

التعاقد بنظام BOT

نظرة من بعيد

مؤلف: د. محمد عبد الحليم

مترجم: د. محمد عبد الحليم

مترجم: د. محمد عبد الحليم

مترجم: د. محمد عبد الحليم

الطبعة الأولى: ١٩٩٩

التعاقد بنظام BOT

نظرة من البداية

BOT تعبير شائع فجأة منذ عدة سنوات وله أخوة وأبناء عمومة **BOO**, **BOI**, **BOOT** ... إلى آخر ما يزيد عن عشرين تعبيراً تكاد تكون قريبة بالكلمات. كلها تبدأ بحرف **(B)** لأن **Build** بمعنى يبني أو يقيم، والمقصود يقيم مشروعاً. ومن هنا فجميع هذه النظم نشأت في حيز صناعة التشييد وتعتبر تلاوياً لعقود هذه الصناعة، وبإيه حرف **(O)** من **Operate** بمعنى يشغل أو يدير، وقد يأتي حرف **(O)** ثانٍ من **Own** بمعنى يملك، وقد تنتهي بحرف **(T)** من **Transfer** بمعنى ينقل، ويلاحظ أنها تقدم دائماً على أنها نظام تعاقدى فيقال التعاقد بنظام (بوت)، ويلاحظ أيضاً أنها تجذب أنظار كثيرين بالإضافة إلى أهل صناعة التشييد أنفسهم، فيدخل فيها ممولون ومصارف ومستثمرون وأهل أنشطة صناعية وخدمية أخرى كثيرة فضلاً عن مهنيين من تخصصات متعددة كالمهندسين الاستشاريين والمحامين والمحاسبين.

ويلاحظ أيضاً أنها أصبحت موضوعاً مفضلاً للدورات والدورات تتوالى دون انقطاع وتنظمها الحكومة نفسها والقطاعات والجمعيات المهنية والجامعات ومراكز البحوث والمكاتب الاستشارية وجهات التمويل فيما يكاد يشكل حملة لنشر ثقافة البوت.

ويتحدث المتحدثون المصريون وغير المصريين في هذه الندوات عن تفاصيل هذا النظام مثل الهيكل التعاقدى للمشروع وأركان العقود الرئيسية فيه وتوزيع الأدوار والمسؤوليات إلى آخر سلسلة طويلة من التفاصيل الضرورية فيما يمكن أن نسميه نظرة من قريب على نظام البوت.

وحيث أتى دورى لأدلى بدائى متحدثنا بدا لى من المفيد أن أتناول الأمر كله من زاوية مختلفة، وأن أقدم الصورة العامة لهذه النظم التعاقدية، وأين تقع من النظم التعاقدية الأخرى المعروفة والمتداولة في إقامة المشروعات،

ومن ثم كان عنوان هذه الورقة ... [نظرة من البداية].

وسأتناول فيها النقاط التالية في إيجاز شديد:

- [١] تعريف عام.
- [٢] مراحل حياة المشروع ومجالات التعاقد في كل منها.
- [٣] أركان عقد المقولة.
- [٤] ماذا يجب عمله ليقيم المشروع؟
- [٥] تقسيم عقود المشروع **Packaging**.
- [٦] النظم التعاقدية **Contracting Modes**.

[٧] أنواع العقود Contract Types

[٨] عائلة BOT

ويدرس المشروع بمراحل متعددة منذ أن يولد كفكرة في ذهن صاحبه :

[أ] مرحلة التخطيط Planning stage

وفيها تنمو الفكرة في دراسة الجدوى Feasibility Study وتتحدد السعة أو الدقاقة الإنتاجية Sizing ويتحدد المكان Location ويتم اختيار مصادر الخامات وتحديد الأسواق المستهدفة أو العملاء المستهدفين بما سينتجه المشروع .

[ب] مرحلة إقامة المشروع Implementation Stage

وتمر بعدة أطوار أولها التصور العام Concept حيث يكون اختيار نظم العمليات الإنتاجية والشكل العام لعناصر المشروع وعدد وحداته أو خطوط إنتاجه وتوزيع الوظائف الإنتاجية على هذه الوحدات والعناصر .
ثم يأتي دور التصميم Design حيث تتحدد المقاسات والأبعاد والأعداد والمواصفات الفنية لمختلف عناصر ووحدات المشروع من معدات ومبان .
ثم نصل إلى مرحلة تنفيذ الأعمال Construction وفيها يتم إنشاء عناصر ومباني المشروع وتركيب معداته والآلة .

