

تخلف پیمانکار و ضمانت اجرای آن در شرایط عمومی قرارداد همسان (PC) صنعت نفت

محسن سیف الهی^۱، اکبر بشیری^۲، رضا سکوتی نسیمی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

۳. استاد، گروه حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مکاتبات: dr.akbar.bashiri@gmail.com

مقاله علمی - ترویجی

۱۳ صفحه، از صفحه ۶۸ تا ۸۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۰۳

چکیده

امروزه با پیچیده‌تر شدن روابط حقوقی بین اشخاص، نیازهای حقوقی جدیدی به وجود آمده‌اند که علم حقوق می‌بایست برای آن‌ها با استفاده از ظرفیت‌های موجود خود با ایجاد نهادهای جدید قانونی، قالبی نو به وجود آورد. یکی از این نوآوری‌ها در وزارت نفت، مستنداً به ماده ۳ بند «ب» جزء ۶ از قانون اختیارات و وظایف وزارت، شرایط عمومی، شرایط خصوصی پیمان‌های، در حوزه نفت و گاز پایین‌دست، توسط معاونت امور مهندسی و فناوری وزارت نفت تدوین و به‌تمامی مجموعه وزارتخانه وفق ابلاغیه شماره ۲۰۴۵-۲۸/۱ وزیر نفت جهت اجرا ابلاغ شده است. وزارت نفت از شرایط عمومی تدوینی مدیریت برنامه‌ریزی مستثنا بوده و برای این صنعت با توجه به شرایط و تخصص و پیچیدگی خاص، شرایط عمومی نفت و گاز مصوب شده است. محل بحث پژوهش حاضر، یکی از ۷۷ ماده شرایط عمومی قراردادهای پایین‌دست صنعت نفت (PC) در خصوص برکناری پیمانکار تحت ماده ۶۸ است. این نهاد حقوقی جدیدالتأسیس، با نهادهای حقوقی در قواعد عمومی قراردادهای شباهت‌های دارند. ولی در پژوهش حاضر علیرغم این شباهت‌ها، برکناری را نهاد حقوقی جدید عنوان گردیده، که قالب و آثار خاص خودش را دارد.

کلیدواژه‌ها: پیمانکار، کارفرما، برکناری، شرایط عمومی پیمان.

۱. مقدمه

انجام‌شده و میزان برآورد بخش تهیه کالا و مصالح نسبت به کل پیمان بیشتر از ۷۰ درصد است. عمدتاً در پروژه‌های صنعتی مانند ساخت و نصب، تجهیزات و یوتولیتی در نیروگاه‌ها، پالایشگاه‌ها، پتروشیمی‌ها، ایستگاه‌های تقویت و تقلیل فشار و ... به کار گرفته می‌شود. [۱]

با توجه به گسترده بودن حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد پیمانکاری، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اقدام به انتشار نمونه قراردادهای پیمانکاری بانام موافقت‌نامه

قراردادهای دولتی صنعت احداث کشور از حیث نحوه مشارکت دولت در آن‌ها به دو بخش کلی تقسیم می‌گردد. در بخش اول، دولت با رویکرد اجرا طرح‌ها نسبت به سرمایه‌گذاری در آن اقدام می‌نماید. در بخش دوم به دلایل گوناگون اعم از گستردگی و وسعت طرح و نیاز به تأمین بودجه با رویکرد تأمین مالی در آن‌ها وارد شده و به‌عنوان یک سرمایه پذیر عمل می‌نماید. قرارداد PC قابل استفاده در پروژه‌های تهیه و ساخت است که طراحی آن توسط کارفرما



و شرایط عمومی پیمان نموده است و دستگاه‌های اجرایی کشور را مکلف به رعایت شروط آن نموده است. قراردادهای پیمانکاری همچون قراردادهای دیگر، تابع قواعد عمومی قراردادهای در قانون مدنی هست؛ که از قواعد عام پیروی می‌نماید. ولی با دقت بیشتر، متوجه خواهید شد که قواعد عام نتوانسته است، در این زمینه پاسخگو و حلال مشکلات انعقاد و اجرای پیمان باشد. [۲] لکن نیاز هست در کنار قواعد عمومی، شرایطی را تهیه و موضوعات و پیامدهای قرارداد را در آن گنجانند. به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه بودجه، آیین‌نامه اجرای آن مصوبه ۱۳۷۵/۴/۴ هیئت وزیران، قراردادهای پیمانکاری را تابع شرایط مندرج در موافقت‌نامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان است؛ که در کلیه طرح‌های عمرانی می‌بایست اعمال و اجرا گردد. [۲] در شرایط عمومی پیمان (نشریه ۴۳۱۱) که بر اساس بخشنامه شماره ۸۴۲، ۱۰۸۸۵۴، ۱۰۲ به تاریخ ۱۳۷۸/۳/۳ به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ گردیده است؛ که در آن به خاتمه و فسخ پیمان اشاره دارد.

وزارت نفت از شرایط عمومی تدوینی مدیریت برنامه‌ریزی مستثنا بوده و برای این صنعت با توجه به شرایط و تخصص و پیچیدگی خاص، شرایط عمومی نفت و گاز مصوب شده است. یکی از ۷۷ ماده شرایط عمومی قراردادهای پایین‌دست^۲ صنعت نفت (PC) در خصوص برکناری پیمانکار است که به عنوان ضمانت اجرای تخلف او از مفاد پیمان پیش‌بینی شده است. [۳] ماده ۶۸ در خصوص برکناری پیمانکار در شرایط عمومی اخیر مقرر می‌دارد: «وقوع هر یک از شرایط زیر، می‌تواند باعث برکناری پیمانکار از تمام یا قسمتی از کارهای موضوع پیمان شود، بدون آنکه از سایر اختیارات و حقوق کارفرما بکاهد. عبارت‌اند از: قصور مستمر پیمانکار در اجرای کارهای موضوع پیمان، طبق اسناد و مشخصات فنی پیمان و بدون آنکه محدود به آن‌ها باشد و عدول بارز یا نادیده انگاشتن برخی از مفاد پیمان، ورشکستگی یا انحلال شرکت پیمانکار که موجب توقف و یا کندی پیشرفت کار شود، واگذاری پیمان از سوی پیمانکار به اشخاص ثالث، تأخیر

مستمر در پرداخت دستمزد کارکنان از سوی پیمانکار».

در شرایط عمومی سابق وزارت نفت ماده ۵-۲ فسخ پیمان به‌عنوان تنها ضمانت اجرا در راستای تخلف پیمانکار پیش‌بینی شده است؛ که مقرر می‌دارد: «در صورت بروز هر یک از موارد زیر کارفرما می‌تواند نسبت به فسخ پیمان اقدام نماید نظر کارفرما در این مورد قطعی است. عدم مراجعه و معرفی نماینده تام‌الاختیار بیش از پانزده روز از تاریخ‌نامه ابلاغ به کار، عدم مراجعه جهت تحویل زمین بیش از بیست روز، تأخیر در تجهیز کارگاه به میزان دوران تجهیز کارگاه از تاریخ پایان دوران تجهیز کارگاه، تأخیر در شروع هر یک از عملیات اجرایی مطابق برنامه زمان‌بندی بیش از یک‌دهم مدت پیمان، تعطیل کردن کارگاه بدون اجازه کارفرما و بدون علل (قوه قهریه) بیش از پانزده روز، رها کردن کارگاه بدون سرپرست (رئیس کارگاه) بیش از بیست روز، انتقال به شخص ثالث بدون اطلاع و اجازه کارفرما، انحلال شرکت پیمانکار، ورشکستگی پیمانکار، اثبات مشمول ممنوعیت قانونی بودن پیمانکار در حین اجرای پیمان، اثبات وجود واسطه در انعقاد پیمان، عدم توانایی مالی یا فنی پیمانکار برای انجام عملیات موضوع پیمان طبق برنامه زمان‌بندی، عدم اجرای هر یک از مواد پیمان و عدم انجام دستورات مهندس یا نماینده، هر یک از تأخیرات غیرمجاز به حدی باشد که جریمه تأخیر آن بیش از پنج درصد مبلغ اولیه پیمان گردد».

