

## جایگاه تشریفات مناقصه و مزایده در تشکیل قراردادهای دولتی

حمیدرضا صالحی<sup>۱</sup> معصومه اکبرزاده<sup>۲</sup> ایمان دهقانی دهج<sup>۳</sup>

دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۱۰

پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۲۵

### چکیده

دولت در راستای خدمت‌رسانی و انجام وظایف خود ناگزیر از انعقاد قرارداد است. قراردادهای منعقد شده توسط دولت به علت مبالغ قابل توجهی که آن‌ها در مجموع دارند، به واسطه طریقی که دولت آن‌ها را انجام می‌دهد و سیاستی که دولت در قراردادهای دولتی اعمال می‌کند از اهمیت اقتصادی بالایی برخوردار هستند. در این قراردادها نیز مانند هر قرارداد دیگری وجود شرایط عمومی صحت قراردادها ضرورت دارد. علاوه بر شرایط عمومی، ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی رعایت تشریفات مناقصه و مزایده را در قراردادهای دولتی لازم دانسته است. با این وجود، ماهیت این شرایط مشخص نیست. به عبارت دیگر، در مورد این که این شرایط شرط لزوم، صحت یا شرط نفوذ هستند و فقدان آن‌ها قرارداد را با چه وضعیت حقوقی روبرو می‌سازد، ابهام وجود دارد. همین امر موجب شده، اولاً ماهیت قراردادهای دولتی با ابهام مواجه شود؛ ثانیاً سبب شده در مورد این که ایجاب کدام عمل است (فراخوان مناقصه/ مزایده، پیشنهاد قیمت، اعلام برنده یا ابلاغ به برنده به منظور امضای سند) و کدام عمل قبول محسوب می‌شود و در نهایت قرارداد چه زمانی منعقد می‌شود اختلاف نظر به وجود آید. با توجه به سکوت مقنن و فقدان رویه قضایی در مورد تأثیر تشریفات مناقصه و مزایده بر انعقاد قراردادهای دولتی و اختلاف نظر علمای

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور تهران، عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور محلات؛  
salehi\_hamid1202@yahoo.com

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شاهد تهران (نویسنده مسئول)؛  
akbarzadehmasome89@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم؛  
dehghani650@yahoo.com

حقوق، ضرورت مطالعه این امر مبرهن است. در این نوشتار بعد از تبیین نظرات مطرح شده، به تعیین ماهیت و ضمانت اجرای تشریفات مناقصه و مزایده با توجه به مقررات موجود پرداخته شده است. متعاقباً به نقشی که این شرایط در ماهیت قراردادهای دولتی ایفا می‌کنند پرداخته شده و در نهایت با تعیین ایجاب، زمان انعقاد عقد تبیین شده است.

**واژگان کلیدی:** ماهیت مناقصه و مزایده، ضمانت اجرای مناقصه و مزایده، زمان انعقاد قراردادهای دولتی، ماهیت قراردادهای دولتی.

### مقدمه

دولت برای انجام خدمات عمومی و رفع حوائج خود نیازمند انعقاد قرارداد با اشخاص دیگر (اعم از حقیقی و حقوقی) است و حضور او به عنوان یکی از طرفین، قرارداد را به طور کامل از حاکمیت ضوابط حقوق خصوصی خارج نخواهد کرد. قانون مدنی به عنوان قانون حاکم بر قراردادها در ماده ۱۹۰ برای صحت معاملات شرایطی را اساسی دانسته که عبارت است از: ۱. قصد و رضای طرفین؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.

این شرایط اختصاص به قرارداد خاصی ندارند و وجود آنها در تمامی قراردادهای، جز در مواردی که قانون مشخص کرده، الزامی است. علاوه بر این شرایط، قانون برای برخی عقود، وجود شرایط دیگری را ضروری دانسته که در مباحث قانونی مربوط به هر یک از عقود معین به طور جداگانه مطرح شده است. برای مثال در عقود که موجب انتقال منفعت یا حق انتفاع مال به دیگری می‌شود نظیر اجاره (مواد ۴۶۶ و ۴۷۱) و عمری (مواد ۴۱ و ۴۶) این نکته که مورد معامله باید از اموالی باشد که با بقای عین بتوان از آن استفاده کرد مورد تصریح مقنن قرار گرفته است. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۲۳؛ یوسف زاده، ۱۳۹۰: ۱۲۸)

صرف نظر از شرایط مذکور در قانون مدنی که وجود آنها در قراردادهای دولتی نیز مثل سایر قراردادهای لازم است، ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی شرط دیگری را برای انعقاد معاملات دولتی مقرر کرده و آن انجام این معاملات از طریق مناقصه و مزایده است. ضوابط این امر در این قانون، قانون برگزاری مناقصات، آیین‌نامه معاملات دولتی و سایر مقرراتی که برای دستگاه‌های دولتی خاص وضع شده آمده است؛ با این وجود، مقنن در مورد نقشی که این شرایط در تشکیل قراردادهای دولتی دارند ساکت است. به همین دلیل، این سؤال اساسی به ذهن متبادر

