

The Principle of the Formality of Concluding Government Contracts, from the Appearance to the Effect of Their Non-Compliance on the Contract; Emphasizing the Condition of Systematization of Government Transactions

Hossein Aeine Negini^{1*}, Saeed Siahbidi Kermanshahi²

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

2. PhD in Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran.



Article Type:

Original Research

Pages: 3-29

Received: 2022 December 10

Revised: 2023 February 21

Accepted: 2023 July 10



Abstract

In the current legal system of Iran, although the contract is one of the most important tools of the government in the administration of affairs, but due to the difference between the governing principles of government contracts and private contracts, a different legal system has been provided for government contracts. The difference between the legal system governing government contracts and private contracts is the difference in the principles governing these contracts. One of the most important principles governing government contracts is the principle of formality in concluding these contracts. Based on this principle, the mere consent of the parties and request and acceptance is not enough for the conclusion of government contracts, but according to the law, certain formalities before, during and after the conclusion are foreseen for government contracts. The need to systematize the stages of the contract is one of the most recent formalities foreseen for the conclusion of government contracts. The meaning of this principle is that all stages of concluding government contracts must be done in the system of registration, notification and through the electronic system. The question that exists regarding all formalities of government contracts in general and the need to systematize these transactions in a particular way is what effect does non-observance of these formalities have on the concluded contract? Examining this issue in Iran's legal system showed that from a legal point of view, if these formalities are not followed as prior formalities, it provides the possibility of terminating the contract. However, if the registration in the system is not followed as a later formality, it has no effect on the validity of the concluded contract.

Keywords: Government, Government Contract, Formality, Electronic System, Invalidity

*Corresponding Author: h.negini@modares.ac.ir

اصل تشریفاتی بودن انعقاد قراردادهای دولتی؛ با تأکید بر شرط سامانه‌ای شدن معاملات دولتی

حسین آئینه نگینی^{۱*}، سعید سیاه بیدی کرمانشاهی^۲

۱. استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده

تمایز نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی نسبت به قراردادهای خصوصی برآمده از تمایز در اصول و ضوابط حاکم بر این قراردادها است. یکی از مهمترین شرایط مربوط به قراردادهای دولتی تشریفاتی بودن انعقاد این قراردادها است. مبتنی بر این اصل صرف رضایت طرفین و ایجاب و قبول برای انعقاد قراردادهای دولتی کافی نمی‌باشد بلکه به موجب قانون، تشریفات خاصی قبل، حین و پس از انعقاد برای قراردادهای دولتی پیشبینی شده است. لزوم سامانه‌ای شدن مراحل قرارداد یکی از جدیدترین تشریفات پیش‌بینی شده برای انعقاد قراردادهای دولتی است. منظور از این اصل آن است که همه مراحل انعقاد قراردادهای دولتی می‌بایست در سامانه ثبت، اطلاع‌رسانی و از طریق سامانه الکترونیکی انجام شوند. سوالی که در خصوص همه تشریفات قراردادهای دولتی به صورت عام و لزوم سامانه‌ای شدن این معاملات به صورت خاص وجود دارد این است که عدم رعایت این تشریفات در انعقاد قراردادهای دولتی چه اثری بر قرارداد منعقد دارد؟ بررسی این موضوع در نظام حقوقی ایران نشان داد که از منظر حقوقی در صورت عدم رعایت این تشریفات به عنوان تشریفات پیشبینی امکان فسخ قرارداد را فراهم می‌آورد در صورتی که ثبت در سامانه به عنوان تشریفات حین انعقاد قرارداد رعایت نشود قرارداد منعقد باطل می‌باشد اما هرگاه ثبت در سامانه به عنوان تشریفاتی پسینی رعایت نشود در صحت قرارداد منعقد فاقد تأثیر می‌باشد.

واژگان کلیدی: دولت، قرارداد دولتی، تشریفاتی بودن، سامانه الکترونیک



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۲۹-۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۹



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

مستند به ماده (۵۸۸) قانون تجارت^۱ اشخاص حقوقی می‌توانند دارای کلیه حقوق و تکالیفی باشند که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان می‌تواند دارای آن باشد. مبتنی بر مقدمه‌ی فوق، دولت به عنوان یک شخص حقوقی صلاحیت انجام اعمال حقوقی اعم از یک جانبه (ایقاع) یا دوجانبه (عقد) را داراست و مانند سایر اشخاص ممکن است بخشی از اهداف و نیازهای خود را از طریق قرارداد محقق کند.

با پذیرش صلاحیت انعقاد قرارداد توسط دولت، می‌توان ادعا نمود که اگرچه از منظر شکلی (شیوه انعقاد) مطلق قراردادهای دولتی از قراردادهای خصوصی متمایز می‌باشند اما باتوجه به جایگاه، نیازها و صلاحیت‌های دولت، قراردادهایی که توسط نهادهای دولتی منعقد می‌شوند واجد ماهیت واحدی نیستند. توضیح آنکه، برخی از قراردادهای دولتی از منظر ماهوی مشابه قراردادهای اشخاص خصوصی می‌باشند. در مقابل، برخی از قراردادهای دولتی نه تنها مبتنی بر قواعد حقوق عمومی منعقد می‌شوند (قواعد شکلی خاص) بلکه در محتوا نیز با دربرداشتن شرایط ترجیحی و ناشی از اقتدار عمومی با قراردادهای خصوصی متفاوت می‌باشند. دسته‌ی اخیر از قراردادهای اداره که برای تأمین نیازهای عمومی و با استفاده از امتیازات قدرت عمومی منعقد و اجرا می‌شوند، به عنوان قرارداد اداری شناخته می‌شوند (شمعی، ۱۳۹۳: ۳۲۹). مهم‌ترین ویژگی این دسته از قراردادها آن است که این دسته از قراردادها از آغاز تا اختتام تابع اراده برتر اداره بوده و طرف قرارداد در طول اجرای آن ملزم به رعایت اقتضائات و الزامات قانونی اداره است (مولائی، ۱۳۹۳: ۹۴). به عبارتی، در این دسته از قراردادها برخلاف قراردادهای خصوصی که اصل «تساوی قراردادی» از جمله بنیادی‌ترین قواعد حاکم بر آنها شمرده

۱. ماده ۵۸۸- شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ائوت - نبوت و امثال ذالک.

می‌شود، قرارداد تحت الشعاع حاکمیت دولت می‌باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۲۹۹: ۱۳۸۷) ..
مصادق این نوع از قراردادها را می‌توان قراردادهای استخدامی، امتیاز امر عمومی،
پیمانکاری، قرضه‌ی عمومی و عاملیت معرفی کرد.

فارغ از اقسام قراردادهای اداره و دولت، اصول مختلفی بر انعقاد، استمرار و
اختتام قراردادهای دولتی^۱ حاکم می‌باشد تمایز اصول حاکم بر قراردادهای دولتی مبنای
اساسی تمایز این قراردادها از سایر قراردادها می‌باشد. از جمله مهمترین شرایط مربوط به
قراردادهای دولتی «تشریفاتی بودن» انعقاد این قراردادهاست. مبتنی بر ویژگی تشریفاتی
بودن قراردادهای دولتی که نقطه مقابل «رضایی بودن» قراردادهای خصوصی است،
در نظام حقوقی ایران احکام، فرایندها و قواعد مختلفی قبل، حین و پس از انعقاد در
خصوص این قراردادها پیشبینی شده است. لزوم سامانه‌ای شدن مراحل انعقاد از جمله
تشریفاتی است که در سال‌های اخیر برای قراردادهای دولتی پیشبینی شده است. فارغ
از همه ظرائف و قواعدی که بر اصول قراردادهای دولتی به صورت عام و اصل تشریفاتی
بودن این قراردادها به صورت خاص حاکم است، بررسی ماهیت فرایندها و احکام مربوط
به تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی از اهمیت خاصی برخوردار است. به عبارت دیگر
بررسی این موضوع که در فرض عدم رعایت هر یک از مصادیق اصل تشریفاتی بودن،
این موضوع چه تأثیری بر اعتبار قرارداد خواهد داشت از جمله موضوعات مهم حوزه
قراردادهای دولتی محسوب می‌شود.