۲. ماهیت برکناری

۲.۱. شرط ضمن عقد

شرط امری محتمل‌الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل‌الوقوع می‌نمایند. شرط در علم اصول به معنای هر امری که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و در اصطلاح حقوق و فقه به معنی مطلق تعهد است اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد. به‌طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه معنای منطقی و اصولی در فقه چنین آمده است

۱. نشریه ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه تحت عنوان «موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمانها» که به اختصار «شرایط عمومی پیمان» نیز خوانده می‌شود، نشریه‌ای است که هر مشاور و یا پیمانکاری در پروژه‌های عمرانی باید به آن اشراف کامل داشته باشد چراکه شرایط قرارداد بین کارفرما و پیمانکار را تبیین می‌کند. در پروژه‌های عمرانی طولانی بودن مدت قرارداد و همچنین عدم امکان پیش‌بینی شرایطی که ممکن است در طول مدت پیمان رخ دهد، ممکن است ضمن سنگین شدن حجم قرارداد، رسیدن به توافق مطلوب برای عقد قرارداد را نیز ناممکن ساخته و حل مشکلات و اختلاف نظرهایی که معمولاً رخ می‌دهد را به بن بست منتهی گرداند. لذا از این روست که شرایط عمومی پیمان منتشر شده توسط سازمان برنامه و بودجه در سال ۱۳۷۸ بسیار حائز اهمیت می‌باشد و آگاهی از مفاد آن برای تمامی مشاوران و پیمانکاران پروژه‌های عمرانی لازم است.

۲. به کلیه مطالعات، فعالیت‌ها و اقدامات مربوط به عملیات تصفیه و پالایش در تاسیسات پالایشی جهت تولید فرآورده‌های نفتی و استفاده از آنها برای تولید محصولات پتروشیمی و انتقال، ذخیره سازی، توزیع، فروش داخلی، صادرات و واردات فرآورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی اطلاق می‌گردد.

..





«الشرط امر زاید علی الثمن و المثلن علی وجه التزام دون التعليق ...» [۴] در ماده ۲۳۴ قانون مدنی است که شرط به سه قسم است. [۵]

- شرط صفت^۱
- شرط نتیجه^۲
- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً^۳

با نگاه اجمالی به شرط صفت، به نظر برکناری ماده ۶۸ شرایط پیمان با شرط صفت سنخیتی ندارد. چون بحث کمیت و کیفیت مطرح نیست. در مورد شرط نتیجه که حصول آن به نفس اشتراط است نیز همین عدم سنخیت وجود دارد. [۶]

در مورد شرط فعل، انجام یا عدم انجام یک فعل مادی باشد، مانند آنکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه کالایی را از محلی به محلی دیگر حمل کند، سه اثر بر این شرط مترتب است. وجوب اقدام به شرط از سوی مشروط علیه، جواز اجبار ممتنع، تحقق خیار فسخ برای مشروط له در فرض عدم امکان اجبار ممتنع و یا انجام دادن آن توسط شخص دیگر. با بررسی شرط فعل و ضمانت اجراهای تخلف از شرط فعل، هر چند مابین شرط فعل و برکناری شرایط عمومی پیمان شباهت‌هایی از نظر ذکر در ضمن عقد، ولی تفاوت اساسی مابین این دو وجود داد که ماهیت و آثار آن‌ها متفاوت از همدیگر است.

۲.۲. فسخ

فسخ در لغت به معنای نقض، زایل گرداندن، تباہ کردن و شکستن آمده است. [۷] فسخ که به آن انحلال ارادی قرارداد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرار داد به‌وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث. فسخ یا انحلال ارادی قرارداد از حیث جایگاه حقوقی یکی از مباحث اسباب سقوط تعهدات و قراردادهای است. مبنای فسخ قرارداد ممکن است، متفاوت باشد؛ یعنی این که فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که به‌وسیله توافق طرفین ایجاد شده است یا به‌وسیله حکم مستقیم قانون به وجود آمده است و این حق برای یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث است.

الف) توافق طرفین: طرفین قرارداد می‌توانند ضمن عقد

یا خارج از آن برای یک یا هر دو طرف معامله یا شخص ثالث، حق فسخ قرار دهند. مثل این که شخصی ماشینی را به دیگری بفروشد و در آن شرط شود که هر کدام از طرفین یا شخص ثالث هر وقت مایل باشند، بتوانند ظرف یک ماه آن معامله را فسخ کنند، به این حق اصطلاحاً خیار شرط گفته می‌شود. همان طوری که در مواد ۳۹۹ و ۴۰۰ قانون مدنی به آن اشاره شده است. [۸]

ب) حکم مستقیم قانون: قانون در مواردی برای جلوگیری از ضرری که به‌طور ناخواسته از قرارداد، متوجه یکی از دو طرف معامله است، به‌طور مستقیم به او حق می‌دهد؛ که بتواند با فسخ قرارداد، از ضرر مذکور جلوگیری کند. مثل این که کسی خانه‌ای را اجاره کند و پس از مدتی متوجه شود که سکونت در آن میسر ممکن نیست که در اینجا به استناد مواد ۴۷۸ و ۴۷۹ قانون مدنی حق دارد عقد اجاره را فسخ کند. [۹]

اثر فسخ نسبت به آینده است و فسخ موجب می‌شود که عقد از زمان انشای فسخ منحل گردیده و آثار آن قطع شود و اثری نسبت به گذشته ندارد؛ بنابراین منافعی که مورد معامله داشته، اصولاً تا زمان فسخ، باید مال کسی باشد که به‌واسطه عقد مالک شده ولی چون نمائات و منافع متصله را نمی‌توان از مورد معامله جدا کرد، می‌گوییم که منافع منفصله آن تا زمان فسخ مال کسی است که به‌واسطه عقد مالک شده و پس از فسخ، مورد معامله و منافع آن مال کسی است که به‌واسطه فسخ مالک شده است. فسخ، جزء حقوق آورده شده و حکم نیست، پس طرفین می‌توانند آن را اسقاط کنند. [۹] آثار برکناری هم عین فسخ ناظر به آینده هست و به گذشته تسری پیدا نمی‌کند لکن در این مورد شباهت مابین فسخ و برکناری وجود دارد. [۱۰]

فسخ موجب خاتمه پیمان و حذف کامل پیمانکار از پیمان وفق شرایط عمومی سابق وزارت نفت و شرایط عمومی نشریه ۴۳۱۱ مدیریت برنامه‌ریزی است. قراردادهای پیمانکاری عمومی، از جمله قراردادهای خاص به شما می‌روند که به‌تبع استقلال قراردادهای اداری از قراردادهای خصوصی، اصول و قواعد خاصی بر آن‌ها حاکم است. این نوع قراردادهای عموماً تابع قواعد عمومی بوده و قواعد حاکم بر آن‌ها جنبه

۱. شرط صفت، عبارت است از شرط راجعه به کیفیت با کمیت مورد معامله.

۲. شرط نتیجه، آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.

۳. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

۲.۳. عقد معلق

تعليق در لغت مصدر باب تفعيل از ريشه (علق) به معنای آویختن، معلق کردن، آویزان کردن چیزی به چیز دیگر است. [۱۱] یکی از تقسیمات عقد در قانون مدنی تقسیم عقد به منجز و معلق است. مطابق ماده ۱۸۹ قانون مدنی عقد منجز آن است که تأثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. عقد معلق عقدی است که ابتداً به صورت منجز منعقد می‌گردد؛ اما اثر آن معلق به امر دیگری شود. [۱۲] مثلاً شخصی ملک خود را به پسرش انتقال دهد، به شرط اینکه اثر انتقال زمانی ظاهر گردد که طرف معامله (فرزندش) در کنکور قبول شود. این عقد بیع به طور منجز صورت گرفته است؛ اما اثر آن که مالکیت است معلق به امر دیگری شده است که با حصول معلق علیه عقد تمام می‌شود. [۱۳] آنچه که در خصوص تعلیق در قرارداد در قواعد عمومی وجود دارد. متفاوت از تعلیق در پیمان است. در ماده ۴۹ شرایط عمومی^۱ پیمان نشریه ۴۳۱۱ آمده است کارفرما می‌تواند در مدت پیمان، اجرای کار را برای یکبار و حداکثر سه ماه معلق کند. در این صورت باید مراتب را با تعیین تاریخ شروع تعلیق به پیمانکار اطلاع دهد. در مدت تعلیق پیمانکار مکلف است که تمام کارهای انجام‌نشده، مصالح و تجهیزات پای کار، تأسیسات و ساختمان‌های موقت را بر اساس پیمان به‌طور شایسته، حفاظت و حراست کند. تعلیق در پیمان به معنای تعطیل کار از طرف کارفرما در شرایط عمومی نشریه ۴۳۱۱ است، معنای حقوقی خاص خود را ندارد. مثلاً کارفرما تأمین بودجه و اعتبار عاجز باشد یا حوادثی قهری پیش آید می‌تواند کار را به دستور خود تعطیل نماید و معنای معلق کردن پیمان به امر دیگری نیست. لذا در این خصوص بهتر

آمره دارند. در پیمان‌های دولتی که اهدافی چون صیانت از منافع عمومی و ارائه خدمات همگانی دنبال می‌شود، عمدتاً یک‌سو خصوصی و سوی دیگر طرف دولتی حضور دارد. بعد از انتقاد پیمان نیز هر یک از طرفین پیمانکار و کارفرما تعهداتی دارا خواهند بود که می‌تواند فسخ را یکی از علل سقوط این تعهدات البته از ناحیه کارفرما ذکر کرد. با بررسی قوانین و مقررات موجود درمی‌یابیم که حق فسخ قراردادهای پیمانکاری به دو علت تخلف پیمانکار به استناد ماده ۴۶ شرایط عمومی و مقتضیات عمومی به استناد ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان قابل اعمال است.

