



تحلیل حقوقی اختیارات و تعهدات کارفرما در قرارداد های پیمانکاری دولتی

میثم ابوطالبی

مدرس دانشگاه پیام نور - پست الکترونیک: maysam.abootalebi3@gmail.com

چکیده:

پیمان های عمرانی از جمله قراردادهای اداريست که هدف آن تامین نیازهای عمرانی جامعه است. در این راستا اختیارات و تعهداتی برای انجام موضوع پیمان به کارفرما داده شده است. من جمله تعهد کارفرما به تحویل کارگاه، تعدیل نرخ پیمان که در جهت حمایت از پیمان کار است و کمک به او جهت استمرار موضوع پیمان و همچنین اختیاراتی مثل نظارت و هدایت به اجرای کار و حق فسخ پیمان مطابق شرایط خاص است. در این راستا با وجود قواعد و شرایط ویژه حقوق عمومی در پیمان های عمرانی و وجود مرجع خاص رسیدگی به اختلافات، پیمان های عمرانی در مجموعه قراردادهای اداری قرار می گیرد. این قواعد که در حقوق خصوصی مصداقی ندارد برای کارفرما اختیاراتی قرار داده است و برای حفظ حقوق پیمانکار و حفظ منافع عمومی تعهداتی را لحاظ می کند.

واژگان کلیدی: کارفرما، پیمانکار، اختیارات، تعهدات، منافع عمومی، قواعد ویژه و خاص، شرایط عمومی پیمان.

مقدمه

از لحاظ علم مدیریت و اداره امور عمومی یکی از روش های رایج در بخش خدمات، عمران و آبادانی، استخراج معادن و غیره، استفاده از روش قرارداد است. با این طریق دستگاه های عمومی از طریق انعقاد پیمان، وظایف قانونی خود را به سازمان ها و اشخاص حقیقی و حقوقی حرفه ای می سپارند بی آنکه صلاحیت قانونی خود را از دست بدهند. قوانین و مقررات حاکم بر روابط طرفین چنین پیمان هایی یک رشته قواعد ویژه ای است که تنها در حقوق عمومی قابل بحث است. در کنار این قواعد ویژه، مقررات تجاری، مدنی، کار و حتی بین المللی خودنمایی می کند که گاه استقلال حقوقی خود را حفظ کرده و گاهی در مقابل قواعد حقوق عمومی داخلی سرخم می کند. این آمیختگی تا جایی پیش می رود که "نظریه وحدت قراردادها" (Civilistes در این مورد بنگرید به: انصاری، ۱۳۸۷) را دچار نابوری می نماید. در کل، قراردادهای عمومی را بر حسب ثبات و استحکام آن و تبعیت و یا عدم تبعیت آن از حقوق خصوصی (با حقوق عمومی) می توان به دو گروه تقسیم کرد: در گروه اول، گرایش کلی به حقوق عمومی یعنی تبعیت هرچه بیشتر از احکام و قواعد عمومی ویژه و در گروه دوم گرایش کلی قراردادها به تبعیت از حقوق خصوصی و احکام آن است که گرایش اول عمومی گرایی (Publicisation) و دومی خصوصی گرایی (Privatisation) نامیده می شود. گروه اول شامل قراردادهایی مانند پیمانکاری است که معمولاً به منظور اداره خدمات عمومی یا بهره برداری و نظایر آن منعقد می شود و در آن دولت از اختیارات وسیعی برخوردار است و می تواند تعهدات



جدیدی علاوه بر تعهدات مندرج در قرارداد به پیمانکار خود تحمیل کند یا آن را تحت شرایطی که زیاد یا کم یا اصلاً قرارداد را لغو و فسخ کند. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۶) از این رو، قراردادها از ثبات و استحکام لازم برخوردار نیستند و اصولاً از قاعده لزوم که یک قاعده کلی در قراردادهای حقوق خصوصی است تبعیت نمی کنند. معمولاً این قراردادها متضمن شماری قیود و شروطی است که خارج از عرف معمول معاملات است. قیود و شروطی که قانوناً در قراردادهای حقوق خصوصی قابل درج نباشد و منظور از آنها دادن اختیارات و امتیازات فوق العاده به اداره معامله کننده در مقابل طرف قرارداد است. در کل اختیارات و امتیازاتی که نشان از قدرت و حاکمیت است و تنها بنا به مصلحت اجتماع این اختیارات به دولت واگذار شده است. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۸) البته باید اشاره کرد که قدرت الزامی قرارداد نسبت به اداره وجود دارد و در حقوق اداری مانند حقوق مدنی نظریه تعهد قراردادی حاکم است. شخص حقوق عمومی طرف قرارداد، مکلف به ایفای تعهداتی است که در قرارداد پذیرفته است و از این حیث هیچ تفاوتی بین شخص حقوقی خصوصی و عمومی وجود ندارد. مثل تعهد به نتیجه عملی و نهایی، تعهد به اجرای شروط مذکور، تعهد به رعایت زمان های مذکور، تعهد به اجرای صحیح و کامل قرارداد، تعهد اداره به حمایت پیمانکار طبق شرایط قانونی قراردادی و پرداخت قیمت و مزایای پیمانکار. اما از جهت ضمانت اجرا، وضع طرفین قرارداد متفاوت از یکدیگر است و اداره در موقعیت برتر و ترجیحی نسبت به طرف مقابل قرار دارد. (انصاری، پیشین)

گروه دوم هم شامل قراردادهایی است که اداره گاهی اوقات مانند اشخاص خصوصی و حقیقی با طرف مقابل منعقد می کند و نسبت به افراد دیگر از هیچ امتیازی برخوردار نیست. این اعمال تابع حقوق خصوصی خواهند بود. مثل مواردی که مؤسسات عمومی صنعتی و بازرگانی قراردادهایی منعقد می کنند و تابع حقوق مدنی و تجارت خواهند بود. (رضایی زاده، ۱۳۸۷) با ذکر این مقدمه به دنبال جواب به این سؤال هستیم که آیا می توان پیمان های عمرانی را از جمله قراردادهای اداری برشمرد؟ و آیا پیمان های عمرانی ویژگی های قرارداد های اداری را دارند؟ برای این منظور با تاکید بر تعهدات و اختیارات کارفرما و بررسی این مولفه در پیمانهای به عنوان متغیر مستقل، نقش آن را بر قلمداد کردن پیمانکاری های عمرانی به عنوان قراردادهای اداری (متغیر وابسته) مورد توجه قرار می دهیم.

