمی کند و از اینرو انگیزه بیشتری برای اتمام سریع تر و آغاز بهره برداری از طرح دارد. ریسک سرمایه گذاری در این نوع قرارداد کلاً به عهده بخش خصوصی می باشد. تامین مالی در این گونه قراردادها از طریق وامی که کنسرسیوم یا مشارکت ایجاد شده برای پروژه از بازار مالی و با اتکای به طرح و جریان نقدینگی آن (و نه با تضمین شرکاء و یا اعضای پروژه) دریافت می دارند انجام می شود. تفاوتی که بین این مدل با BOT وجود دارد این است که در این مدل مالکیت تاسیسات ایجاد یا بازسازی شده به بخش خصوصی متعلق نخواهد بود و بخش خصوصی در قالب یک قرارداد، امتیاز مدیریت و بهره برداری از تاسیسات موضوع پروژه را در طول دوران توافق شده تحصیل می کند. از این رو این قالب می تواند قالب مناسب تری در مورد نوسازی و تجهیز ساختمان ها و تاسیسات موجود باشد که در مدل قراردادی BOT به دلیل عدم امکان انتقال مالکیت تاسیسات موجود این مدل قابل استفاده نمی باشد. بعلاوه مالکیت بخش عمومی نسبت به اموال و تاسیسات ایجاد شده از ابتدای طرح نیز می تواند نقطه مثبتی برای بخش عمومی باشد، هر چند همین موضوع متقابلاً برخی از ریسک های بخش خصوصی را افزایش می دهد. با توجه باینکه در این شیوه ریسک مراجعه مشتری و مصرف کننده خدمات که منجر به ایجاد درآمد برای بخش خصوصی می شود اهمیت بسزایی برای بخش خصوصی دارد، بخش عمومی می تواند تعهد کند که در صورت کاهش مشتری و درآمد طرح از حد معینی مابه التفاوت درآمد قابل انتظار با درآمد وصول شده، توسط بخش عمومی به بخش خصوصی پرداخت گردد.

مدل قراردادی استفاده از منابع مالی بخش خصوصی "operation PFI": این نوع قرارداد شباهت بسیار زیادی با مدل قراردادهای امتیازی داشته با این تفاوت که در قرارداد های امتیازی بهای خدمات از استفاده کنندگان توسط بخش خصوصی دریافت می شود در حالیکه در این نوع قرارداد بخش خصوصی خدمات خود را به بخش عمومی می فروشد و بهای خدمات را بطور یک جا از بخش عمومی دریافت می کند. این نوع قرارداد برای ایجاد تاسیساتی که مشتری محور نیستند مانند زندان ها و مراکز بازپروری مجرمین و معتادین و حتی مدارس می تواند مفید باشد.

در خصوص قابلیت انطباق اینگونه قراردادها (DBFO) با نظام حقوقی ایران هر چند نص صریحی در قوانین وجود ندارد اما با توجه به تجویز قراردادهای "ساخت، بهره برداری و انتقال" در حقوق ایران و با قیاس اولویت می توان به تجویز این قراردادها نظر داد. دلیل این قیاس اولویت این است که در این روش مالکیت پروژه در هیچ زمانی به بخش خصوصی تعلق نداشته و طرح در مالکیت بخش عمومی ایجاد می شود. لذا موانع احتمالی لزوم مالکیت دولت در طرح ناشی از اصل ۴۴ قانون اساسی و یا هر ملاحظه مشابه مبتنی بر مصالح عمومی و یا محدودیت های قانونی در این روش مرتفع می باشد. این روش با تجویز های کلی که در قانون برای تامین سرمایه از بخش خصوصی و نیز واگذاری مدیریت و اداره تاسیسات عمومی به بخش خصوصی با حفظ نقش سیاست گذاری، کنترلی و نظارتی (یا مجموعاً حاکمیتی) برای دولت وجود دارد قابل انطباق بوده و به نظر نمی رسد نیاز به تجویز خاصی داشته باشد.

