

فهرست مطالب

۱۱	مقدمه
۱۳	فصل اول: قراردادهای ساخت، بهره برداری، واگذاری (BOT)
۱۴	مبحث اول: کلیاتی در رابطه با قراردادهای بی.اوتی
۱۴	گفتار اول: مفهوم قراردادهای بی.اوتی
۱۶	بند اول: قرارداد بی.اوتی و قرارداد تامین مالی طرح
۱۷	بند دوم: قرارداد بی.اوتی و قرارداد اخذ وام بلندمدت
۱۷	بند سوم: قرارداد بی.اوتی و قرارداد ای.بی.سی
۱۷	گفتار دوم: تاریخچه قراردادهای بی.اوتی
۱۹	گفتار سوم: انواع قراردادهای بی.اوتی
۱۹	بند اول: قرارداد ساخت، اجاره و انتقال
۲۰	بند دوم: قرارداد ساخت، مالکیت و بهره برداری
۲۱	بند سوم: قرارداد ساخت، مالکیت، بهره برداری و فروش
۲۱	بند چهارم: قرارداد ساخت، مالکیت، بهره برداری و انتقال
۲۳	بند پنجم: قرارداد ساخت، انتقال و بهره برداری
۲۴	بند ششم: قراردادهای بازسازی، بهره برداری و انتقال
۲۴	بند هفتم: قراردادهای مدرنیزه کردن، بهره برداری و انتقال
۲۵	بند هشتم: قرارداد ساخت، بهره برداری و تمدید انتقال
۲۷	گفتار چهارم: ماهیت حقوقی قراردادهای بی.اوتی
۲۸	گفتار پنجم: مزایا و معایب قراردادهای بی.اوتی
۲۹	بند اول: مزایا
۳۰	بند دوم: معایب
۳۲	مبحث دوم: مشخصه و انگیزه های استفاده از قراردادهای بی.اوتی
۳۲	گفتار اول: مشخصه های قرارداد بی.اوتی
۳۲	گفتار دوم: موضع قوانین کشورها در قبال قراردادهای بی.اوتی
۳۴	گفتار سوم: پروژة های موضوع بی.اوتی
۳۵	گفتار چهارم: انگیزه های استفاده از روش بی.اوتی

۳۸.....	فصل دوم: دلایل استفاده از قراردادهای BOT و موضوعات حقوقی آن
۳۹.....	مبحث اول: دلایل استفاده از قراردادهای بی.اوتی و نقش دولت ها
۳۹.....	گفتار اول: دلایل استفاد از پروژه های بی.اوتی
۴۰.....	بند اول: خصوصی سازی
۴۱.....	بند دوم: جذب سرمایه های داخلی و خارجی
۴۳.....	بند سوم: جذب تکنولوژی پیشرفته
۴۳.....	بند چهارم: بهره مند شدن از یک مدیریت کارآمد
۴۴.....	گفتار دوم: نقش دولت پذیرای سرمایه در موفقیت پروژه های بی.اوتی
۴۶.....	گفتار سوم: انواع حمایت های دولت پذیرای سرمایه از پروژه های بی.اوتی
۴۹.....	گفتار چهارم: نگاهی بر اجرای قراردادهای بی.اوتی در ایران
۵۲.....	مبحث دوم: موضوعات حقوقی مطرح در قراردادهای بی.اوتی
۵۲.....	گفتار اول: مراحل اجرای طرح بی.اوتی
۵۳.....	بند اول: تصمیم دولت برای واگذاری امتیاز طرح به بخش خصوصی
۵۳.....	بند دوم: آمادگی دولت برای انجام مناقصه
۵۳.....	بند سوم: اعلام آمادگی شرکت کنندگان
۵۴.....	بند چهارم: مرحله گزینش
۵۴.....	بند پنجم: ایجاد مقدمات اجرای طرح
۵۴.....	بند ششم: مرحله اجرا
۵۴.....	بند هفتم: مرحله بهره برداری
۵۵.....	بند هشتم: مرحله واگذاری
۵۵.....	گفتار دوم: قراردادهای مطرح در طرح بی.اوتی
۵۵.....	بند اول: قرارداد تأسیس شرکت طرح
۵۶.....	بند دوم: قرارداد اعطای تسهیلات
۵۶.....	بند سوم: قرارداد اعطای طرح یا قرارداد اعطای امتیاز
۵۶.....	بند چهارم: قرارداد خرید محصول
۵۷.....	بند پنجم: قرارداد ساخت
۵۷.....	بند ششم: قرارداد بهره برداری و نگهداری
۵۷.....	گفتار سوم: مساله خطر در قراردادهای بی.اوتی
۵۹.....	گفتار چهارم: تضمین وام ها در بی.اوتی و تعهدات طرفین در بی.اوتی



