

کاربرد اصول رقابت و شفافیت در حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای دولتی

کریم فرهادی^۱ - خیراله پروین^{۲*} - محمد حسن حبیبی^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۹

چکیده:

ویژگی‌های خاص قراردادهای دولتی از جمله الحاقی بودن این قراردادها و اولویت داشتن منافع عمومی بر منافع خصوصی، وضعیتی را ایجاد می‌کند که اصل برابری طرفین و آزادی اراده آنها را محدود کرده و موجب ضعف طرف خصوصی این قراردادها می‌شود. وجود ضعف در طرف خصوصی قرارداد همواره در راستای منافع عمومی نیست و تشدید این وضعیت می‌تواند منجر به تضعیف بخش خصوصی و نهایتاً آسیب به اقتصاد عمومی کشورها شود. هدف از انجام این تحقیق کاربرد اصول رقابت و شفافیت در حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای دولتی می‌باشد. اصول رقابت و شفافیت در حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای دولتی چه کاربردی دارد؟ ثمره حمایت از طرف ضعیف در معاملات دولتی ایجاد تعادل در منافع حاصل از انعقاد و اجرای این قراردادها و در نتیجه دستیابی به اهداف عمومی در عین تقویت و حفظ منافع بخش خصوصی است.

واژگان کلیدی: قراردادهای دولتی، طرف ضعیف، اصل شفافیت، اصل رقابت

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

JPIR-2102-1787

^۱ - دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق، واحد بندر عباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندر عباس، ایران

^۲ - استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران: نویسنده مسئول

^۳ - استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

دولت به عنوان اداره‌کننده مهم‌ترین امور کشور از قبیل امور بهداشتی، فرهنگی، امنیتی و عمرانی، بخش عمده‌ای از نیازهای خود را از طریق بخش خصوصی بر آورده می‌کند. دولت‌ها به دلیل محدودیت‌های متعدد از جمله کمبود نیروی انسانی متخصص یا نداشتن تجهیزات و ابزار پیشرفته یا بنا به دلایل اقتصادی از جمله تضییق حوزه اعمال حاکمیت و توسعه نقش نظارتی، سعی می‌کنند نیازهای عمومی و دولتی را با انعقاد قرارداد با بخش خصوصی ارائه‌کننده خدمات و کالا، امین نمایند. از سوی دیگر دولت در وضعیت‌های مختلفی اقدام به فروش اموال و خدمات یا واگذاری امتیازات مختلف به بخش خصوصی می‌نماید که این اقدامات نیز در قالب معاملات دولتی صورت می‌گیرد. به دلیل برخورداری دولت از قدرت و تسلط بیشتر در این قراردادها و ترجیح منافع عمومی بر منافع بخش خصوصی، اصول برابری قراردادها و آزادی اراده طرفین به صورت کامل در قراردادهای دولتی رعایت نمی‌شود و معمولاً طرف خصوصی قرارداد-های دولتی با انعقاد قراردادهای الحاقی به شرایط قراردادی که بخش دولتی تعیین می‌کند، ملحق می‌شوند. در این فرآیند، طرف‌های خصوصی قراردادها دارای قدرت چانه زنی به مراتب کمتری هستند و قادر نیستند به نحو مطلوب منافع خود را تضمین نمایند. مضافاً اینکه وضع و اعمال مقرراتی که در فرآیند اجرای قرارداد حقوق و امتیازات ویژه و تبعیض آمیزی مانند حق فسخ یک طرفه قرارداد را برای دولت به رسمیت می‌شناسد، طرف‌های خصوصی قراردادهای دولتی را در وضعیت ضعیفی قرار می‌دهد. مبنای اصل برتری اراده طرف دولتی، نسبت به طرف خصوصی این است که در فرآیند انعقاد معاملات دولتی، طرف دولتی نماینده عموم مردم و مسئول حفظ منافع آن‌ها است؛ بنابراین به دلیل ارجحیت منافع عمومی بر منافع خصوصی، اراده طرف دولتی نیز بر اراده طرف خصوصی برتری دارد. در این راستا حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند قرارداد نمی‌تواند اراده دولت را که نماد اراده برتر در جامعه هست و در جهت تأمین منافع عمومی اعمال می‌شود، محدود نماید. (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۱: ۱۳۳) هر چند اعمال این اصول به منظور تأمین منافع عمومی صورت می‌پذیرد؛ اما اگر نهادهای دولتی در این زمینه زیاده روی کنند و استفاده از این اصول به نحوی باشد که بخش خصوصی را تضعیف نماید آسیب این رویکرد نهایتاً به کل اجتماع باز می‌گردد. ضعف طرف‌های خصوصی قراردادهای دولتی اگر از میزان معینی بیشتر شود در نهایت منجر به تضعیف بخش خصوصی می‌شود. تضعیف بخش خصوصی تبعات مخرب بسیاری از جمله بیکاری، رکود و اجرای ناقص قراردادهای دولتی را به دنبال خواهد داشت. بر این اساس ایجاد تعادل به نحوی که هم منافع عمومی تضمین شود و هم بخش خصوصی با قوت به فعالیت‌های اقتصادی خود ادامه دهد، یکی از ضرورت‌هایی است که در وضع

قوانین و مقررات این حوزه باید مورد عنایت مقنن قرار گیرد. در این مقاله به بررسی نقش هر یک از این اصول در حمایت از طرف ضعیف قراردادهای دولتی خواهیم پرداخت و مشخص خواهیم نمود قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی تا چه حد این اصول را مورد لحاظ قرار داده و به رسمیت شناخته‌اند.

بیان مساله

در دهه‌های اخیر ایفای نقش دولت به عنوان یک خریدار بزرگ کالا و خدمات در اقتصادهای ملی روند افزایشی داشته است. در تمام کشورهای دنیا دولت‌ها مهمترین خریداران کالا و خدمات محسوب می‌شوند. بر اساس آخرین گزارش‌های OECD ارزش تأمین تدارکات عمومی از ۷ درصد تولید ناخالص داخلی در سال ۱۹۹۸ به بیش از ۱۲ درصد در سال ۲۰۱۷ رسیده است. (OECD, 2017) چنین نقشی باعث شد تا خرید دولت علاوه بر تأمین، به عنوان یک ابزار مهم سیاستی در اختیار دولت برای ارتقای توان شرکت‌های داخلی مطرح شود. (Flynn, 2018) مطالعات تاریخی توسعه نیز نشان می‌دهد که کشورهای پیشرو در دوره‌های اولیه رشد و با هدف تسریع فرایندهای همپایی خود با کشورهای پیشرفته تر، همواره از این ابزار سیاستی برای تقویت توان داخلی بهره برده (Singh, 2006 & Ruttan, 2002) و برای حفظ اقتدار ملی خود قوانینی با مفاد مرتبط با توسعه صنعتی، اجتماعی، فناورانه و دستیابی به اهداف اقتصادی راهبردی کشور در این حوزه تدوین و اجرا کرده‌اند. (Preuss, 2011) امروزه پشتیبانی قانونی از جهت دهی بازار دولت و بخش عمومی به خرید داخل در بسیاری از کشورها به مطالبه ملی تبدیل شده است تا جایی که بیش از ۶۰ درصد اروپایی‌ها، خرید گران‌تر از داخل را بر استفاده از کالاهای خارجی ترجیح می‌دهند. (Walle de Van & Keulemans, 2017) این سیاست در آمریکا در بروز اصلی اجرای این سیاست در کشورها «سیاست خرید از داخل» دنبال شده است و مشابه آن برای ترجیح خرید داخل در کانادا، استرالیا، قالب قانون خرید آمریکایی نیوزیلند، ترکیه، هند و بسیاری از کشورهای دیگر نیز وجود دارد. (Mougeot & Naegelen, 1998) این ابزار سیاستی هم‌اکنون نیز به عنوان یکی از مهمترین جنبه‌های سیاست صنعتی و نوآوری در بسیاری از کشورها به کار گرفته می‌شود (OECD, 2009) تا جایی که به عنوان یکی از امید بخشترین و اثر بخشترین ابزارهای سیاستی نوآوری در این دوران از آن یاد شده است. (Lember & Kattel, 2010)