[ج] مرحلة الاستغلال

وهي بطبيعتها أطول المراحل زمنيا وتشمل التشغيل Running أو الإدارة Operation ، كما تشمل الصيانة والعمرات لمختلف عناصر المشروع .

وفي كل مرحلة من مراحل حياة المشروع يستعين صاحبه بمختصين للقيام بالمهام المطلوبة في كل مرحلة ، فيتعاقد على دراسة الجدوى ودراسة السوق وشراء حقوق استخدام تكنولوجيات معينة أو علامات تجارية ، كما يدرس تمويل المشروع ويتعاقد مع البنوك أو غيرها في عقود قروض واعتمادات ، وقد يدخل أيضا في عقود توفير خامات طويلة الأمد مع بعض الموردين وعقود تسويق مع منافذ البيع ، كل هذا في مرحلة التخطيط .

وفي مرحلة إقامة المشروع يبرم عقودا كثيرة كسواء أو استئجار الأرض وبحوث التربة ووضع التصميمات والمواصفات والإشراف على التنفيذ واستيراد أو شراء المعدات والآلات وتنفيذ الأعمال المدنية والتركيبات وقد يكون من الضروري أيضا التعاقد على تدريب طاقم التشغيل والصيانة .

وفي مرحلة الاستغلال ترد عقود مثل عقود المساعدة الفنية أو عقود الإدارة أو عقود تطوير المنتجات وعقود شراء الخامات وباقى مستلزمات الإنتاج .

ولعل أبرز العقود التي تبرم بصدد إقامة المشروع هو عقد المقاوله وإن لم يكن بالضرورة أهمها أو أكبرها ، ولكنها عموما أكثرها نصيبا من الاهتمام وأكثرها نصيبا من البحث والدراسة والحديث . وعقد المقاوله قد يبرم في ظل القانون الخاص فيكون عقدا مدنيا بين طرفين متكافئين يحكمه القانون المدني ، وقد يبرم في ظل القانون العام فيكون عقدا إداريا بين إحدى جهات الإدارة كطرف أول والمتعاقد كطرف ثان ويحكمه القانون الإداري وإذا اتصل بأحد المرافق العامة سمي في الاصطلاح عقد أشغال عامة . وأركان عقد المقاوله خمسة أولها الطرف الأول أو رب العمل أو مانح العقد أو مانح الالتزام أو المالك ، ثم الطرف الثاني

أو المتعاقد أو المقاول أو حامل الالتزام ، وثالثها نطاق العقد أي موضوعه ومجال الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد ، ورابعها الثمن وأخيرها المدة . ويعرف القانون المدني عقد المقاوله بأنه عقد يتعهد فيه شخص ما بأداء عمل أو تقديم خدمة لشخص آخر نظير أجر متفق عليه .

وركن النطاق ذو أهمية خاصة في مجال هذه الورقة ، فنطاق العقد يضيق ويتسع حسبما يحدده الطرف الأول ويقبله الطرف الثاني . وأضيق نطاقات عقد المقاوله هو تنفيذ الأعمال فقط مع قيام رب العمل بتوريد المواد ويسمى في عرف السوق عقد مصنعيات . ويندرج في الاتساع ليكون عقد تنفيذ الأعمال مسبق توريد المواد وهو الأكثر شيوعاً Construction Contract دون أعمال التصميم التي يعهد بها رب العمل إلى متعاقد آخر هو المهندس الاستشاري . وقد يضاف التصميم إلى التنفيذ فتكون أمام عقد تصميم وتنفيذ Design/Build . فإذا أضفنا أيضاً مهمة التمويل إلى النطاق نكون أمام عقد تصميم وتنفيذ وتمويل أو ما يعرف في الاصطلاح بعقد تسليم المفتاح Turn Key حيث يتولى المتعاقد نفسه تمويل أعماله حتى نهاية الأعمال وتسليمها إلى رب العمل الذي يدفع له الثمن كاملاً عند الاستلام أو ميسداً بالطريقة التي يتفقان عليها .