می‌شود که این شرایط چه تأثیری بر انعقاد قراردادهای دولتی دارند؟ برای پاسخ‌گویی به این سؤال باید دید، این تشریفات چه ماهیتی دارند و جزء کدام دسته از شروط قرار می‌گیرند؛ شرط لزوم‌اند، شرط صحت‌اند یا شرط نفوذ؟ فقدان این شرایط چه ضمانت اجرایی در پی خواهد داشت؟ ابهام در ماهیت این شرایط سبب شده از یکسو تمیز این که کدام عمل ایجاب، کدام قبول و کدام یک دعوت به معامله محسوب می‌شود، دشوار شود و تشخیص زمان انعقاد عقد را با پیچیدگی‌هایی روبرو سازد. از سوی دیگر، مشخص نبودن ماهیت این شرایط موجب تردید در ماهیت عقد ایجاد شده می‌شود و این سؤال را مطرح می‌سازد که آیا این تشریفات، ماهیت عقود معین را تغییر می‌دهد؟ به عنوان مثال، عقد بیعی که با رعایت تشریفات مناقصه/ مزایده منعقد می‌شود همان ماهیت عقد بیع مذکور در ماده ۳۳۸ قانون مدنی را دارد یا این تشریفات همان‌گونه که برخی از حقوقدانان بر این باورند (علوی و طاهری‌فر، ۱۳۸۹: ۲۱) آن را تبدیل به عقد دیگری می‌سازد.

در این تحقیق جایگاه تشریفات مناقصه و مزایده در تشکیل قراردادهای دولتی در سه گفتار مورد بررسی قرار گرفته است. با توجه به این که تعیین جایگاه این تشریفات بستگی به ماهیت حقوقی آن‌ها دارد، گفتار اول به تبیین ماهیت حقوقی این تشریفات و ضمانت اجرای عدم رعایت آن‌ها اختصاص داده شده است. در گفتار دوم، بحث کارکرد تشریفات مناقصه و مزایده در ماهیت قراردادهای دولتی مطرح شده و گفتار سوم با عنوان بررسی تأثیر تشریفات مناقصه و مزایده بر زمان انعقاد قراردادهای دولتی است. از آن‌جا که علت عمده اختلاف‌نظر نویسندگان در بحث راجع به زمان تشکیل این نوع قراردادها تفاوت آراء در مورد تعیین ایجاب آنهاست، ایجاب در معاملات دولتی تبیین و در خاتمه، زمان انعقاد قراردادهای دولتی تبیین شده است.

### **گفتار اول: ماهیت و ضمانت اجرای تشریفات مناقصه و مزایده**

این گفتار به این موضوع پرداخته است که تشریفات مناقصه و مزایده چه نقشی را در قراردادهای دولتی ایفا می‌کنند؟ به عبارت دیگر، آیا این‌ها جزء ارکان عقد (شرایط صحت) هستند و عدم رعایت آن‌ها موجب بطلان عقد می‌شود یا شرط تأثیر قراردادهای دولتی هستند و فقدان آن‌ها موجب عدم نفوذ عقد می‌شود یا این که لزوم عقد وابسته به وجود آنهاست یا این که هیچ نقشی در این معاملات ندارند و صرفاً در عداد تکالیف مأموران اداری هستند؟ با عنایت به این که تعیین ماهیت و ضمانت

اجرا ارتباط نزدیکی با هم دارند و تعیین ماهیت، نوع ضمانت اجرا را مشخص می‌کند، این دو تحت یک عنوان مطرح شده‌اند. در این گفتار ابتدا نظریاتی که در مورد نقش این تشریفات ارائه شده مورد بررسی قرار گرفته، سپس به نقد و بررسی این نظریات پرداخته شده است.

### الف. نظریات ارائه شده راجع به نقش تشریفات مناقصه و مزایده در قراردادهای دولتی

بسته به نظری که در مورد ماهیت قراردادهای دولتی اتخاذ می‌شود ماهیتی که برای این تشریفات در نظر گرفته می‌شود، متفاوت خواهد بود. اگر قائل به وحدت ماهوی قراردادهای دولتی و قراردادهای حقوق خصوصی و تابعیت آن از همان اصول و قواعد حقوق خصوصی باشیم؛ چون این تشریفات در انعقاد قراردادهای حقوق خصوصی هیچ نقشی ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۱۹). در تشکیل قراردادهای دولتی نیز نمی‌توانند مؤثر باشند بلکه صرفاً تکلیف مأمورین اداری تلقی می‌شوند و عدم رعایت آن‌ها برای مأمور خاطی ایجاد مسئولیت می‌کند و اگر برای آن‌ها ماهیت جداگانه‌ای در نظر بگیریم یا قائل به وجود قواعد خاص علاوه بر آنچه در حقوق خصوصی برای قراردادها وجود دارد باشیم با توجه به الزامی که در رعایت این تشریفات وجود دارد، ممکن است این شرایط را شرط لزوم، شرط صحت یا شرط نفوذ تلقی کنیم. ذیلاً به بررسی این دو نظر پرداخته شده است.