مبتنی بر مطالب یادشده در این مقاله در پی پاسخ به این سوال خواهیم بود که
اولاً منظور از لزوم ثبت مراحل انعقاد قراردادهای دولتی در سامانه الکترونیک چیست و
ثانیاً عدم رعایت این شرط چه تأثیری بر اعتبار قرارداد منعقد دارد؟
به منظور پاسخگویی به این سوال در این مقاله به شیوه توصیفی- تحلیلی و با

۱. قرارداد دولتی به قراردادی اطلاق می‌شود که یکی از طرفین آن اشخاص حقوقی عمومی (اعم از دولت، موسسات
وابسته به آن و موسسات عمومی) باشد. (امامی، استوارسنگری، ۱۱۴: ۱۳۹۱).

استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد، ابتدا به بررسی اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی و شیوه ظهور و بروز آن در قوانین و مقررات می‌پردازیم (بند اول) در ادامه به تبیین آثار عدم رعایت مظاهر اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی پرداخته می‌شود (بند دوم) سپس به تبیین لزوم سامانه‌ای شدن مراحل انعقاد معاملات دولتی به عنوان یکی از مظاهر اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی می‌پردازیم (بند سوم) و در نهایت اعتبار قرارداد دولتی را در فرض عدم ثبت مراحل آن در سامانه بررسی خواهیم کرد (بند چهارم).

۱- تشریفات انعقاد قراردادهای عمومی

بر مبنای اصل بنیادین حاکمیت قانون در جامعه که در زبان برخی نویسندگان با عنوان اصل برتری قانون آمده است (مشهدی، ۱۳۹۱:۲۹۳) همه امور و جریان آنها در جامعه باید بر مدار قانون صورت گیرد. در حوزه قراردادهای دولتی حاکمیت قانون به این معنا است که در انعقاد، اجرا و ... قراردادهای دولتی می‌بایست اصول و قواعد پیشبینی شده قانونی مراعات شوند. «تشریفاتی بودن قرارداد» یکی از نتایج اصل حاکمیت قانون در حوزه قراردادهای عمومی محسوب می‌شود؛ با این توضیح که در قوانین تشریفات خاصی برای قراردادهای دولتی پیشبینی شده است بر این اساس اصل حاکمیت قانون اقتضا دارد که در قراردادهای دولتی این تشریفات به صورت کامل اجرا شود. مبتنی بر این مطلب اگرچه اصل تشریفاتی بودن در همه مراحل انعقاد، اجرا و ... قراردادهای دولتی^۱

۱. در خصوص اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی توجه به این نکته لازم است که برخی نویسندگان معتقدند که اثبات قراردادهای دولتی نیز مبتنی بر اصل تشریفاتی بودن این گروه قراردادها واجد تمایزاتی با اثبات قراردادهای خصوصی است. توضیح اینکه به اعتقاد این نویسندگان مبتنی بر اصل رضایی بودن عقود در حقوق خصوصی با استفاده از همه دلایل اثبات حق موضوع آئین دادرسی اعم از اقرار، سوگند، شهادت شهود و امارات می‌توان وقوع توافق طرفین عقد را احراز کرد اما با توجه به اینکه در مورد قراردادهای دولتی عقد شفاهی موضوعیت ندارد و الزاماً قراردادهای اداری باید به صورت کتبی منعقد گردد، در نتیجه در صورت فقدان قرارداد کتبی، دلایل دیگر از جمله اقرار، سوگند، اماره نمی‌تواند مثبت وجود یک قرارداد بین اشخاص و دستگاههای دولتی باشد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۳۲). نظریه ابعاد حقوقی و قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی تحلیل فوق‌الذکر از اصل تشریفاتی بودن این قراردادها صحیح

جریان دارد اما نظر به رسالت این مقاله در ادامه تشریفاتی بودن انعقاد قراردادهای دولتی را بررسی می‌نماییم.

همچنان که بیان شد اگرچه اشخاص و نهادهای دولتی همانند سایر اشخاص صلاحیت انعقاد قرارداد دارند اما نظر به اینکه منافع و مضار ناشی از قراردادهای منعقد شده توسط دولت بر منافع عمومی جامعه موثر می‌باشد به منظور رعایت جوانب احتیاط و حراست از منافع عمومی قانون‌گذار تشریفات متعددی برای انعقاد قراردادهای دولتی پیشبینی کرده است. به عبارت دیگر اگرچه در قراردادهای خصوصی اصل بر رضایی بودن قرارداد است و تشریفاتی بودن قرارداد یک امر خلاف اصل محسوب می‌شود. اما در قراردادهای دولتی صرف تراضی باعث ایجاد قرارداد نمی‌شود و حتی تراضی طرفین نیز باید با طی تشریفات خاصی (تشریفات مزایده یا مناقصه) محقق شود و بدون رعایت این تشریفات عقد محقق نمی‌گردد (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۳: ۱۳۲). بنابراین برخلاف حقوق خصوصی در قراردادهای دولتی اصل تشریفاتی بودن بر انعقاد قراردادها حاکم می‌باشد.

تشریفات پیشبینی شده برای انعقاد قراردادهای دولتی در برخی موارد ناظر بر فراهم آوردن مقدمات انعقاد قرارداد (تشریفاتی مقدماتی یا پیشینی)، در برخی موارد

به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً در همه موارد لزومی به کتبی بودن انعقاد قراردادهای دولتی نیست برای مثال همچنان که در بند الف ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات - ۱۳۸۳/۱۱/۳ مجلس شورای اسلامی - آمده است در بسیاری موارد لزومی به انعقاد کتبی معاملات کوچک دولتی نمی‌باشد. ثانیاً اگرچه در بسیاری موارد قراردادهای دولتی باید به صورت کتبی منعقد شوند و در واقع این امر یکی از تشریفات انعقاد قرارداد دولتی است؛ اما این امر بدان معنا نیست که قرارداد دولتی تنها با سند قابل اثبات است؛ زیرا اگر چنین بود چنانچه در یک آتشسوزی قرارداد مناقصه دولتی از بین میرفت قرارداد مزبور با دلایل دیگر قابل اثبات نبود؛ بنابراین صحیح آن است که قراردادهای دولتی تنها در مرحله انعقاد دارای تشریفات هستند و در مرحله اثبات تفاوتی با قراردادهای خصوصی ندارند. ثالثاً همچنان که بررسی خواهد شد ماهیت مظاهر اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی در همه موارد یکسان نیست به عبارت دیگر صرف عدم وجود قرارداد مکتوب در همه موارد نافی وجود قرارداد دولتی نیست تا مبتنی بر آن عدم وجود متن کتبی را برابر با عدم وجود قرارداد فرض نماییم.

مقارن با انعقاد قرارداد (تشریفات حین انعقاد) و در برخی موارد مربوط به پس از امضا و انعقاد قرارداد (تشریفات پسینی) می‌باشند. مبتنی بر همین تقسیم در ادامه در سه بند به بیان اهم مصادیق تشریفات بودن قراردادهای دولتی در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

۱-۱- تشریفات مقدماتی

بررسی قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی مبین این نکته است که اشخاص و نهادهای دولتی می‌بایست به منظور فراهم کردن شرایط انعقاد قرارداد برخی اقدامات مقدماتی را انجام دهند که در اصطلاح بر این اقدامات تشریفات مقدماتی انعقاد قراردادهای دولتی اطلاق شده است. نظر به تعدد تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی در ادامه در دو بند تشریفات ناظر بر انتخاب طرف قرارداد و تشریفات مربوط به موضوع قرارداد بیان خواهد شد.