در مورد نخست که مستند به فعل پیمانکار است مقررات نسبتاً مشخصی وجود دارد اما در مورد دوم که در متن شرایط عمومی پیمان از عبارت خاتمه استفاده شده بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد. کارفرما بنا به مصلحت خود یا علل دیگر پیمان را فسخ می‌کند. تحلیل این رأی از آن‌رو حائز اهمیت است که فسخ به علت منفعت و مصلحت عمومی، یک حق فسخ گسترده بوده که راه را برای سوءاستفاده از اختیارات باز می‌گذارد. چراکه منفعت عمومی، مفهومی کلی و مبهمی است که محتوای مادی آن قابلیت نظارت قضایی نداشته و معمولاً دادگاه آیین فسخ را نظارت می‌کنند. از سوی دیگر دغدغه تأمین حداکثر منافع عمومی و ارائه خدمات همگانی در این نوع قراردادهای توجیه‌گر اعطای اختیارات ترجیحی به کارفرمای دولتی است. مع‌الوصف در فسخ، پیمانکار کاملاً از پیمان منفک می‌گردد و هیچ‌گونه رابطه‌ای مابین پیمانکار و کارفرما وجود ندارد. درحالی‌که در برکناری، صرفاً پیمانکار کنار گذاشته شده است و همچنان رابطه پیمانکار با قرارداد اصلی علی‌الخصوص در مورد موارد مالی پابرجا است.

الف) کارفرما می‌تواند در مدت پیمان، اجرای کار را برای یکبار و حداکثر سه ماه معلق کند در این صورت باید مراتب را با تعیین تاریخ شروع تعلیق به پیمانکار اطلاع دهد. در مدت تعلیق، پیمانکار مکلف است که تمام کارهای انجام شده، مصالح و تجهیزات پایکار، تأسیسات و ساختمان‌های موقت را براساس پیمان بطور شایسته، حفاظت و حراست کند.

ب) کارفرما هزینه‌های بالاسری پیمانکار را در دوران تعلیق، به میزان تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان، به پیمانکار می‌پردازد. اگر در اسناد و مدارک پیمان، تعیین هزینه‌های یاد شده، به توافق طرفین در زمان ابلاغ تعلیق موکول شده باشد، کارفرما در مورد میزان آن با پیمانکار توافق می‌نماید. در صورتی که در اسناد و مدارک پیمان، هیچ نوع پیش بینی برای پرداخت هزینه‌های بالاسری پیمانکار در دوره تعلیق نشده باشد، کارفرما ماهانه مبلغی معادل ۱۰ درصد متوسط کارکرد فرضی ماهانه به پیمانکار می‌پردازد. اگر به دستور کارفرما، قسمتی از کار متوقف شود، بابت هزینه‌های پیشگفته در مدت تعلیق، ماهانه مبلغی معادل ۱۰ درصد متوسط کارکرد فرضی ماهانه، به تناسب مبلغ کار متوقف شده، به پیمانکار پرداخت می‌شود. برای تعیین هزینه تعلیق، کسر ماه به تناسب ارائه می‌شود.

تبصره- در صورتیکه پیش از آغاز عملیات موضوع پیمان، تعلیق پیمان از سوی کارفرما ابلاغ شود، ۸۰ درصد هزینه تعلیق محاسبه شده طبق این بند، به پیمانکار پرداخت می‌شود.

ج) کارفرما و پیمانکار در مورد ماشین آلاتی که پیمانکار مایل است در مدت تعلیق از کارگاه خارج نماید، بدون پرداخت هیچ نوع هزینه‌ای، توافق می‌کنند اجاره مربوط به دوران توقف آن تعداد از ماشین آلات که در کارگاه باقی می‌ماند، براساس توافق طرفین به پیمانکار پرداخت می‌شود.

د) در صورتیکه تعلیق بیش از سه ماه ضروری باشد، کارفرما می‌تواند با موافقت پیمانکار، مدت تعلیق را برای یک بار و حداکثر سه ماه، با شرایط پیشگفته افزایش دهد. در صورت عدم موافقت پیمانکار با تعلیق بیش از سه ماه، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ عمل می‌شود.

ه) هرگاه عوامل موجب تعلیق کار برطرف شود، کارفرما با تعیین مهلتی برای پیمانکار به منظور آماده نمودن کارگاه، تاریخ شروع مجدد کار را به پیمانکار ابلاغ می‌کند.



بود از واژه تعلیق موقت اجرای تعهد توسط کارفرما استفاده می‌شد. نه تعلیق پیمان که معنای حقوقی دارد و این نوع تعلیق همان‌طور که گفته شد با تعلیق در عقد متفاوت است و تعلیق اجرای پیمان ناشی از شرط فی‌مابین است. تعلیق و شرط دو امر جدای از هم هستند. در برکناری هم نوعی تعلیق وجود دارد. ولی برکناری صرفاً تعلیق پیمانکار است. اثر عقد در این راستا برای مدتی کوتاهی معلق می‌گردد. با انتخاب پیمانکار جدید، حالت تعلیق پیمانکار حفظ و صرفاً موضوع پیمان در اختیار پیمانکار جدید قرار می‌گردد. یا می‌توان گفت که عقد قبلی که با پیمانکار مشمول برکناری، منعقد گردیده برکناری صورت می‌پذیرد در این حالت این عقد همچنان در حالت تعلیق باقی می‌ماند و عقد دیگری منعقد و موضوع عقد معلق را انجام خواهد داد.

لکن این بحث با علم حقوق سازگار نیست. شباهت‌ها و تفاوت‌هایی فی‌مابین این‌ها وجود دارد. شباهت در هر دو روند، تعلیق وجود دارد. به‌نوعی ماهیت امر، توقف پیدا می‌کند. هرچند ممکن هست این امر سخن درستی نباشد. ولی به‌صورت عام اگر نگاه کنیم در هر دو ماهیت و آثار عقد متوقف می‌گردد. برکناری هم مانند عقد معلق، معلق می‌گردد. تفاوت در این است که عقد معلق خود عقد معلق می‌گردد. درحالی‌که در برکناری، پیمانکار کلاً یا جزء به‌حسب مورد از عقد کنار گذاشته می‌شود. در عقد معلق همه چیز به حادثه ناگهانی و غیرقابل پیش‌بینی منوط می‌شود. ولی درحالی‌که در برکناری عواملی که پیمانکار آن‌ها را انجام بدهد باعث برکناری او می‌گردد. به عبارتی قابلیت تحقق باراده او دارد.

۲.۴. نهاد ضم امین

در برخی مواردی که ولی، قیم، متولی یا ناظر وقف توان انجام دادن و پیگیری امور مولی علیهم را ندارد یا فسق یا خیانتی از آن دیده شود، حاکم فردی امین را برای مساعدت و یا نظارت بر کارهای آنان تعیین می‌کند از این اقدام حاکم در اصطلاح به ضم امین تعبیر می‌شود. [۱۴] مطابق ماده‌قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱ هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد. به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضائی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به‌عنوان قیم تعیین می‌نماید. همچنین اگر ولی قهری به‌واسطه کبر سن و یا

۱. هرکسی به تقاضای اقاله پاسخ مثبت گوید خداوند متعال از لغزش‌های او در می‌گذرد.