پس از مقدمه ای که گذشت در بخش اول به تعهدات کارفرما و در بخش دوم به اختیارات وی می پردازیم و در نهایت با نتیجه گیری به بحث خود پایان می دهیم. ضمناً با توجه به گستردگی بحث و به ویژه اهمیت پیمان ها عمرانی در نظام قراردادهای اداری ایران، عمدتاً به بررسی موضوع در چارچوب شرایط عمومی پیمان (که من بعد با علامت اختصاری «ش.ع.پ.» به کار می رود) می پردازیم.

بخش اول: تعهدات کارفرما

(۱) تعهد

اول: تعهد مصدر باب تفعل و در لغت به معنی به عهده گرفتن، خود را مدیون و موظف کردن آمده است. در اصطلاح حقوق دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی است. در معنی مصدری تعهد به معنی به عهده گرفتن یا ترک عملی در برابر دیگری است و در معنی اسم مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً به عهده شخص متعهد ثابت می شود که در صورت خودداری از انجام آن به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی ملزم به انجام آن خواهد شد. (شهیدی، ۱۳۸۶)



دوم: در تعریف تعهد می توان گفت: "رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می شود؛ خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری." این اوصاف اصلی تعهد را می توان این طور نام برد که تعهد رابطه حقوقی بین اشخاصی است همچنین این رابطه حقوقی الزام آور است و ایجاد تکلیف در ذات و جوهر تعهد نهفته است و تعهد به معنی خاص التزام مالی است ولی در معین عام خود شکل حقوقی تمام روابط انسانی است. از این نظریه در حقوق خصوصی و همچنین حقوق اداری استفاده می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۶)

۲) کارفرما

ماده ۶ شرایط عمومی پیمان کارفرما را این چنین تعریف می کند: "کارفرما، شخصی حقوقی است که یک سوی امضا کننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان به پیمانکار واگذار کرده است. نماینده و جانشینان قانونی کارفرما در حکم کارفرما می باشند."

با توجه به تعریف فوق کارفرما شخص حقوقی است. یکی از عناصری که برای تشخیص قراردادهای اداری از قراردادهای خصوصی مطرح می گردد، حضور یک شخص حقوقی عمومی است و وجود شخص حقیقی عمومی متصور نیست. یک دستگاه اجرایی (ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری) به نمایندگی از یک کلیت که دولت است موضوع پیمان را واگذار می کند و این دستگاه باید همیشه یک شخصیت حقوقی وابسته به حقوق عمومی باشد و شخص حقیقی نمی تواند به نام دولت وارد معامله شود. شاید بتوان دلیل آن را جلوگیری از فرار مسئولیت فردی دانست و دیگر سازمان نمی تواند مانند یک فرد از بار اشتباه یا سوء استفاده خود شانه خالی کند و حتی با گذشت سالیان متمادی باید جوابگوی عمل خود باشد و این ناشی از هدف حقوق عمومی است که به جهت جلوگیری از سوء استفاده قدرت و جوابگویی آن است.

نکته بعد نمایندگی قانونی کارفرماست که ذکر شده است. آیا شخص خصوصی می تواند به نمایندگی از اشخاص حقوقی مورد بحث، یک پیمان عمرانی را منعقد نماید؟ نظام قضایی فرانسه، پیمان هایی را که یک شخص حقیقی یا حقوقی به نمایندگی و به حساب شخص حقوقی عمومی منعقد کند در صورتی که شرایط دیگر مثل هدف عمومی، قواعد ویژه عمومی داشته باشد از مصادیق یک قرارداد اداری می داند. (انصاری، پیشین) در نظام حقوقی ایران این بحث با ابهام روبروست اگر چه می توان دیدگاه حقوق فرانسه را با توجه اشتراکات حقوقی (نظام رومی ژرمنی) به نظام حقوقی ایران تصری داد. حال که به بررسی "تعهد" و "کارفرما" پرداختیم لازم است که به تعهدات کارفرما بپردازیم.

۳) تعهدات کارفرما در پیمان های عمرانی

گفتنی است که در حقوق اداری مانند حقوق مدنی نظریه تعهدات قراردادی حاکم است و شخص حقوقی عمومی طرف قرارداد مکلف به ایفای تعهداتی است که در قرارداد پذیرفته است و از این رو هیچ تفاوتی بین شخص حقوقی عمومی با خصوصی وجود ندارد. (همان)

بند ۱: تحویل کارگاه

از جمله تعهداتی که در پیمان کارفرما پذیرفته است تحویل زمین و تاسیسات و وسایل مورد نیاز برای اجرای موضوع پیمان است. از آنجا که در قراردادهای عمرانی، اجرای تعهدات پیمانکار منوط به اجرای این بخش از تعهدات کارفرما است، لذا کارفرما