۱-۱-۱- تشریفات مقدماتی مربوط به انتخاب طرف قرارداد

در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای خصوصی یکی از مهمترین ابعاد اصل آزادی قراردادی، آزادی انتخاب طرف قرارداد می‌باشد. علی‌رغم این موضوع در نظام حقوقی قراردادهای دولتی، اصل بر عدم آزادی انتخاب طرف قرارداد می‌باشد و اشخاص و نهادهای دولتی نمی‌توانند آزادانه به انتخاب طرف قرارداد اقدام نمایند. از جمله مهمترین تشریفات مقدماتی موثر در انتخاب طرف قرارداد می‌توان به موارد زیر اشاره کرد

- انجام مزایده و مناقصه

تشریفات مزایده و مناقصه مهمترین تشریفات مقدماتی در خصوص شیوه انتخاب طرف قرارداد در قراردادهای دولتی است. مستند به بند «الف» ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات - مصوب ۱۳۸۳- مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت

مورد نظر (طبق اسناد مناقصه)، که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه‌گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می‌شود. راجع به مزایده اگرچه تعریف قانونی بیان نشده است اما در تعریف مزایده می‌توان گفت این تشریفات فرایندی است رقابتی که در آن کالا و خدمت ارائه شده با رعایت صرفه و صلاح دولت به فردی که بیشترین قیمت را پیشنهاد نماید واگذار می‌شود. همچنان که واضح است یکی از اهداف اصلی انجام مزایده و مناقصه در قراردادهای دولتی گزینش شخص طرف قرارداد می‌باشد. به موجب ماده ۱ و ماده ۲۹ قانون مزبور و ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور- مصوب ۱۳۶۶- اصل بر این است که معاملات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره و پیمانکاری و اجرت کار و ... باید حسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود مگر مواردی که به موجب قانون استثنا شده باشد. مستنبط از مفاد یادشده همچنان که بیان شد فرایند مناقصه و مزایده به عنوان یکی از مظاهر تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی در واقع نقطه مقابل اصل آزادی انتخاب طرف قرارداد در قراردادهای خصوصی می‌باشد. توضیح اینکه از جمله ابعاد اصل آزادی اراده در قراردادهای خصوصی این است که اشخاص در تعیین طرف قرارداد آزاد بوده و می‌توانند با هر شخصی که اهلیت انجام معامله را دارد قرارداد منعقد نمایند اما در خصوص قراردادهای دولتی اصل بر عدم آزادی اراده در انعقاد معاملات می‌باشد و از جمله ابعاد این اصل در قراردادهای دولتی آن است که اشخاص دولتی برای انعقاد قرارداد می‌بایست از طریق مزایده و مناقصه اقدام به تعیین طرف قرارداد نمایند.

- ثبت در سامانه

از دیگر تشریفات پیشینی ناظر بر انتخاب طرف قرارداد در قراردادهای دولتی می‌توان به لزوم ثبت مقدمات معاملات دولتی در سامانه اشاره کرد. انحصار و انحصارطلبی از آفات زندگی اجتماعی و به صورت خاص اقتصاد می‌باشد. بر همین اساس بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی محو هرگونه انحصارطلبی را از جمله موضوعاتی معرفی کرده است که دولت

جمهوری اسلامی ایران باید همه امکانات خود را برای اجرای آن به کارگیرد. علاوه بر این بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی نیز منع انحصار را از جمله ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران معرفی نموده است نظر به اهمیت این موضوع لازم است تا در همه ابعاد زندگی اجتماعی و اقتصادی ابزارهای لازم به منظور جلوگیری از انحصارطلبی مورد استفاده قرارگیرد. یکی از مهمترین موضوعاتی که می تواند انحصار و انحصارطلبی را در جامعه گسترش دهد قراردادهای دولتی است به یقین یکی از مهمترین نتایج رانت اطلاعاتی و ذی نفوذ بودن و به تبع آن انعقاد قراردادهای دولتی با گروه خاص و محدودی از اشخاص ایجاد انحصار در جامعه خواهد بود. مبتنی بر این مهم یکی از ابزارهای ممانعت از مفسده اطلاع رسانی همگانی فراهم آوردن زمینه رقابت در انعقاد قراردادهای دولتی است. مبتنی بر این هدف یکی از ابزارهای تعبیه شده برای قراردادهای دولتی پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات بند الف ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳/۱۱/۳- می باشد به موجب این بند دولت موظف شده است تا ظرف مدت یک سال بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات را به منظور ثبت و نگهداری اطلاعات مناقصه همچون فراخوان مناقصه، روش و مراحل ارزیابی کیفی مناقصه گران و نتایج ارزیابی آنها و... ایجاد نماید. علاوه بر این بند د ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات نیز سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور مکلف کرده بود تا با همکاری وزارت امور اقتصادی و دارائی تهیه و به تصویب هیأت وزیران برساند مستند به این حکم آیین نامه اجرایی نظام مستند سازی و اطلاع رسانی مناقصات در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۱ به تصویب هیأت وزیران رسیده است. در ماده ۱۸ این آیین نامه مقرر شده است که سازمان موظف است حداکثر ظرف شش ماه نرم افزار مورد نیاز برای ایجاد پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات را برای ذخیره سازی و انتقال اطلاعات معاملات (اعم از مناقصاتی که با رعایت تشریفات و یا از طریق ترک تشریفات انجام می شود) در دستگاه های موضوع بند « ب » ماده (۱) قانون تهیه و راه اندازی کند. در همین راستا و به منظور ارتقای پایگاه مزبور ماده ۱۹ قانون بهبود

مستمر محیط کسب و کار- مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶-^۱ معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور را موظف کرده است تا با استفاده از امکانات و نیروی انسانی موجود خود، پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات موضوع ماده (۲۳) قانون برگزاری مناقصات را به پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی توسعه و ارتقاء دهد. تا به منظور ایجاد شفافیت و فراهم کردن زمینه رقابت اطلاعات کلیه معاملات متوسط و بزرگ بخش عمومی شامل خرید و فروش و اجازه و... را به اطلاع همه مردم برسانند. مبتنی بر این حکم یکی از تشریفات لازم مقدماتی برای انعقاد معاملات دولتی ثبت این مقدمات در سامانه ملی معاملات است همچنان که مشخص است پایگاه اطلاع‌رسانی مناقصات و معاملات دولتی به منظور ایجاد زمینه رقابت در انعقاد معاملات دولتی پیشبینی شده است علاوه بر این سامانه مزبور در خصوص مقدمات معاملات دولتی صرفاً ماهیتی اطلاع‌رسانی دارد. بنابراین ثبت در سامانه در احکام مزبور ضمن فراهم آوردن زمینه رقابت برای انعقاد قرارداد با دولت از جمله تشریفات مقدماتی ناظر بر انتخاب طرف قرارداد در قراردادهای دولتی محسوب می‌شود.