بیماری و امثال آن قادر به اداره اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید. طبق مقررات این ماده فردی به‌عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد. [۱۵] در برکناری، پیمانکار کنار گذاشته می‌شود و شخص دیگری وظایف و کارهای پیمانکار را انجام می‌دهد از این بعد، به نظر برکناری شبیه نهاد ضم امین است؛ زیرا به‌نوعی پیمانکار دیگر به پیمانکار سابق ضم می‌گردد. ولی این شباهت جزئی، موردپذیرش نیست. تفاوت‌های اساسی و ساختاری مابین این‌ها وجود دارد.

۲.۵. خیار شرط

هرگاه در معامله شرط شود که یکی از متعاملین یا هر دو یا شخص ثالثی، حق فسخ معامله را در مدت معین داشته باشد، این معامله خیاری و حق فسخی که در آن پیش‌بینی شده است خیار شرط نامیده می‌شود. [۱۶] اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد، ابتدای آن از تاریخ عقد محسوب است و الا تابع قرارداد متعاملین است. اگر برای خیار شرط مدت تعیین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است. مشهور قدما، شرط کردن خیار بدون ذکر مدت را صحیح و مدت خیار را در این صورت تا سه روز دانسته‌اند. [۱۷] از جهاتی خیار شرط به برکناری شباهت دارد. چون در صورت تحقیق شرط، مشروط له حق فسخ پیدا می‌کند و عین همین موضوع در برکناری با تحقق شرایط، پیمانکار برکنار می‌گردد. ولی تفاوت‌های بنیادی و اساسی مابین این دو هست زیرا خیار شرط، فسخ است ولی برکناری، کنار گذاشتن هست.

۲.۶. اقاله

مبنای اقاله توافق طرفین است. چراکه ایجاد عقد با توافق طرفین بوده و این طبیعی است که بر هم زدن آن هم به توافق طرفین باشد. در فقه نیز، پاسخ مثبت دادن به اقاله را مستحب می‌دانند و به استناد روایت از پیامبر اکرم که فرمودند: «من اقال مسلماً، اقال الله عشرته»^۱ اقاله یکی از راه‌های انحلال عقود، لازم است. [۱۸] در خصوص قراردادهای پیمانکاری دولتی به نظر اقاله راهی ندارد. چراکه یک‌طرف آن نماینده شخص حقوقی حقوق عمومی یعنی دولت است که برخلاف شخص حقیقی، کاملاً مختار نبوده بلکه با داشتن نمایندگی و در قالب تفویض اختیارات عمل می‌نماید. نفع شخصی فرد او منظور نیست که دارای اختیار تام بوده و در مورد لزوم، از حق خود گذشته و پیمان را

اقله نماید. یکی از موارد محدودکننده در این گونه قراردادها نفع عامه مردم است که شخص نماینده را در اقله محدود می‌نماید و در واقع نماینده در این قراردادها مانند دادستان در رشته حقوق عمل می‌کند که اختیار شکایت دارد ولی اختیار رضایت ندارد.

۲.۷. وضعیت حقوق جدید

با مذاقه در وضعیت‌های حقوقی بالا که قانون‌گذار همه آن‌ها را ذکر نموده و برای آن‌ها آثار و احکام خاصی را تعیین نموده است به نظر با وضعیت حقوقی نهاد برکناری منطبق نبوده و نیاز به تبیین و تدوین وضعیت حقوقی جدید است؛ که ماهیت، آثار و وضعیت حقوقی متفاوتی نسبت به وضعیت حقوقی فوق‌الذکر دارد. لکن هر چند برکناری با موارد مذکور بالا دارای شباهت‌هایی می‌باشند ولی این شباهت‌ها دلیل نیست که تمام وضعیت‌های حقوقی در یک وضعیت حقوقی جمع شوند. لکن هر وضعیت حقوقی برای خود احکام، ماهیت و آثار خاصی دارند. ماهیت برکناری با وضعیت‌های حقوقی دیگر جدا می‌کند. لکن ضرورت تعریف وضعیت حقوقی جدید، احساس می‌گردد.

۳. شرایط و نحوه برکناری

۳.۱. شرایط برکناری پیمان

مطابق ماده ۶۸ شرایط عمومی پیمان‌های همسان PC صنعت نفت، وقوع هریک از شرایط زیر، می‌تواند باعث برکناری پیمانکار از تمام یا قسمتی از کارهای موضوع پیمان شود، بدون آنکه از سایر اختیارات و حقوق کارفرما بکاهد.

۳.۱.۱. قصور مستمر پیمانکار در اجرای کارهای موضوع پیمان، طبق اسناد و مشخصات فنی پیمان و بدون آنکه محدود به آن‌ها باشد، شامل موارد زیر خواهد بود:

- قصور در انجام دادن به موقع کارهای عملیات ساختمان و نصب و تأمین عوامل موردنیاز، به تناسب بخش‌های مختلف کار.
- قصور در تأمین به موقع مصالح و تجهیزات، از نظر کمی و کیفی.
- تأخیر در شروع و اتمام قسمت‌های مختلف کار و عقب ماندن از برنامه زمانی کارها، با توجه به ماده ۶۶.
- توقف تمام یا قسمتی از کار، بدون دلیل موجه یا به علت توقیف اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی.

۳.۱.۲. عدول بارز، یا نادیده انگاشتن برخی از مفاد پیمان.

۳.۱.۳. ورشکستگی یا انحلال شرکت پیمانکار که موجب توقف و یا کندی پیشرفت کار شود.

۳.۱.۴. واگذاری پیمان از سوی پیمانکار، به اشخاص ثالث.

۳.۱.۵. تأخیر مستمر در پرداخت دستمزد کارکنان از سوی

پیمانکار، با توجه به بند ۲۷-۶

۳.۱.۶. در صورتی که به علت هریک از عوامل یادشده، کارفرما در نظر داشته باشد پیمانکار را از تمام یا بخشی از کار برکنار کند، مراتب را با درج مواردی که به آن‌ها استناد نموده است، به پیمانکار ابلاغ می‌کند.

۳.۲. نحوه برکناری پیمان

در صورتی که به علت هر یک از عوامل یادشده، کارفرما در نظر داشته باشد، پیمانکار را از تمام یا بخشی از کار برکنار کند، مراتب را با درج مواردی که به آن‌ها استناد نموده، به پیمانکار ابلاغ می‌کند. در شرایط عمومی فعلی صدور یک اخطار به پیمانکار جهت برکناری را کافی دانسته است. در حالی که در رویه عملی این‌طور نیست. معمولاً سه اخطار متوالی در راستای اعلام قصور پیمانکار ابلاغ می‌شود. در مواردی پیمانکار به این اخطارها بهاء داده و نواقص و قصورها خود را برطرف می‌سازد. لذا نیازی به برکناری پیمانکار احساس نمی‌گردد. از سوی دیگر کارفرما در وضعیت اقتصادی فعلی تمایلی به برکناری پیمانکار ندارد. لکن سعی می‌کند با این اخطارها او را ترسانیده تا مجاب به ادامه پروژه نماید. ولی در صورتی که واقعاً پیمانکار تمایل و قدرت کافی برای اتمام پیمان را ندارد. این اخطار صادر و به پیمانکار ابلاغ می‌گردد. در ادامه مطابق بند ۲ ماده ۶۸ از شرایط عمومی پیمان، پیمانکار مکلف است. ظرف مدت هفت روز از تاریخ دریافت ابلاغ کارفرما، در صورتی که دلایلی حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعلام شده داشته باشد، مراتب را به اطلاع کارفرما برساند. اگر ظرف مهلت مقرر پاسخی از سوی پیمانکار نرسد، یا کارفرما دلایل اقامه شده را مردود بداند، کارفرما برحسب مورد، برکناری پیمانکار را از تمام یا بخشی از کار به وی ابلاغ می‌کند و بدون نیاز به انجام دادن تشریفات قضایی، به ترتیب مفاد این ماده عمل می‌نماید. به عبارتی دیگر در این مورد تشخیص کارفرما اولویت دارد.