پیشینه تحقیق

منتی نژاد (۱۳۸۶) پژوهشی تحت عنوان شیوه‌ها و زمینه‌های تباری در معاملات دولتی انجام داده است. نگاه حاکم بر این پژوهش نگاهی علت شناختی و جرم شناختی است که از این حیث الهام از برخی از زمینه‌های بیان شده در این پژوهش می‌تواند بر غنای پژوهش بیفزاید. این نگاه

در پژوهش مورد استفاده خواهد بود؛ اما عدم اشاره به راهکارهای پیشگیرانه حوزه تفاوت قابل ذکری با پژوهش ایجاد می‌کند. همان طور که مشخص می‌شود تحقیقاتی که به طور خاص با جرم تبانی مرتبط است بسیار اندک است و این مطالعات بر مبنای جرم شناسی پیشگیری و راهکارهایی تدوین نشده است که این جرم شناسی ارائه می‌کند. بر همین اساس مشخص می‌شود که پژوهش در تأکید بر برقراری ارتباط میان تدابیر پیشگیرانه با این جرم از دیگر پژوهش‌ها متمایز است. بهرامی (۱۳۹۲) در پژوهشی تحت عنوان بسترهای وقوع تبانی در مناقصات و راهکارهای مقابله با آن، برخی راهکارهای پیشگیری را به این شکل اشاره کرده است: کم کردن نقش دولت در اقتصاد، انحصارزدایی، گسترش فضای رقابتی و ایجاد ساز و کارهای مناسب در تخصیص منابع، ایجاد ترتیبات نهادی مناسب برای شفاف سازی مناقصات از طریق مستندسازی و اطلاع‌رسانی دقیق، تجمیع تمام مناقصات در یک سازمان و درج اطلاعات مربوط در پایگاه اطلاع‌رسانی مناقصه، احیای دوباره سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و... . اگرچه در قالبی مفید به تحلیل انواع راهکارهای مرتبط با کاهش تبانی در مناقصات پرداخته، دیگر معاملات دولتی مدنظر نبوده؛ این در حالی است که هدف پژوهش پرداختن به هر کدام از معاملات و تحلیل راهکارهای پیشگیرانه مرتبط با هر رفتار مجرمانه است. اگرچه شناخت بسترها یکی از ارکان ارائه الگوی جامع درباره جرم تبانی در معاملات دولتی است، رسیدن به پیشنهادی جامع در این زمینه مستلزم محورهای متعدد دیگری است که در این پژوهش مورد نظر قرار خواهد گرفت.

چارچوب نظری

جهت‌دهی به تدارکات عمومی برای نیل به اهداف توسعه‌ای یکی از مهمترین سیاست‌های طرف تقاضا است که دولت‌ها را قادر می‌سازد برای شرکت‌های فناور و نوآور، بازارهای جدید ایجاد نموده و از آن طریق توانمندی‌های فناورانه آنها را ارتقاء دهند. (Georghious & Edler, 2007) در بسیاری از کشورها، سیاست به کارگیری بازار دولت و بخش عمومی به عنوان ابزار سیاست صنعتی و نوآوری، به حمایت از شرکت‌های داخلی و تبعیض میان تولیدکنندگان داخلی و خارجی اطلاق می‌شود. (Edquist, et al, 2012) به عبارت دیگر، دسترسی ترجیحی تولیدکنندگان عموماً توانمند داخلی به بازار دولت و بخش عمومی با توجه به شرایط خاص در این سیاست‌ها تسهیل می‌شود. این ترجیح تولیدکنندگان داخلی در تدارکات عمومی به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم انجام می‌شود. در رویکرد مستقیم، محدوده قیمت ترجیحی ارجاع کار به داخل حتی با وجود قیمت پیشنهادی بالاتر در یک بازه معین (و الزامات ساخت داخل) تعهد به خرید بخش معینی از اجزاء و تجهیزات پروژه در داخل حتی در صورت ارجاع کار به خارج مورد توجه است.

(Sennoga, 2006) از الزامات ساخت داخل تعاریف متعددی ارائه شده است و محققان مختلف معتقدند که هر کشور بر اساس اهداف، اولویت‌ها، الزامات، دغدغه‌ها، ابزار، روش‌های پیاده سازی و معیار اندازه‌گیری، تعریف مشخصی از آن مفهوم ارائه می‌دهد. ایجاد ارزش افزوده اقتصادی از طریق به کارگیری منابع داخلی (Ashong & Acheampong, 2016) بیشینه کردن ارزش تولیدات ملی در طول زنجیره ارزش ذینفعان. (بی‌تعب و همکاران، ۱۳۸۹) رشد یک صنعت خاص و گسترش مشارکت مؤثر ظرفیت‌های داخلی در جهت ایجاد شغل و صنایع جدید با منشأ داخلی افزایش اشتغال، بهبود سطح فناوری و دستیابی به توسعه صنعتی با استفاده از ظرفیت پروژه‌ها نمونه‌ای از تعاریفی است که برای این مفهوم ارائه شده است.

اصل شفافیت^۱

تعریف اصل شفافیت از دید سازمان شفافیت بین‌المللی عبارت است از: «اصلی که به افراد متأثر از تصمیمات اداری، معاملات تجاری و فعالیت‌های خیریه، امکان آگاهی از حقایق، ارقام، فرآیندها و مکانیسم‌های اصلی و بنیادین را می‌دهد. بر اساس اصل مذکور، مستخدمین دولتی، مدیران و متولیان، باید به شیوه‌ای آشکار و قابل رؤیت، قابل پیش‌بینی و قابل درک عمل نمایند.» (محسنی، ۱۳۹۲: ۱۵۱) شونر اصل شفافیت در برگزاری مناقصه را این‌گونه تعریف کرده: «نظامی که برای برگزاری مناقصه به کار گرفته می‌شود تا پیشنهاددهندگان و پیمانکاران اطمینان حاصل کنند که مناقصه بی‌طرفانه و به صورت باز انجام می‌گیرد.» (Schooner, 2002: 103) بر اساس این تعاریف اصل شفافیت در قراردادهای دولتی، به معنای اطلاع‌رسانی اطلاعات مربوط به روند انجام معاملات به صورت دقیق، کامل و آسان به نهادهای نظارتی، اشخاص مرتبط با معاملات و همه شهروندان است. شفافیت شاخص مهم نظام سالم و کارآمد معاملات دولتی است و عموماً موارد ذیل را در برمی‌گیرد: (الف) انتشار فرصت‌های مربوط به معاملات دولتی و اعلام ضوابط و قواعدی که فرآیند برگزاری معاملات دولتی تابع آن است؛ (ب) اجرای نظام معاملات دولتی مطابق مقررات و فرآیندهای الزام‌آور و محدود کننده قدرت تصمیم‌گیری مقامات دولتی، به نحوی که قابل مشاهده باشد و عموم مردم از آن اطلاع داشته باشند و (د) تدارک نظامی کارا برای کنترل، نظارت و اجرای مقررات لازم‌الاجرا. نهایتاً اینکه، با در نظر گرفتن این واقعیت که نهاد متصدی برگزاری معامله، غالباً دارای اختیارات گسترده‌ای در فرآیند برگزاری معاملات است، میزان شفافیت باید به اندازه اختیاراتی باشد که مقامات و سیاست‌گذاران تصمیم‌گیرنده در حوزه معاملات دولتی از آن برخوردارند. (United Nations Office on Drugs and Crime Vienna, 2013: 8) رعایت اصل شفافیت در معاملات دولتی مستلزم در نظر گرفتن چند شرط است. نخست اینکه، کلیه