۲-۱-۱- تشریفات مقدماتی ناظر به موضوع قرارداد

مبتنی بر قوانین و مقررات اشخاص و نهادهای دولتی در برخی قراردادها

۱. به منظور ایجاد شفافیت و امکان رقابت همه ذی‌نفعان در انجام معامله با دستگاههای اجرائی، معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور موظف است با استفاده از امکانات و نیروی انسانی موجود خود، پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات موضوع ماده (۲۳) قانون برگزاری مناقصات را به پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی توسعه و ارتقاء دهد. این پایگاه اطلاع‌رسانی باید اطلاعات کلیه معاملات متوسط و بزرگ بخش عمومی شامل خرید، فروش، اجاره و غیره را اعم از این که از طریق برگزاری مزایده یا مناقصه یا موارد عدم الزام به تشریفات یا ترک تشریفات یا دیگر روشها تشکیل و منعقد شده باشد به تفکیک دستگاه و موضوع و نیز به تفکیک شهرستان، استان و ملی در زمانی که برای همه واجدان شرایط، فرصت برابر فراهم کند، به اطلاع عموم برساند. همچنین پس از انعقاد قرارداد، نام طرف قرارداد و مشخصات، کیفیت و کمیت مورد معامله و مدت و مبلغ قرارداد و حسب مورد تغییرات بعدی حجم و مبلغ اصل قرارداد یا الحاقیه‌های آن را اعلان نماید. کلیه دستگاههای اجرائی موظف به همکاری با این پایگاه اطلاع‌رسانی و ارائه اطلاعات یادشده در زمانهای تعیین شده توسط این پایگاه می‌باشند.

می‌بایست تشریفات مقدماتی خاصی در خصوص موضوع قرارداد را رعایت نمایند. ازجمله این تشریفات می‌توان به مصادیق زیر اشاره کرد.

- اخذ تأییدیه از مقامات و مراجع صالح: مبتنی بر قوانین و مقررات ناظر بر قراردادهای دولتی در برخی موارد انجام معامله در خصوص برخی موضوعات منوط به اجازه مقامات و مراجع خاصی دانسته شده است. به عبارت دیگر در برخی موارد در صورتی می‌توان راجع به برخی موضوعات قراردادی را منعقد نمود که مجوز این مهم توسط مقام یا نهادی صادر شده باشد. ازجمله این موارد می‌توان به انتقال بناها و اموال دولتی غیرمنحصر به فرد اشاره کرد. اصل ۸۳ قانون اساسی در این خصوص مقرر کرده است که «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد.» مطابق این حکم اموال و بناهای دولتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد در صورتی امکان‌پذیر است که موضوع به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. بنابراین اخذ مجوز از مقامات و نهادها در برخی معاملات دولتی ازجمله مظاهر تشریفاتی بودن این گروه قراردادهای می‌باشد که ناظر به موضوع قرارداد است.

- تعیین ثمن معاملات: موضوع قرارداد در قراردادهای عوضینی عبارت از عوض و معوض می‌باشد.^۱ برای نمونه در عقد بیع، موضوع قرارداد مبیع و ثمن می‌باشند. مبتنی بر این مهم در قراردادهای دولتی برخی تشریفات قراردادی ناظر به موضوع قرارداد مربوط به ثمن قراردادی می‌باشد. ازجمله مهمترین تشریفات ناظر به تعیین ثمن معاملی در معاملات دولتی می‌توان به تشریفات مزایده و مناقصه اشاره کرد. برای نمونه قانونگذار در ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات تشریفات مختلفی برای تعیین ثمن قرارداد پیشبینی نموده است. نمونه دیگر این موضوع تبصره ۴ بند ۵ ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت - ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ مجلس شورای اسلامی - می‌باشد که تعیین ثمن در

۱. امینی، منصور و رحمانی، امیرصادق، شرط تغییر عوض قراردادی، حقوق خصوصی، دوره ۱۶، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۲.

برخی معاملات دولتی را منوط به نظر سه نفر کارشناس رسمی دادگستری نموده است.

۱-۲- تشریفات حین انعقاد

علاوه بر تشریفات ناظر بر مقدمات انعقاد قراردادهای دولتی مبتنی بر قوانین و مقررات برخی مظاهراصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی در زمان انعقاد قرارداد ظهور و بروز پیدا می‌کند که در این مقاله به آنها تشریفات حین انعقاد قرارداد اطلاق شده است. از جمله مهمترین تشریفات حین قراردادهای دولتی می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- کتبی بودن: مبتنی بر اصول حاکم بر قراردادها در حقوق خصوصی از جمله اصل رضایی بودن که شرح آن در بندهای قبل بیان شد، قرارداد می‌تواند به صورت شفاهی منعقد شود در این صورت قراردادی که به صورت شفاهی منعقد شده است، دارای همه آثار قرارداد مکتوب می‌باشد. علی‌رغم این اصل که بر قراردادهای خصوصی حاکم است در قراردادهای دولتی اصل انعقاد این قراردادها به صورت مکتوب می‌باشد همچنان که این مهم در قوانین و مقررات مختلف از جمله مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه معاملات دولتی^۱، ماده ۲ شرایط عمومی پیمان^۲ و مواد مختلف قانون برگزاری مناقصات اشاره کرد.

- انعقاد در سامانه: مطابق قوانین و مقررات از دیگر تشریفات که در زمان انعقاد قراردادهای دولتی پیشبینی شده است می‌توان به انعقاد این معاملات در قالب سامانه الکترونیک اشاره کرد. شفافیت و نظارت‌پذیری دو اصل مهم و تأثیرگذار در ایجاد نظام اداری صحیح (موضوع بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی) و ممانعت و مقابله با فساد در دستگاه‌های دولتی می‌باشند.

۱. ماده ۳۰ - در معاملاتی که تحویل مورد معامله در مهلت مقرر در ماده ۲۷ این آیین‌نامه میسر نباشد باید قرارداد منعقد شود

ماده ۳۱ - در قرارداد نکات زیر باید قید گردد:...

۲. موافقتنامه، سندی است که مشخصات اصلی پیمان، مانند مشخصات دو طرف، موضوع، مبلغ و مدت پیمان، در آن بیان شده است.

امروزه با توسعه و گسترش نظریه‌ی دولت تنظیم‌گر قرارداد از جمله مهمترین ابزارهای دستگاه‌های اجرایی برای انجام مسئولیت‌ها و پیشبرد اهدافشان محسوب می‌شود. افزایش استفاده دولت‌ها از ابزار قرارداد موجب شده تا در کنار محقق شدن سطح وسیعی از نیازهای دستگاه‌ها از طریق انعقاد قرارداد، طیف گسترده‌ای از تخلفات، هنجارشکنی‌ها و سوء استفاده‌ها در دستگاه‌های اجرایی نیز در فرایند و شیوه انعقاد قراردادها ظهور و بروز نماید. مبتنی بر این مهم ضرورت استفاده از راهکارهایی به منظور شفافیت و نظارت‌پذیری بیش از پیش بر قراردادهای دولتی از جمله الزامات مهم هر نظام اداری محسوب می‌شود. اگرچه برای تحقق هدف مزبور در نظام حقوقی ایران ابزارها و شیوه‌های مختلفی تعبیه و پیشبینی شده است اما پیشبینی دولت الکترونیک که از جمله مصداق‌های آن لزوم ثبت قراردادهای دولتی در سامانه و پیشبرد قرارداد دولتی در قالب سامانه الکترونیک می‌باشد یکی از مهمترین و جدیدترین راهکارهای مقنن برای این منظور محسوب می‌شود.

اطلاعاتی که در نتیجه اجرای کامل دولت الکترونیک ایجاد می‌شود ضمن تسهیل امور در جامعه، تاثیر قابل توجهی بر پیشگیری و مقابله با مفاسد نیز دارد. معاملات دولتی یکی از بسترهای مهم برای پیشنهادات ناقض قانون و فساد مالی علی‌الخصوص ارتشا و تبانی محسوب می‌شوند؛^۲ زیرا در این قسم معاملات اصولاً مبالغ قابل توجهی از منابع

۱. مبتنی بر سیر تحولات نظریه دولت و گذر از دولت-زاندانم و دولت-رفاه که اشکال سنتی دولت در جوامع بشری محسوب میشوند دولتهای تنظیمگر و مقررگذار با به عرصه زندگی اجتماعی گذاشتند. مبتنی بر تحولات ذکر شده، دولت تنظیم‌گر به معنای «تغییر شیوه حکمرانی از تأمین مستقیم خدمات عمومی است که وظیفه دولت رفاه بود و حرکت به سمت سیاستگذاری و توسعه سازوکارهای نظارتی بر ارائه خدمات عمومی توسط دیگران است». اگرچی ازندریانی، علی‌اکبر، شفیع سردشت، جعفر، «استقلال نهادهای مقررات‌گذار با نگاهی به سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی»، قابل مشاهده در کتاب در تکاپوی حقوق عمومی، ۱۳۹۳، تهران: انتشارات جنگل، جلد نخست، صص ۴۵۸-۴۸۷، ص ۴۶۰

2. OECD, OECD Recommendation of the Council on Public Procurement, OECD Publication, available at: <https://www.slideshare.net/OECD-GOV/oecd-recommendation-onpublic-procurement>, 2015.