#### ۱. تشریفات مناقصه و مزایده نقشی در تشکیل قراردادهای دولتی ندارند

مطابق این نظر، قراردادهای دولتی همانند قراردادهای خصوصی ناشی از توافق اراده طرفین عقد هستند (معزی، ۱۳۸۰: ۱۳) و دولت در تصدی امور عمومی و اعمالی که در این زمینه انجام می‌دهد با افراد عادی تفاوتی ندارد؛ لذا اصول و قواعد حاکم بر آن نیز همان اصول و قواعد عمومی حاکم بر قراردادهاست و همان‌گونه که برای صحت معاملات میان افراد رعایت شرایط اربعه مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی (۱. قصد طرفین و رضای آن‌ها؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله)، کافی است در معاملات میان دولت و افراد نیز رعایت شرایط چهارگانه مزبور کفایت می‌کند و مقررات و تشریفات دیگری که در قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه معاملات دولتی و دیگر قوانین وضع شده صرفاً به منظور رعایت غبطه و صرفه و صلاح دولت و خزانه عمومی است. (کیائی نژاد، ۱۳۵۲: ۵۹)

بر همین اساس، هرگونه قراردادی که بین دستگاه‌های دولتی و اشخاص منعقد می‌شود هرچند که دستگاه‌های اجرایی مزبور رعایت دستورالعمل‌های مربوطه را نکرده باشند در رابطه بین دولت و اشخاص معتبر است و عدم رعایت دستورالعمل‌های مزبور به اعتبار قرارداد لطمه‌ای وارد نمی‌کند و تنها برای متخلف، حسب مورد، ایجاد مسئولیت انضباطی، مدنی یا کیفری خواهد کرد.

در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۲۸ قانون برنامه و بودجه مصوب ۵۱/۱۲/۱۰ استناد کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «تعهد و پرداخت هرگونه وجهی برای اجرای طرح‌های عمرانی با توجه به ماده ۲۱ این قانون بر اساس قانون محاسبات عمومی و قانون بودجه کل کشور صورت خواهد گرفت. متخلفین از حکم این ماده همچنین اشخاصی که در اجرای طرح‌های عمرانی بدون تأمین اعتبار مبادرت به صدور دستور یا امضای سند یا قرارداد یا قول‌نامه و نظایر آن که دینی بر ذمه دولت ایجاد کند بنمایند، مشمول مجازات مقرر در ماده ۸۵ قانون محاسبات عمومی (که با تصویب قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ مواد ۹۲ و ۹۳ این قانون جایگزین آن شد) خواهند بود».

چنانچه ملاحظه می‌شود این ماده رعایت کلیه تشریفات مقرر در قوانین محاسبات عمومی، بودجه و برنامه و بودجه را برای انعقاد قراردادهای اداری ضروری دانسته و مسئولیت کیفری متخلفین از این تشریفات و مقررات را محرز می‌داند. مع‌الوصف، این ماده در خصوص صحت یا بطلان قراردادهایی که در آن‌ها تشریفات مقرر در قوانین مربوطه رعایت نشده، سکوت اختیار نموده است. بنابراین، سیاق ماده ۲۸ قانون برنامه و بودجه صحت این قراردادها را تأیید می‌کند؛ زیرا با وجودی که مقنن در مقام بیان احکام پیمان‌هایی بوده است که دستگاه‌های اجرایی مغایر قوانین و مقررات مربوط منعقد می‌کنند، لکن بطلان آن‌ها را اعلام نکرده است. به عبارت دیگر، در مقام بیان، سکوت اختیار کرده است. از سوی دیگر، تحقق دین بر ذمه دولت را در این قبیل موارد قطعی دانسته است. (قهرمان، ۱۳۷۱: ۱۳)

## ۲. تشریفات مناقصه و مزایده شرط تشکیل قراردادهای دولتی هستند

مطابق این نظر از آنجا که قراردادهای دولتی ماهیتی متفاوت از قراردادهای موضوع حقوق خصوصی دارند یا دست‌کم قواعد خاصی علاوه بر قواعد عمومی قراردادها بر آن‌ها حاکم هستند. برخلاف حقوق خصوصی که اصل بر رضایی بودن عقود است، رعایت تشریفات مناقصه و مزایده

در تشکیل قراردادهای دولتی مؤثر است؛ اما مسأله قابل بحث این است که ماهیت تشریفات مناقصه و مزایده چیست و مشمول کدامیک از اقسام شرط می‌شود و در نهایت این که فقدان آن‌ها قراردادهای دولتی را با چه وضعیتی مواجه خواهد کرد؟ در خصوص ماهیت و ضمانت اجرای رعایت این شرایط به عنوان شرایطی که در تشکیل معاملات دولتی نقش دارند دو نظر وجود دارد که ذیلاً بررسی شده است.