د ۳. قراردادهای مشارکت (Joint Venture)

در مقابل راههای سنتی برای تحقق مشارکت عمومی-خصوصی، ایجاد یک مشارکت انتفاعی بین بخش خصوصی و عمومی و سرمایه گذاری و اداره مشترک طرح در قالب یک شخصیت حقوقی مستقل نیز راهکار قابل ملاحظه ای است. در این مشارکت هر یک از بخش خصوصی و عمومی با آوردن سهم الشرکه یا آورده خود در قالب سهامداران یک شرکت با هم در سود و زیان پروژه شریک خواهند بود و شرکت اهداف مشترک و تعیین شده را دنبال خواهد کرد. بدیهی است که نمایندگان هر دو بخش عمومی و خصوصی در هیات مدیره شرکت حضور خواهند داشت و باین ترتیب بخش عمومی نقش فعال تری را در مقایسه با سایر روش های قراردادی در جریان اداره ی مشارکت ایفا می کند.

طبعاً، نقش بخش عمومی به عنوان شریک مشارکت در قالب تصدی گری دولت قابل توجیه می باشد و همین امر به نحوی موجب تعارض احتمالی منافع با نقش دیگر آن به عنوان اعمال کننده حاکمیت خواهد شد. سرمایه گذاری مشترک بی تردید به دلیل اتحاد منافع و نیز مشارکت هر دو بخش عمومی و خصوصی در ریسک ها و لذا احتمال کنترل بهتر ریسک ها می تواند منافع بیشتری را برای بخش خصوصی به همراه داشته باشد؛ اما باید به خاطر داشت که بخش عمومی هم همواره شریک ملایم و رفیق موافقی نخواهد بود و چه بسا خلط بین جایگاه تصدی گری و اعمال حاکمیت بتواند جایگاه شریک خصوصی را تضعیف کند. توفیق این مشارکت و جوینت ونچر تا حدود زیادی به تن دادن بخش عمومی به قواعد بازی در مشارکت بستگی دارد.

از دیگر نکاتی که نباید از نظر دور داشت اقتضائات خاص مشارکت های دولتی نظیر احتمال کنترل و نظارت بیشتر توسط نهاد های نظارتی بخش عمومی به دلیل سهامداری دولت در مشارکت است. بعلاوه میزان سهام قابل تملک توسط بخش خصوصی در اینگونه مشارکت نیز می تواند با محدودیت های قانونی و یا مصلحتی و سیاست گذاری همراه باشد. شریک دولتی که معمولاً دارای مجوز هم هست در مقابل از دست دادن مجوز و یا کاهش سهامش در مشارکت (Dilution) از خود حساسیت بیشتری نشان می دهد و در مقابل تقاضا برای افزایش سرمایه از خود رغبتی بروز نمی دهد. در صورت حل این مسایل راهکار شراکت بخش عمومی و خصوصی بویژه در پروژه های معدنی و منابع طبیعی می تواند راهکار مناسب و قابل توصیه ای باشد.

۵: برخی از مفاد و شروط مشترک و تعیین کننده در همه انواع قراردادها

تا آنجا که به فعالین بخش خصوصی مربوط میشود، این شکل و قالب قرارداد نیست که "تعیین کننده و ترغیب کننده"¹⁷ در تصمیم آنها به ورود در قرارداد است، بلکه آنچه برای آنها اهمیت بیشتری دارد تامین منافع مورد نظر خود در قالب قرارداد است که اجابت آن بیش از قالب، به محتوای قرارداد بستگی دارد. در همه انواع قرارداد ها موضوع ریسک های قراردادی و