مكلف است كه كليہ زمين هايي را كه براي ايجاد بنا يا تاسيس كارگاه لازم است، طبق برنامه زماني تحويل پيمانكار دهد. (همان) پس تحويل كارگاه از ضروريات اجرائي موضوع پيمان است. البته بر اساس تبصره ۱ بند الف ماده ۲۸ شرايط عمومي پيمان اين تعهد قابل انتقال به پيمانكار است.^۱ در اين حالت كارفرما به پيمانكار اذن و وكالت مي دهد اما نکته مهم اين كه اين اختيار بايد صريحا در اسناد و مدارك پيمان معين شود. چون اصل بر تعهد كارفرماست چراكه تحويل كارگاه شرايطي دارد از جمله اينكه كارگاه بايد بلاعوض به پيمانكار تحويل شود (بند الف ماده ۲۸ ش.ع.پ).^۲ زيرا پيمانكار فقط مجري موضوع پيمان است. پيمانكار با توجه به سود و زيان و حسابگري خاص خود وارد اين معامله با كارفرما مي شود و نبايد بار مالي ناشي از تحويل كارگاه را به او تحميل كرد. شرط ديگر براي تحويل كارگاه، معارض نبودن كارگاه است. معارض نبودن به اين معنا كه اشخاص ثالث مدعي حقيقي به كارگاه نباشيد. از جمله حق مالكي، حق ارتفاق، حق حريم و مانند آنها. (اسماعيلي، ۱۳۸۴) زيرا اگر اين حقوق بر كارگاه بار شد موجب توقف و تعليق اجرائي موضوع پيمان مي شود كه با اصل "استمرار امر عمومي" (Continue Public Service) كه يكي از ويژگي هاي امر عمومي است در تعارض قرار مي گيرد و به همين منظور پيمان، كارفرما را متعهد مي كند و مسئوليت آن را بر عهده او مي گذارد. زيرا كه موضوع پيمان برآورده كردن يك نياز عمومي يا انجام يك خدمت عمومي است. با توجه به مسئوليت كارفرما در تحويل بلاعوض كارگاه، اگر صاحب ملك اقامه دعوا كند و درخواست توقف كار نمايد، پيمانكار هيچ گونه مسئوليت و تعهدي ندارد و كارفرما بايد پاسخ گو باشد. البته در ماده ۲۸ ش.ع.پ، تضميني براي پيمانكار لحاظ نشده است كه در صورت تخطي كارفرما از تحويل كارگاه بلامعارض، پيمانكار جهت دريافت خسارات ناشي از اين بي توجهي بدان متوسل شود و فقط به بحث تعليق(نك: ماده ۴۹ ش.ع.پ) اشاره کرده است.

از شرايط ديگري كه براي تحويل كارگاه بايد لحاظ شود، اين كه كارفرما مكلف است كه كارگاه تحويلي را مطابق با آخرين شيوه فني روز تحويل دهد. زيرا موضوع پيمان يك امر عمومي است و مطابق "اصل انطباق" (Adaptation Principle)، كارفرما بايد با آخرين پيشرفت هاي فني، كارگاه را تحويل دهد. (طباطبائي، ۱۳۷۶) درباره زمان تحويل كارگاه هم بايد بيان كرد كه وفق بند ب ماده ۲۸ ش.ع.پ، كارفرما مكلف است ظرف ۳۰ روز از تاريخ مبادله پيمان، كارگاه را تحويل دهد و تاريخ تحويل را كه بايد ظرف اين مدت باشد به پيمانكار ابلاغ مي كند. عدم تحويل كارگاه در زمان تعيين شده، كارفرما را مكلف به جبران هزينه هاي ناشي از اين تاخير يا عدم تحويل مي كند كه سازوكار آن در ماده مذكور پيش بيني شده است.^۲ هرگاه تاخير در تحويل زمين از ۳۰٪ مدت پيمان تجاوز كند، پيمانكار حق دارد انجام كارهاي پيش بيني شده در زمين هاي تحويل شده را از تعهدات خود حذف نمايد. (انصاري، پيشين)

تعهد ديگر كه در پايان اين بند به آن اشاره مي كنيم، اينكه اگر اجرائي كار در زمين هاي تحويلي مستلزم اخذ پروانه يا پرداخت حقوق يا عوارض باشد، كارفرما مكلف به تحصيل پروانه و پرداخت وجوه مزبور خواهد بود. (بند الف ماده ۲۸ ش.ع.پ.)

^۱ تبصره ۱ بند الف ماده ۲۸ ش.ع.پ: "اگر در اسناد و مدارك پيمان، تأمين تمام يا قسمتي از زمين مورد نياز براي تجهيز كارگاه به عهده پيمانكار گذاشته شده باشد، طبق شرايط پيش بيني شده در پيمان عمل مي شود."

^۲ از جمله در صورت تاخير در تحويل كارگاه، كارفرما براي هزينه هاي ناشي از اين تاخير طبق فرمول مندرج در بند ج ماده ۲۸ ش.ع.پ. محاسبه و پرداخت مي كند.



این مجوزهای شامل تمام مواردی می شود که قانون گذار و یا مقامات دولتی به عنوان تکلیف برای همه اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی مقرر داشته اند.

بند ۲: تغییر مقادیر کار

ممکن است در اجرای موضوع پیمان مسائلی پیش بیاید که کارفرما تشخیص دهد که مقادیر کارها باید از نظر فنی و مطلوبیت موضوع، افزایش یا کاهش یابد. البته این موضوع را می توان به عنوان اختیار کارفرما قرار داد ولی ما از این دید به مسئله نگاه می کنیم که در تغییر مقادیر کار، کارفرما چه محدودیت و تکالیفی دارد که باید در آن لحاظ کند. قیدها و محدودیت های تغییر را میتوان به این صورت نام برد که کارفرما در حد کلیات و دامنه عمومی قرارداد باید تغییر ایجاد کند. تعدیل در قیمت قرارداد و یا مدت انجام قرارداد به نوعی باید ارزیابی یا از قبل تعیین شود. در بسیاری از پروژه ها معمول است که اصطلاحات تغییر و دستور تغییر را به جای هم به کار می برند. این شیوه کاربرد صحیح نیست زیرا تغییری که با تأمل و بنا بر لزوم انجام شده، کاملا با تغییری است که به طور خاص از طرف کارفرما دستور داده می شود. دستور تغییر، دستوری است که نباید وقفه- ای در کار پیمانکاری ایجاد کند. به معنای دیگر دستور تغییر قرارداد امر کوچکی است برای انجام قلمی خاص از کار که تعدیلی در قرارداد اصلی است و به همین دلیل باید تمامی پیش نیازهای یک قرار را داشته باشد. دستور تغییر جهت دهی از طرف کارفرما برای اجرای موارد مربوط به پیشنهاد است. اگر تغییر اثری در مدت انجام یا مبلغ قرارداد نداشته باشد تغییر کارگاهی^۱ نامیده می شود. (هینزی، ۱۳۷۷) در بند الف ماده ۲۹ ش. ع. پ.، مقرر شده که پیمانکار با دریافت ابلاغ تغییر مقادیر کار، موظف به انجام کار با نرخ پیمان است. این وظیفه و تعهد برای پیمانکار به طور مطلق و بی قید و شرط نیست. چرا که بر اساس قواعد حقوق خصوصی این معامله یک معامله غرری است و از آنجا که پیمان های اداری با استفاده از عموم ماده ۱۰ قانون مدنی (انصراری، پیشین) نمود پیدا می کند میتوان این حکم را شامل این نوع قراردادهای اداری بدانیم. ولی باتوجه به سطره قواعد حقوق عمومی بر این نوع پیمان باید گفت که مطلق گذاشتن دست کارفرما برای تغییر مقادیر، می تواند بار مالی بیشتری به دوش دستگاه اجرایی بنهد که این عمل غیرقانونی است و فراتر از اعتبارات است که برای طرح های عمرانی در بودجه پیش بینی شده است و این از جمله تعهدات کارفرما است و باید خود را مقید به رعایت اصول بودجه ای کند. (زارعی، ۱۳۷۸-۸۸)