عمومی و دولتی قرار است به بخش خصوصی منتقل شود و این امر انگیزه‌های زیادی به مجرمین یقه سفید برای ارتکاب جرایم مالی می‌دهد.^۱ با عنایت به اهمیت این حوزه، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) فساد در معاملات دولتی را از فساد در سایر بخش‌ها نظیر تسهیلات و مالیات و امور سیاسی بالاتر می‌داند^۲ و بارها هشدار داده است که ارتکاب فساد در این قسم معاملات باعث تبعیض و افزایش هزینه‌های عمومی می‌شود؛ زیرا ارتکاب تقلب در قراردادها باعث می‌شود مبالغ پرداختی برای کالاها با قیمت واقعی به نحو فاحشی اختلاف داشته باشد.^۳

در کشور ما نیز از دیرباز در قوانین، پیشگیری از فساد در معاملات دولتی مورد توجه بوده است، برای این منظور از یک سو تلاش شده است تا از طریق تصویب قوانین و مقررات لازم فرایند انجام معاملات را هر چه بیشتر قانونمند نمایند و از طریق از تخلفات احتمالی در این حوزه بکاهند؛ و از سوی دیگر تلاش شده است تا با وضع قوانینی در راستای مبارزه با جرایم و بزهکاری در این زمینه با خاطیان برخورد نمایند (خالقی و فضلی، ۱۳۹۷، ۱۷۵). توسعه دولت الکترونیک به مرور باعث ترویج این رویکرد گردید که دولت الکترونیک می‌تواند در پیشگیری از فساد در معاملات دولتی مؤثر واقع شود؛ بدین صورت که اگر بتوان تمام مراحل انواع معاملات دولتی را از طریق یک سامانه انجام داد می‌توان بر مراحل مختلف انجام معاملات نظارت کرده و ضمن پیشگیری حداکثری از بروز تخلف، تخلفات ارتكابی را نیز کشف نمود. در این زمینه قوانین و مقررات متعددی به تصویب رسیده است از جمله این مستندات می‌توان به تبصره ۵ ماده ۱۶۹ قانون

1. Bovis, Christopher, EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 445.

2. OECD, Integrity in Public Procurement; Good Practice from A to Z, OECD Publishing, Paris, 2007, p. 9. available at: <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>

3. OECD, Keeping Government Contracts Clean, Policy Brief, OECD Publishing, 2008, p. 6. available at: <http://transparency.hu/uploads/docs/oecd.145.pdf>

مالیات‌های مستقیم اشاره کرد. به موجب این تبصره وزارت صنعت، معدن و تجارت موظف شده است تا سامانه انجام معاملات وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرائی را برای مدیریت انجام کلیه مراحل مناقصات و مزایده‌ها راه‌اندازی کند و امکان دسترسی برخط (آنلاین) سازمان امور مالیاتی به این سامانه را فراهم آورد. علاوه بر این ماده ۹ برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز درین زمینه دولت را مکلف کرده است تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه سامانه تدارکات الکترونیکی دولت را برای اجرای تمامی مراحل انواع معاملات متوسط و بزرگ وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳/۱۱/۳ و دیگر قوانین مالی و معاملاتی بخش عمومی به‌جز معاملات محرمانه، تکمیل کند. به موجب این ماده کلیه دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و نهادهای عمومی غیردولتی مکلف شده‌اند که معاملات خود از طریق سامانه مذکور به انجام رسانند.

علی‌رغم تکلیف منجز دولت در قوانین و مقررات یادشده مبنی بر ایجاد سامانه معاملات ماده ۵۰ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور ضمن تغییر صلاحیت تکلیفی به صلاحیت اختیاری مقرر نمود که دولت مجاز است سامانه تدارکات الکترونیکی دولت را برای اجرای تمام مراحل انواع معاملات وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و سایر قوانین مالی و معاملاتی بخش عمومی، تکمیل نماید.

علی‌رغم اینکه از منطوق این ماده صلاحیت اختیاری دولت در تکمیل سامانه الکترونیک استنباط می‌شود اما در تشریح صلاحیت دستگاه‌های مشمول ماده مزبور مقرر کرده است که دستگاه‌های مشمول قانون برگزاری مناقصات و دیگر معامله‌کنندگان بخش عمومی، از جمله دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنان مستلزم ذکر یا تصریح نام است و کلیه مؤسسات دولتی یا عمومی غیردولتی، باید بر اساس برنامه زمانبندی مورد تأیید هیأت وزیران در این سامانه ثبت‌نام کنند و با امضای الکترونیکی معتبر و رعایت مقررات مربوط، تمام مراحل معاملات خود مانند درخواست استعلام، فراخوان، توزیع

و دریافت اسناد، گشایش الکترونیکی پاکت‌ها یا پیشنهادهای، انعقاد قرارداد و داد و ستد وجوه و تضمینات و نیز هرگونه الحاق، اصلاح، فسخ، ابطال و خاتمه قرارداد را از طریق این سامانه و به‌طور الکترونیکی انجام دهند.

در خصوص معاملات با محتوای امنیتی و سری نیز تبصره ۲ این ماده مقرر کرده است که آن دسته از معاملات این سامانه که ماهیت نظامی یا امنیتی دارد و مواردی که به موجب قوانین، افشای اطلاعات آنها ممنوع است فقط از حیث انتشار اطلاعات مستثنی است. تشخیص مصادیق این استثناء با لحاظ تبصره ماده (۵) قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸/۵/۳۱ برعهده کارگروهی مرکب از معاونان وزرای اطلاعات، دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح، امور اقتصادی و دارایی، رئیس سازمان برنامه و بودجه کشور و رئیس دستگاه مربوط است.

مبتنی بر مطالب ذکر شده در این بند لزوم ثبت مراحل انعقاد معاملات دولتی در سامانه الکترونیک از جمله مصادیق اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی محسوب می‌شود و نهادهای دولتی ملزم به مراعات این موضوع در انعقاد قراردادهای خود می‌باشند. در خصوص شرط مزبور سوالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که هرگاه دستگاهی بدون رعایت این شرط اقدام به انعقاد قرارداد نماید این مهم چه تأثیری بر اعتبار قرارداد منعقد خواهد داشت؟ به عبارت دیگر آیا در صورت عدم ثبت انعقاد قرارداد دولتی در سامانه قرارداد منعقد و اجد اعتبار می‌باشد؟

۳-۱- تشریفات پسینی انعقاد قرارداد

مبتنی بر قوانین و مقررات ناظر بر قراردادهای دولتی در برخی موارد پس از انعقاد قرارداد و به منظور رسمیت یافتن و لازم‌الاجرا شدن آن نیز تشریفات پسینی شده است که در این مقاله تحت عنوان تشریفات پسینی انعقاد قرارداد دانسته شده است. از جمله این موارد می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- لزوم انتشار قراردادهای بین‌المللی: مستند به اصل ۱۲۵ قانون اساسی یکی از تشریفات مربوط به قراردادهای بین‌المللی این است که توافقات می‌بایست پس از امضای رئیس‌جمهور یا یانماینده ایشان از طریق روزنامه رسمی منتشر گردد.