¹⁷ Determinate and Impulsive

غیر قراردادی و تخصیص آن به بخش عمومی یا خصوصی می تواند موضوع قابل توجه و با اهمیتی باشد. تعیین قانون حاکم و شیوه حل و فصل اختلافات، بویژه آنگاه که بخش خصوصی خارجی باشد، موضوع تعیین کننده دیگری است.^{۱۸} ریسک های مربوط به لغو مجوز و یا فسخ یک جانبه قراردادهای امتیازی، نحوه و میزان تضمین هایی که دولت حسب مورد و متناسباً با ریسک هایی که بر عهده بخش خصوصی است در این قراردادها می پذیرد از دیگر محتویات تعیین کننده می باشند. امکان تعدیل در قرارداد و نحوه پرداخت بهای خدمات توسط دولت نیز از دیگر مفاد مهم اینگونه قراردادها است. امکان و نحوه برقراری رابطه مالکانه بخش خصوصی نسبت به تاسیسات و زیر ساخت های ایجاد شده، و تبیین تعهدات بهره بردار نسبت به حفظ مال و چگونگی کنترل وضعیت آن در لحظه استرداد به بخش عمومی و موضوعاتی از این قبیل به عنوان مفاد قراردادها بسیار تعیین کننده و تاثیر گذار می باشند. تعیین تکلیف در مورد مسایل مالیاتی و احیاناً معافیت های مالیاتی نیز واجد اهمیت غیر قابل تردیدی است. تعیین محتوای این شروط پر اهمیت، در کنار موضوعات کمتر چالش برانگیزی مثل تعیین دوران قرارداد، امکان واگذاری جزئی و یا عدم امکان آن، تعیین تاثیر حوادث غیر مترقبه بر قرارداد و تعهدات طرفین، مفاد قرارداد راجع به تفسیر قرارداد و رفع ابهامات و اجمالات قراردادی مجموعاً انتظارات قراردادی هریک از طرفین را در قالب قصد مشترک بیان می دارد.

همانگونه که قبلاً گفته شد، انعقاد این قراردادها در فضای حقوق عمومی در محدوده تجویزها و اختیارات قانونی توسط مقامات عمومی انجام می شود. بوضوح آشکار است که مقامات عمومی مذاکره کننده و منعقد کننده این قراردادها از آزادی کامل در تعیین محتوای شروط قراردادی برخوردار نیستند، اختیارات آنان محدود به تجویزهای قانونگذار است. برای مثال اگر قانون واگذاری امتیاز به بخش خصوصی را ممنوع کرده باشد، مقام دولتی طرف قرارداد نمی تواند به ابتکار خود و برحسب تشخیص کارشناسی خود روشهای متضمن اعطای امتیاز را بکار گیرد. و یا چنانچه ارجاع اختلافات بخش عمومی با بخش خصوصی به داوری ممنوع باشد، قرارداد نمی تواند متضمن این شرط باشد. مقامات بخش عمومی مجاز نمی باشند تضمین ها و تعهداتی فراتر از حد قانون و یا حدود اختیارات خود را در قراردادها بپذیرند ولو اینکه اینگونه تضمین سپاری در این نوع قراردادها معمول و متعارف باشد.

آنچه گفته شد نباید به هیچ وجه به عنوان نفی ضرورت بررسی های دقیق فنی، اقتصادی، مالی و حقوقی قرارداد و جمود در مذاکرات قراردادی تلقی گردد. تبیین دقیق انتظارات قراردادی و دنبال کردن اهداف قرارداد در طول مذاکره در چارچوب های قانونی، در ضمن انعطاف پذیری های ضروری و اصولی و از همه مهم تر تلاش برای چاره جویی و مشکل گشایی در ضمن حفظ اصول و مبانی و مصالح است. تسلط تیم تنظیم کننده و مذاکره کننده قرارداد به مبانی و رویه ها در کنار قوانین و مقررات می تواند تامین کننده اهداف مورد نظر طرفین و جلوگیری از انعقاد قراردادهای فراتر از قانون و یا مواجهه با بن بست های قراردادی گردد.

