



پژوهشکده شورای نگهبان

گزارش کارشناسی

پرونده‌های دیوان عدالت اداری در خصوص:

تقاضای ابطال بخشنامه شماره ۱۷۳۰۷۳-۱۰۱/۱۷۳۰۷۳-۱۳۸۲/۹/۱۵-
سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و بند «۱-۸» از پیوست
بخشنامه مذکور

کد گزارش: ۹۵۰۴۰۲۳

تاریخ انتشار: ۱۳۹۵/۴/۸

پژوهشکده شورای نگهبان

شناسنامه گزارش

گزارش کارشناسی پرونده‌های دیوان عدالت اداری

موضوع:

تقاضای ابطال بخشنامه شماره ۱۳۸۲/۹/۱۵-۱۰۱/۱۷۳۰۷۳
سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و بند «۱-۸» از پیوست
بخشنامه مذکور

تهیه و تنظیم:

محمد برومند

نظارت:

محمدعلی فراهانی و محمد هادی زرافشان

پژوهشکده شورای نگهبان

شماره گزارش: ۹۵۰۴۰۲۳

تاریخ تنظیم: ۱۳۹۵/۰۴/۰۸

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

گزارش کارشناسی پرونده‌های استعلامی دیوان عدالت اداری

موضوع شکایت: تقاضای ابطال بخشنامه شماره ۱۷۳۰۷۳/۱۰۱/۱۵-۱۳۸۲/۹

سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و بند «۱-۸» از پیوست بخشنامه مذکور

شاکی: علی‌اکبر عابدی

طرف شکایت: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور

جهات مغایرت شرعی: مغایرت با قاعده «لاضرر» و حدیث نبوی «نهی النبی

عن بیع الغرر»

شماره و تاریخ نامه دیوان: ۹۰۰۰/۲۱۰/۱۶۰۴۶۴/۲۰۰ - ۱۳۹۴/۱۰/۱۶

مقدمه

آقای علی‌اکبر عابدی، بخشنامه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور را که براساس آن، شاخص قطعی مبنای تعدیل پیمان بعد از انعقاد قرارداد تعیین می‌شود، موجب غرری شدن معامله برای پیمانکاران و از این جهت، مغایر موازین شرعی و برخی مواد قانونی دانسته است.

شرح و بررسی

«قانون برنامه و بودجه کشور» مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ در ماده (۲۳)^(۱)، سازمان

۱. ماده ۲۳- سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها [و] همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی، آیین‌نامه‌ای تهیه و پس از تصویب هیئت‌وزیران، براساس آن دستورالعمل لازم [را] به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ می‌نماید و دستگاه‌های اجرایی موظف به رعایت آن می‌باشند.

برنامه و بودجه وقت را به تعیین معیارها و استانداردها و نیز اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی و پیشنهاد آن به هیئت‌وزیران ملزم کرده است. در همین راستا، هیئت‌وزیران «آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی» را در تاریخ ۱۳۵۲/۲/۳۰ تصویب کرده است. آیین‌نامه مذکور با تعیین ملاک‌هایی، تعیین تمامی ضوابط فنی مربوط به این حوزه را به این سازمان محول می‌کند تا در موضوعات لازم، دستورالعمل‌های مقتضی را صادر کند^(۱) که برطبق آخرین اصلاحات و براساس مصوبه شماره ۶۱۵۰۰ مورخ ۱۳۶۳/۷/۱۱ هیئت‌وزیران^(۲)، هم‌اکنون تصویب این دستورالعمل‌ها برعهده شورای عالی فنی است که زیر نظر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور فعالیت دارد.

اصلی‌ترین دستورالعمل در این حوزه، «شرایط عمومی پیمان» نام دارد که سازمان مذکور آن را صادر کرده است. یکی دیگر از این دستورالعمل‌ها، مربوط به نحوه تعدیل قیمت‌های ابتدایی مذکور در قراردادهای مذکور است که از آن به «دستورالعمل نحوه تعدیل آحاد بهای پیمان‌ها» یاد می‌شود. این

۱. ماده ۵- سازمان به پیشنهاد دستگاه‌های اجرایی و یا به تشخیص خود و بنا بر ضرورت و با توجه به اولویت‌ها، مواردی را که باید درباره آن‌ها معیار، استاندارد، نقشه تپ، ضوابط فنی، دستورالعمل فنی و یا اصول کلی و شرایط عمومی قرار داد و یا هر اقدامی را که برای تحقق هدف‌های مشروح در ماده(۳) لازم باشد، تعیین خواهد نمود.

۲. «هیئت‌وزیران در جلسه مورخ ۱۳۶۳/۷/۱۱ بنابه پیشنهاد شماره ۹۰۲۱/۵۴/۲۴۸۲ مورخ ۱۳۵۸/۱۱/۲۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران درخصوص رسیدگی و تصویب کلیه ضوابط و مقررات و شاخص‌ها و سایر مسائل مربوط به تعدیل آحاد بها را به شورای عالی فنی واگذار نمودند.»