بر اساس موارد فوق در ماده ۲۹ ش. ع. پ.، تغییر مقادیر را مشروط به شروطی کرده است:

۱. افزایش مقادیر باید در چارچوب موضوع پیمان ابلاغ شود. به عنوان مثال اگر موضوع پیمان ساخت بیمارستان در یزد باشد، افزایش مقادیر نمی تواند از ساخت اسکله در بندرعباس به پیمانکار ابلاغ شود.
۲. جمع مبلغ مربوط به افزایش مقادیر و مبلغ کارها با قیمت جدید نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. پس اگر کارهای جدید در چارچوب موضوع پیمان به پیمانکار پیشنهاد شود که مبالغ آنها بیشتر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، حتی در فرض قبول آن توسط پیمانکار چنین اقدامی مغایر جزء ۱ بند الف ماده ۲۹ ش. ع. پ. بوده و قهرا باطل است. باید

^۱ تغییر کارگاهی تغییری است که توسط کسانی که در کارگاه کار می کنند، بدون تایید مستقیم کارفرما انجام می دهند و تغییرات جزئی است و اقدام به آنها برای تسهیل کار ساختمانی لازم است.



توجه داشت که اگر تغییر مقادیر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان را ایجاد کند و بدون آن تغییرات موضوع پیمان به نحو مطلوب به پایان نمی رسد لازم است که قرارداد جدیدی که متمم پیمان فعلی است بین طرفین امضا شود (اسماعیلی، پیشین) ولی در کل باید کارفرما با توجه به بودجه عمرانی خود تصمیم بگیرد که بار مالی مازاد به اعتبار را ایجاد نکند. نکته ای که لازم به توضیح است مربوط به تغییرات اساسی است. همانطور که گفته شد تغییرات انجام شده توسط کارفرما باید در محدوده شرح کار و خدمات عمومی قرارداد اصلی باشد.

در مورد تعریف تغییرات اساسی باید گفت، تغییراتی که در محدوده چارچوب عمومی قرارداد نمی گنجد، تغییرات اساسی نامیده می شوند. یعنی تغییرات اساسی ورای دامنه حدود کار قرارداد هستند. اینکه چه موقع تغییری در محدوده عمومی قرارداد اصلی نمی گنجد گاهی اوقات وظیفه دستگاه قضایی است که باید مورد توجه قرار گیرد.

از آنجا که تغییر اساسی در محدوده شرح کار قرارداد اصلی نیست مجبور کردن پیمانکار به اجرای آن نقض قرارداد تلقی می شود چرا که مقرر قرارداد چنان تغییر می کند که قرارداد دیگری جای قرارداد اصلی را می گیرد. این مطلب در پروژه های خصوصی با توافق دو طرف کارفرما و پیمانکار حل می شود ولی در پیمان های عمرانی وضع پیچیده می شود. به این صورت که باید با قواعد حقوق عمومی مناسب باشد. مصلحت این امر آن است که تغییرات اساسی، موجب قرارداد جدید می شود و باید موضوع پیمان به مناقصه رقابتی گذاشته شود و عمل کردن کارفرما به این اصل می تواند موجبات طرح مسئله را علیه آن سازمان عمومی در دادگاه ایجاد کند.

به طور کلی تغییرات اساسی حول دو موضوع می گردد: اول تغییرات اساسی ماهیت پروژه را تغییر می دهد مثل سازه ۲ طبقه به ۱۰ طبقه ولی تغییر اندازه در و پنجره ماهیت را تغییر نمی دهد. به همین دلیل در پیمان تا ۲۵٪ تغییر را در محدوده دامنه قرارداد می داند. دوم اینکه تغییر اساسی چنان شدید باشد (از جمله روش و نحوه پیش بینی آن) که اساساً به موافقت جدیدی بینجامد. در پایان هم باید گفت اگر پیمانکار نسبت به این تغییرات اساسی اعتراض نکند امکان جبران مالی پیمانکار محدود به همان مقدار خواهد بود که در شرط تغییرات پیمان بیان شده است ولی در مدت اعتراض و اثبات ادعای خود که تغییر اساسی است ادعای دریافت خسارت از کارفرما می تواند منجر به نقض قرارداد انجام شود. (هینزی، پیشین)

بند ۳) تعدیل نرخ پیمان

اساسی ترین تکلیف قراردادی دولت آن است که اجرت عمل و قیمت کالاهای موضوع قرارداد را طبق شرایط مقرر در قرارداد بپردازد. هیچیک از طرفین قرارداد نمی توانند بدون موافقت طرف دیگر در قیمت های مورد معامله تغییر بدهند. بنابراین موضوع قیمت در قرارداد اداری مشمول قواعد ترجیحی اداره نمی گردد. به طور کلی اصل بر تغییر ناپذیری قیمت قرارداد می باشد مگر آنکه تغییر قیمت با ملاک های شناخته شده قبلاً شرط شود.