وقد يتسع النطاق بإضافة مهمة التشغيل فترة متفق عليها فيكون على المتعاقد التصميم والتنفيذ والتمويل والتشغيل لفترة معينة ثم التسليم إلى رب العمل وتقاضى الثمن المتفق عليه بالطريقة المتفق عليها . وفي هذه الحالة الأخيرة فرعان ، أو لهما أو يستولي رب العمل على أرباح التشغيل لنفسه وهنا يتوجب عليه أن يدفع الثمن للمقاول من ماله هو . وتنبهما أن يسمح للمقاول باحتجاز كل أرباح التشغيل والاستغلال أو نسبة منها خلال فترة قيسام هذا الأخير بالتشغيل وذلك وفاء بالثمن ، وفي هذه الحالة الأخيرة نكون أمام عقد بنظام BOT . ويكون حرف (T) من Transfer بمعنى نقل عائد على نقل حيازة المشروع إلى الطرف الأول في نهاية مدة العقد .

في كل الحالات المتقدمة نكون بمسند عقد مقاوله طرفه الأول المالك أو رب العمل وطرفه الثاني Contractor أي متعاقد بالمعنى اللغوي أو مقاول بالمعنى الاصطلاحي .

والعمل أو المشروع محدد سلفاً بواسطة مالكة لخدمة أغراضه هو . ويد المقاول عارضة على العمل فهو خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية حائز وليس مالكا . وعند التسليم إلى رب العمل ينقل إليه الحيازة المادية والقانونية ولا ينقل ملكية لأن الملكية منذ البداية في يد رب العمل .

وكما رأينا فإن التعبير في ركن النطاق في عقد المقاوله ينجم عنه نظم تعاقدية مختلفة Contracting Modes ، حيث لكل نظام تعاقدية نطاق عقده النمطي .

وبالمثل فإن لركن الثمن في عقد المقاوله أهمية خاصة أيضاً في مجال هذه الورقة ، لأنه يرد على صورتين وينجم عنها أنواع مختلفة من العقود Contract Types . والاختلافات تكون في طريقة تحديد الثمن وطريقة سدادها معاً . فأبسط الصور هو أن يكون الثمن محدد سلفاً في صورة مبلغ مقدوم Lump Sum سواء كان ثابتاً Fixed أو قابلاً للتصويب Adjustable بإحدى الطرق المعروفة . والصورة التالية أن يكون الثمن ناتج ضرب فئات (سعر الوحدة) Unit Rates محددة سلفاً في الكميات المنفذة فعلاً في الطبيعة ويسمى في الاصطلاح Unit Rate Remeasured Contract وهو أكثرها شيوعاً في مصر على الأقل . وفيه قد تكون الفئات ثابتة طالما حياة العقد أو قابلة للتصويب Adjustable بإحدى الطرق المعروفة كما تقدم بيانه في النوع السابق من العقد .

وهناك نوع ثالث من العقود يكون الثمن فيه عبارة عن التكلفة الفعلية مضافا اليها ربح المقاول في شكل مبلغ مقطوع أو نسبة مئوية Free Fee . وهذا النوع يعرف باسم Cost Plus Contract وأبرز صورته في مصر العقود الناجمة عن قرارات التكليف . وهناك أيضا أنواع أخرى من العقود مثل Target Price Contract أي السعر المستهدف من طرفي العقد عند إبرامه وفيه يستحق المقاول السعر المستهدف فقط إذا أتم العمل به ، فإذا أمكن تحقيق وفرة فيه تقاسم الوفر مع رب العمل بنسبة متفق عليها . وفي المقابل إذا تجاوزت الكلفة السعر المستهدف استحق المقاول تكاليفه الإضافية فقط على قدر الزائد دون الربح .

وكما رأينا فإن الترخير في ركن الثمن في عقد المقاوله ينجم عنه أنواع عقود مختلفة Contract Types حيث لكل نوع من العقود تعريفه للثمن وطريقة حسابه وطريقة سداده .