۳.۳. نحوه واگذاری

مطابق شق ۷ از بند ۲ ماده ۶۸ شرایط عمومی پیمان کارفرما، از طریق ارجاع کار به سایر پیمانکاران و یا سایر روش‌های متعارف، نسبت به تکمیل کار اقدام می‌نماید. در قراردادهای این خصوص ذکر چند نکته حائز اهمیت است. در قراردادهای خصوصی آزادی طرفین جز در موارد استثنایی، یک اصل است. طبق ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی تا جایی که مخالف قانون نباشد، معتبر است؛ اما مدیران دستگاه‌های دولتی نماینده اداره متبوع خود هستند، نه مالک. آنچه تحت اداره آن‌هاست، مدیر یا رئیس، مالک اموال اداره تحت مدیریت خود نیست. نماینده فقط همان اختیاری را دارد که قانون به او اعطاء کرده و به رسمیت شناخته باشد. در حقوق عمومی اصل بر آزادی نیست؛ زیرا ریاست غیر از مالکیت است و این امر در مورد همه مدیران اشخاص حقوقی و شرکت‌های خصوصی صدق می‌کند. به این ترتیب انعقاد معاملات دولتی از جهات مختلف با محدودیت‌ها، ممنوعیت‌ها و رعایت تشریفات متعددی روبروست. این ممنوعیت و محدودیت‌ها در قوانین پراکنده و مرتبط با هر موضوع ذکر شده‌اند. [۱۹]

۳.۳.۱. محدودیت:

انعقاد قراردادهای دولتی از محدودیت‌های مختلفی برخوردارند. از جمله این محدودیت‌ها عبارت‌اند از: محدودیت در انتخاب طرف قرارداد، مثل ماده ۱۶ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت که نیروهای مسلح را مکلف کرده است، مهمات و تجهیزات خود را از سازمان صنایع دفاع، شرکت سهامی صنایع الکترونیک و سازمان‌های صنایع هوایی و سازمان وابسته و یا مورد تأیید وزارت دفاع تأمین نمایند.

۳.۳.۱.۱. تعداد مواردی که انجام معامله مشروط به تصویب مراجع خاصی است، کم نیست. در این مورد می‌توان به اصول ۷۷، ۸۰، ۸۲، ۸۳ و ۱۳۹ قانون اساسی به ترتیب در مورد لزوم تصویب عهدنامه و قراردادهای راجع به گرفتن و دادن یا کمک‌های بلاعوض داخلی یا خارجی، دادن امتیاز تشکیل شرکت به خارجی، استخدام کارشناسان خارجی، فروش نفایس ملی و صلح دعاوی استناد کرد که تصویب آن‌ها حسب مورد بر عهده مجلس شورای اسلامی یا هیئت‌وزیران برسد. صلح دعوی در صورتی که طرف قرارداد ایرانی باشد به تصویب هیئت‌وزیران و چنانچه طرف دعوی خارجی باشد به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

۳.۳.۱.۲. وجود اعتبار مصوب:

دستگاه‌های دولتی باید در حدود اعتبارات مصوب برای دولت ایجاد تعهد نمایند تعهد مازاد بر اعتبار مصوب موجب مسئولیت و تخلف مرتکب خواهد شد.

۳.۳.۱.۳. رعایت تشریفات مزایده و مناقصه:

لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه چیزی است که برای همگان واضح و روشن است. مزایده و مناقصه نه تنها باعث محدودیت در انتخاب طرف قرارداد می‌شود بلکه موجب محدودیت آزادی اراده طرف دولتی در تعیین قیمت مورد معامله با موضوع قرارداد نیز خواهد شد. [۲۰]

۳.۳.۱.۴. مشورت‌های اجباری قبل از انعقاد:

در قراردادهای خصوصی، استفاده از نظر مشورتی، یک اقدام احتیاطی برای رعایت منافع و مصالح فرد است. ولی استفاده از آن اجباری نیست. در حالی که دولت در مواردی بدون جلب نظر گروه فنی بازرگانی مربوط یا اخذ کارشناس رسمی، حق امضای قرارداد را ندارد. به عنوان مثال به موجب تبصره ۴ بند د ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، تعیین میزان اجاره‌بها و قیمت‌گذاری اموال منقول و غیرمنقول، با جلب نظر سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری ممکن خواهد بود. تصویب اسقاطی یا مازاد بر نیاز بودن اموال منقول در گروه مربوط نیز از موارد ضرورت اخذ مشورت اجباری قبل از انجام معامله به شمار می‌رود.

۳.۳.۲. ممنوعیت‌ها:

دستگاه‌های دولتی در مواردی از انجام بعضی از معاملات ممنوع هستند. دریافت هدایا و کمک‌های نقدی یا غیر نقدی (موضوع ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت) خرید اتمبیل‌های خارجی و خرید و اجاره هواپیما، خرید و فروش‌های کالاهای داخلی و خارجی و صادرات و واردات این نوع کالاها برای دستگاه‌هایی که فعالیت بازرگانی جزو وظایف آن‌ها نیست (موضوع ماده ۳۰، ۳۱ و ۵۰ قانون فوق) از جمله موارد ممنوعیت‌های قانونی دستگاه‌های دولتی بشمار می‌روند. بعلاوه صلاحیت اداری هرگز از حقوقی نیستند که دارند آن بتواند آن را به دیگری واگذار نماید مگر در مواردی که قانون چنین اجازه رأی را داده باشد. عدم قابلیت واگذاری صلاحیت به غیر، یک اصل و قاعده حقوق اداری است.

۳.۴. انعقاد قرارداد

تمامی کارهای ارجاعی دولت جهت انجام از طریق پیمانکاران، در قالب قرارداد میسور است. بدون انعقاد قرارداد، هیچ کاری به بخش خصوصی واگذار نمی‌گردد. این قراردادها هم در قالب قانون مناقصات به پیمانکاران ذیصلاح واگذار می‌گردد. بعد از برکناری پیمانکار توسط کارفرما این سؤال طرح می‌گردد؛ که آیا ادامه کار به پیمانکار جدید در قالب قرارداد جدید واگذار می‌گردد یا ادامه قرارداد قبلی هست.

در همین راستا واگذاری کار به پیمانکار جدید با توجه به اصل کتبی بودن قراردادها دولتی، حتماً باید در قالب قرارداد باشد. در قرارداد قبلی پیمانکار از قرارداد برکنار گردیده و همچنان اصل قرارداد سر جای خود هست. در این خصوص دو نظر قابل طرح است اول اینکه پیمانکار جدید همان قرارداد قبلی را دوباره امضاء و ادامه بدهد و نظر دیگر، قرارداد جدید با پیمانکار جدید منعقد گردد. این قرارداد جدید همان الباقی موضوع قرارداد سابق هست تا پس از پایان کار در دل قرارداد قبلی قرار گیرد تا قرارداد قبلی با پیمانکار تسویه حساب گردد. بحث مفصل این موضوع در بندهای بعدی است.

۳.۴.۱. عدم تمایل پیمانکاران جهت شرکت در مناقصه

یکی از مسائل برکناری، عدم تمایل پیمانکاران جهت شرکت در مناقصه و اتمام پروژه‌ای که پیمانکار آن برکنار شده است. نیاز است که این کار ناقص از طریق پیمانکار جدید تکمیل گردد. مع ذلک فرآیند پیمان‌سپاری حتماً باید از طریق قانون مناقصه صورت پذیرد. در این فرآیند ممکن است پیمانکاری شرکت نکند و عملاً با استناد بند یک از الف ماده ۲۴ قانون مناقصه به علت کم بودن تعداد مناقصه‌گران از حدنصاب تعیین شده در اسناد مناقصه، مناقصه مزبور تجدید گردد. مفهوم کم بودن تعداد مناقصه‌گران بر اساس نصابی است که مناقصه‌گزار در اسناد مناقصه، جهت وصول پاکت‌ها تعیین می‌نماید و با حدنصاب تعیین شده در مرحله دعوت (پس از ارزیابی کیفی) مندرج در بند ب ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی بند الف ماده ۲۶ و بند الف ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی بند ج ماده ۱۲ تفاوت دارد. (ساعتیان، ۱۳۹۵: ص ۹۳) لذا با توجه به صراحت بندهای فوق‌الذکر، به هنگام دعوت از متقاضیان شرکت در مناقصه برای ارزیابی کیفی، الزامی به اعلام حدنصاب نیست. لکن با استناد به بند الف ماده ۲۴ قانون چنین استنباط می‌گردد. پس از انجام

مراحل ارزیابی کیفی حدنصاب وصول پاکت‌ها بایستی در اسناد مناقصه درج و به مناقصه‌گران اعلام گردد. با توجه به الزام دستگاه مناقصه‌گزار به رعایت تعیین حدنصاب در اسناد مناقصه، ضروری است در مرحله وصول پیشنهادهای چنانچه نصاب تعیین شده محقق نگردد. مناقصه در این مرحله تجدید و در صورتی که دستگاه مناقصه‌گزار حدنصاب ذکر شده در آیین‌نامه‌های مذکور (پنج مناقصه‌گر در کارهای پیمانکاری در صورت استفاده از فهرست‌بهای پایه منتشر شده توسط سازمان و سه مناقصه‌گر در سایر مناقصات) را در مرحله دعوت به مناقصه رعایت نماید. به هر دلیلی تعداد مناقصه‌گران در فرایندهای بعدی مناقصه کاهش یابد کمیسیون می‌تواند، مناقصه را با رعایت سایر شرایط موضوعه به اتمام برساند. به‌طور مثال چنانچه در ارزیابی فنی یک مناقصه‌گر مردود فنی گردد و یک مناقصه‌گر پیشنهاد مالی مشروط ارائه دهد، کمیسیون می‌تواند با مناقصه‌گران باقیمانده تصمیم‌گیری نماید.