نظر به اینکه قیمت تابع نوسانات اقتصادی است از این لحاظ تابع قانون عرضه و تقاضاست، از طرف دیگر هم می توان قیمت را تابع تغییرات مقادیر کالاها و کارهای جدید دانست. (مواد ۲۹ و ۳۰ ش. ع. پ.) (انصاری، پیشین) یکی از اصول حقوقی که امروزه به عنوان یک اصل کلی و مسلم به نفع پیمانکار دولت پذیرفته شده و دولت مکلف به رعایت آن است، حفظ تعادل یا توازن مالی پیمان است. (طباطبایی، پیشین) مبلغی که پیمانکار جهت شرکت در مناقصه اعلام می کند، پس از برنده شدن در



مناقصه به عنوان مبلغ اولیه پیمان منظور می گردد اما این مبلغ تا پایان اتمام عملیات موضوع پیمان به طور ثابت باقی نمی ماند و در عمل دچار تغییر می شود. از جمله این موارد، تغییر در مقادیر کار و ابلاغ کارهای پیش بینی نشده به پیمانکار است بنابراین تعدیل نرخ پیمان لازم می شود. تعدیل نرخ پیمان به این معناست که چون اجرای موضوع پیمان مدتی به طول می انجامد لذا پس از گذشت مدتی معمولاً نرخ کالاها و خدمات افزایش پیدا می کند. به همین منظور هرگاه در پیمان نرخ تعدیل آحاد بها پیش بینی شده باشد ناگزیر پس از سپری شدن مدت مقرر نرخ پیمان نیز افزایش پیدا می کند و این باعث می شود که پیمانکار در اثر تورم قیمت ها از مقدار اجرت خود متضرر نشود. (اسماعیلی، پیشین) ضمناً شایسته یادآوری است که تغییر نرخ پیمان طبق شرایط پیش بینی شده در شرایط خصوصی است.

در حقوق بعضی از کشورها قیمت متغیر را به لحاظ خصیصه جهل معتبر نمی دانند ولی در تجارت بین المللی امروز قیمت متغیر مورد قبول قرار گرفته است. رویه قضایی فرانسه نیز قراردادهایی را که در آن قیمت تعیین نشده باشد صحیح و معتبر می شناسد. (انصاری، پیشین) در تعدیل نرخ پیمان باید به این نکته توجه کرد که اگر مشمول تعدیل آحاد بها شود، برای محاسبه این افزایش ابتدا باید قیمت های جدید هریک از اقلام را براساس همان قیمت مبلغ اولیه پیمان که در بالا بیان شده محاسبه شود و بعد آن افزایش برای نرخ جدید مبنای محاسبه قرار گیرد.^۱ تغییر مبلغ پیمان که تابعی است از تغییر مقادیر درج شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان و نیز کارهایی که برای آنها قیمت و مقدار در فهرست مذکور پیش بینی نشده است دارای شرایطی است که باید لحاظ شود. اساساً پیمانکار با دریافت ابلاغ مقادیر کار، انجام کار را با نرخ پیمان انجام می دهد اما تغییر مبلغ باید دارای شرایط زیر باشد:

۱. افزایش مقادیر باید در چارچوب موضوع پیمان با پیمانکار ابلاغ شود.
 ۲. جمع مبلغ مربوط به افزایش مقادیر و مبلغ کارهای با قیمت جدید نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود.
 ۳. جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آنها نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. (اسماعیلی، ۱۳۸۵)
- در پایان باید اشاره کنیم که این تعهد به این خاطر متوجه کارفرماست که اصالتاً اجرای امر عمومی توسط کارفرمای دولتی می باشد و نباید به خاطر ضرر احتمالی که پیمانکار در اجرای موضوع پیمان با توجه به تغییر اوضاع و احوال اقتصادی و یا احساس نیاز کارفرما با تغییر مقادیر کار و کارهای جدید دچار می شود او را تنها بگذارد چرا که استمرار و تعطیل ناپذیری خدمت عمومی این را می طلبد. مع الوصف کارفرما باید پیمانکار را ترغیب به ادامه اجرای موضوع پیمان کند که یکی از راه های که شرایط عمومی پیمان برای این امر لحاظ کرده، مکلف کردن کارفرما به تعدیل همان نرخ است که پیمانکار در ابتدا شروع به کار کرده است تا او را همچنان به ادامه اجرای موضوع پیمان ترغیب کند. از طرفی هم پیمانکار مانند دیگر افراد جامعه در مقابل هزینه ها و منافع عمومی برابر است و باید به وی نیز مانند کسی که خواهان استفاده از منافع امر عمومی است نگاه کرد و از وی در برابر هزینه های تحمیلی به لحاظ حقوق شهروندی و برابر افراد حمایت شود و مطابق این اصل بنیادین حقوق عمومی حتی باید خسارات منصفانه و عادلانه وی که ناشی از تحمیلات کارفرما را بپذیریم چرا که این یکی از اصول حقوق عمومی است که به اصل برابری افراد در برابر امتیازات یا تحمیلات ناشی از اداره خدمات عمومی معروف است. هرچند

^۱ تبصره جز ۱ بند الف ماده ۲۹ ش.ع.پ.



که این اصول در متن قوانین اشاره نشده اند با وجود این دارای مشخصه شکلی حقوق عمومی است و جزء قواعد مسلم حقوقی است و برای مقامات عمومی لازم الاتباع است. در نتیجه کارفرما نمی تواند پیمانکاری که کارگاه وی دچار نقص شده و نمی تواند موضوع پیمان را به خوبی ادامه دهد را به حال خود رها کند یا هرطور که بخواهد افزایش مقادیر کار را دستور دهد بدون توجه به تغییرات اقتصادی و تورم که بر مبلغ پیمان اثر می گذارد. چرا که عدم توجه به موارد فوق باعث عدم توانمندی پیمانکار می شود و باید هرچه سریعتر به آن کمک شود.