وفي كل الحالات المتقدمة لا زلنا أمام عقد مقاوله رب العمل فيه معروف وهو الذي حدد المشروع ومكانه وسعته وأغراضه .. الخ وهو المالك منذ البداية والمتعاقد يعمل لحسابه ولمصلحته . وتحت إشرافه ويستحق مقابل عمله أجرا أو ثمنا للمقاوله يتقاضاه بالقدر وبالطريقة المتفق عليها .

ويتعين التنويه هنا إلى أن مختلف النظم التعاقدية تحتل مختلف أنواع العقود ، أي أنه من الممكن استخدام أي نوع من أنواع العقود في أي نظام من النظم التعاقدية تقريبا .

وحتى التعاقد بنظام BOT فإن الشروط المتقدمة لقيام عقد المقاوله متوفرة ، والتوزيعات فيها مثل BOT, BOR, BRT, BLT تتوفر فيها نفس الشروط وينطبق ذلك أيضا على نظم DCMF, DBFO, BTO أو بتعبير آخر تكون كلها أعضاء في عائلة BOT المباشرة .

إما إذا انتقلنا إلى نظام BOOT نجد أننا انتقلنا إلى خارج عائلة BOT المباشرة وأن بؤينا في قبيلة BOT التي أصبحت اصطلاحا أيضا .

وأية ذلك أن حرف (O) الثاني من Own يشير إلى أن الملكية أثناء فترة إقامة المشروع تكون للطرف الثاني ، وعليه لا يستقيم أن يكون مقاولا عند الطرف الأول . ومن ثم لا تكون أمام عقد مقاوله متسع النطاق . فالطرف الأول ليس المالك ومن ثم فإن الطرف الثاني لا يعمل لحسابه أو لمصلحته لقاء أجر أو ثمن يجب أن يتقاضاه سواء مسن المالك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

وهنا يثور السؤال البديهي عن طبيعة عقد يبرم بنظام BOOT . وقبل طرح رأي مقدم هذه الورقة سيكون من المفيد إلقاء نظرة على عقود التأجير التمويلي وأوجه الشبه القوية بينها وبين عقود BOOT . ففي التأجير التمويلي يتولى شخص إقامة المشروع بنفسه أو عن طريق مسن يعهد إليهم ثم يؤجره إلى شخص آخر لمدة محددة بإيجار محدد مع وعد بالبيع للمستأجر عند نهاية مدة الإيجار بثمن متفق عليه . أي أن المشروع يقيمه شخص ليس بهرض اقتنائه واكسب بهرض الاستفادة من ريعه الإيجاري ثم يبيعه للمستأجر .

وفي العادة يخصم مجموع الإيجار المدفوع من الثمن المتفق عليه للبيع ، فإذا طالت مدة الإيجار وبلغ مجموع الإيجار المدفوع كامل الثمن كان نقل الملكية إلى المستأجر بدون مقابل .

وعقد التأجير التمويلي أدلة من أدوات تنفيذ الاستثمارات ولكنها ليس عقد مقاول.

وفي عقد BOOT تلاحظ أن الطرف الثاني يتولى كل مهام إقامة المشروع (طبقاً عن طريق من يعهد إليهم) واستغلاله لفترة محدودة يكون خلالها هو نفسه المالك، ويستولي خلال هذه الفترة على كل عائدات المشروع لنفسه وفي النهاية يؤول ملكية المشروع وخيارته معها إلى الطرف الأول دون مقابل في العادة. وعليه فإن العقد يكون نوعاً من عقود الاستثمار. ويكون دور الطرف الأول فيه محدود.

وانتقلت الملكية أثناء إقامة المشروع وخلال فترة استغلاله (والاستغلال هنا أفق مناسب ومعبّر عن الحالة وليس التشغيل أو الإدارة) أسمية كبيرة من الناحية القانونية، ويتركب عاينها نتائج قانونية كثيرة. فمثلاً يمكنه كمالك رهن المشروع في حين أن المقاول لا يجوز له رهن المشروع المنوط به إقامته، وإذا ذلك المشروع كايا أو جزئياً تحمل هو الضرر لأن المال يهلك على بساحبه ولكن يبقى عاينه التزام تسليم المشروع للطرف الأول عند نهاية المدة. وهو ما قد يعني أن يعيد إصلاحه على حسابه.