^{۱۸} اسکینی، ربیعا؛ مبانی نظری اصل استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، صص ۵-۲۹، ص: ۹ و ۱۰

و: استاندارد سازی و الگو سازی قرارداد های مشارکت عمومی-خصوصی

یکی از شیوه های آسان سازی تنظیم قراردادها و کاستن از خطاها و ریسک های محتمل در آن مرحله و همچنین تجمیع و بهره گیری از تجربیات و تخصص های موجود در موارد و نهادهای مختلف و پراکنده، تلاش در جهت استاندارد سازی و الگو سازی و در نهایت تنظیم قرارداد های نمونه و تیپ است. بخش عمومی بطور خاص علاقمند است تا با تنظیم دستور العمل و شیوه نامه، تنظیم و توصیه متون بعضی از شروط خاص قراردادی، و در کامل ترین شکل تنظیم قرارداد های نمونه و تیپ مراحل تنظیم قرارداد را برای کارشناسان خود آسان کند و ریسک های ناشی از خطاهای انسانی و یا فساد های اداری احتمالی را کاهش دهد. اما نکته قابل توجه این است که نباید در این مسیر شتاب کرد، استاندارد سازی و الگو سازی و به طریق اولی، تنظیم قرارداد نمونه منوط به وجود تجربه و آزمودن قراردادهای منعقد شده و سنجش اثر هر یک از آنها در عمل است. بدیهی است در آغاز راه نه میتوان به تنظیم قرارداد نمونه دست یافت و نه حتی شیوه نامه و دستور العمل جامع و مانعی برای انعقاد قرارداد های مشارکت تنظیم نمود. اما با این حال تنظیم شیوه نامه های توضیحی متضمن بیان قوانین و مقررات مرتبط و گزینه های مختلف قابل قبول برای هریک از موضوعات قراردادی و تبیین اثر هر یک از گزینه ها می تواند حتی در مراحل اولیه هم توصیه شود. در کنار این شیوه نامه، می توان به تنظیم برخی از شروط متداول تر به صورت استاندارد نیز اقدام نمود، البته در ابتدا شروطی را باید استاندارد سازی کرد که قبلا اثرات آنها آزموده شده است. شروطی مثل تعیین قانون حاکم و یا حل و فصل اختلافات می تواند از ابتدا استاندارد سازی شود. اما رسیدن به قرارداد جامع نمونه منوط به اندوختن تجربه و آزمودن گزینه های محتمل در چندین قرارداد اجرا شده و یا در دست اجرا است که از ابتدا ممکن نمی باشد.

نتیجه:

دست یابی به الگوی قراردادی مناسب برای تحقق مشارکت عمومی - خصوصی موفق قبل از هرچیز در گروی وجود قوانین بستر ساز، تجویز کننده و تسهیل کننده است. اطلاع از حدود اختیارات قانونی مقامات عمومی در کنار تجربه و مهارت آنان در تبیین انتظارات قراردادی و دست یابی به شروط عادلانه از شروط لازم برای انعقاد قراردادهای موفق مشارکت است. از میان مدل های شایع برای قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی که در این متن بررسی شده است هر سه مدل ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT)؛ طراحی، ساخت، تامین مالی و اداره (DBFO)؛ و مشارکت انتفاعی (Joint Venture) با کلیات نظام حقوقی ایران سازگاری دارد و حسب مورد و متناسب با نوع و هدف طرح می تواند مورد استفاده قرار گیرد. بیش از قالب، محتوای قراردادها است که در ترغیب بخش خصوصی به مشارکت با بخش عمومی تاثیرگذار است و در تعیین محتوا نیز در موضوعات مهم و کلیدی حدود ترسیم شده توسط قانون بیش از هر عامل دیگر تعیین کننده است. بنابراین برای فراهم نمودن امکان دست یابی به الگوی مناسب حقوقی تهیه فهرستی از موضوعاتی که باید در قوانین راجع به آنها تعیین تکلیف شود و حصول اطمینان از وجود پاسخ واضح و خالی از ابهام در مورد آن موضوعات در قوانین کاملا ضرورت دارد. مدل سازی و دست یابی به قراردادهای نمونه منوط به وجود تجربه و آزمون قالب های متفاوت در عمل است، که در ابتدای راه امکان پذیر نمی باشد. اما در هر حال، با تجمیع تجربیات قراردادی و رفع نواقص قانونی است که میتوان به الگوی مناسب و قابل تکراری برای مشارکت عمومی - خصوصی در کشور دست یافت.