دستورالعمل به منظور به روز کردن هزینه‌های مذکور در قرارداد پیمان و ضرر نکردن دو طرف، به ویژه پیمانکاران صادر شده است. برای این منظور، تدابیری در این دستورالعمل اندیشیده شده است؛ برای مثال، با بررسی متوسط قیمت‌های زمان انعقاد قرارداد، عددی به عنوان شاخص مبنا انتخاب می‌شود و همچنین با بررسی متوسط قیمت‌های دوران انجام کار، عددی نیز به عنوان شاخص دوره انجام کار تعیین می‌شود. در مرحله بعد، با تقسیم شاخص دوره انجام کار بر شاخص مبنا، ضریب تعدیل قیمت به دست می‌آید که با احتساب این ضریب، قیمت‌ها تعدیل می‌شوند.^(۱)

یکی دیگر از دستورالعمل‌های سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور در حوزه قراردادهای عمرانی، «دستورالعمل نحوه ارائه تجزیه بها همراه با پیشنهاد قیمت توسط پیمانکاران» است که در آن، چگونگی ارائه قیمت پیشنهادی پیمانکاران برای شرکت در مناقصه و... بیان شده است.^(۲)

پس از ارائه توضیحات کلی و لازم در خصوص موضوع پرونده، در ادامه دادخواست شرح داده می‌شود.

۱-۱۱: ضریب تعدیل

ضریبی که از رابطه:

$$0.95 \times (1 - \frac{\text{شاخص دوره انجام کار}}{\text{شاخص مبنا}}) = \text{ضریب تعدیل}$$

به دست می‌آید.

۴. در مقدمه این دستورالعمل آمده است: «از آنجا که پیمانکاران باید قیمت پیشنهادی خود را برای انعقاد قرارداد، با توجه به نوع کار، محل اجرا، نرخ‌های متعارف روز و سایر شرایط مؤثر در قیمت، تهیه و تسلیم نمایند و از طرفی ملاک انتخاب پیمانکار از طرف کارفرما، در نظر گرفتن قیمت‌های معقول و منطقی از طریق تجزیه بهای توجیهی است، این دستورالعمل تهیه شده تا با توجه به نکات مندرج در آن، نسبت به تکمیل جدول‌های پیوست از طرف مهندسان مشاور و پیمانکاران اقدام شود.»

شاکی بیان داشته است که براساس «دستورالعمل نحوه ارائه تجزیه بها همراه با پیشنهاد قیمت توسط پیمانکاران»^(۱)، پیمانکاران قیمت متعارف روز را برای شرکت در مناقصه پیشنهاد می‌کنند. از طرف دیگر، براساس «دستورالعمل نحوه تعدیل آحاد پیمان‌ها»، قیمت‌ها بایستی براساس شاخص مبنا تعدیل شوند و شاخص مبنا هم در مناقصه، با بررسی قیمت دوره سه‌ماهه قبل از پیشنهاد قیمت پیمانکار تعیین می‌شود^(۲)؛ درحالی‌که همین دستورالعمل به شاخص‌های دوره‌های سه‌ماهه اشاره نکرده است و اعلام داشته است که شاخص‌های قطعی به فاصله‌ای معمولاً حدود یک سال تعیین می‌شود.^(۳)

جمع این شرایط باعث می‌شود که پیمانکار به هنگام تصمیم‌گیری برای ارائه پیشنهاد قیمت مدنظر خود، به شاخص‌های مبنا دسترسی نداشته باشد و بدون در نظر گرفتن شاخص مبنا، قیمت را پیشنهاد کند؛ درحالی‌که ممکن است پس از تعیین شاخص مبنا، ضریب تعدیلی به دست آید که اصلاً به سود پیمانکار نباشد. بنابراین این شرایط سبب جهل به عوض در حین عقد قرارداد و غرری شدن معامله خواهد شد.

۱. ر.ک به پانوشت قبل.

۲. ۸-۱: شاخص مبنای پیمان

۱-۸-۱: در مناقصه: یک دوره سه‌ماهه قبل از دوره سه‌ماهه‌ای که آخرین روز مهلت تعیین شده توسط کارفرما برای تسلیم پیشنهاد قیمت پیمانکار، در آن واقع شده است.

۳. در پایان بخشنامه‌ای که «دستورالعمل نحوه تعدیل آحاد پیمان‌ها» پیوست آن است، چنین آمده است: «با توجه به اینکه در دستورالعمل پیوست، شاخص مبنای دوره سه‌ماهه مربوط به محاسبه فهرست‌های پایه حذف شده است، بنابراین چنانچه در فاصله زمانی ابلاغ دو فهرست پایه متوالی که معمولاً حدود یک سال است، تغییرات قابل ملاحظه‌ای در قیمت‌ها ایجاد شود، این سازمان ضرایب متناسبی را ابلاغ خواهد نمود تا با اعمال آن، برآورد هزینه کارها به‌نگام شوند.»