### ۱-۲. این تشریفات شرط صحت قراردادهای دولتی هستند

عده‌ای معتقدند تشریفات مناقصه و مزایده شرط صحت قراردادهای دولتی است و عدم رعایت آن‌ها موجب بطلان قرارداد می‌شود و در توجیه این نظر می‌گویند: درست است که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت هر معامله چهار شرط اساسی ذکر شده است و معاملاتی که واجد شرایط مذکور باشند صحیح تلقی و اگر فاقد آن باشند باطل محسوب می‌شوند، لیکن باید توجه داشت که میان معاملات منعقد بین افراد و معاملاتی که دولت انجام می‌دهد تفاوت فاحشی وجود دارد؛ زیرا افراد بر حسب آزادی اراده خود و با توجه به این که نسبت به منافع خویش احتیاط کافی و وافی دارند و در انجام معاملات خود احتیاجی به تشریفات و قواعد خاصی ندارند (36 : Sefton-Green, 2005)؛ لذا مقنن رعایت مقررات عمومی را برای صحت معاملات آنان کافی دانسته است لکن در معاملات مربوط به دولت، قانون‌گذار علاوه بر رعایت قواعد عمومی قراردادها، به منظور حفظ منافع و مصالح جامعه و جلوگیری از حیف و میل اموال عمومی، رعایت تشریفات خاصی را ضروری تشخیص داده و متصدیان امور عمومی و اداری را مکلف به اجرای آن نموده است. چنانچه در قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه معاملات دولتی رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در معاملات دولتی الزامی دانسته شده است (کیائی‌نژاد، ۱۳۵۲: ۵۹)؛ بنابر این دلایل، اولاً مقررات مربوطه از جمله قواعد آمره و نظم عمومی به شمار می‌روند و دولت حق ندارد در آن‌ها تغییری دهد یا قراردادی که در آن رعایت تشریفات معاملات دولتی نشده باشد را تنفیذ کند؛ ثانیاً مطابق با اصول کلی صلاحیت و حاکمیت قانون نیز چنین معامله‌ای اساساً باطل است و برای متعاملین ایجاد تعهد نمی‌کند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۳۲۷ و انصاری، ۱۳۸۰: ۱۴۸ و مدنی، ۱۳۸۷: ۲۳۳)؛ ثالثاً، قانون و آیین‌نامه، برخلاف دستورالعمل و بخشنامه‌های اداری

که تنها حاکم بر مأمورین اداره است، جنبه عام و کلی دارد و برای همه افراد اجتماع ایجاد حق و تکلیف می‌نماید و نمی‌توان محدوده اجرای قوانین را منحصر به دستگاه‌های دولتی دانست. این امر رافع مسئولیت و تخلف کارمندان و نمایندگان اداره و سازمان نیست، لکن به خاطر آن که تشریفات در قالب قانون و آیین‌نامه به تصویب مجلس و هیأت دولت رسیده است این قوانین و آیین‌نامه‌ها مسئولیت و حق و تکلیف عام برای همه ایجاد می‌کند. مقررات مناقصه و مزایده هم به دلیل این که جزء قوانین به شمار می‌روند ضمانت اجرای نقض آن‌ها نمی‌تواند تنها تخلف اداری و انضباطی باشد. (شمعی، ۱۳۸۸: ۱۳۸؛ امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۴۴)

## ۲-۲. این تشریفات شرط نفوذ قراردادهای دولتی هستند

بی‌شک، تشریفات مناقصه و مزایده به منظور تأمین مصالح و منافع عمومی است (Schwartz, 1986: 229). حفظ این مصالح و منافع اقتضا دارد که عدم رعایت تشریفات مناقصه و مزایده ضمانت اجرایی بیش از مسئولیت مأمور اداری متخلف به دنبال داشته باشد. به نظر می‌رسد ضمانت اجرای عدم رعایت قوانین امری تنها بطلان نیست بلکه واکنش قانون‌گذار نسبت به عقدی که با تخلف از مقررات امری واقع شده بعضاً بطلان است و گاهی عدم نفوذ (شیرزاده، ۱۳۹۲: ۷۰). از طرفی اقدامی که با تخلف از حدود صلاحیت صورت شود علاوه بر مکافات مأمور خاطی ممکن است به دلایلی با ضمانت اجرای عدم نفوذ مواجه شود. ضمانت اجرای ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی در خصوص رعایت تشریفات مناقصه و مزایده و همچنین وظیفه‌ای که در ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات برای دستگاه‌های دولتی نسبت به رعایت تشریفات مقرر در این قانون تعیین شده است نیز مطابق ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی، عدم نفوذ عقد می‌باشد. ماده ۹۲ چنین مقرر داشته است: «در مواردی که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت درآید، دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف به رد معامله مربوط می‌باشد و در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و همچنین در مورد خدمات انجام‌شده، مکلف به قبول و وجه مورد معامله در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود».

به نظر می‌رسد در این ماده با توجه به این که دستگاه‌های دولتی را در مواردی مکلف به قبول و در مواردی ملزم به رد نموده است، معاملات دولتی که بدون رعایت تشریفات مناقصه و مزایده انجام شود غیرنافذ هستند، لذا به نظر می‌رسد این تشریفات شرط نفوذ معاملات دولتی هستند.

### ب. نقد و بررسی نظریات ارائه شده

اگرچه عدم رعایت تشریفات مناقصه و مزایده موجب مسئولیت مأمورین دولتی متخلف است ولی تنها ضمانت اجرای آن نمی‌تواند باشد. در واقع، حفظ منافع جامعه اقتضا دارد چنین معاملاتی با ضمانت اجرای دیگری روبرو شوند. مضافاً بر این که ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی به این بحث که این تشریفات صرفاً تکلیف مأموران دولتی هستند تا حدودی خاتمه داد و مقرر کرد که عدم رعایت آن دامن‌گیر معامله نیز می‌شود.