1- The Principle Of Transparency

اطلاعات مربوط به این معاملات به صورت دقیق و کامل به اطلاع نهادهای ناظر و شهروندان برسد. منظور از دقیق بودن این است که اطلاعات به صورت مبهم و کذب ارائه نشود و کامل بودن نیز بدین معنا است که قسمتی از اطلاعات برای گمراه کردن عموم مردم و نهادهای نظارتی پنهان نشود. دوم اینکه، اطلاعات به طرق مختلف و آسان در معرض دید و قضاوت عموم مردم قرار گیرد؛ این اطلاعات باید از راه‌هایی همچون سایت‌های اینترنتی یا روزنامه یا کتابچه‌های کثیر-الانتشار به اطلاع عموم مردم برسد. شفافیت یکی از مؤثرترین سازوکارهای نظام‌های مردم‌سالار جهت نیل به پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری مسئولین و کارمندان دولتی است. نظر به اینکه، دولت به وکالت و نیابت از طرف مردم و در راستای منافع عمومی اقدام به انعقاد قراردادهای دولتی می‌کند، شفافیت اطلاعاتی و فرآیندی قراردادهای دولتی، شیوه‌ای مؤثر برای پاسخگویی کارگزاران دولتی است. (مولائی، ۱۳۹۳: ۴۰۶) شفافیت در معاملات دولتی همچنین باعث پیشگیری از اتلاف و سوءاستفاده از منابع مالی و انسانی می‌شود. (Trybus, 2006:410)

کارکرد اصل شفافیت فراهم نمودن زمینه مناسب برای رقابتی کردن مناقصه و از بین بردن انحصارگرایی و حمایت از طرف‌های ضعیف قراردادهای دولتی است. بدیهی است رعایت این الزامات از ایجاد رانت‌های اطلاعاتی و ایجاد ضعف در طرف‌های بالقوه معاملات دولتی می‌کاهد و همه داوطلبان شرکت در این معاملات را در شرایطی مساوی قرار می‌دهد. در ایران قوانین و مقررات متعددی در ارتباط با شفافیت اقدامات دولتی و اداری و دسترسی عموم مردم به اطلاعات و اسناد اداری به‌ویژه در ارتباط با معاملات دولتی وضع شده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل پنجاه و پنجم حق دسترسی شهروندان به گزارشات دیوان محاسبات در خصوص فعالیت‌های نهادهای دولتی و دستگاه‌هایی که از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند را به رسمیت شناخته و مقرر داشته: «دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. دیوان محاسبات حساب‌ها و اسناد و مدارک مربوطه را برابر قانون جمع‌آوری و گزارش تفریغ بودجه هر سال را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید، این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود». از بین قوانین عادی قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ و آیین‌نامه‌های اجرایی آن مقررات مفصلی را مستقیماً به موضوع شفافیت در معاملات دولتی، اختصاص داده‌اند. سایر

^۱ - برای مطالعه بیشتر در خصوص شفافیت اطلاعاتی و فرآیندی بنگرید به: (مولائی، آیت، قراردادهای اداری: مطالعه تطبیقی بسترها، مبانی، ماهیت و اصول، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳، صص ۴۰۷-۴۲۴)

قوانین و مقررات نیز این اصل را به صورت کلی و درباره تمام اقدامات اداری مورد توجه قرار داده‌اند. در پاره‌ای از مواد پراکنده قانونی نیز به شفافیت در معاملات دولتی، اشاره شده است.

سایر مقررات مربوط به اصل شفافیت

قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ دسترسی به اطلاعات عمومی را حق هر ایرانی دانسته است. این قانون دو شیوه دسترسی را وضع نموده، یکی دسترسی مسبوق به درخواست که در این موارد نهادهای اداری مکلف شده‌اند، اطلاعات عمومی را در صورت درخواست اشخاص، در اختیار آن‌ها قرار دهند و دیگری دسترسی اجباری که نهادهای اداری و مؤسسات عمومی مکلف شده‌اند، حتی بدون درخواست شهروندان، اطلاعات عمومی مربوط به عملکرد-شان را از طرق مختلف مانند سایت‌های اینترنتی و کتب راهنما در اختیار عموم مردم قرار دهند. ماده ۲۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز به موضوع انتشار خلاصه معاملات در روزنامه‌های کثیرالانتشار پرداخته است. قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد مصوب ۱۳۹۰ نیز در مقررات متعددی بر رعایت اصل شفافیت در اقدامات اداری تأکید کرده است. مطابق بند (الف) ماده ۳ قانون ارتقاء سلامت اداری نیز کلیه دستگاه‌های دولتی و عمومی مکلف‌اند، مقررات، مصوبات و تصمیمات مرتبط با حقوق شهروندان را در دیدارگاه‌های الکترونیک به اطلاع عموم برسانند. بدون تردید عموم این مقرر شامل مقررات و مصوبات مربوط به معاملات دولتی نیز می‌شود. بند (ب) ماده مزبور مقرر داشته: «ب- متن قراردادهای مربوط به معاملات متوسطه و بالاتر موضوع قانون برگزاری مناقصات که به روش مناقصه، مزایده، ترک تشریفات و غیره توسط دستگاه‌های مشمول بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده (۲) این قانون منعقد می‌گردد و همچنین اسناد و ضمیمه آن‌ها و هرگونه الحاق، اصلاح، فسخ، ابطال و خاتمه قرارداد پیش از موعد و تغییر آن و نیز کلیه پرداخت‌ها، باید به پایگاه اطلاعات قراردادهای وارد گردد. معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور موظف است، حداکثر ظرف سه ماه پس از ابلاغ این قانون آیین-نامه اجرائی آن شامل ضوابط و موارد استثناء، نحوه و میزان دسترسی عموم مردم به اطلاعات قراردادهای را تهیه کند و به تصویب هیئت وزیران برساند و ظرف یک سال پایگاه اطلاعات

۱- «ماده ۲۳ - سازمان خصوصی‌سازی مکلف است پس از انجام هر معامله، در مورد واگذاری سهام مدیریتی و کنترلی بنگاه‌ها، بلافاصله با انتشار اطلاعیه‌ای در روزنامه کثیرالانتشار موارد زیر را اعلام کند: نام بنگاه و خلاصه اطلاعات مالی و مدیریتی آن، خلاصه‌ای از معامله انجام شده شامل میزان سهام واگذار شده، نام مشاور یا مشاورانی که در فرآیند معامله به سازمان خصوصی‌سازی، خدمات مشاوره‌ای داده‌اند، نام و نشانی خریدار، نام شرکت تأمین سرمایه که پذیره نویسی سهام را متعهد گردیده است، نام کارشناس رسمی دادگستری یا مؤسسات خدمات مالی که قیمت‌گذاری بنگاه را انجام داده‌اند».