در ذیل به استنادات شاکی اشاره می‌شود؛

جهات مغایرت شرعی:

۱- حدیث نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر»

۲- قاعده «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»

جهات مغایرت قانونی:

۱- مواد (۲۱۹)،^(۱) (۳۳۸)^(۲) و (۳۳۹)^(۳) «قانون مدنی»، مبنی بر لزوم

معلوم‌بودن مورد معامله و ابهام‌نداشتن آن.^(۴)

۲- ماده (۲۹) «شرایط عمومی پیمان»^(۵)، مبنی بر جایز نبودن تغییر فاحش

در پیمان و از بین بردن عدالت قراردادی.

۱. ماده ۲۱۹- عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود.

۲. ماده ۳۳۸- بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

۳. ماده ۳۳۹- پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.

۴. به نظر می‌رسد منظور شاکی نه ماده (۲۱۹) «قانون مدنی»، بلکه ماده (۲۱۶) آن قانون بوده است که مربوط به مبهم‌نبودن مورد معامله می‌شود:

ماده ۲۱۶- مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

۵. ماده ۲۹- تغییر مقادیر کار، قیمت‌های جدید، تعدیل نرخ پیمان

الف) در ضمن اجرای کار، ممکن است مقادیر درج‌شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان تغییر کند. تغییر مقادیر به وسیله مهندس مشاور محاسبه می‌شود و پس از تصویب کارفرما، به پیمانکار ابلاغ می‌شود. پیمانکار با دریافت ابلاغ تغییر مقادیر کار، موظف به انجام با نرخ پیمان است؛ به شرط آنکه مبلغ ناشی از تغییر مقادیر کار، از حدود تعیین‌شده در زیر بیشتر نشود.

۱- افزایش مقادیر باید در چارچوب موضوع پیمان به پیمانکار ابلاغ شود. جمع مبلغ مربوط به افزایش مقادیر و مبلغ کارهای با قیمت جدید (موضوع بند «ج») نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. تبصره: اگر نرخ پیمان مشمول تعدیل آحاد بها باشد، برای محاسبه افزایش مبلغ پیمان به سبب قیمت‌های جدید، ابتدا قیمت‌های جدید به مبنای نرخ پیمان تبدیل می‌شود و سپس ملاک محاسبه قرار می‌گیرد.

←

البته درخصوص این استناد شاکی ذکر این نکته لازم است که در صورتی که پیمان مشمول تعدیل شود، ابتدا ضرایب تعدیل در کل نرخ پیمان اعمال می‌شود و پس از آن به موجب ماده (۲۹) «شرایط عمومی پیمان»، نباید بین مبلغ به دست آمده و مبلغ پرداختی به پیمانکار، تفاوت افزایشی یا کاهش‌ی بیش از ۲۵ درصد وجود داشته باشد.

۳- اصل ۱۳۸ قانون اساسی، مبنی بر لزوم مغایرت نداشتن مقررات با روح قوانین (قاعده «لاضرر»)، قاعده «تسلیط»، اصل «لزوم رفع ابهام از مورد معامله» و قاعده «نفی غرر».

نتیجه‌گیری

شکایت صورت گرفته در حقیقت درخصوص غیرقانونی و غیرشرعی بودن وجود شرط تعدیل با مبنای مجهول در قراردادهای پیمان مطرح شده است. به عبارت دیگر، از مجموع دستورالعمل‌های صادر شده این چنین به دست می‌آید که شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمان پذیرفته شده است اما مبنای آن مجهول است و پس از انعقاد قرارداد مشخص می‌شود. علی‌رغم اینکه در قراردادهای پیمان منعقد شده، قیمت ابتدایی مشخص است، اما چون شرط تعدیلی که در این قراردادها گنجانده شده است، دارای شاخص مبنای مجهول است، ممکن است

→

۲- جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن‌ها نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. اگر این مبلغ، از حد تعیین شده بیشتر شود و پیمانکار با اتمام کار با نرخ پیمان موافق باشد، عملیات موضوع پیمان در چارچوب پیمان انجام می‌شود ولی در صورتی که پیمانکار مایل به اتمام کار نباشد، پیمان طبق ماده (۴۸) خاتمه داده می‌شود...

در قیمت نهایی مؤثر بوده و آن را مجهول کند. بنابراین سؤال اصلی این پرونده آن است که آیا اتیان شرط تعدیل قیمت در عقد با قید مبنای مجهول برای تعدیل، وجاهت شرعی دارد یا خیر؟

امام خمینی (ره):

و از شورایی محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و
چه در نسل‌های آینده، که با کمال دقت و قدرت و نظایف اسلامی و ملی خود
رایجاً و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه‌ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزرگسازده شورای نگهبان

تهران، خیابان شهید سبهد قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲

صندوق پستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵ تلفکس: ۸۸۳۳۵۰۴۵

info@shora-rc.ir

www.shora-rc.ir