۵۹	بند اول: تضمین وام ها
۶۰	بند دوم: تعهدات طرفین
۶۱	گفتار چهارم: خسارات در بی.اوتی و حل و فصل اختلافات
۶۱	بند اول: خسارات
۶۲	بند دوم: حل و فصل اختلافات
۶۴	گفتار پنجم: خاتمه قرارداد بی.اوتی و وضعیت مالکیت طرح پس از آن
۶۵	گفتار ششم: نحوه خروج سود حاصل از طرح بی.اوتی توسط سرمایه گذار خارجی
۶۷	فصل سوم: قراردادهای BOT و پروژه‌های بالادستی نفت و گاز
۶۸	مبحث اول: پروژه های بالادستی نفت و گاز
۶۸	گفتار اول: نظام مالی و مالیاتی این قراردادها
۶۹	بند اول: رژیم مالی و رابطه مالی
۷۰	بند دوم: انواع نظامهای مالی و مالیاتی
۷۱	بند سوم: طراحی نظام مالی و مالیاتی مناسب
۷۲	گفتار دوم: روابط بین شرکتهای ملی نفت با شرکتهای بین المللی
۷۳	بند اول: ناحیه قرارداد
۷۳	بند دوم: مرحله اکتشاف
۷۳	بند سوم: مرحله توسعه
۷۳	بند چهارم: نظارت و کنترل کارفرما
۷۴	بند پنجم: مرحله تولید
۷۴	گفتار سوم: شروط حقوقی قراردادهای بالادستی
۷۵	بند اول: فسخ قرارداد
۷۵	بند دوم: الزامات داخلی
۷۵	بند سوم: انتقال قرارداد
۷۶	بند چهارم: شرط ثبات قرارداد
۷۷	بند پنجم: حفظ محرمانگی
۷۷	بند ششم: فورس ماژور
۷۸	بند هفتم: قانون حاکم و حل و فصل اختلافات
۷۹	مبحث دوم: قراردادهای BOT در صنعت نفت و گاز
۷۹	گفتار اول: بررسی تطبیقی قراردادهای BOT با ماده ۱۴ (ب) برنامه چهارم توسعه

بند اول: اصل اول ماده ۱۴ (ب).....	۷۹
بند دوم: اصل دوم ماده ۱۴ ب.....	۸۱
بند سوم: اصل سوم ماده ۱۴ ب.....	۸۲
بند چهارم: اصل ۴ ماده ۱۴ ب.....	۸۲
بند پنجم: اصل پنجم ماده ۱۴ ب.....	۸۲
بند ششم: اصل ششم ماده ۱۴ ب.....	۸۳
بند هفتم: اصل هفتم ماده ۱۴ ب.....	۸۳
بند هشتم: اصل هشتم ماده ۱۴ ب.....	۸۴
گفتار دوم: مطالعه تطبیقی قراردادهای BOT با قوانین ایران.....	۸۵
بند اول: مطالعه تطبیقی با قانون اساسی ۵۸.....	۸۵
بند دوم: مطالعه تطبیقی با دیگر قوانین.....	۸۶
نتیجه.....	۸۹
فهرست منابع و ماخذ.....	۹۱
پیوست ها.....	۹۶