این تصمیم دستگاه مناقصه‌گزار قابل اعتراض توسط شرکت‌کنندگان است. مستنداً به ماده ۱۰ قانون اساسنامه هیئت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۶، با اعتراض شرکت‌کنندگان مناقصه موضوع در هیئت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات طرح می‌گردد. هیئت به دلیل تقصیر مناقصه‌گزار در اجرای موارد مقرر در قانون برگزاری مناقصات، رأی به تجدید یا لغو مناقصه صادر کند. باید میزان خسارتی را که از تجدید یا لغو مناقصه متوجه شرکت‌کنندگان در مناقصه می‌شود، از طریق کارشناسان رسمی تعیین کند. دستگاه مناقصه‌گزار مکلف است معادل آن خسارت را به شرکت‌کنندگان بپردازد. رأی هیئت در این خصوص وفق تبصره ۲ ماده ۱۰ قطعی و لازم‌الاجرا است.

۳.۴.۲. بالا بودن قیمت و رعایت صرفه و صلاح مناقصه‌گذر

مطابق شق ۵ از بند الف ماده ۲۴ قانون مناقصه، در صورت بالا بودن قیمت‌ها به‌نحوی که توجیه اقتصادی طرح منتفی شده باشد از موارد تجدید مناقصه محسوب می‌گردد. لکن ممکن هست پیمانی که در آن پیمانکار برکنار شده است. مناقصه‌گران قیمت بالایی را ارائه کنند که اصلاً توجیه اقتصادی طرح منتفی شود یا اگر با این قیمت واگذار گردد. چون همه چیز به حساب پیمانکار برکنار شده است، ظلم فزونی باشد. علی‌الخصوص تورم افسارگسیخته فعلی مشکلات زیادی به وجود آورده است. [۲۱]





۳.۴.۳. شرکت خود پیمانکار در مناقصه

۳.۴.۳.۱. متناقض باهدف برکناری

پیمانکار مجری به دلیل، قصور در انجام دادن به موقع کارهای عملیات ساختمان، نصب و تأمین عوامل مورد نیاز، به تناسب بخش‌های مختلف کار، قصور در تأمین به موقع مصالح و تجهیزات، از نظر کمی و کیفی، تأخیر در شروع و اتمام قسمت‌های مختلف کار و عقب ماندن از برنامه زمانی کارها، با توجه به ماده ۶۸، توقف تمام یا قسمتی از کار بدون دلیل موجه یا به علت توقیف اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی، عدول بارز، یا نادیده انگاشتن برخی از مفاد پیمان، ورشکستگی یا انحلال شرکت پیمانکار که موجب توقف و یا کندی پیشرفت کار شود، واگذاری پیمان از سوی پیمانکار، به اشخاص ثالث، تأخیر مستمر در پرداخت دستمزد کارکنان از سوی پیمانکار، با توجه به بند ۲۷-۶ برکنار می‌گردد.

در صورتی که به علت هریک از عوامل یادشده، کارفرما در نظر داشته باشد، پیمانکار را از تمام یا بخشی از کار برکنار کند، مراتب را با درج مواردی که به آن‌ها استناد نموده است، به پیمانکار ابلاغ می‌کند. پیمانکار، مکلف است ظرف مدت هفت روز از تاریخ دریافت ابلاغ کارفرما، در صورتی که دلایلی حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعلام شده داشته باشد، مراتب را به اطلاع کارفرما برساند. اگر ظرف مهلت مقرر پاسخی از سوی پیمانکار نرسد، یا کارفرما دلایل اقامه شده را مردود بداند، کارفرما برحسب مورد، برکناری پیمانکار را از تمام یا بخشی از کار به وی ابلاغ می‌کند و بدون نیاز به انجام دادن تشریفات قضایی، به ترتیب مفاد این ماده عمل می‌نماید. لکن علت اصلی برکناری از پیمان ناتوانی پیمانکار از ادامه اجرای پیمان هست حال دوباره نامبرده در مناقصه جهت عهده‌دار شدن اجرای پروژه شرکت نماید. برخلاف فلسفه و مبانی برکناری پیمان است. لکن این امر مبین عدم امکان حضور پیمانکار است.

۳.۴.۳.۲. عدم وجود ممنوعیت

با بررسی قوانین و مقررات در این خصوص، هیچ‌گونه منعی برای عدم شرکت پیمانکار برکنار شده در همان پیمان وجود ندارد. لکن شرکت پیمانکار در مناقصه بلا مانع است. ولی این اقدام برخلاف فلسفه و مبانی برکناری است. لذا با توجه به عدم توانایی پیمانکار در این خصوص باید در صورت شرکت پیمانکار در پروژه مورد برکناری، از بازگشایی پاکت‌های او جلوگیری نمود.

از سوی دیگر سامانه تدارکات الکترونیکی دولت (ستاد) به منظور عملیاتی نمودن تجارت الکترونیکی معاملات دستگاه‌های اجرایی دولتی با رعایت کلیه مراحل مناقصات و مزایده‌ها در تاریخ ۱۳۸۸/۶/۴ تصویب هیئت وزیران رسیده و مورد تأیید شورای محترم نگهبان قرار گرفته است. سامانه تدارکات الکترونیکی دولت، دستگاه‌های اجرایی را قادر می‌سازد. معاملات خود را به صورت آنلاین در بستری امن و شفاف انجام دهند. سامانه تدارکات الکترونیکی دولت امکان تعامل مستقیم و بی‌واسطه با تعداد کثیری از خریداران و فروشندگان را در کل کشور برای دستگاه‌های اجرایی فراهم آورده است. عملاً فیلدی وجود ندارد که پیمانکار برکنار شده را از شرکت در مناقصه منع گردد. این مورد یکی از خلأهای قانونی سامانه مناقصات است که نیازمند اصلاح و بازنگری است. از سوی دیگر برکناری پیمانکار بحثی ناآشنا است.

۳.۴.۳.۳. ایجاد دور و تسلسل

با توجه به مطالب بالا اگر به پیمانکار مجوز حضور در پیمانی که برکنار شده دوباره داده شود، این ایجاد یک دور و تسلسل هست. لذا برای جلوگیری از این دور و تسلسل بایستی مانع حضور پیمانکار گردید.

۳.۵. مدت زمان برکناری

در قراردادهای پیمانکاری عمومی به موجب ماده ۵ موافقت‌نامه، مدت پیمان معین می‌گردد. در قراردادهای خصوصی پیمانکاری نیز در اغلب موارد، مدت پیمان تعیین می‌شود. لیکن در فرض عدم تعیین مدت نیز، مدت پیمان تابع عرف و عادت مقرر است. در صورت تعیین مدت انجام تعهد در قرارداد یک سؤال مطرح می‌شود و آن این است. آیا مدت در قرارداد چهره فرعی دارد یا اینکه زمان تعیین شده قید تعهد است؟ در قراردادهای پیمانکاری علی‌الاصول موعده قید تعهد نیست و چهره فرعی دارد.