- لزوم ثبت در سامانه: علاوه بر مطالب بیان شده مستند به ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار- مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶- از جمله تکالیف مقرر برای دستگاه‌ها و اشخاص دولتی پس انعقاد قرارداد لزوم ثبت اطلاعاتی چون نام طرف قرارداد و مشخصات، کیفیت و کمیت مورد معامله و مدت و مبلغ قرارداد و حسب مورد تغییرات بعدی حجم و مبلغ اصل قرارداد یا الحاقیه‌های آن می‌باشد. بنابراین مستند به این ماده لزوم ثبت در سامانه اطلاع‌رسانی به عنوان یکی از تشریفات پس از انعقاد قراردادهای دولتی نیز پیشبینی شده است.

۲- تأثیر عدم رعایت تشریفات قانونی قراردادهای دولتی بر اعتبار قرارداد

فارغ از مظاهر تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی که مختصر آن در بند قبل بیان شد، سوال مهمی که در این خصوص وجود دارد این است که عدم مراعات این تشریفات در جریان انعقاد قراردادهای دولتی چه تأثیری بر اعتبار قرارداد منعقد دارد؟ در پاسخ به این سوال مبتنی بر مبانی حقوقی در خصوص آثار عدم رعایت شرایط در قراردادها می‌تواند فروض زیر را مطرح کرد.

۲-۱- عدم رعایت تشریفات مبطل عقد می‌باشد

اولین فرضی که در خصوص اثر عدم مراعات تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی به ذهن متبادر می‌شود این است که در فرض عدم رعایت این تشریفات قرارداد منعقد فاقد اثر حقوقی و باطل می‌باشد. چرایی این موضوع به شرح زیر در فلسفه تشریفات مقرر برای قراردادهای دولتی و ماهیت قواعد حقوق عمومی نهفته است.

- فلسفه پیشبینی تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی: در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی شیوه‌ها و طرق مختلفی برای جلوگیری از تضییع حقوق عمومی پیشبینی شده است. از جمله طرق پیشبینی شده برای این مهم وضع و پیشبینی تشریفات خاص برای انعقاد قراردادهای دولتی است. بنابراین هدف از پیشبینی تشریفات برای انعقاد قراردادهای دولتی حراست از بیت‌المال و حقوقی عمومی، جلوگیری از فساد و سوء استفاده در معاملات دولتی، جلوگیری از سلیقه‌گرایی در انتخاب طرف قرارداد و شیوه انعقاد آن و... بوده است. به عبارت دیگر قانونگذار به منظور رعایت غبطه، صرفه، صلاح و منفعت عمومی تشریفات خاصی برای شیوه انعقاد قراردادهای دولتی را پیشبینی کرده است (امامی، استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۳۲). مبتنی بر این هدف هرگاه تشریفات مقرر برای انعقاد قراردادهای دولتی رعایت نشود، قرارداد منعقدۀ فاقد اعتبار حقوقی و باطل خواهد بود.

- امری بودن قواعد و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی: علی‌رغم اینکه در ارتباط با قراردادهای خصوصی اصل تکمیلی و تفسیری بودن قوانین و مقررات می‌باشد اما در حوزه حقوق عمومی مبتنی بر مبنای ای چون نظم عمومی، اصل امری بودن قواعد و مقررات حاکم می‌باشد بنابراین در حوزه قراردادهای دولتی اصل بر امری و لازم‌الاجرا بودن قوانین و مقررات مربوط می‌باشد. به یقین مبتنی بر نکات مزبور هرگاه تشریفات هرچند سخت‌گیرانه و محتاطانه برای انعقاد قراردادهای دولتی پیشبینی گردد اما مراجع و مبادی ذی‌ربط مختار به رعایت و اجرای آنها شده باشند در این صورت هدف و غایت مدنظر قانونگذار محقق نخواهد شد. مبتنی بر این اصل مراعات قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی لازم‌الاجرا بوده و تخطی از آنها تخلف و ناهنجاری محسوب می‌شود همچنان که مستند به بند ۲ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری - ۱۳۷۲/۹/۷ مجلس شورای اسلامی - به صورت مطلق نقض قوانین و مقررات از سوی کارمندان تخلف دانسته شده است. نظر به مراتب یادشده اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی و اصل

امری بودن رعایت این تشریفات به منظور حفظ و رعایت مصالح عمومی امری لازم و بی نیاز از استدلال می باشد.

مبتنی بر مقدمه مزبور اولاً قانونگذار و مراجع ذی صلاح در ایجاد استثنا بر اصل تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی باید به قدر متیقن اکتفا نمایند. بر همین اساس برای نمونه مستند به ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی اصل بر انجام فرایند مزایده و مناقصه در معاملات دولتی دانسته شده است و این مهم از فحواى ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات نیز قابل استنباط است. با این توضیح که در ماده مزبور معاملاتی که در آنها لزومی به برگزاری مناقصه وجود ندارد احصا شده است. به این معنا که قانونگذار اصل را بر برگزاری مناقصه توسط نهادهای موضوع ماده ۲ قانون مزبور قرار داده است و صرفاً برخی موارد را از شمول این حکم مستثنی کرده است.

مبتنی بر مبنای مزبور برخی مواد قانون برگزاری مناقصات از جمله ماده ۲۷۱ که به صورت مطلق و بدون ذکر معیار تشخیص لزوم ترک تشریفات مناقصه را در صلاحیت مقامات مجری قانون قراردادده است محل نقد می باشد. ثانیاً اصل اولیه آن است که قراردادی که بدون رعایت این تشریفات منعقد می شود فاقد اعتبار حقوقی است. مگر مواردی که با استدلال و استناد بتوان برای این حکم استثنایی قائل شد.

۲-۲- قابل فسخ بودن قرارداد

نظر به آثار حقوقی مترتب بر ابطال در مورد قراردادهای دولتی و تمایز آن از فسخ در برخی موارد به منظور جلوگیری از تضییع بیت المال باید قائل به این شد که در صورت عدم رعایت تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی قرارداد منعقد شده قابل فسخ می باشد.

۱. ماده ۲۷- در مواردی که انجام مناقصه براساس گزارش توجیهی دستگاه مناقصه گزار به تشخیص یک هیأت سه نفره مرکب از مقامات مذکور در ماده (۲۸) این قانون میسر نباشد، می توان معامله را به طریق دیگری انجام داد و در این صورت هیأت ترک تشریفات مناقصه با رعایت صرفه و صلاح دستگاه ترتیب انجام این گونه معاملات را با رعایت سایر مقررات مربوط در هر مورد برای یک نوع کالا یا خدمت تعیین و اعلام خواهد نمود.

۳-۲- عدم رعایت تشریفات موجب عدم نفوذ عقد می باشد

عدم نفوذ قرارداد، حالتی است که عقد پس از انعقاد هیچ اثر حقوقی ندارد؛ لیکن با اجازه بعدی می توان آن را از آغاز انعقاد تنفیذ نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۲۱). حالت عدم نفوذ اصولاً ناظر به قراردادهای خصوصی است و عقود اکرایی، عقود فضولی و ... از جمله مصادیق آن محسوب می شوند. همچنان که بررسی شد در قراردادهای دولتی با توجه به حاکمیت اصل تشریفاتی بودن قراردادها، اصولاً در صورت فقدان یکی از شرایط باید قائل به بطلان قرارداد شد مگر در مواردی که قرینه ای دال بر عدم بطلان وجود داشته باشد. با عنایت به آنچه گفته شد در قراردادهای دولتی، مواردی نظیر اکراره مقام دولتی به انعقاد قرارداد یا انعقاد قرارداد به صورت فضولی (انعقاد قرارداد توسط اشخاص غیرمجاز) با توجه به اصل تشریفاتی بودن قرارداد باعث بطلان عقد می گردد نه عدم نفوذ آن و مقام صالح نمی تواند قراردادهای اکرایی یا فضولی را تنفیذ نماید بلکه باید مجدداً قرارداد را با تمام تشریفات آن منعقد نماید.