مقدمه

نیل به رشد اقتصادی، دسترسی به فناوری و افزایش رفاه عمومی از دغدغه‌های اصلی کشورهای در حال توسعه در طول چند دهه گذشته بوده است. در حالی که این کشورها جهت رسیدن به رشد و توسعه اقتصادی به اجرای طرح‌های عمرانی و زیربنایی از قبیل ساخت و گسترش راه‌ها، پل‌ها، سدها، شبکه‌های آبیاری، نیروگاه‌های برق، فرودگاه‌ها و بنادر نیاز دارند، اجرای بهینه این طرح‌ها با محدودیت‌های شدیدی از جمله کمبود منابع مالی، فقدان تکنولوژی و دانش فنی، مدیریت ضعیف بخش دولتی، دیوانسالاری حاکم و منفعل بودن بخش خصوصی مواجه بوده است. اجرای این طرح‌ها توسط بخش دولتی و عمومی با استفاده از بودجه محدود دولتی و یا اخذ وام نتوانسته نیازهای رو به تزاید این بخش را تأمین کند. بسیاری از طرح‌های مورد نیاز یا اصلاً شروع نشده و یا اگر شروع شده به دلیل عدم تأمین اعتبارات لازم، ناکارآمدی بخش دولتی و سوء مدیریت با تأخیر به بهره‌برداری رسیده و یا از کیفیت مطلوبی برخوردار نبوده‌اند. با توجه به عدم همکاری مؤثر کشورهای صنعتی به امر توسعه و رشد اقتصادی کشورهای در حال توسعه، این کشورها تلاش نمودند تا از امکانات و قابلیت‌های خود استفاده کرده و کشورهای توسعه یافته را جهت مشارکت در اجرای پروژه‌های عمرانی و زیربنایی تحت فشار قرار دهند. این کشورها از قدرت معاملی خود جهت نیل به رشد و توسعه استفاده کرده و کشورهای توسعه یافته را به سرمایه‌گذاری و ارائه کمک‌های فنی و اقتصادی تحت فشار قرارداداند. در این نگرش، معامله با کشورهای توسعه یافته باید حداقل تا حدی متضمن مشارکت این کشورها در فرایند رشد و توسعه اقتصادی کشورهای در حال توسعه باشد.

بر این اساس، از یک طرف با تغییر نگرش کشورهای در حال توسعه قراردادهای تجاری سنتی مانند خرید کالا و تجهیزات صنعتی، فروش مواد اولیه، اعطای امتیاز بهره‌برداری از معادن به خصوص در بخش نفت و گاز، اخذ وام جهت ساخت پروژه‌های عمرانی و امثال آن دیگر وافی به مقصود نبود و بنابراین شیوه‌ها و مکانیزم‌های جدیدی در جهت تأمین نیازهای کشورهای در حال توسعه می‌بایست اتخاذ گردد. از طرف دیگر بسیاری از فعالیتهای اقتصادی به خصوص در بخش‌های عمرانی و زیربنایی در انحصار بخش دولتی قرار داشت که لازم بود به این انحصارات پایان داده شده و موجبات حضور بخش خصوصی در این فعالیتها فراهم گردد. بنابراین برای نیل به رشد و توسعه

اقتصادی سه تلاش باید به موازات دیگر انجام می‌پذیرفت: آزاد سازی اقتصادی جهت مشارکت بخش خصوصی در فعالیتهای کلان اقتصادی؛ تشویق سرمایه‌گذاری خارجی جهت جلب سرمایه، مدیریت و فناوری خارجی؛ و ابداع شیوه‌های نوین در تجارت بین الملل جهت تنوع بخشیدن به مکانیزمهای اجرایی مشارکت بخش خصوصی داخلی و خارجی در فعالیتهای اقتصادی^۱.