حال که به بررسی چند تعهد کارفرما پرداختیم لازم است که اختیاراتی را هم که پیمان به کارفرما داده است تا بتواند تعهدات خود را عملی کند، بررسی کنیم و ببینیم که آیا این اختیارات ما را به سمت این فرض که پیمان های عمرانی از جمله قراردادهای اداری است و تابع اصول حقوق عمومی است رهنما می کند؟

بخش دوم: اختیارات کارفرما

بند ۱: اختیار نظارت و هدایت اجرای کار

منظور از اختیار نظارت، بررسی رعایت شروط و مفاد قرارداد در حین اجرای آن می باشد و اداره برای حصول اطمینان از اجرای عملی تعهدات هم پیمان خود ناگزیر از اعمال اختیار نظارت است. (انصاری، پیشین)

در حقوق خصوصی و قراردادهای آن چنین امتیازی وجود ندارد و هیچ یک از طرفین نمی توانند اراده خود را به دیگری برتری دهند ولی در پیمان های عمرانی منشا این اختیار بر اساس یکی از اصول حاکم بر امر عمومی است و آن تقدم امور عمومی (طباطبائی، پیشین) است. چرا که مصالح عامه بر منافع خصوصی ارجح است و برای اینکه این هدف حاصل شود پیمان اختیار نظارت را به کارفرما داده است تا بر حسن اجرای موضوع پیمان ناظر باشد. به همین دلیل عملیات اجرای پیمانکار، همیشه باید زیر نظر و با اطلاع مهندس مشاور^۱ انجام شود. (بند الف ماده ۳۲ ش.ع.پ.)

این به خاطر اهمیت این گونه پیمان هاست چرا که موضوع پیمان های عمرانی ساخت یک بنا یا سازه عمومی است و کارفرما باید دائما در جریان پیشرفت آن قرار بگیرد.

در پیمان های عمرانی کارفرما اختیار نظارت و هدایت را این گونه اجرا می کند : گماردن منهدس مشاور، مهندس ناظر مقیم در کارگاه پیمانکار، بازرسی کالاها و ابزارهای کار، تطبیق عملیات کار با نقشه ها، تطبیق عملیات کار با برنامه زمان بندی، دریافت گزارش، خواستن اجرای صحیح قوانین و ...

نظارت از طریق مهندس مشاور به این گونه است که از آغاز تا پایان اجرای موضوع پیمان عملیات اجرایی پیمانکار همواره باید زیر نظر مهندس مشاور انجام شود. اما باید توجه داشت که نظارت مهندس مشاور از مسئولیت پیمانکار نمی کاهد.^۲ به نظر نمی رسد سلب مسئولیت از مهندس مشاور به طور مطلق به نفع کارفرما و موضوع پیمان باشد و حداقل باید پیمان راهکاری را

^۱ بند الف ماده ۹ ش.ع.پ. : «مهندس مشاور شخص حقیقی یا حقوقی است که برای نظارت بر اجرای کار در چارچوب اختیارات تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان از سوی کارفرما به پیمانکار معرفی می گردد.»

^۲ بند الف ماده ۳۲ ش.ع.پ.



در این زمینه ارائه میداد چرا که پیمانکار به دنبال تأیید مهندس مشاور به اجرای موضوع پیمان ادامه می دهد و اگر بعدها عیب و نقصی در کار پیش آید و پیمانکار مبنای خود را تأیید مهندس مشاور قرار داده است دچار اختلاف و مرافعه با کارفرما می شود و این باعث اخلاف در اجرای موضوع کار می شود و از طرف دیگر امنیت اقتصادی و مالی پیمانکار لطمه می بیند. با این حال طبق بند ب ماده مذکور، مهندس مشاور تنها مرجع فنی پیمانکار برای اجرای موضوع پیمان از سوی کارفرماست. همچنین هرگونه تغییرات و اصلاحات مورد نظر پیمانکار پس از هماهنگی با مهندس مشاور انجام میگیرد و توسط وی به پیمانکار ابلاغ می شود. (بند ب ماده ۳۲ ش.ع.پ.) نظارت مهندس مشاور بر عملیات موضوع پیمان عام و مطلق است و نیاز به کسب مجوز از کارفرما ندارد مگر در اسناد و مدارک به تصریح ذکر شود.

از موارد دیگر نظارت مهندس مشاور بر اجرای موضوع پیمان آزمایش مصالح است. هزینه انجام آزمایش برعهده کارفرماست مگر در اسناد و مدارک به صورت دیگر پیش بینی شود. پس از آزمایش اگر جواب مهندس مشاور ناظر بر عدم تطبیق کار با مدارک فنی بود و نقص از مدارک باشد، کار اصلاح می شود و مسئولیتی متوجه پیمانکار نیست و هزینه انجام اصلاح کارها به عهده پیمانکار هم نیست. اما اگر مدارک فنی نقصی نداشت، پیمانکار متعهد است که مصالح و کارها را طبق دستور مهندس مشاور اصلاح و هزینه این اصلاحات نیز به عهده پیمانکار است. (بند ج ماده ۳۲ ش.ع.پ.)

اعمال اختیار نظارت و هدایت اثر حقوقی دارد و برحسب مورد ممکن است منتهی به یکی از نتایج زیر شود:

۱. حسن اجرای کامل قرارداد. ۲. فسخ قرارداد. ۳. خلع ید از پیمانکار و اجرای موقت و امانی قرارداد. ۴. اختلاف و دعوا. (انصاری، پیشین)

با ذکر مطالب فوق می توان گفت که ماهیت اعمال اختیارات نظارت ناشی از قوانین انتظاماتی است و پیروی پیمانکار از این اصول و قیدها تکلیفی است و به طور یکجانبه به او تحمیل میشود. چرا که لازمه تأمین هدف عمومی مبنی بر دارا بودن چنین احکامی در پیمان هاست که به عنوان قواعد اقتداری-ترجیحی مطرح می شود. این احکام جنبه آمره دارند و در واقع حافظ منافع عمومی است. وجود این احکام تکلیفی باعث تمایز پیمانهای عمرانی با قراردادهای خصوصی می شود و آن ها را به نوعی در مفهوم قراردادهای اداری قرار میدهد چرا که پیمانکار در قبول یا رد و حتی تعدیل این احکام نقشی ندارد (زارعی، پیشین).