۲- مطابق بند (الف) ماده ۸ این قانون شفاف‌سازی و مستندسازی فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی، جزء تکالیف معاونت‌های برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی و توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور به شمار آمده است.

اصل رقابتی بودن معاملات دولتی^۱

یکی از مهمترین عوامل ایجاد ضعف در طرف‌های معاملات دولتی وجود تبعیض در برخورد با متقاضیان بالقوه شرکت در قراردادهای دولتی است. تبعیض و برخوردهای جانبدارانه با داوطلبان شرکت در این معاملات، سبب ایجاد ضعف و تضییع حقوق متقاضیان می‌شود و وضعیتی را پدید می‌آورد که متقاضیان دارای صلاحیت کمتر ولی برخوردار از رانت یا نفوذ بیشتر از موقعیت بهتری در معاملات دولتی بهره‌مند می‌شوند. از این‌رو یکی از مهم‌ترین اصول در انجام کلیه خدمات و اقدامات اداری از جمله انجام معاملات دولتی، رعایت اصل عدم تبعیض^۲، بی‌طرفی، بی‌نظری و خودداری از جانب‌داری غیرقانونی از اشخاص و گروه‌های خاص است. عدم تبعیض در معاملات دولتی، بدان معناست که هیچ محدودیت ناروایی برای شرکت متقاضیان بالفعل و بالقوه در رقابت لحاظ نشود. (پناهی و بندری، ۱۳۸۲: ۳۷)

مبنای این نظر این است که منافع حاصل از امور عمومی، متعلق به عموم جامعه است و اصل تساوی حکم می‌کند که تمام اشخاص با توجه به توانمندی و صلاحیتشان به طور عادلانه از مزایا و منافع اداره‌ی خدمات عمومی بهره‌مند گردند. البته باید توجه داشت، اعمال محدودیت‌های قانونی در انتخاب طرف معامله و ترجیح و انتخاب یکی از شرکت‌کنندگان بر دیگران اگر بر اساس معیارهای قانونی باشد، به هیچ عنوان تعارضی با اصل رقابت عادلانه ندارد. یکی از اهداف اصلی برگزاری مناقصات و مزایده‌های دولتی و رعایت سایر تشریفات حاکم بر معاملات دولتی ایجاد بستری است که فرصت برابر برای رقابت تمام اشخاص ذی‌صلاح متقاضی شرکت در این معاملات فراهم شود تا با توسل به این تشریفات و موازین، رعایت اصل رقابت عادلانه امکان‌پذیر شود؛ از این‌رو یکی از بسترهای مهم حمایت از طرف ضعیف در معاملات دولتی، اتخاذ سازوکارها و تصویب قوانینی است که بر مبنای اصل رقابتی بودن طراحی و وضع شده باشند. انجام معاملات دولتی با رعایت تشریفات قانونی مبتنی بر رقابت عادلانه نه تنها برای همه متقاضیان شرکت در معاملات، شرایط مناسب و عادلانه شغلی ایجاد می‌کند؛ بلکه در نهایت با انتخاب صالح‌ترین متقاضیان برای انجام موضوعات قراردادها، منجر به افزایش کارایی و انجام بهینه موضوع قرارداد نیز می‌شود. (همان: ۴۰) به عبارت دیگر با رعایت اصل رقابتی بودن معاملات دولتی، این قراردادها به‌گونه‌ای منعقد و اجرا می‌شوند که زمینه شرکت همه داوطلبان و در نهایت برنده شدن شایسته‌ترین اشخاص مهیا می‌شود. رقابت، فاکتور مهمی جهت دستیابی دولت، به حداکثر

1 -The Principle Of Competitiveness of Public Procurement

2 -The Principle of Non-discrimination

استفاده بهینه از منابع مالی خود است. این امر، به طور خاص منجر به قیمت پایین و بهترین کیفیت برای کالا، خدمات و کار می‌شود. بعلاوه رقابت به عنوان محرک مهمی در راستای نوآوری عمل می‌کند. ایجاد رقابت در معاملات دولتی صرفاً به گسترش دایره شرکت‌کنندگان در معاملات محدود نمی‌شود؛ بلکه به کلیه اقداماتی اطلاق می‌شود که برای همه داوطلبان شرایط عادلانه و سالم شرکت در معاملات را ایجاد کند. در تحقیقاتی که بلیس^۱ و دی‌تلا^۲ داشته‌اند، این نتیجه به دست آمده که تعدد رقبا در جلوگیری از ارتکاب فساد نقش چندانی ندارد؛ زیرا آنچه در نهایت موجب پیروزی یکی از رقبا می‌شود، توان بیشتر در پرداخت رشوه است؛ لذا آن‌ها اظهار داشته‌اند، اگر مقررات، توان اخذ رشوه و سوءاستفاده مالی را از کارمندان سلب نکند، تعدد رقبا تأثیری بر رقابتی شدن فضای معاملات و جلوگیری از ارتکاب فساد ندارد (Bliss, 1997: 1001-1023) و به نقل از قربانی، پیشین: ۲۹) پر واضح است، مقدمه دستیابی به فضای رقابتی در معاملات دولتی، ایجاد شفافیت است. چرا که در صورت وجود شفافیت در برگزاری معامله دولتی، اشخاص متقاضی ورود به معامله می‌توانند با احتساب سود و زیان خویش و با دسترسی به اطلاعات مربوط به هزینه‌ها و منافع با اطمینان خاطر و دغدغه کمتر اقدام به اتخاذ تصمیم نمایند؛ ولی در صورت نبود شفافیت، متعاملین بالقوه، یا اساساً از وجود فرصت شرکت در معامله مطلع نمی‌شوند یا در صورت اطلاع از معامله و حتی فرصت شرکت در آن به دلیل کمبود، ابهام یا نقص در اطلاعات مربوط به معامله قادر نخواهند بود، متحمل خطرات ناشی از نبود شفافیت شوند و در معامله شرکت نمایند.

قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷

رعایت اصل رقابت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در عباراتی از قبیل «محو هرگونه ... انحصارطلبی»، «رفع تبعیضات ناروا» و «منع ... انحصار ... و دیگر معاملات باطل و حرام» نمود پیدا کرده است.^۳ در قوانین و مقررات عادی نیز، لزوم رعایت این اصل در همه حوزه‌های اقتصادی به ویژه در حوزه معاملات دولتی، مورد تأکید مقنن قرار گرفته است. در مطالب آتی جلوه‌ها و آسیب‌های این اصل در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و سایر قوانین و مقررات تبیین می‌شود. «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷» در بند بیستم ماده یک، اخلال در رقابت را شامل مواردی دانسته که «موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش

^۱ Bliss

^۲ Di Tella

^۳ - بندهای ۶ و ۹ اصل ۳ و بند ۷ اصل ۴۳ قانون اساسی

مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود». مواد ۴۴، ۴۵ و ۵۱ این قانون هرگونه تبانی در قراردادهای دولتی که منجر به شرایط تبعیض‌آمیز گردد، محدود کردن معاملات اشخاص با رقبای تجاری خود، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، تبعیض در شرایط معامله، تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه و ایجاد حقوق و امتیازات انحصاری ناعادلانه را منع نموده است. این قانون همچنین با مبنا قرار دادن «حقوق رقابت» اقدام به جرم‌انگاری اقدامات ناقض این حقوق در مواد ۷۲ تا ۷۸ نموده است. سیاست جنایی اتخاذ شده در قانون مزبور این‌گونه بوده که قانون‌گذار با هدف متنوع کردن پاسخگویی در قبال رفتارهای ضد رقابتی، در کنار وضع جرایم، اقدام به وضع تخلفات اداری و ضمانت‌اجراهای حقوقی هم نموده و رسیدگی به آن را در صلاحیت شورای رقابت قرار داده است. این شورا که نهادی غیر قضایی است، در موارد نقض حقوق رقابت تصمیماتی با ماهیت غیرکیفری اتخاذ می‌کند. (حسینی و احمدی، ۱۳۹۳: ۴۸-۴۹)