علی رغم مطالب پیش گفته، قانون گذار می تواند در برخی موارد به صورت استثنایی، وضعیت عدم نفوذ را برای برخی قراردادها و توافقات دولتی پیش بینی نماید. در نظام حقوقی ما، مصداق این حالت را می توان اصل ۱۳۹ قانون اساسی دانست که مقرر می دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد.»

مطابق این اصل، توافقات مقام مجاز دولتی برای ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا صلح این اموال باطل محسوب نمی شود؛ لیکن اثر این توافقات منوط به تنفیذ بعدی (هیئت وزیران یا مجلس حسب مورد) دانسته شده است؛ لذا این قسم قراردادهای دولتی را می توان مصداقی برای حالت عدم نفوذ تلقی نمود. با این توضیح که هرگاه مقام مجاز اقدام به صلح دعاوی راجع به اموال عمومی یا دولتی نمود بدون اینکه

این مهم به تصویب هیأت وزیران یا مجلس حسب مورد رسیده باشد در این صورت صلح مزبور قراردادی غیرنافذ می باشد و هرگاه مقام ذی صلاح (هیئت وزیران یا مجلس حسب مورد) آن را تأیید نماید این قرارداد نافذ و واجد اثر خواهد بود.

در خصوص این نکته ممکن است ایراد شود که عدم نفوذ قرارداد مربوط به حالاتی که عیب رضا وجود داشته باشد مانند مکروه که رضای معاملی ندارد یا فقدان رضای اصیل در عقد فضولی؛ لیکن در توافقات داوری عیب رضا وجود ندارد. در پاسخ این ایراد باید گفت، حالات عیب رضا یکی از مصادیق عدم نفوذ است؛ لیکن عدم نفوذ حالات دیگری نیز دارد که ارتباطی با عیب رضا ندارند مانند وقف به ضرر دیان که به دلیل حمایت از طلبکاران قرارداد غیرنافذ محسوب می شود و یا نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی که به دلیل رعایت مصلحت دختر قرارداد غیرنافذ محسوب می شود؛ لذا عقد غیرنافذ اختصاصی به عیب رضا ندارد و می تواند مبتنی بر مصالح دیگری نیز باشد.

۲-۴- عدم رعایت تشریفات در اعتبار حقوق قرارداد منعقدۀ فاقد اثر می باشد

مبتنی بر مبانی حقوقی و موازین قانونی در برخی موارد عدم رعایت تشریفات پیشبینی شده برای قراردادهای دولتی در اعتبار قرارداد منعقدۀ فاقد اثر می باشد. برای نمونه اگرچه مستند به تبصره ۳ ماده ۷ قانون کار مقرر شده است «قراردادهای مربوط به قانون کار در صورت کتبی بودن باید در فرم مخصوصی باشد که توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در چهارچوب قوانین و مقررات تهیه می شود و در اختیار طرفین قرار می گیرد.» بر این اساس تهیه در سه نسخه یکی از تشریفات انعقاد قرارداد کار کتبی محسوب می شود. علی رغم این موضوعاً باطل دانستن انعقاد قراردادهای کار کتبی ای که بدون رعایت این تشریفات پسینی منعقد شده است، و در نتیجه محروم نمودن کارگر از بسیاری از مزایا و حمایت های موضوع قرارداد با مبنای حمایتی قرارداد کار هماهنگ نبوده و اساساً عدم رعایت این دسته تشریفات در. بر این اساس در این مصداق عقد

شفاهی قرارداد کار و عدم رعایت تشریفات کتابت برای آن مبطل قرارداد منعقد نبوده بلکه به عنوان تخلف کارفرما محسوب می‌شود. به عبارت دیگر اصل حمایتی بودن حقوق کار در این حوزه مثبت ثبات قرارداد منعقد و عدم باطل دانستن آن می‌باشد.

۳- عدم رعایت شرط لزوم سامانه‌ای شدن مراحل معاملات و تأثیر آن بر

اعتبار معاملات دولتی

با تبیین لزوم ثبت معاملات دولتی در سامانه و پایگاه الکترونیکی سوالی که نیازمند پاسخ می‌باشد این است که عدم رعایت این شرط چه اثری بر قرارداد منعقد خواهد داشت. نظر به اینکه ثبت در سامانه هم به عنوان تشریفات مقدماتی و هم به عنوان تشریفات حین و پس از انعقاد قراردادهای دولتی محسوب می‌شود لذا به منظور پاسخ به این سوال مبتنی بر تقسیم مطروحه در سه بند مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۱- تأثیر عدم ثبت در سامانه به عنوان تشریفات مقدماتی انعقاد قرارداد

همچنان که از منطوق تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر فضای کسب و کار نیز استنباط می‌شود ثبت در سامانه به عنوان تشریفات مقدماتی قراردادهای دولتی به منظور اطلاع‌رسانی و عموماً با کارکرد ایجاد فضای رقابتی و جلوگیری از انحصار پیشبینی شده است. در این خصوص تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر فضای کسب و کار ضمن صالح دانستن شورای رقابت برای رسیدگی به شکایات ذی‌نفعان در صورت عدم رعایت این شرط ضمانت‌اجرای آن را مشمول ماه ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی دانسته است. مطابق ماده ۶۱ مزبور هرگاه شورا پس از وصول شکایات عدم اطلاع‌رسانی را احراز نماید حسب مورد می‌تواند یک یا چند مورد از ضمانت‌اجراهای مقرر در این ماده را اعمال نماید. مستند به بند یک این ماده «دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم» از جمله ضمانت‌اجراهایی معرفی شده است که

شورای رقابت صلاحیت اعمال آن در خصوص قراردادهای دولتی را دارا می‌باشد. مستند به این ماده هرگاه قراردادی بودن طی تشریفات ثبت در سامانه به عنوان یک تشریفات مقدماتی منعقد شود فسخ ضمانت اجرای آن خواهد بود.

۲-۳- تأثیر عدم ثبت در سامانه به عنوان تشریفات در حین انعقاد قرارداد

تمام قوانین مورد اشاره بیانگر آن است که مقنن درصدد این مهم بوده که معاملات دولتی از طریق سامانه انجام شود، سیاق عبارات استفاده شده در تبصره ۵ ماده ۱۶۹ قانون مالیات‌های مستقیم «کلیه دستگاه‌های مشمول ... مکلف به ... انجام معاملات خود از طریق سامانه مذکور هستند» و ماده ۹ برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و «دستگاه‌های مشمول ... باید ... تمام مراحل معاملات خود ... را از طریق این سامانه و به‌طور الکترونیکی انجام دهند.» به روشنی گویای آن است که مقنن انجام معامله خارج از سامانه مورد اشاره را به رسمیت نمی‌شناسد؛ لذا تشریفات ناظر بر انجام معاملات دولتی در سامانه مورد اشاره یکی از شرایط الزامی انعقاد و اجرای قراردادهای دولتی محسوب می‌شود و از آنجاکه در علی‌القاعده عدم رعایت تشریفات در معاملات دولتی باعث بطلان معامله می‌گردد باید قائل شد که انجام معامله خارج از سامانه باعث بی‌اعتباری و بطلان قرارداد خواهد شد. مبنای الزام مزبور نیز روشن است؛ زیرا سامانه‌ای کردن تمام مراحل انجام معامله یکی از راهکارهای پیشگیری وضعی از فساد محسوب می‌شود. پیشگیری وضعی به عنوان یکی از روش‌های پیشگیری، به مجموعه‌ی تدابیری اطلاق می‌شود که کاهش و حذف موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم را سرلوحه‌ی اقدامات خود قرار داده است. یکی از دلایل اقبال به این نوع پیشگیری، ناکارآمدی پیشگیری اجتماعی است. این نوع پیشگیری، فرایند گذار از اندیشه به عمل را با مانع مواجه می‌کند (بابایی و نجیبیان، ۱۳۹۰: ۱۴۵).