همانطور که بیان شد یکی از اثرات حقوقی اعمال اختیار هدایت و نظارت فسخ قرارداد است. فسخ قرارداد از جمله اختیارات کارفرماست که در ادامه به آن می پردازیم.

بند ۲: اختیار فسخ قرارداد

بر اساس قسمت اخیر بند د ماده ۳۲ ش.ع.پ.: "در صورتی که عدم توجه به اخطار مهندس مشاور برای اصلاح هر کار معیوب از سوی پیمانکار تکرار شود، کارفرما می تواند پیمان را طبق ماده ۴۶ فسخ کند."

فسخ پیمان شدیدترین ضمانت اجرای آن است چرا که بر اساس بند د ماده ۳۲ ش.ع.پ.، اگر پیمانکار نسبت به اصلاح کارها اقدام نکند، کارفرما می تواند راسا کارهای معیوب را اصلاح کند. البته بعد از پایان مهلت تعیین شده از سوی مهندس مشاور هزینه ناشی از اصلاح به اضافه ۱۵ درصد از مطالبات پیمانکار کسر کند. ولی کارفرما نمی تواند همیشه این روند را ادامه دهد



ممکن است پیمانکار این روند را به صرفه اقتصادی خود بداند و به کسر ۱۵ درصد از مطالبات خود در هر بار اصلاح توسط کارفرما راضی می باشد. لذا پیمان ضمانت اجرای شدیدتر و محکم تر از جریمه را به کارفرما به عنوان یک اختیار داده است. بنابراین اگر نقص در صورت عدم توجه به اخطار مهندس مشاور برای اصلاح کار معیوب از سوی پیمانکار تکرار شود، کارفرما می تواند پیمان را به استناد جزء ۹ بند الف ماده ۴۶ ش.ع.پ.^۱ فسخ کند. البته در این اختیار برای کارفرما تعهدی هم لحاظ شده و آن لزوم اعلام فسخ است. فسخ عقد، عمل حقوقی یک طرفه و در زمره ایقاعات است. هر عملی از جمله عمل حقوقی مسبوق به اراده است. اما اراده یک امر باطنی است و در عالم حقوق امر باطنی نیاز به بروز در عالم خارج دارد و از همین رو در ماده ۴۴۹ قانون مدنی مقرر شده: "فسخ به هر لفظ یا فعلی دلالت بر آن نماید حاصل می شود." موارد فسخ پیمان که در ماده ۴۶ ش.ع.پ. ذکر و احصا شده از قاعده فوق مستثنی نیست و کارفرما ملزم است فسخ را بیان نماید. چون پیمان از عقود بسیط و ساده نیست و از عقود مهم اداری به شمار می رود لذا ماده ۴۱ ش.ع.پ. تشریفات خاصی برای فسخ پیمان مقرر داشته است که کارفرما باید آن تشریفات را در فسخ پیمان رعایت کند.

بند الف ماده ۴۷ ش.ع.پ. ابلاغ فسخ پیمان به پیمانکار را بیان می کند. مع الوصف، ابلاغ پیمان از سوی کارفرما به پیمانکار همان اعلام فسخ پیمان است که تا قبل از آن ولو اینکه کارفرما پیمان را مشمول فسخ هم تشخیص دهد فاقد آثار حقوقی است. (اسماعیلی، ۱۳۸۵) باید توجه داشت که این قسم فسخ هم در حقوق خصوصی و هم در حقوق اداری وجود دارد ولی باید اشاره داشت که این نوع فسخ در حقوق اداری به علت تخلف است و جنبه تنبیهی دارد و ضمانت اجرا محسوب می شود. فسخ پیمان از شروط استثنایی است که به عنوان شروط ایجاد عدم تساوی نام برده می شود. این شروط طرف قرارداد (کارفرما) را در موقعیتی بالاتر از طرف دیگر قرار می دهد و به شخص حقوق عمومی (کارفرما) اجازه می دهد که به طور یکجانبه بعضی اقدامات را انجام دهد. (رضایی زاده، پیشین)

بر این اساس در صورتی که کارفرما حق فسخ داشته باشد (جزء و بند الف ماده ۴۶ ش.ع.پ.) می تواند بدون مراجعه به دادگستری از آن استفاده کند و به قرارداد خاتمه دهد.

اما اگر پیمانکار نسبت به تصمیم کارفرما معترض باشد می تواند به مرجع تعیین شده در ماده ۵۳ ش.ع.پ.^۲ مراجعه کند که البته این هم از مشخصات یک قرارداد اداری است که برای رسیدگی به اختلافات صلاحیت یک مرجع اداری خاص به عنوان دادگاه اداری را بپذیریم. این مرجع باعث می شود که پیمان را به عنوان یکی از انواع قراردادهای اداری بپذیریم چرا که در اول صلاحیت مرجع خاص اداری (شورای عالی فنی موضوع ماده ۵۳ ش.ع.پ.) حاکم است و بعد از آن صلاحیت مرجع عام (محاکم عمومی) حاکم می شود. (سکوتی، ۱۳۸۹)

ولی باید توجه داشت که شکایت پیمانکار مانع اجرای تصمیم کارفرما نخواهد شد. زیرا ممکن است جریان دعوا چه در مرجع خاص اداری و چه در مرجع عمومی سال ها به طول بینجامد که این بر خلاف اصل استمرار امر عمومی است.

^۱ جر ۹ بند الف ماده ۴۶: "عدم انجام دستور مهندس مشاور برای اصلاح کارهای انجام شده معیوب طبق بند د ماده ۳۲."