یکی از ابتکارات این قانون این است که در فصل نهم با عنوان «تسهیل رقابت و منع انحصار» مقررات مختلفی را برای رعایت اصل رقابت در معاملات اعم از خصوصی و دولتی وضع نموده و نهادی به نام «شورای رقابت» را برای نظارت بر اجرای این مقررات در نظر گرفته است. ماده ۵۳ قانون مزبور اشعار داشته: «برای نیل به اهداف این فصل شورایی تحت عنوان «شورای رقابت» تشکیل می‌شود». این شورا متشکل از اعضای از سه قوه و بخش خصوصی (البته به پیشنهاد اعضاء سه قوه) و مسئول وضع دستورالعمل‌های مربوط به نظارت بر اجرای مقررات، بازرسی و تحقیق و اعمال ضمانت‌اجراهای مقرر در ماده ۶۱ این قانون می‌باشد. یکی از نقاط قوت قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ این است که در ماده ۶۲ امکان طرح شکایت توسط سازمان‌های غیردولتی، در شورای رقابت به رسمیت شناخته شده است. نظر به اینکه، این شورا حق اعمال طیف گسترده‌ای از ضمانت‌اجراهای حقوقی در خصوص اشخاص حقیقی و حقوقی را دارد، این فرصت می‌تواند فضای مناسبی را برای فعالیت این سازمان‌ها جهت مبارزه با فساد در معاملات دولتی ایجاد کند. مضافاً اینکه، این قانون مقررات متعددی را برای ایجاد فضای رقابتی به تصویب رسانده است. ماده ۸ مقرر داشته هر امتیازی برای دستگاه‌های دولتی مقرر شود، باید برای بخش خصوصی نیز مورد لحاظ قرار گیرد. از آنجا که این امتیاز ممکن است، در ارتباط با

۱- مطابق ماده ۴۳ این قانون تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی و خصوصی مشمول مواد این فصل هستند.

۲- «ماده ۶۲ - شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی است و مکلف است رأساً و یا بر اساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیردولتی، بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضد رقابتی را آغاز و در چهارچوب ماده (۶۱) این قانون تصمیم بگیرد».

انعقاد قراردادهای دولتی وضع شده باشد، اعمال این ماده به ایجاد فضای رقابتی در این قراردادها کمک می‌کند. مطابق ماده ۲۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ واگذاری بنگاه‌های دولتی اگر در قالب سهام باشد، باید از طریق بورس و در مورد فروش دارایی‌ها، قراردادهای اجاره و پیمان مدیریت، باید تا حد امکان با رعایت مقررات قانون برگزاری مناقصات انجام شود. ماده ۴۵ این قانون (مندرج در فصل نهم: تسهیل رقابت و منع احتکار) اعمالی که منجر به اخلاف در رقابت می‌شود را احصاء نموده است. بسیاری از این اعمال در رابطه با معاملات دولتی، علاوه بر خصوصی‌سازی نیز قابل تحقق است. برای نمونه، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز یا تبعیض در شرایط معامله یا اظهارات گمراه‌کننده ممکن است در خلال معاملات دولتی غیر از موارد خصوصی‌سازی هم اتفاق بیافتد. حال سؤال قابل طرح در این رابطه این است که آیا این مقررات در مورد این معاملات نیز قابل اجرا می‌باشد یا خیر؟ در پاسخ باید اظهار داشت مطابق ماده ۴۳ این قانون تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی و خصوصی، مشمول مواد فصل نهم هستند. در رویه هم شورای رقابت در بسیاری از دعاوی و اختلافات اشخاص اعم از خصوصی و دولتی وارد رسیدگی می‌شود؛ لذا باید اذعان داشت، این مقرر در مورد کلیه معاملات دولتی قابل اعمال است و اشخاص ذی‌نفع می‌توانند با طرح شکایت مربوط به این تخلفات در شورای رقابت تقاضای پیگیری و رسیدگی داشته باشند.

ماده ۲۰ این قانون نیز اصل را بر رعایت اصل رقابت در مزایده‌ها و واگذاری به صورت عمومی قرار داده است.^۲ البته تبصره ۲ این ماده که در ارتباط با واگذاری به روش مذاکره به تصویب رسیده، ناقض اصل رقابت است. این تبصره اشعار داشته: «در مواردی که پس از برگزاری دو نوبت مزایده، خریداری وجود نداشته باشد واگذاری از طریق مذاکره به موجب مصوبه هیئت

۱- «ماده ۲۱- قیمت‌گذاری و زمان‌بندی مناسب واگذاری بنگاه‌های دولتی متناسب با روش و گستره هر بازار مطابق بندهای زیر خواهد بود: الف) در مورد واگذاری از طریق عرضه عمومی سهام، قیمت‌گذاری عرضه اولین بسته از سهام هر شرکت، اندازه بسته سهام، روش انتخاب مشتریان استراتژیک و متقاضی خرید سهام کنترلی و مدیریتی، زمان مناسب عرضه سهام حسب مورد پس از انجام مطالعات کارشناسی با پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی و تصویب هیأت واگذاری تعیین خواهد شد. در عرضه عمومی سهام رعایت قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران - مصوب ۱۳۸۴/۹/۱ - الزامی است. ب) در مورد فروش دارایی‌ها، قراردادهای اجاره و پیمان مدیریت، تعیین قیمت فروش دارایی‌ها، تعیین میزان مال‌الاجاره و حق‌الزحمه پیمان مدیریت و سایر شرایط لازم برای واگذاری مبتنی بر ارزیابی فنی و مالی حسب مورد باید در چهارچوب قانون مناقصات و معاملات دولتی به پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی و تصویب هیأت واگذاری باشد. تبصره - مزایده یک مرحله‌ای و دو مرحله‌ای در چهارچوب قانون مناقصات مصوب ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی قابل اجراء است در صورت تغییر برگزاری مزایده با احکام این قانون، قوانین و مقررات ناظر بر معاملات دولتی مجری است.»

۲- ماده ۲۰ این قانون مقرر داشته: «هیأت واگذاری برای واگذاری بنگاه‌ها با ترجیح بند الف) و رعایت ترتیب، به روش‌های زیر تصمیم می‌گیرد: الف - فروش بنگاه از طریق عرضه عمومی سهام در بورسهای داخلی یا خارجی، ب - فروش بنگاه یا سهام بلوکی از طریق مزایده عمومی در بازارهای داخلی و یا خارجی، ج - فروش بنگاه یا سهام بلوکی از طریق مذاکره.»