ابداع و توسعه مکانیزمهای قراردادی جدیدی از قبیل مشارکت در تولید، مشارکت در سرمایه‌گذاری، تجارت متقابل، بیع متقابل، قراردادهای افسست، همکاری در تولید و قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال در جهت تنوع بخشیدن به روشهای اجرایی مشارکت بخش خصوصی در دهه‌های اخیر مورد استقبال کشورهای در حال توسعه قرار گرفته است. یکی از این روش‌ها که در راستای نظم نوین اقتصادی بین المللی و در عین حال در جهت آزاد سازی فعالیتهای اقتصادی مورد توجه کشورهای در حال توسعه قرار گرفته است، قراردادهایی است که به طور کلی تحت عنوان "ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (بی.او.تی)" شناخته شده‌اند. این قراردادها بر دو مبنا بنا نهاده شده‌اند: استفاده از قدرت معاملی جهت ترغیب طرفهای تجاری خارجی به مشارکت در طرحهای عمومی و زیربنایی و خطر پذیری در اجرای پروژههای اقتصادی؛ و آزاد سازی اقتصادی جهت دخالت دادن بخش خصوصی در پروژههای زیربنایی و عمرانی که به صورت سنتی تحت کنترل انحصاری دولت‌ها بوده است. در این پژوهش نیز سعی شده است تا به تحلیل حقوقی ساختار قراردادهای ساخت، بهره‌برداری، واگذاری (BOT) با نگاهی بر صنعت نفت و گاز پرداخته شود.

^۱ شیروی، عبدالحسین. قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (بی. او. تی). معاونت پژوهشی پردیس قم دانشگاه تهران.

فصل اول: قراردادهای ساخت، بهره برداری، واگذاری (BOT)

دستیابی به توسعه و رشد اقتصادی تنها در پرتو سرمایه گذاری در طرح های زیربنایی اقتصادی امکان پذیر است. طرح ها و پروژه های زیربنایی به صورت سنتی در قلمرو بخش عمومی قرار داشته و توسط دولت تأمین مالی، ساخته و نهایتاً اجرا و مورد بهره برداری قرار می گرفته است. بسیاری از کشورهای در حال توسعه دیگر قادر نیستند به تقاضاهای روزافزون در بخش زیربنایی اقتصادی پاسخ دهند، چرا که آنها جهت ساخت پروژه های زیربنایی احتیاج به سرمایه کلان، ارز خارجی، تکنولوژی پیشرفته و مدیریت کارآمد دارند. بنابراین بدون حضور فعال طرفهای تجاری از کشورهای صنعتی وبدون مشارکت بخش خصوصی این دولت ها قادر نیستند به تقاضای رو به تزاید در بخش زیربنایی اقتصادی پاسخ دهند. یکی از مکانیزم هایی که در جهت حل و فصل معضل سرمایه گذاری در پروژه های زیربنایی مورد توجه کشورهای در حال توسعه قرار گرفته است استفاده از قراردادهای ساخت می باشد. قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری یا بی.اوتی(BOT)، امروزه اهمیت بسزایی در نزد متخصصان حقوق و اقتصاد یافته است. کشورهای مختلف بویژه کشورهای در حال توسعه، این قراردادها را ابزاری کارآمد برای جذب سرمایه های خارجی و استفاده از مدیریت بخش خصوصی در طرح های زیربنایی می دانند. بر این اساس در این فصل به بررسی مفاهیم مرتبط با قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری یا بی.اوتی پرداخته می شود. در مبحث اول کلیاتی در رابطه با قراردادهای فوق عنوان می شود و در مبحث دوم، انگیزه های استفاده از روش بی.اوتی ذکر می شود.