^۲ ماده ۵۳ ش.ع.پ. سازگاری برای حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار در نظر گرفته که مرجع نهایی تخصصی را شورای عالی فنی در نظر گرفته است. (صلاحیت خاص و اصلی)



البته باید توجه داشت که اگر در پیمان برای کارفرما حق فسخ شرط نشود، کارفرما نمیتواند پیمان را فسخ کند مگر آنکه پیمانکار تخطی بزرگ مرتکب شود که در آن صورت کارفرما برای حمایت از منفعت عموم حق فسخ خواهد داشت. (طباطبائی، پیشین)

نتیجه

قراردادهای اداری نوع خاصی از قراردادها هستند که ویژگی‌هایی مخصوص به خود را دارند. این ویژگی‌ها باعث تمایز این نوع با قراردادهای خصوصی است. از جمله در این قراردادها شرایطی و قواعد خاصی لحاظ می‌شود که در قراردادهای خصوصی مشابه آن را نمی‌یابیم. علت وجود این قواعد در اهمیت این نوع قراردادهاست چرا که هدفی که در پی برآورده شدن این مقول قراردادها وجود دارد، برآورده شدن نیازهای جامعه و عموم مردم است که دولت به نمایندگی از آنها تأمین این نیازها را برآورده می‌کند. پس منطقی است که برای بهتر عمل کردن و توانایی دولت در انجام این امر مهم نیازمند قواعدی است که به دولت توانایی بالاتر نسبت به طرف دیگر بدهد.

پیمانهای عمرانی از جمله قراردادهاست که کارفرما با پیمانکار امضا می‌کند. هدف این نوع قراردادها تأمین منافع مردم در جهت کارهای عمرانی نیازمند مردم است. چرا که مردم با گذشت زمان نیازمند استفاده از سازه‌های عمرانی بیشتر مثل ساختمان، جاده‌ای و... است. کارفرما به نمایندگی از طرف این مردم است به هزینه مردم به عنوان بیت المال سعی در برآورده شدن نیازهای عمرانی می‌کند.

بجاست به خاطر اینکه دست کارفرما را برای تصمیم بهتر در انجام وظیفه باز کنیم و از محدودیت‌های حقوق خصوصی در اجرای موضوع پیمان‌رهایی ببخشیم پیمان‌اختیاراتی مثل نظارت بر اجرای موضوع پیمان، حق فسخ پیمان و... را به کارفرما می‌دهد. وجود این اختیارات به کارفرما دلیل بر این است که پیمان‌های عمرانی هم از جمله قراردادهای اداری است. همچنین این که کارفرما به عنوان یک شخص حقوق عمومی یک طرف پیمان است دلیل دیگر بر این مدعی است. همچنین وجود مرجع رسیدگی خاص اداری مثل شورای عالی فنی برای حل اختلافات بین کارفرما و پیمانکار از جمله شرایط یک قرارداد اداری است که در پیمان‌های عمرانی باید لحاظ شود.

از طرف دیگر چون باید پیمانکار را نسبت به انجام موضوع پیمان ترغیب کرد، یک سری تعهدات بر دوش کارفرما گذاشته‌اند مثل افزایش مقادیر کار که کارفرما باید در این افزایش حقوق پیمانکار را رعایت کند. مثل اینکه این افزایش باید مربوط به موضوع پیمان باشد یا تا حد یک چهارم موضوع پیمان باشد. از جمله دیگر موارد حمایت مالی کارفرما از پیمانکار است تا در موقع عدم توانایی مالی پیمانکار موضوع پیمان معطل نشود.

از طرف دیگر پیمانکار همانند دیگر افراد جامعه است و باید اصل تساوی و برابری نسبت به او نیز رعایت شود. همچنین تعهد کارفرما به این علت است که در تأمین بعضی از نیازهای اجرای موضوع پیمان که در توانایی پیمانکار نیست کارفرما کمک کند. این تعهدات در راستای رسیدن به هدف پیمان که تأمین نیازهای عمرانی جامعه است، می‌باشد و عدم رعایت آن موجب مسئولیت کارفرما می‌شود.



با این نتیجه می توان گفت که پیمان های عمرانی از جمله قراردادهای اداری است که لحاظ کردن برخی از ظرافت ها در خود پیمان مثل حمایت بیشتر از پیمانکار و متعهد کردن کارفرما در اجرای موضوع پیمان را می طلبد و همچنین بهتر است که یک قانون پارلمانی جامع نسبت به پیمان های عمرانی وضع شود که نقایص موجود در پیمان ها و آئین نامه ها و دستورالعمل های مربوط برطرف کند.



منابع و مآخذ

- ۱) اسماعیلی هریسی، ابراهیم، ۱۳۸۴، *مبانی حقوق پیمان*، یادآوران، چاپ اول.
- ۲) اسماعیلی هریسی، ابراهیم، ۱۳۸۵، *شرح حقوقی پیمان*، تهران، سازمان مدیریت و برنامه ریزی، چاپ سوم.
- ۳) انصاری، ولی ا...، ۱۳۸۷، *حقوق قراردادهای اداری*، تهران، نشر ویژگی های حقوق دان-دانش نگار، چاپ چهارم.
- ۴) رضایی زاده، محمد جواد، ۱۳۸۷، *قراردادهای اداری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۸، شماره ۲.
- ۵) زارعی، محمد حسین، ۸۸-۱۳۸۷، *تقریرات حقوق قراردادهای اداری*، کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی.
- ۶) سکوتی، رضا و دیگران، ۱۳۸۹، *روشهای حل اختلاف در قراردادهای ساختمانی*، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال ۱۲، شماره ۳۱.
- ۷) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، چاپ ششم.
- ۸) طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی، *مجله پژوهش های حقوقی*، شماره ۷.
- ۹) طباطبائی، منوچهر، ۱۳۷۶، *حقوق اداری*، تهران، سمت، پائیز.
- ۱۰) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، *حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات*، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، پائیز.
- ۱۱) هینزی، جیمی، ۱۳۷۷، *قراردادهای ساختمانی*، محمد تقی بانکی، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ اول.