در صورتی که موعده قید تعهد نباشد و جنبه فرعی داشته باشد، تعهد بعد از انقضاء موعده از بین نمی‌رود و متعهد باید آن را ایفاء کند؛ اما اگر موعده قید تعهد باشد. متعهد باید تعهد خود را در موعده مقرر اجرا کند و ایفای تعهد خارج از موعده (پیش از سررسید یا پس از آن) نقض تعهد قراردادی محسوب می‌شود. مگر اینکه موعده فقط به نفع مدیون تعیین شده باشد؛ که در این صورت ایفای تعهد پیش از موعده، امکان پذیر است و متعهد می‌تواند از امتیاز مؤجل بودن دین بگذرد. ولی ایفای دین پس از انقضاء مدت نقض تعهد قراردادی است و

مسئولیت به بار می‌آورد. لکن زمان در پیمان جنبه فرعی دارد و قید تعهد نیست. همان‌طور که بسیاری از نویسندگان در پیمانکاری ساختمانی بر این عقیده‌اند که بعد از انقضای موعد، تعهد از بین نمی‌رود و باید اجرا شود. [۲۲]

۳.۵.۱. پیمان بعدی با مدت مستقل

با اعمال ماده ۶۸ و برکناری پیمانکار، موضوع پیمان تعطیل نشده و باید اجرا شود. ادامه عملیات اجرایی از طریق پیمانکاران که با رعایت فرآیند مناقصه این امر محقق می‌گردد. لکن زمانی که پیمانکار جدید انتخاب می‌گردد در پیمان جدید برای اتمام کار باید مدت تعریف شود و این مدت باید با کارهای باقیمانده انطباق داشته باشد. معذک پیمان جدید با مدت جدید در قرارداد فی‌مابین تعریف می‌گردد.

۳.۵.۲. پیمان بعدی در دل پیمان قبلی

نظر دیگری در این خصوص وجود دارد که عده‌ای قلیل از حقوقدانان و صاحب‌نظران موافق هستند که مدت در قرارداد فعلی، باید باقیمانده مدت قرارداد سابق باشد. به عبارتی مدت پیمان فعلی باید با پیمان قبلی سنخیت داشته باشد که این نظر در عمل زیاد مقبول نیست. چون پیمانکار از مدت استفاده نکرده و عملاً مدت سپری شده است. در تمامی شرایط موجب برکناری، معمولاً مدت سپری شده است. لکن مدت باقی‌مانده تا آن مدت ملاک تعیین مدت در پیمان فعلی گردد. برنامه زمان‌بندی برای پروژه‌های عمرانی جهت مشخص شدن مراحل کار و زمان موردنیاز برای هر مرحله انجام می‌گیرد. لکن پیمانکار جدید ملزم به ارائه زمان‌بندی جدید در پروژه با توجه به کارهای باقیمانده پیمان هست. در زمان‌بندی باید نیروی انسانی، ماشین‌آلات نیز لحاظ و تخصیص داده شود. مقدار استفاده از هر کدام و نحوه به‌کارگیری و اجاره یا خرید آن در برنامه زمان‌بندی تعیین گردد. نیروی انسانی موردنیاز نیز یکی از عوامل مهمی است که تخصیص آن در زمان‌بندی پروژه موردتوجه قرار می‌گیرد. حقوق موردنیاز نیروی انسانی و زمان پرداخت آن باید در زمان‌بندی ساختمان به‌صورت نمودار ارائه شود.

۳.۶. برکناری از جزئی یا کلی

در ماده ۶۸ شرایط عمومی پیمان اشاره به برکناری جزئی یا کلی پیمانکار از پروژه را دارد؛ که مبین این موضوع است که ما می‌توانیم پیمانکار را به‌صورت کامل از پروژه کنار بگذاریم یا اینکه از بخشی پیمان که توانایی ادامه ندارد را برکنار کنیم. در برکناری کل، هرچند خود برکناری مشکلات

و آثار و پیامدهای زیادی دارد. ولی برکناری جزئی خیلی سخت و حساس هست. نحوه تفکیک کار در این مورد خیلی حائز اهمیت است و خود این موضوع می‌تواند مشکلات و اختلافات جدید فی‌مابین کارفرما و پیمانکار دامن بزند. برای مثال، اگر پیمانی به‌صورت PC به پیمانکار واگذار گردید. اگر پیمانکار توان اجرایی بالایی داشته باشد ولی در مقابل توانایی تأمین مصالح و کالا را نداشته باشد پس می‌توان از جنبه تأمین مصالح و تجهیزات برکناری جزء را اعمال نمود. البته این نوع برکناری جزئی ایده آل‌ترین برکناری است که معمولاً اتفاق نمی‌افتد.

۴. نتیجه‌گیری:

مطابق ماده ۴۶ شرایط عمومی نشریه ۴۳۱۱ مدیریت برنامه‌ریزی، فسخ به‌عنوان تنها ضمانت اجرای تخلف پیمانکار قلمداد شده است؛ که کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هر یک از موارد مندرج در ماده ۴۶ فسخ کند. از سوی دیگر با توجه به متفاوت بودن فسخ و برکناری از لحاظ ماهیت، ساختار و آثار، بالتبع شرایط و اقدامات بعد از فسخ و برکناری هم متفاوت هست. در فسخ، کارفرما فوراً تضامین (تضمین انجام تعهد و حسن انجام کار) را ضبط و نسبت به صورت‌برداری از اقلام موجود و کارهای انجام‌شده و باقیمانده اقدام می‌نماید. متعاقباً کارفرما با پیمانکار تسویه حساب نموده و عملاً از قرارداد فک می‌گردد. در حالی که در برکناری، پیمانکار وفق ماده ۶۸-۱ شرایط عمومی پیمان از تمام کار یا بخشی از موضوع پیمان برکنار می‌گردد و از سوی دیگر با توجه به نوع برکناری اقدامات لازم در راستای کارهای انجام‌شده و باقیمانده انجام می‌پذیرد.

مطابق ماده ۶۸-۲-۷ شرایط عمومی پیمان، کارفرما از طریق ارجاع کار به سایر پیمانکاران و یا سایر روش‌های متعارف، نسبت به تکمیل کار اقدام و هزینه‌های اتمام کار را با در نظر گرفتن هزینه‌های بالاسری خود ثبت می‌نماید. در این روش هرگاه مجموع هزینه‌های انجام‌شده به‌وسیله کارفرما، برای تکمیل کار و رقم صورت‌وضعیت قطعی، از رقم پیمان کمتر باشد، تفاوت آن به پیمانکار پرداخت می‌شود. با رعایت ماده ۱۴، تضمین حسن انجام کار و ضمانت‌نامه انجام تعهدات پیمانکار، آزاد می‌گردد. در این حالت، ماشین‌آلات ساختمانی، مصالح اضافی و تأسیسات موقت تحویل پیمانکار می‌گردد. هرگاه مجموع هزینه انجام‌شده به‌وسیله کارفرما و رقم صورت‌وضعیت قطعی، از مبلغ پیمان بیشتر باشد، کسری مبلغ موردنیاز برای اتمام کار، از محل مطالبات پیمانکار و





از جمله ضمانت‌نامه انجام تعهدات و تضمین‌های حسن انجام کار وی تأمین می‌شود. در صورتی که مطالبات و تضمین‌های پیمانکار برای این منظور کافی نباشد، کارفرما می‌تواند با رعایت قوانین جاری از دارایی‌های پیمانکار وصول نماید.

هم‌اکنون در صنعت نفت با عنایت به تورم شدید و عدم توانایی مالی و بالتبع عدم قدرت اجرایی پیمانکار در پیش برد پروژه‌ها، اکثراً مواجه با برکناری هستیم. نکته قابل تأمل و بحث در این مقاله، بدواً مبانی و ماهیت برکناری است که آیا گنجاندن این ماده در شرایط عمومی پیمان صحیح و از بار حقوقی برخوردار هست یا اینکه فاقد بار حقوقی است. یا جزء شروط باطل و حتی مبطل عقد است یا به نوعی به عنوان یک امر حقوقی بی‌تأثیر در موضوع است که بود یا نبود آن، تفاوتی در موضوع ندارد یا ماهیت این شبیه عقد معلق است، یا نوعی فسخ و یا امر جدیدی است که دارای ماهیت خاص و متفاوت از سایر موارد است. لکن تا زمانیکه ماهیت و مبانی برکناری مشخص نشود عملاً آثار و اقدامات بعد از آن نیز مبهم و مجهول است. چرا که آثار هر عمل حقوقی با توجه به ماهیت و مبانی آن مشخص می‌شود. از سوی دیگر آثار برکناری پیمانکار در شرایط عمومی بصورت مبهم و توأم با ایرادات زیادی تدوین شده است. ماده ۶۸-۲-۷ شرایط عمومی، به ارجاع کار در صورت برکناری پیمانکار به پیمانکاران دیگر با این عبارت «از طریق ارجاع کار به سایر پیمانکاران و یا سایر روشهای متعارف» اشاره نموده که محل سؤال است، آیا این ارجاع کار از طریق سازوکارهای مناقصه صورت می‌پذیرد. یا بدون مناقصه هم می‌توان به پیمانکاران دیگر واگذار نمود. این موضوع در صورتی مصداق پیدا می‌کند که پیمانکار تمامی کارها را انجام داده و صرفاً بخش ناچیزی از موضوع قرارداد باقیمانده و رعایت تشریفات مناقصه هم زمان بر و هزینه‌بردار است. از طرفی ممکن است در انتخاب پیمانکار جدید از طریق مناقصه، دقت لازم به عمل نیامده و با انتخاب پیمانکار ضعیف دوباره با موضوع برکناری پیمانکار جدید مواجه خواهیم شد؛ که عملاً برکناری در برکناری اتفاق خواهد افتاد؛ که این خود وضعیت مبهمی را ایجاد می‌کند که پیش‌بینی نشده است. قوانین و مقررات مناقصه جزء قوانین آمره محسوب و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد. پس از برکناری پیمانکار شخصی برای انجام کارهای باقیمانده حاضر نمی‌گردد و به این دلیل، آیا خود کارفرما می‌تواند شخصاً ادامه کار را بر عهده بگیرد؟ این موضوع بیشتر در موارد اتفاق می‌افتد که موضوع کار صرفاً تأمین کالا است