ولنظام BOOT تويجات أخرى مثل MOT, ROT تتوفر فيها نفس سمات نظام BOOT.

أما نظام BOO, BOO ويقصد به Build, Own, Operate فكما يظهر من اسمه لا ينتمي إلى العائلة الأولى أو الثانية، فليس فيه عنصر Transfer أي نقل الملكية أو نقل الحيازة الآخرين، بل هو مبادرة من صاحب الأمر المالك رب العمل لحسابه ولصالحته مثل أي مشروع عادي. وعليه يكون انتماء هذه العائلة إلى قبيلة ما يسمى اصطلاحاً BOT في بعض المراجع والشروح أمراً لا محل له.

بقي أن ننظر في الغرض من كل هذه النظم التي تقدم على أنها جديدة، وفي الحقيقة يجب القول بصورة مباشرة أن كل هذه النظم لا تخرج عن كونها أساليب لنقل عبء إقامة مشروعات هامة ومطلوبة للتنمية سواء كانت من مشروعات البنية الأساسية أو غيرها، ونقل هذا العبء من على كاهل الحكومة (الموازنة العامة للدولة - الباب الثالث) إلى القطاع الخاص. ويستوى في هذا أن يكون القطاع الخاص وطنياً أو أجنبياً أو مختلطاً. وقد جاء الحديث عنها خلال السنوات الماضية متواكباً مع المرحلتين الثانية والثالثة لخطة الإصلاح الاقتصادي بعد التثبيت وتوسيع قاعدة الملكية والخصخصة وتقليص مساهمات الدولة في المشروعات وتقليص حجم الباب الثالث نسبياً وإعادة توجيه اعتمادات تدريجياً نحو مجالات التنمية الاجتماعية وخفض دور الدولة في النشاط الاقتصادي الإنتاجي مقابل زيادة دور القطاع الخاص فيه.

وبناء على هذا التكييف يقع عبء ترويج نظام BOT على الحكومة. فالحكومة عاينها أن تتأكد من وضع النظم التي تجذب القطاع الخاص للقيام بهذا الدور حتى تتوفر هسي لدورها المعدل من جهة، وتخصص استثمارات الباب الثالث في الموازنة العامة لمجالات التنمية الاجتماعية الواسعة، من جهة أخرى.

وهو أمر لم تدخر الحكومة فيه وسعاً خلال السنوات الأخيرة بالفعل، بل انها سارعت إلى توقيع عدد من العقود شملت مشروعات طرق ومحطات توليد كهرباء.

كما أن الحكومة قد بادرت بإدخال تعديلات على القوانين التي تنظم هذين المرفقين لتتسع أحكامها لقيام مشروعات بنظام BOT. وفي هذا السياق يجب التنويه إلى أن نذارة القانون المصري قديماً وقضاء إلى هذه العقود وما ينجم عنها من نزاعات لم تتجاوز بعد ولكن لوحظ تأثر كثير من الكتابات التي وضعها أهل القانون بالأحكام المعروفة في شأن التزام المرافق

العامّة عندما تعرّفوا العقود التي تبرم بنظام BOT . ولأشك ان هناك بعض أوجه الشبه بين الاثنين وربما سنرى في وقت قريب دراسات قانونية أكثر عمقا في هذا الشأن .
وقبل طرح وجهة نظر مقدم هذه الورقة ربما وجبت الإشارة الى أن عقد BOT اذا أبرم بين هيئة كهرباء مصر وأحد المستثمرين بشأن بناء محطة توليد كهرباء تلتزم الهيئة بمقتضاه شراء كل انتاج المحطة من الطاقة وتولّى هي بيعها المستهلكين لا يشكل إلزاما بمرئوق عام من قبل المستثمر لأن المستثمر لا يبيع الجمهور أي أنه لا يحل محل جهة الإدارة في تقديم الخدمة لأفراد المجتمع بل أن الهيئة هي التي تفعل هذا والمستثمر ليس إلا مورد للهيئة فهو في مركز مماثل لمن يورد لها الديزل مثلا لإدارة غلاياتها .