واگذاری مجاز است.^۱ همچنین استفاده از روش مذاکره به غیر از واگذاری به تعاونی‌های فراگیر ملی در قالب سهام عدالت، در خصوص شرکت‌های مشاور و دانش پایه که دارای دارایی‌های فیزیکی و مالی محدودی بوده و ارزش شرکت عمدتاً دارایی‌های نامشهود باشد و نیز شرکت‌های سهامی عام که در آن‌ها به استفاده از تخصص‌های مدیریتی نیاز باشد به مدیران و یا گروهی از مدیران و کارشناسان متخصص همان بنگاه مجاز است. تشخیص شرایط مدیران و متخصصین بر عهده هیئت واگذاری است.^۲ این ماده دارای چند ایراد است. نخست اینکه، به صرف وجود نداشتن خریدار در دو نوبت واگذاری به روش مذاکره را مجاز دانسته است. این در حالی است که نبود خریدار ممکن است، به دلیل عدم انجام درست انتشار آگهی روزنامه یا بنا به وجود موانع دیگری باشد که ممکن است، هیئت واگذارکننده بتواند، آن را مرتفع و سپس اقدام به انتشار آگهی عمومی نماید؛ اما متأسفانه در این مقرر به این امر توجه نشده است. ایراد دیگر این است که در این مقررات سازوکاری که الزام کند، علاوه بر روزنامه، آگهی باید در سایت‌های اینترنتی یا رسانه‌های شنیداری و دیداری انتشار یابد، پیش‌بینی نشده است.

از این رو ممکن است، آگهی عمداً به نحوی انتشار یابد که متقاضیان بالقوه از آن مطلع نشوند؛ مانند اینکه در روزهای خاصی از سال از جمله در تعطیلات چاپ شود یا در روزنامه‌هایی چاپ شود که در منطقه استقرار موضوع قرارداد، منتشر نگردد یا اینکه، تمام نسخ روزنامه در آن منطقه توسط اشخاصی که قرار است، موضوع قرارداد به آن‌ها واگذار گردد، خریداری شود تا به دست مشتریان احتمالی نیافتد.

سایر قوانین و مقررات

رعایت اصل رقابت در معاملات دولتی در سایر قوانین عادی غیر از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز جلوه و نمودی پررنگ دارد. بند (الف) ماده ۱۴ ق.ب.م. (با عنوان اسناد مناقصه) در رابطه با رعایت اصل رقابت در دسترسی همه مناقصه‌گران به اسناد مناقصه، مقرر داشته: «تمامی اسناد مناقصه باید به طور یکسان به همه داوطلبان تحویل شود».

طبق بند (ک) ماده ۵ قانون اساسنامه هیئت رسیدگی به شکایات مصوب ۱۳۸۸ نیز یکی از موارد صلاحیت این هیئت، رسیدگی به موضوع «اعمال تبعیض بین مناقصه‌گران در ارجاع کار و انجام معامله به وسیله مناقصه‌گزار» است.

^۱ در قانون برگزاری مناقصات سازوکاری عقلانی‌تر برای مواجهه با این وضعیت پیش‌بینی شده است. بند (الف) ماده ۲۴ ق.ب.م. مواردی که در آن مناقصه تجدید می‌شود را احصاء نموده است. طبق جزء (۱) این بند «کم بودن تعداد مناقصه‌گران از حدنصاب تعیین شده در اسناد مناقصه» یکی از موارد تجدید مناقصه است.

جزء ۲ بند (الف) ماده ۱ آیین نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع رسانی مناقصات مصوب ۱۳۸۵ (موضوع بند (د) ماده ۲۳ ق.ب.م.) نیز اشعار داشته، یکی از اهداف اصلی اجرای نظام مستندسازی «رقابت آزاد و رعایت اصل برابری حقوق مناقصه گران» است. همچنین تبصره بند (پ) ماده ۱۵ این آیین نامه در رابطه با مستندسازی دلایل انحصار موضوع قرارداد در صورت جلسه ارجاع معامله، مقرر داشته: «در صورتی که عدم الزام به مناقصه به دلیل انحصار باشد، مستندهای مربوط به شرایط انحصار یا تشخیص مرجع مذکور در بند «الف» ماده (۲۹) قانون به صورت-جلسه (موضوع جزء «۱» بند «الف» این ماده) افزوده می شود».

همچنین ماده ۳۵ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مقرر داشته: «در ارجاع کار و انجام معامله به وسیله بخش دولتی و عمومی، نباید بین دستگاهها و شرکت های دولتی و عمومی با بخش تعاونی و خصوصی تبعیض قائل شد». مقررات پراکنده دیگری نیز در ارتباط با رعایت اصل رقابت در قراردادهای دولتی به چشم می خورد. برای نمونه در دستورالعمل نحوه تشخیص صلاحیت اشخاص حقیقی شماره ۷۷۰۵۴/ت/۷۷۸ مورخ ۱۳۶۸/۸/۲۴ ارجاع بیش از سه کار به یک پیمانکار حقیقی منع شده است. (حسینی، ۱۳۹۴: ۲۶۳) بدیهی است، در صورت رعایت این مقررات در معاملات دولتی فضایی سالم همراه با رقابت برابر ایجاد می شود و به تبع آن میزان فساد در این حوزه به گونه چشمگیری کاهش می یابد و سازمان های اجرایی به راحتی نمی توانند، انحصار موضوع قرارداد را برخلاف حقیقت بهانه کنند و معامله را بدون رعایت الزامات مربوط به اصل رقابت، انجام دهند.

اصل رعایت معیارهای عینی در تصمیم گیری^۲

اصل رعایت معیار عینی در تصمیم گیری در معاملات دولتی، با حمایت از طرف ضعیف در این معاملات ارتباط نزدیکی دارد. حمایت از طرف ضعیف در تمام مراحل معاملات دولتی، مستلزم رعایت معیارهای عینی در تصمیم گیری است. اصل تصمیم گیری بر مبنای معیار عینی، ارتباط نزدیکی با اصل منع تبعیض و رفتار مساوی نسبت به متقاضیان معامله با دولت نیز دارد. اصل رفتار مساوی به این معنا است که نباید بین ارائه دهندگان کالا، خدمات یا کار، تمایزی وجود داشته باشد، مگر در جایی که بر مبنای ملاحظات عینی قابل توجیه باشد. عینیت در تصمیم گیری در زمینه معاملات دولتی، اشاره به تلاش برای کاهش یا حذف پیش داوری، تبعیض

^۱ طبق بند (ط) ماده ۲ ق.ب.م. «انحصار در معامله عبارت است از یگانه بودن متقاضی شرکت در معامله که به طرق زیر تعیین می شود: ۱- اعلان هیأت وزیران برای کالاها و خدماتی که در انحصار دولت است. ۲- انتشار آگهی عمومی و ایجاب تنها یک متقاضی برای انجام معامله.»

^۲-The Principle Of Objective Criteria in Decision Making.

و ارزیابی‌های سلیقه‌ای و شخصی دارد. برای نمونه معیار اعطای قرارداد باید به طور جامع از قبل معین شده باشد تا متقاضیان شرکت در معامله بتوانند امکان پیروزی خود در مناقصه را ارزیابی نمایند. در صورتی که متقاضیان بتوانند به طور منصفانه و دقیق ارزیابی خود را انجام دهند، دولت توانسته حسن نیت خود را نسبت به متقاضیان نشان دهد. عینیت معیارها با توسل به روش‌های گوناگونی تضمین می‌شود، برای نمونه این اصل از طریق الزامات مربوط به اطلاع‌رسانی کلیه معیار-های لازم برای شرکت در معامله، صلاحیت‌های لازم برای متقاضیان و شرایط مربوط به ویژگی-های فنی و الزاماتی که راهنمای ارزیابی‌های فنی و قیمت است، محقق می‌شود. (United Nat-

ions Office on Drugs and Crime Vienna, Op.cit: 9)