و بالتبع در صورت وقفه در تأمین کالاهای مورد نیاز سایر پروژه‌ها، موجبات معطل ماندن و تعطیلی سایر پروژه‌ها را نیز دربرخواهد داشت و عملاً کارفرما با مشکلات عدیده‌ای مواجه می‌گردد و می‌تواند تأمین کالا توسط کارفرما صورت پذیرد.

از موارد دیگر که در این موضوع، مسکوت مانده و به آن اشاره نشده، مدت‌زمان تعلیق است که این مدت چقدر به طول می‌انجامد. آیا می‌توان مدتی متصور دانست یا خیر؟ به عبارتی پیمان بعد از برکناری مدت مستقلی خواهد داشت. چون برای اتمام کار نیز به مدت و زمان‌بندی خاص خود است. با این اوضاع و احوال برفرض که پس از برکناری، پیمانکار جدید انتخاب شد. آیا قرارداد جدیدی منعقد می‌گردد یا همان ادامه قرارداد سابق به پیمانکار جدید ابلاغ می‌گردد که در هر حالت آثار حقوقی متفاوتی نسبت به هم خواهد داشت. انعقاد قرارداد جدید با عین مفاد قرارداد قبلی مناسب‌ترین راه است.

در ماده ۶۸ کلمه «می‌تواند» ذکر شده است آیا این امر به معنی اختیار در تصمیم‌گیری است یا با عنایت به اینکه بالاترین مقام دستگاه اجرایی به‌عنوان نماینده شرکت، همچنین اختیار و توانایی را ندارد و باید با حصول شرایط برکناری، اقدام به برکناری نماید؛ زیرا در حقوق عمومی (وقتی طرف دولت یا نهادهای عمومی‌اند) اصل ممنوعیت حاکم است. به نظر با عنایت به حاکمیت حقوق عمومی، اختیار به معنی و مفهوم قواعد عمومی قراردادهای نیست و به محض حصول شرایط باید برکناری محقق گردد.

نکته مبهم دیگر در خصوص برکناری از جزء یا کل پیمان است. در برکناری از کل، تکلیف مشخص هست، پیمانکار از کل پیمان منفک می‌گردد. ولی در برکناری جزئی، به لحاظ آثار آن مانند امکان یا عدم امکان برکناری، نحوه تحویل کارگاه، مستقل یا عدم مستقل بودن اجزاء، مفاد پیمان و... نقاط مبهم و مجهول زیادی وجود دارد در این خصوص وقت زیاد و تفکیک کارها برای عدم حصول اختلاف لازم است.

التهایه با مذاقه در وضعیت‌های حقوقی که قانون‌گذار برای آن‌ها آثار و احکام خاصی را تعیین نموده است. به نظر با وضعیت حقوقی نهاد برکناری منطبق نبوده و نیاز به تبیین و تدوین وضعیت حقوقی جدید با ماهیت، آثار خاص خود دارد. لکن هرچند برکناری با موارد مذکور بالا دارای شباهت‌هایی می‌باشند ولی این شباهت‌ها دلیل نیست که تمام وضعیت‌های حقوقی در یک وضعیت حقوقی جمع

شوند. لکن هر وضعیت حقوقی برای خود احکام، ماهیت و آثار خاصی دارند. ماهیت برکناری با وضعیت‌های حقوقی دیگر جدا می‌کند.

مراجع:

- [۱]. قره داغلی، علی، قوانین و مقررات برگزاری مناقصه و مزایده، تهران، انتشارات مربع آبی، ۱۳۹۴.
- [۲]. بنی احمد، مرتضی، «شرایط نابرابر حقوقی در قراردادهای پیمانکاری و تبعات زیانبار آن»، مجله علوم سیاسی مجلس و راهبرد، ۱۳۸۲، شماره ۳۹.
- [۳]. معاونت مهندسی و فناوری وزارت نفت، قرارداد همسان PC برای کارهای صنعتی، نشریه شماره ۰۰۷.
- [۴]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- [۵]. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة تهران، ۱۳۷۸.
- [۶]. سکوتی نسیمی، رضا «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۶.
- [۷]. عمید، حسن، فرهنگ لغت فارسی، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۱.
- [۸]. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی اصول قراردادهای و تعهدات، ج ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- [۹]. سیدعباسی فرد، خوشبخت، ماهیت شرایط و آثار فسخ در شرایط عمومی پیمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تبریز پردیس بین‌المللی ارس، ۱۳۹۳.
- [۱۰]. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۵، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۷۶.
- [۱۱]. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷.
- [۱۲]. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۳، قم، موسسه انصاریان، ۱۳۱۷ ق.
- [۱۳]. ابن منظور، علامه ابی الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۸۲ ق.

[۱۴]. طوسی ابوجعفر محمد بن حسن بن علی بن حسن معروف به شیخ الطائفه شیخ طوسی (۴۶۰ ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، ۴۶۰ ق.

[۱۵]. باریکلو، علی‌رضا، حقوق مدنی ۱ اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.

[۱۶]. صفائی سیدحسین، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۴.

[۱۷]. نجفی الجواهری شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ۱۲۱۷ ق.

[۱۸]. محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲.

[۱۹]. بشیری، عباس، یعقوبی، علیرضا، کریمی، شهرام، بشیری، نرگس، حیدری، احمد، مارانی، مهدی، وحیمی، وحید، معتمدی، غلامرضا، آذربایجانی، فریبا، نورمحمدی، فرید، حقوق کاربردی شرایط عمومی خصوصی و مکاتبات پیمان پیمانکار و کارفرما در مقررات و رویه قضایی، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳.

[۲۰]. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۷.

[۲۱]. انجمن سازندگان تجهیزات صنعت نفت، مجموعه قوانین و مقررات حمایتی از سازندگان صنعت نفت، گاز، پتروشیمی، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی واحد صنعتی، ۱۳۹۱.

[۲۲]. قاسم‌زاده سید مرتضی، مختصر قراردادهای و تعهدات، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰.

implementation in the general terms of the matched contract (pc) of the oil industry

Mohsen Seifollahi¹, Akbar Bashiri^{2*}, Reza Sokuti Nasimi³

1. PhD Student, department of Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.
3. Professor, Department of Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.

Corresponding Author, Email Address: dr.akbar.bashiri@gmail.com

Abstract

Today, as legal relations among individuals become more complex, new legal needs have arisen for which, jurisprudence must give a form through creating new legal institutions with use of the existing capacities. Based on Article 3, paragraph "b" of Part 6 of the Law on Powers of the Ministry, general and private conditions of the contracts in the field of downstream oil and gas, one of the innovations in the Ministry of Petroleum was compiled by the Deputy of Engineering and Technology of the Ministry of Oil, and the whole subsets of the ministries were then informed for implementation in accordance with Oil Minister's notification No. 28/1-2045. The Ministry of Petroleum is an exception to the general requirements for the development of planning management, and for this industry, due to the specific conditions, specialization and complexity, the general conditions for oil and gas have been approved. The present study investigates one of the 77 articles of the general conditions of downstream oil industry (PC) contracts regarding the dismissal of the contractor under clause 68. This newly established legal institution has a lot in common with legal institutions in the general rules of contracts. Despite the similarities, in the present study, dismissal is called by the new legal institution, which has its own form and especial effects.

Keywords: Contractor; Employer; Dismissal, General Conditions of Contract.