اما در مورد این که این تشریفات شرط نفوذ هستند یا شرط صحت، تبیین ماده ۹۲ می‌تواند راهگشا باشد. البته این ماده نیز معاملاتی را که بدون رعایت تشریفات مزایده منعقد می‌شود در بر نمی‌گیرد و از ظاهر ماده چنین برمی‌آید که قانون‌گذار نظر به مناقصه دارد؛ زیرا این ماده چنین مقرر کرده است: «در مواردی که بر اثر ... عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت درآید ...» و می‌دانیم در مواردی که فروش، بدون تشریفات مزایده انجام می‌گیرد مالی به تصرف دولت در نمی‌آید و خدمتی برای او انجام نمی‌شود، به علاوه کلمه «فروشنده» در این ماده نیز مبین همین منظور است. از این رو، بررسی ماهیت و ضمانت اجرای تشریفات مناقصه و مزایده به طور مجزا بهتر خواهد بود.

لازم به ذکر است، در مورد معاملاتی که بدون رعایت تشریفات مناقصه منعقد شده‌اند نیز ماده ۹۲ تنها وضعیت عقد بعد از اجرای قرارداد از سوی طرف مقابل و قبل از اجرای آن از جانب دولت را تعیین کرده و در مواردی که قرارداد از سوی طرفین به طور کامل اجرا شده و همچنین در مواردی که قرارداد هنوز اجرا نشده تکلیفی مقرر نکرده است. اگرچه با توجه به اهمیت این تشریفات بهتر این بود که قانون، وضعیت قراردادهایی که بدون رعایت این تشریفات منعقد می‌شوند را مشخص می‌کرد. به هر حال، در این تحقیق سعی بر این است تا با توجه به ملاک



ماده ۹۲ و همچنین اصول حاکم بر قراردادهای دولتی به تبیین ماهیت این تشریفات و در نتیجه تعیین وضعیت قراردادهایی که بدون رعایت این تشریفات تشکیل می‌شوند پرداخته شود.

### ۱. مناقصه

ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی چنین مقرر داشته است: «در مواردی که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت درآید، دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف به رد معاملهٔ مربوط می‌باشد و در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و همچنین در مورد خدمات انجام شده، مکلف به قبول و وجه مورد معامله در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود.»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود با توجه به بخش اول ماده «در مواردی که ... خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت درآید» و نیز قسمت دوم ماده که صحبت از پرداخت وجه قراردادی در حدود اعتبارات موجود یا سال بعد است، پیداست که این ماده تنها نظر به وضعیتی دارد که قرارداد از سوی طرف مقابل اجرا شده در حالی که دستگاه دولتی هنوز به تعهدات قراردادی خود عمل نکرده است. به همین خاطر، ابتدا این فرض مطرح شده و متعاقباً با توجه به حکم این ماده، تکلیف سایر فروض مورد مطالعه قرار گرفته است.

#### ۱-۱. زمانی که قرارداد تنها از سوی طرف مقابل اجرا شده باشد.

همان‌طور که بیان شد این فرض شامل آن دسته از قراردادهای دولتی است که بدون رعایت تشریفات مناقصه منعقد شده است و طرف مقابل، بر مبنای آن، تعهدات خود را اجرا می‌کند در حالی که دولت هنوز به تکالیف قراردادی خود عمل نکرده است.

اگرچه ظاهر ماده ۹۲ با ذکر عباراتی چون «رد» و «قبول» در بخش اول و دوم ماده و مواردی که دستگاه اجرایی تکلیف به رد معامله دارد همچنین مواردی که مکلف به قبول است، عدم نفوذ چنین معاملاتی را به ذهن متبادر می‌سازد؛ مع‌الوصف با مطالعه دقیق این ماده مبرهن می‌شود که قانون‌گذار این کلمات را در معنای اصطلاحی خود در حقوق خصوصی که به معنای رد و تنفیذ معامله غیرنافذ است، استفاده نکرده است. در غیر این صورت، بخشی از صدر ماده با

قسمت نهایی آن دچار تناقض غیرمعمولی خواهد شد، به این معنا که اگر ما در قسمت نخست ماده «رد» را به معنای رد معامله غیرنافذ و در قسمت دوم «قبول» را به معنای تنفیذ آن بدانیم، نتیجه این می‌شود که قانون‌گذار در یک ماده بدون هیچ دلیلی برای یک موضوع دو حکم متفاوت وضع کرده است؛ زیرا بخش نخست ماده مقرر می‌دارد: «در مواردی که بر اثر ... عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود ... دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف به رد معامله مربوطه می‌باشد ...» و در بخش دوم بیان کرده است: «هم‌چنین در مورد خدمات انجام شده مکلف به قبول [است]». همان‌طور که ملاحظه می‌شود با فرض این که «رد» و «قبول» را در معنای متداول آن‌ها بدانیم در این ماده قانون‌گذار برای «خدمات انجام‌شده» دستگاه اجرایی را هم مکلف به رد و هم مکلف به قبول دانسته است که این امر عقلاً ممتنع است.