با عنایت به تعریف فوق، الکترونیکی کردن معاملات یکی از اقسام پیشگیری وضعی از ارتکاب فساد است؛ زیرا هدف آن از بین بردن موقعیت ارتکاب فساد است. این قسم پیشگیری کارآمدترین نوع پیشگیری از فساد محسوب می‌شود.

با از بین بردن فرصت ارتکاب فساد، به روش قهری مانع ارتکاب فساد شده و به این ترتیب یک ایمنی نسبت به ارتکاب فساد در جامعه به وجود می‌آید. در یکی از بیانات امیرالمؤمنین آمده است: «مِنَ الْعِصْمَةِ تَعَدُّرُ الْمَعَاصِي» بدین معنی که توانایی نداشتن برگناه، خود نوعی عصمت است که البته با عصمتی که به هنگام توانایی حاصل می‌شود، فرق بسیار دارد (مکارم شیرازی، ۸۲۱).

این نوع ممانعت از فساد اگرچه ممکن است یک فضیلت اخلاقی محسوب نشود ولی با توجه به این که عملاً مانع ارتکاب فساد می‌شود سهم مهمی در سالم‌سازی فضای جامعه داشته و تداوم آن می‌تواند باعث شود که افکار و انگیزه‌های ارتکاب فساد نیز به مرور از بین رفته و تبدیل به یک رویه سالم گردد.

۳-۳- تأثیر عدم ثبت در سامانه به عنوان تشریفات پس از انعقاد قرارداد

همچنان که بیان شد ثبت معاملات و قراردادهای منعقد شده در سامانه از جمله تشریفات پس از انعقاد قراردادهای دولتی و تکلیف نهادها و دستگاه‌های منعقدکننده می‌باشد. اگرچه ثبت قرارداد در این مرحله می‌توان زمینه شفافیت و نظارت‌پذیری قراردادهای دولتی را فراهم آورد اما با توجه به اینکه انجام این شرط پس از اینکه قرارداد صحیح منعقد شده است تحقق می‌یابد و مبتنی بر آن دستگاه‌های مربوط پس از انعقاد صحیح عقود مکلف به ثبت معامله منعقد شده در سامانه می‌باشند بنابراین عدم رعایت این تشریفات نقض قانون و تخلف محسوب می‌شود اما نمی‌توان عدم رعایت آن را مخدوش‌کننده قرارداد منعقد دانست.

برآمد

علی‌رغم صلاحیت نهادها و اشخاص دولتی برای انعقاد قرارداد، نظر به آثار این مهم بر اموال و حقوق عمومی، قواعد و اصول خاصی بر این دسته قراردادها حاکم می‌باشد. یکی از مهمترین اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، اصل تشریفاتی بودن انعقاد قراردادهای دولتی است. توضیح اینکه در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای خصوصی اصل بر رضایی بودن انعقاد قراردادها می‌باشد و صرف ایجاب و قبول برای تحقق عقود کافی است اما در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی مبتنی بر قوانین و مقررات تشریفات مختلفی برای انعقاد و تشکیل قراردادها پیشبینی شده است. به عبارت دیگر در خصوص قراردادهای دولتی اصل بر تشریفاتی بودن انعقاد این گونه قراردادها است. بررسی قوانین و مقررات این حوزه نشان داد که برخی تشریفات قراردادهای دولتی جنبه مقدماتی و پیشینی داشته و قبل از انعقاد قرارداد می‌بایست رعایت شود از جمله مهمترین این تشریفات می‌توان به تشریفات مزایده و مناقصه اشاره کرد. علاوه بر این برخی تشریفات نیز در حین انعقاد قراردادهای دولتی می‌بایست رعایت شود. کتبی بودن از جمله این تشریفات محسوب می‌شود در نهایت برخی تشریفات قراردادهای دولتی مربوط به مرحله پس از انعقاد قرارداد است برای نمونه تأیید توسط مراجع ذی صلاح از جمله این شرایط و تشریفات محسوب می‌شود. فارغ از اقسام تشریفات قراردادهای دولتی بررسی‌های انجام شده نشان داد که اصل بر این است که عدم رعایت تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی منجر به بطلان قرارداد می‌شود مگر اینکه در موارد استثنایی وجود قرائن و اماراتی مبین آن باشد که عدم رعایت برخی مصادیق تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی منجر به عدم نفوذ قرارداد شود یا اینکه در اعتبار قرارداد فاقد اثر باشد.

یکی از مصادیق تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی در نظام حقوق کنونی ایران، لزوم ثبت مراحل و سیر انعقاد قراردادهای دولتی در سامانه الکترونیک دولت می‌باشد. تشریفات ثبت در سامانه در خصوص قراردادهای دولتی هم به عنوان تشریفاتی مقدماتی

هم تشریفات حین انعقاد قرارداد و هم به عنوان تشریفات پسینی پیشینی شده است. بررسی این موضوع در نظام حقوقی ایران نشان داد که از منظر حقوقی در صورت عدم رعایت این تشریفات به عنوان تشریفات پیشینی امکان فسخ قرارداد را فراهم می‌آورد در صورتی که ثبت در سامانه به عنوان تشریفات حین انعقاد قرارداد رعایت نشود قرارداد منعقد باطل می‌باشد اما هرگاه ثبت در سامانه به عنوان تشریفاتی پسینی رعایت نشود در صحت قرارداد منعقد فایده تأثیر می‌باشد.

منابع

الف: فارسی

- امامی، محمد، استوارسنگری، کوروش، *حقوق اداری*، ج ۲، میزان، تهران، ۱۳۹۳.
- امینی، منصور و رحمانی، امیرصادق، شرط تغییر عوض قراردادی، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۶، شماره ۱، ۱۳۹۸.
- بابایی، محمدعلی، نجیبیان، علی، چالش‌های پیشگیری وضعی از جرم، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰.
- خالقی، ابوالفتح، فضل‌ی، مهدی، کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD، *پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷.
- شمعی، محمد، *حقوق قراردادهای اداری*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳.
- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، مجد، تهران، ۱۳۸۲.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، چاپ، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۰.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.

گرچی ازندریانی، علی اکبر، شفیعی سردشت، جعفر (۱۳۹۳)، «*استقلال نهادهای مقررات‌گذار با نگاهی به سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی*»، قابل مشاهده در کتاب در تکاپوی حقوق عمومی، تهران: انتشارات جنگل، جلد نخست.

مکارم شیرازی، ناصر، *نهج البلاغه با ترجمه فارسی روان*، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۳۸۴.

مشهدی، علی (۱۳۹۱)، اصول و معیارهای کنترل قضایی اداری در حقوق سوئیس، *حقوق*، دوره ۴۲، شماره ۲۷.

مولائی، آیت، *قراردادهای اداری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.

ب: انگلیسی

OECD, *OECD Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD Publication, available at: <https://www.slideshare.net/OECD-GOV/oecd-recommendation-onpublic-procurement>, 2015.

Bovis, Christopher, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2007.

OECD, *Integrity in Public Procurement; Good Practice from A to Z*, OECD Publishing, Paris, 2007. available at: <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>

OECD, *Keeping Government Contracts Clean*, Policy Brief, OECD Publishing, 2008. available at: <http://transparency.hu/uploads/docs/oecd.145.pdf>