مبحث اول: کلیاتی در رابطه با قراردادهای بی.او.تی

نیازهای جهان جدید، حقوق را بر آن داشته است که متناسب با تحولات روزمره، نهادها و قالب‌های حقوقی تازه‌ای ایجاد کند تا از هدف اصلی خود که همانا نظم بخشیدن به روابط افراد اجتماع است، باز نماند. این گرایش در عرصه تجارت بین‌المللی با توجه به ویژگی‌ها و طبیعت خاص حوزه مزبور، شدیدتر و علنی‌تر بوده و پدیدار شدن قراردادهای تجاری جدید، یکی از جلوه‌های آن محسوب می‌شود. در بسیاری از این قراردادها، دو شخص حقیقی از دو کشور مختلف با یکدیگر رابطه حقوقی برقرار می‌کنند اما امروزه شاهد حضور فعال دولت و سازمان‌های دولتی نیز در این عرصه هستیم. در غالب موارد، دولت‌هایی که نیازمند انجام طرح‌های زیربنایی و عمرانی بوده و در عین حال از سرمایه و تخصص کافی برای اجرای آن بی‌بهره‌اند، می‌کوشند که با جلب سرمایه‌های خارجی، از دانش فنی و سرمایه‌های خارجی در بهره‌برداری طرح‌های مورد نیاز استفاده کرده و در مقابل، با حفظ حق نظارت خود بر فعالیت بخش خصوصی خارجی، پس از مدتی صاحب طرح شوند. برای این دست کشورها، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری یا بی.او.تی، مناسب‌ترین قالب حقوقی است. از این روست که کشورهای در حال توسعه درصدد برآمده‌اند تا با استفاده از بی.او.تی و مشارکت دادن بخش‌های خصوصی در بخش دولتی از مزایای آن برخوردار شوند. در این مبحث به بررسی کلیاتی در رابطه با قراردادهای بی.او.تی پرداخته می‌شود.

گفتار اول: مفهوم قراردادهای بی.او.تی

بی.او.تی (BOT)، مخفف سه واژه (Build, Operate and Transfer) به معنای (ساخت، بهره‌برداری و واگذاری) است و به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در آن، طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی^۱، برای ساخت به یک شرکت خصوصی^۲ واگذار می‌گردد؛ پس از ساخت، امتیاز بهره‌برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده و او مالک طرح و منافع حاصل آن می‌گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد (که غالباً بین ۲۵ تا ۴۰ سال می‌باشد) مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می‌یابد. بدین ترتیب، شرکت خصوصی (که معمولاً خارجی هستند) تأمین مالی

^۱. در قراردادهای بی.او.تی غالباً به این طرف قرارداد، Principal گویند.

^۲. به این طرف قرارداد معمولاً Concessionaire گفته می‌شود.



طرح زیربنایی را به عهده گرفته، آن را ساخته و پس از مدتی بهره برداری، مالکیت طرح را به طور مجانی یا معوض (که معمولاً مجانی است) به دولت منتقل می‌کند تا از آن به بعد، دولت به عنوان مالک، آن را در راستای منافع عموم مورد بهره برداری قرار دهد.^۱

ساخت، بهره برداری و انتقال، دربر دارنده سه مفهوم ساختن، اجرا و بهره برداری کردن و نهایتاً انتقال دادن است. در یک قرارداد متعارف بی.او.تی، پروژه ای با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می‌شود و پس از انقضای مدت قرارداد پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می‌شود. به بیان دیگر دولت به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکتهای خصوصی امتیاز می‌دهد تا کنسرسیوم مطابق قرارداد، تأمین مالی یک طرح زیر بنایی را عهده دار شده آن را بسازد و در ازای مخارجی که تقبل کرده برای مدتی از پروژه ساخته شده بهره برداری کند و پس از سپری شدن مدت قرارداد، پروژه و حق استفاده از آن را مجاناً به دولت منتقل نماید.^۲ قراردادهای بی.او.تی در شکل اولیه خود به صورت تأمین مالی پروژه های دولتی در ازای ارائه امتیاز به یک کنسرسیوم خصوصی طی دوره ای مشخص می‌باشد که برای توسعه یک طرح پس از انجام مرحله ساخت، بهره برداری و مدیریت آن طی چند سال توسط شرکت پروژه انجام و با صرف هزینه های ساخت و بهره برداری تجاری از منافع طرح مازادی را به عنوان درآمد برای خود کسب می‌کند و در پایان دوره امتیاز طرح به دولت کشور میزبان منتقل می‌شود و به بیانی دیگر عبارت است از تعهد یک شرکت خصوصی جهت ساخت تجهیزات تأسیسات یک طرح عمرانی در یک کشور با هزینه خود و با شرط بهره برداری، کسب درآمد و نهایتاً انتقال آن به دولت میزبان در زمان انقضای امتیاز اعطایی.^۳