در مواردی که معاملات دولتی برخلاف موازین قانونی و به دنبال تبانی با شخص خاصی انجام می‌شود، ممکن است، شخص مورد نظر ارگان دولتی، از صلاحیت کافی برای انجام تعهدات موضوع قرارداد برخوردار نباشد؛ لذا یکی از راهکارهایی که می‌تواند، از برگزاری معاملات به صورت غیرقانونی جلوگیری کند، تصویب شرایط و موازینی است که معیارهای عینی احراز صلاحیت طرف قرارداد را به صورت دقیق مشخص نماید تا از این طریق انعقاد قرارداد با طرف‌های فاقد صلاحیت، ممتنع گردد. در حقوق انگلیس به این مهم توجه ویژه‌ای شده و دستگاه‌های اجرایی در مناقصات مکلف به رعایت معیارهای عینی در کنار معیار مربوط به قیمت پیشنهادی شده‌اند. طبق این مقررات پیشنهاد کمترین قیمت در مناقصات نمی‌تواند، تنها معیار مؤثر در تصمیم-گیری مربوط به اعطاء قرارداد باشد. ماده ۶۷ قانون قراردادهای عمومی انگلیس مقرر داشته، پذیرش قرارداد عمومی بر اساس ارزیابی با صرفه‌ترین پیشنهاد در مناقصه از لحاظ اقتصادی انجام می‌شود. این معیار ترکیبی است از قیمت پیشنهادی و کیفیت عملکرد متقاضی شرکت در قرارداد. کیفیت عملکرد در این قانون دارای ابعاد مختلفی شامل این موارد است: الف- کیفیت: از جمله شایستگی فنی، مشخصات شناسایی و عملکردی (حسن شهرت)، در دسترس بودن، طراحی برای تمام کاربران، ویژگی‌های نوآورانه، اجتماعی، وضعیت زیست محیطی و وضعیت تجاری؛ ب- سازمان: صلاحیت و تجربه کارکنان اختصاص داده شده برای اجرای قرارداد در مواردی که چنین صلاحیت‌هایی تأثیر بسزایی در اجرای قرارداد داشته باشد. ج- خدمات پس از فروش و کمک-های فنی، شرایط تحویل مانند تاریخ تحویل، فرآیند تحویل، مدت زمان تحویل و تاریخ اتمام کار. (صادقیان، ۱۳۹۴: ۱۰۱)

ضرورت رعایت معیارهای عینی در فرآیندهای غیررقابتی

با توجه به مقررات مربوط به مزایده و مناقصه به‌ویژه تعریف مناقصه در بند (الف) ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات، مشخص می‌شود، جوهره اصلی تشریفات مناقصه و مزایده رقابتی بودن

آن‌ها است (منتی نژاد، ۱۳۸۶: ۴۸) این تشریفات بستری را مهیا می‌کنند که اشخاص ذی‌صلاح متقاضی شرکت در معاملات دولتی، فرصت واقعی برای برنده شدن در معاملات را داشته باشند. مقنن بنا به دلایل خاصی و در وضعیت‌های معینی، رعایت شرایط رقابتی و برگزاری مناقصه و مزایده را لازم ندانسته و استثنائاتی برای این دو روش انجام معاملات دولتی در نظر گرفته است. این استثنائات عبارت‌اند از موارد عدم الزام و ترک تشریفات مناقصه و مزایده و حتی مناقصه محدود. در این استثنائات ویژگی رقابتی بودن وجود ندارد یا کمرنگ است.

تعیین معیارهای عینی در معاملاتی که از طریق این روش‌ها منعقد می‌شوند، به مراتب ضروری‌تر و مهم‌تر از سایر معاملات است؛ زیرا این معاملات با اشخاص خاص و بدون اعطاء فرصت به دیگران منعقد می‌شود. نظر به اینکه، در این معاملات اصل رقابتی بودن معاملات دولتی رعایت نمی‌شود، تعیین معیارهایی عینی که فقدان این اصل را جبران کند، بسیار ضروری است. البته انجام معامله از این طرق و عدول از اصل رقابت، در صورتی قابل پذیرش است که اعمال اصل رقابت، حفظ منافع عمومی و انجام بهینه خدمات عمومی را با مشکل مواجه کند. در این خصوص ماده ۲۸ «قانون نمونه آنسیترال در زمینه معاملات دولتی» مقرر داشته، قاعده اصلی در برگزاری معاملات دولتی، برگزاری معامله از طریق مناقصه یا مزایده عمومی است و در مواردی که برگزاری معامله به شکلی غیر از شیوه عمومی مجاز است، دستگاه متصدی قرارداد باید تلاش کند، معامله را با حداکثر رقابت برگزار نماید. همچنین طبق این قانون در صورتی که دستگاه مناقصه‌گزار از شیوه‌ای غیر از شیوه عمومی برای برگزاری معامله دولتی استفاده نماید، باید دلایل و اوضاع و احوالی که استفاده از این روش را ضروری ساخته، به طور مکتوب اعلان و آن را نگهداری نماید. (UNCITRAL Model Law, 2014)

لذا مقررات مربوط به استثنائات برگزاری مناقصات و مزایده‌ها صرفاً در صورتی باید اعمال شود که دارای دلایل توجیهی منطقی باشد، به نحوی که در عمل، امکان ایجاد رقابت بین مناقصه‌گران بالقوه وجود نداشته باشد. شیوه‌های استثنائی برگزاری معاملات همان‌طور که در صورت استفاده بجا موجب دستیابی بهتر به اهداف اداره دولتی می‌شود، می‌تواند، ابزاری نامشروع در دست کارمندان باشد که با انگیزه به دست آوردن منافع غیرقانونی تلاش می‌کنند با سوءاستفاده از این مقررات و به استناد دلایل واهی و بی اساس قرارداد را به شخص مورد نظر خود واگذار کنند. نظر به اینکه، عدول از اصل رقابت، استثناء است، عدم رعایت این اصل در صورتی درست خواهد بود که استثنائات به صورت مضیق تفسیر شوند و توجیه حقوقی متقن برای خروج از این اصل وجود داشته باشد. بر این اساس، اگر انجام فرآیند استثنائات مناقصه و مزایده برخلاف موازین قانونی و استانداردهای منطقی باشد، موجب بیرون راندن رقبای طرف قرارداد و انحصار

گرایی مضر به منافع عمومی می‌شود. این امر مشکلات زیادی را در انجام معاملات دولتی به وجود می‌آورد؛ مشکلاتی که مهم‌ترین آن‌ها انجام موضوع قرارداد با هزینه بیشتر و کیفیت کمتر است؛ زیرا بر اساس تحقیقات صورت گرفته اعمال تبعیض در برگزاری مناقصات هزینه‌ها را بالا می‌برد و سبب می‌شود، برگزارکننده مناقصه هزینه بیشتری را برای کالا و خدمات موضوع قرارداد پرداخت کند. ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی بند «ج» ماده (۱۲) قانون برگزاری مناقصات با عنوان «ترک تشریفات مناقصه» در این ارتباط مقرر داشته: «الف- در صورت ارجاع کار به روش ترک تشریفات مناقصه، در صورتی که مجوز ترک تشریفات بدون قید نام مناقصه‌گر اخذ شده باشد، حسب مورد، داشتن گواهینامه صلاحیت یا گواهی استاندارد و پروانه بهره‌برداری در زمینه موضوع مناقصه الزامی است. ب- به منظور پیشگیری از تغییر شرایط متعارف ارجاع کار، هنگام استفاده از روش ترک تشریفات مناقصه، تفکیک کارهای پروژه به پیمان‌های جداگانه فقط بر اساس گزارش‌های مصوب واحدهای خدمات مشاوره صلاحیت‌دار مجاز است». ایراد وارد به این مقرره این است که مطابق مفهوم مخالف این ماده، در مواردی که مجوز ترک تشریفات با قید نام مناقصه‌گر اخذ شده، رعایت معیارهای عینی صلاحیت لازم و ضروری اعلام نشده است. این در حالی است که در چنین مواردی نیز احتمال فساد و تبانی با مناقصه‌گر خاص بیش از حالتی است که نام مناقصه‌گر خاصی قید نشده باشد؛ بنابراین وضع مقرراتی که رعایت معیارهای عینی صلاحیت در تمام موارد استثنائات برگزاری مناقصه و مزایده را الزام نماید، ضروری است. البته دستگاه درخواست‌کننده ترک تشریفات مناقصه، در جهت رعایت اصل رقابت‌پذیری و اطمینان از اینکه، امکان برگزاری مناقصه از طریق تشریفات متعارف آن امکان‌پذیر نیست، مکلف است، در فرم درخواست انجام معامله از طریق ترک تشریفات، از اشخاص تولیدکننده یا ارائه‌دهنده خدمات موضوع قرارداد استعلام‌های لازم را به عمل آورده و نتیجه آن را در فرم قید و مدارک آن را به همراه درخواست ارسال نماید. (حبیبی، ۱۳۸۸: ۲۵۸)