به نظر می‌رسد «رد» در این ماده به معنای اعلام بطلان است. این که مقنن در ماده ۹۲ دستگاه دولتی را مکلف کرده تا معامله‌ای را که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون منعقد شده است و موجب انجام خدمت یا تصرف مال به نفع دولت می‌شود را رد کند بدین معناست که بطلان چنین معامله‌ای را به طور ضمنی پذیرفته است؛ زیرا رد معامله به قرینۀ قسمت دوم ماده که دستگاه دولتی را تنها به پرداخت وجه قراردادی به عنوان اجرت‌المثل ملزم کرده است و نه چیز دیگر، به معنای نفی تمام آثار و به عبارت دیگر، بطلان آن است. در قسمت دوم ماده هم این که دستگاه دولتی در مواردی که عین مورد معامله قابل استرداد نیست یا فروشنده از قبول امتناع می‌ورزد و هم‌چنین در مورد خدمات انجام شده ملزم به قبول می‌شود، این قبول نه به معنای پذیرش معامله بلکه به معنای قبول موضوع معامله یعنی عین به تصرف در آمده و خدمت انجام شده است. به عبارت دیگر، از آن‌جا که دولت بدون سبب از عمل دیگری بهره برده یا مالی به تصرف او درآمده که مستحق آن نبوده است قانون باید از این استفاده بدون جهت او جلوگیری کند و به کسی که به زیان او استفاده نامشروع صورت گرفته است اجازه دهد تا آن‌چه را به ناحق از دست داده است در پناه قانون بازستاند. بدین ترتیب ماده ۹۲، دستگاه دولتی را مکلف به پرداخت اجرت‌المثل آن‌چه به دست آورده است در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد می‌نماید و برای این که طرف مقابل که ندانسته وارد معامله با دستگاه دولتی شده و با حسن نیت به اجرای آن پرداخته متضرر نشود، اجرت‌المثل را برابر همان وجه قراردادی

تعیین کرده است. بنابراین، طرف مقابل به استناد این ماده تنها می‌تواند وجه قراردادی را مطالبه کند و تقاضای انجام سایر تعهدات قراردادی بعید به نظر می‌رسد (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۶۰۵).

مسأله قابل بحث در این ماده، امتناع فروشنده از قبول عین فروخته شده است. برابر قواعد عمومی قراردادها در مواردی که عقد مبنای مالکیت باطل است، آنچه در نتیجه چنین عقدی تصرف می‌شود مقبوض به عقد فاسد است و مطابق ماده ۳۶۶ ق.م.ا.حکام غصب در مورد آن جاری می‌شود به این معنا که متصرف تا زمان استرداد ضامن عین و منافع آن خواهد بود و در صورتی که عین را مسترد کند طرف مقابل نمی‌تواند از قبول خودداری نماید در غیر این صورت، متصرف در قبال آن مسئولیتی نخواهد داشت (اکرمی ابرقویی، ۱۳۹۳؛ ابراهیمی، ۱۳۸۰: ۲۱)؛ این در حالی است که در ماده ۹۲ با ذکر عبارت «... در صورتی رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد ... مکلف به قبول [است] ...» مقنن به طور ضمنی پذیرفته است که فروشنده می‌تواند از قبول عین فروخته شده در فرض بطلان قرارداد به موجب همین ماده امتناع ورزد.

حال، سؤال این است که چرا فروشنده می‌تواند از قبول آنچه به موجب یک عقد باطل فروخته خودداری کند؟ به نظر می‌رسد، قانونگذار از یک طرف می‌خواهد چنین فروشنده‌ای زیان نبیند و از طرف دیگر، معامله‌ای که با بی‌توجهی به مقررات آمره تنظیم شده است بدون ضمانت اجرا باقی نماند. بنابراین، معامله‌ای را که بدون رعایت تشریفات مناقصه صورت گرفته است، باطل می‌داند و دستگاه دولتی را به رد آنچه که بر اثر چنین قراردادی به دست آورده است مکلف می‌کند؛ اما در مواردی که فروشنده از قبول آنچه که به موجب چنین معامله‌ای فروخته امتناع نماید دستگاه دولتی را ملزم به قبول مورد معامله می‌کند و در این موارد، پذیرش مورد معامله به معنای تنفیذ معامله قبلی نیست؛ زیرا حکم معامله اولیه بنا بر قسمت نخست ماده به طور مطلق بیان شده است لذا این قبول خود مبنای معامله‌ای جدید است که مبیع آن عین مورد تصرف و ثمن آن وجهی است که در حدود اعتبارات موجود یا سال بعد پرداخت می‌شود.