منعی وجود ندارد که در بی.او.تی یک طرح از جانب بخش خصوصی به بخش خصوصی دیگر واگذار شود اما از آنجا که در غالب این قراردادها، دولت به عنوان یکی از طرفین متعاقد قرار می‌گیرد، در تعریف ارائه شده، به دولت به عنوان یکی از ارکان اصلی تعریف اشاره شده است. همچنین لازم نیست که بخش سرمایه گذار یک بخش خارجی باشد و در نمونه هایی از قرارداد بی.او.تی طرح به بخش خصوصی داخلی واگذار شده است اما از آنجا که معمولاً بخش داخلی توان فنی و مالی لازم

^۱. Sebastiaan C.M. Meheer, Spiro N. Pollais, BOT Contracts, (Nether lands: Delf University of Technology), p.۲۳.

^۲. شیروی، عبدالحسین. پروژه های ساخت، بهره برداری و انتقال (B.O. T)، نامه سفید. شماره ۲۶. ص ۳۳.

^۳. شیروی، پیشین. ص ۳۹.

برای اجرای طرح را در اختیار ندارد لذا حضور سرمایه گذار خارجی در این دست قراردادهای بسیار شایع است. انعقاد قراردادهای بی.او.تی به عنوان یکی از راهکارهای جلب سرمایه خارجی و بهره برداری از مدیریت کارآمد بخش خصوصی، مورد توجه ویژه کشورهای در حال توسعه است.^۱ یکی از ویژگی های ممتاز این قرارداد در مقایسه با قراردادهای مشابه، مشارکت دو بخش دولتی و خصوصی است. به گفته یکی از متخصصان اقتصاد، "همانطور که امروزه شاهد گسترش واگذاری بخش های عمومی به بخش خصوصی هستیم، در آینده باید خود را آماده مشارکت بخش عمومی و خصوصی کنیم و قراردادهای بی.او.تی در نقطه مرکزی این توسعه اقتصادی قرار دارند"^۲.

در یک تعریف متعارف بی او تی، پروژه هایی با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می شود و پس از ساخت برای مدتی مورد بهره برداری ان شرکت قرار می گیرد و پس از انقضای مدت بهره برداری پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می گردد.^۳

تعریف قراردادهای بی.او.تی، ممکن است باعث اختلاط آن با قراردادهای تأمین مالی طرح^۴، قراردادهای اخذ وام بلندمدت^۵ و قراردادهای طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت (EPC)^۶ گردد. لذا برای جلوگیری از این خلط باید به تفکیک آن ها پرداخت:

بند اول: قرارداد بی.او.تی و قرارداد تامین مالی طرح

در قرارداد تأمین مالی طرح، وام دهنده کلا یا بعضا برای بازپرداخت وام به دارایی های آن واحد اقتصادی و منافی که از آن به دست می آید، تکیه می کند. هم در این قرارداد و هم در قرارداد بی.او.تی، بازپرداخت وام، منوط به سودآوری آن واحد اقتصادی است با این تفاوت که در بی.او.تی، بخش خصوصی باید علاوه بر اخذ وام، طرح را ساخته و اداره نماید و هزینه های این کار را از راه منافع و درآمد آن واحد اقتصادی مستهلک نماید در حالی که در قراردادهای تأمین مالی طرح،

^۱ . [Http:// www.Unido.Org/en/doc/۳۴۲۶](http://www.Unido.Org/en/doc/۳۴۲۶), p. ۱.

^۲ . [Http://www.bm.ust.hk/larryqiu](http://www.bm.ust.hk/larryqiu).

^۳ . <http://lawblog.blogspot.com/۱۳۹۳/۰۸/۳۰/post-۸۰/>

^۴ . Project Financing Agreements

^۵ . Long-Term Loan Agreements

^۶ . EPC مخفف Engineering و Procurement و Construction بوده و به قراردادی اطلاق می گردد که در آن، کارفرما، انجام امور طراحی، مهندسی، تهیه مصالح، مدیریت طرح و ساخت و نصب طرح را به پیمانکار عمومی واگذار می کند.