نتیجه‌گیری

اقتدار نهادهای دولتی در تنظیم قرارداد با اشخاص غیر دولتی اغلب موجب ضعف این طرف‌ها می‌شود. تضعیف طرف‌های خصوصی قراردادهای دولتی به مرور موجب کم شدن توان مالی و تخصصی این اشخاص که معمولاً شرکت‌های خصوصی فعال در حوزه پیمانکاری هستند، می‌شود. این روند در نهایت آسیب‌های غیر قابل‌جبرانی را بر پیکره‌ی بخش خصوصی و به تبع آن به کل نظام اقتصادی کشور، وارد می‌آورد. بر این اساس تدبیر سازوکارهایی که موجب حمایت از طرف ضعیف قراردادهای دولتی و تعدیل امتیازات دولت در انعقاد قراردادها گردد بسیار ضروری و حیاتی است. در این راستا مهیا کردن بسترهایی که فعالیت طرف‌های خصوصی قراردادهای

دولتی را تسهیل نماید و امکان اعمال سلیقه‌های شخصی و خلاف مقررات متصدیان برگزاری معاملات دولتی را بکاهد جزء تدابیر موثری است که موجب حمایت از طرف‌های ضعیف قرارداد-های دولتی و در نهایت تعادل قراردادی بین طرفین این قراردادها می‌شود. اجرای اصول شفافیت، رقابت و رعایت معیارهای عینی در تصمیم‌گیری ایجادکننده‌ی بستری است که ضعف‌های طرف‌های خصوصی قراردادهای دولتی را جبران نموده و به آنها این امکان را می‌دهد که از وضعیت و موقعیت نسبتاً برابری در برابر نهادهای دولتی برخوردار باشند و در صورت تضییع حقوقشان بتوانند اقدام به دادخواهی و احقاق حق نمایند.



منابع فارسی

کتاب

- حسینی، اسماعیل (۱۳۹۴)، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات بهنامی
- حبیبی، یداله (۱۳۸۸)، حقوق و قوانین معاملات دولتی، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد
- عادل قربانی و میرفرهاد صدیق محمدی (۱۳۸۷)، راهکارهای مقابله با فساد اقتصادی در ایران با تأکید بر تجربیات کشورهای موفق، تهران: انتشارات موسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد
- علی بی‌تعب و همکاران (۱۳۸۹)، ملزومات افزایش حجم ساخت داخل در پروژه‌ها، چاپ اول، تهران: نشر راهدان
- محمد امامی و کوروش استوار سنگری (۱۳۹۱)، حقوق اداری، جلد دوم، تهران: نشر میزان
- مولائی، آیت (۱۳۹۳)، قراردادهای اداری: مطالعه تطبیقی بسترها، مبانی، ماهیت و اصول، چاپ اول، تهران: نشر میزان

مقالات

- بهرامی، سهراب (۱۳۹۲)، بسترهای وقوع تبانی فساد در مناقصات و راهکارهای مقابله با آن، مجله کارآگاه، دوره دوم، سال ششم، شماره ۲۲، بهار
- سید حسین حسینی و زهرا احمدی (۱۳۹۳)، سیاست جنایی قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست و یکم، شماره ۵، بهار و تابستان
- علی پناهی و لیلا بندری (۱۳۸۲)، ابعاد اقتصادی مناقصات دولتی و ویژگی‌های فرآیند حاکم بر آن‌ها (تجربه جهانی)، مجلس و پژوهش سال ۱۰ شماره ۳۹
- محسنی، فرید (۱۳۹۲)، پیشگیری از فساد اداری با تأکید بر فناوری اطلاعات، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۱، بهار
- منتهی‌نژاد، صادق (۱۳۸۶)، شیوه‌ها و زمینه‌های تبانی در معاملات دولتی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، زمستان

پایان نامه

- صادقیان، حمیدرضا (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی نظام حقوقی معاملات دولتی ایران و انگلستان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

English Resources

Book

- Georghiou, L., Edler, J., Uyarra, E. and Yeow, J. (2014), **Policy instruments for**

public procurement of innovation: Choice, design and assessment, Technological Forecasting and Social Change, 86

- Schooner, S.L.(2002), **Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law**, Procurement Law Review

- Singh, A.(2002), **Competition and competition policy in emerging markets: international and developmental dimensions**. London: Edward Elgar

- Ruttan, V.W.(2006), **Is war necessary for economic growth?** Military Military procurement and technology development. Oxford University Press

Articles

- Acheampong, T., Ashong, M. and Svanikier, V.C.(2016), **An assessment of local-content policies in oil and gas producing countries**. The Journal of World Energy Law & Business, 9(4)

- Bliss Christopher and Rafael Di Tella (1997), **Does Competition Kill Corruption?** Journal of Political Economy, 105:5

- Edquist, C. and Zabala-Iturriagoitia, J.M.(2012), **Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy**, Research policy, 41(10)

- Flynn, A.(2018), **Investigating the implementation of SME-friendly policy in public procurement**. Policy Studies, 39(4)

- Keulemans, S. and Van de Walle, S.(2017), **Cost-effectiveness, domestic favoritism and sustainability in public procurement: A comparative study of public preferences**. International Journal of Public Sector Management, 30(4)

- Kattel, R. and Lember, V.(2010), **Public procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?** Journal of public

- Naegelen, F. and Mougeot, M.(1998), **Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives**, Journal of Public Economics, 67(3) procurement, 10(3)

- Preuss, L.(2011), **On the contribution of public procurement to entrepreneurship and small business policy**. Entrepreneurship & Regional Development, 23(9-10)

- Sennoga, F.(2006), **Examining discriminatory procurement practices in developing countries**, Journal of Public Procurement, 6(3)

- Trybus, Martin(2017), **Improving the Efficiency of Public Procurement System in the Context of the European Union Enlargement Process**, Public Contract Law Journal, vol. 35. No.3 (Spring 2006), In: Hein Online (<http://heinonline.org>)

Documents

- United Nations Office on Drugs and Crime Vienna, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances, Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, UNITED NATIONS, New York, 2013

- UNCITRAL Model Law on Public Procurement, UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNITED NATIONS New York, 2014, (United Nations document, A/66/17, annex I)

- Oecd, G.O.V.(2017), Government at a Glance. Organization For Economic