#### ۱-۲. زمانی که طرفین به تمامی تعهدات قراردادی خود عمل کرده باشند.

بحثی که شایسته است در این جا شایسته طرح است، وضعیت معاملاتی است که بدون رعایت مقررات صورت گرفته و خاتمه یافته است. سؤال اینجاست که چنین معاملاتی چه وضعیتی دارند؟

اگرچه قسمت دوم ماده ۹۲ حکم این ماده را منصرف به موردی کرده که تعهدات قراردادی از سوی طرف مقابل اجرا شده و دولت هنوز به وظایف قراردادی خود عمل نکرده است؛ اما می‌توان از حکم این ماده در مواردی نیز که طرفین به تمامی تعهدات قراردادی خود عمل کرده باشند استفاده کرد و معاملات دولتی را در چنین حالتی هم باطل دانست و دستگاه دولتی را مکلف به رد چنین قراردادی نمود؛ زیرا در این مورد نیز در اثر عدم رعایت مقررات قانون محاسبات عمومی، مال به تصرف دولت درآمده و خدمتی برای او انجام شده؛ بنابراین چون علت در هر دو فرض یکسان است می‌توان حکم فرض پیشین را در این مورد هم جاری دانست. بدین ترتیب، اگر در اثر عدم رعایت تشریفات مقرر در این قانون، قراردادی منعقد شده و مالی به تصرف دولت درآمده که عیناً قابل استرداد باشد و فروشنده بپذیرد، دستگاه دولتی مکلف به رد عین و فروشنده ملزم به رد عوضی است که دریافت کرده (البته در این مورد باید ترتیبی اندیشیده شود که قبل از استرداد عین موضوع معامله، وجه پرداختی مسترد شود)، و در صورتی که عین مورد معامله قابل استرداد نیست یا فروشنده از گرفتن امتناع دارد، هم‌چنین در مورد خدمات انجام شده با توجه به حکم قسمت دوم ماده چون اجرت‌المثل معادل وجه مورد معامله است و فروشنده آن را دریافت داشته است باید قائل به نوعی تهاتر و اسقاط تعهدات طرفین در این مورد بود.

### ۱-۳. زمانی که قرارداد از جانب هیچ کدام از متعاملین اجرا نشده باشد.

حکم ماده ۹۲ در مورد تعهداتی است که به اجرا درآمده ولی در مورد معاملاتی که منعقد شده و هنوز اجرا نشده چیزی مقرر نکرده است. در این مورد باید گفت وقتی معامله‌ای که بدون رعایت تشریفات لازم منعقد و اجرا شده محکوم به بطلان است، به طریق اولی، معامله‌ای را که بدون رعایت این قانون منعقد شده و هنوز اجرا نشده است، نمی‌توان صحیح دانست. حفظ مصالح عمومی و رعایت اصل رقابت و تساوی سایر اشخاص در این مورد نیز مستلزم چنین حکمی است. این حکم در موردی که وجهی از طرف دولت پرداخت شده ولی مالی به تصرف او در نیامده یا خدمتی انجام نشده نیز جاری است.

## ۲. مزایده

در مورد مزایده هم تکلیفی در قانون محاسبات عمومی مشخص نشده و آنچه بیان شده در مورد مناقصه است. در مورد مزایده اولاً با توجه به لحن آمانه ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی که مقرر می‌دارد: «معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره استیجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید حسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود...» و از آن‌جا که امر، حقیقت در وجوب و الزام دارد، نقض چنین حکم آمرانه‌ای نمی‌تواند بدون ضمانت اجرا باشد. ثانیاً اختلاف بین مزایده و مناقصه اعتباری است و این دو تأسیس حقوقی بسیار به هم شبیه هستند به همین دلیل، قیاس در این موارد می‌تواند راهگشا باشد. ثالثاً در اکثر آیین‌نامه‌های معاملاتی شرکت‌های دولتی و حتی قانون محاسبات عمومی، ابتدا شرایط و آثار مناقصه بیان شده و در بحث مزایده، جز در موارد اختصاصی، به شرایط و آثار مناقصه ارجاع داده شده است همانند جریان شرایط و آثار برات در سفته و چک؛ بنابراین دلایل حکم ماده ۹۲ در مورد مزایده هم قابلیت اجرا دارد و معاملاتی که بدون رعایت تشریفات مزایده منعقد می‌شوند باطل خواهند بود. از این رو، آنچه که به موجب چنین معامله‌ای واگذار شده است باید به دولت بازگردانده شود و اگر قابلیت استرداد نداشته باشد یا خریدار از استرداد خودداری کند ملزم به پرداخت وجه قرارداد خواهد بود.

البته آنچه گفته شد مانع از تعقیبات قانونی مأمور متخلف نیست (قسمت اخیر ماده ۹۲). ماده ۹۳ قانون محاسبات عمومی این قبیل تخلفات را در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی دانسته است. این تخلفات علاوه بر این که مجازات انتظامی و اداری مطابق ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات کشور را به دنبال دارد مستلزم مجازات کیفری متخلف نیز خواهد بود. در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ برای تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی مجازات «تا ۷۴ ضربه شلاق» تعیین شده است.

### گفتار دوم: تأثیر تشریفات مناقصه و مزایده بر ماهیت قراردادهای دولتی

یکی از ابهامات موجود در رابطه با قراردادهای دولتی تأثیر تشریفات مناقصه و مزایده بر ماهیت این قراردادهاست. به عبارت دیگر، مسأله‌ای که در این خصوص مطرح می‌باشد این است که آیا

تشریفات مناقصه و مزایده سبب می‌شود که برای مثال بیعی که ضمن مزایده یا مناقصه انجام می‌شود ماهیت خاصی غیر از آنچه در ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیان شده است پیدا نماید؟ آیا شرایط یا اثر خاصی وجود دارد که این دو را از هم متمایز نماید؟

برخی از نویسندگان، ماهیت مزایده را نوعی عقد بیع تشریفاتی دانسته و برای آن ویژگی‌هایی بر شمرده‌اند از جمله: تملیکی بودن؛ زیرا با ایجاب و قبول مالکیت مال مورد مزایده به خریدار منتقل می‌شود. معوض بودن؛ زیرا مال مورد مزایده، مبیع، و قیمت پیشنهادی خریدار برنده، ثمن آن است. لازم بودن؛ چون طرفین را پایبند و ملزم به عقد می‌نماید و مشخص بودن موضوع معامله. (علوی و طاهری فر، ۱۳۸۹: ۲۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۶۴۰)

به نظر می‌رسد این تعریف صحیح نباشد. چنان که از تعریفی که در بند (الف) ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات در مورد مناقصه شده استنباط می‌شود این تشریفات ماهیت قراردادی ندارند بلکه صرفاً فرایندی برای انتخاب طرف معامله‌ای که مناسب‌ترین پیشنهاد را ارائه کرده می‌باشند، هر چند که در این بین یک قرارداد مقدماتی میان مناقصه‌گر یا مزایده‌گر و دستگاه دولتی منعقد می‌شود، ولی مناقصه و مزایده، نه آن قرارداد اصلی و نه این قرارداد مقدماتی است؛ زیرا قرارداد اصلی بعد از اتمام این تشریفات بسته می‌شود و قرارداد مقدماتی در جریان آن و تمام تشریفات مناقصه و مزایده نمی‌باشد. مناقصه شامل مراحل است که در ماده ۹ قانون برگزاری مناقصات آمده است و شامل: تأمین منابع مالی، تعیین نوع مناقصه در معاملات بزرگ، تهیه اسناد، ارزیابی کیفی مناقصه‌گران در صورت لزوم، فراخوان مناقصه، ارزیابی پیشنهادها، تعیین برنده و انعقاد قرارداد می‌باشد. در مورد مزایده هم فرایند همین گونه است منتهی با تشریفات محدودتر. از این رو، این تشریفات حتی قبل از انتشار آگهی جریان دارد و تا زمان انعقاد قرارداد ادامه می‌یابد.

دولت مانند هر شخص دیگری برای تأمین نیازهای خود به عنوان یک شخص حقوقی و تأمین نیازهای اجتماعی به عنوان متصدی آن، اقدام به انعقاد قراردادهایی می‌نماید. این قراردادها گاهی همان قراردادهایی است که در حقوق خصوصی منعقد می‌شود؛ یعنی بیع، اجاره و ... و گاهی دیگر، قراردادهایی است که به خاطر تسلط دولت بر اموال عمومی تشکیل می‌شود و مشابهی در حقوق خصوصی ندارد؛ مثل قراردادهای امتیاز و عاملیت. البته چون ماهیت این‌ها قراردادی است که از همان اصول کلی حقوق خصوصی تبعیت می‌کنند. در هر حال، دولت ملزم

به رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در انعقاد هر دو نوع این قراردادها است ولی رعایت این تشریفات هیچ تأثیری در ماهیت این گونه قراردادها ندارد. به عبارت دیگر، اگرچه عدم رعایت این تشریفات، قرارداد را با ضمانت اجرای بطلان روبرو می‌سازد ولی رعایت آن‌ها تغییری در ماهیت قراردادها ایجاد نمی‌کند. بیعی که توسط دولت و با رعایت تشریفات مناقصه و مزایده منعقد می‌شود همان ماهیت بیع مذکور در ماده ۳۳۸ ق.م. (تملیک عین به عوض معلوم) را دارد با همان شرایط و آثار. همچنین است سایر قراردادهایی که توسط دستگاه‌های اجرایی منعقد می‌شوند. لازم به ذکر است، اگرچه وجود این تشریفات، تغییری در ماهیت این گونه قراردادها نمی‌دهد؛ اما همان‌طور که در گفتار اول ذکر شد، این تشریفات شرط صحت قراردادهای دولتی هستند و عدم رعایت آن‌ها قرارداد را با ضمانت اجرای بطلان روبرو می‌سازد؛ بنابراین، برخلاف قراردادهای مدنی که اصل بر رضایی بودن آنهاست معاملات دولتی، قراردادهایی تشریفاتی هستند.

#### **گفتار سوم: بررسی تأثیر تشریفات مناقصه و مزایده بر زمان انعقاد قراردادهای دولتی**

تحقق ماهیت عقد مانند پیدایش ماهیت هر موجود با دو بعد زمان و مکان محدود می‌شود. لذا زمان و مکان تشکیل عقد از مختصات اصلی آن است که تعیین آن‌ها نتایج حقوقی متعددی را در بر دارد و قراردادهای دولتی از این قاعده مستثنی نیستند. تعیین زمان تشکیل قرارداد از دو لحاظ اهمیت دارد: اولاً، برای تشخیص مبدأ جریان آثار عقد؛ دوماً، تعیین قانون حاکم بر عقد و روابط طرفین.

تعیین مکان تشکیل عقد نیز از دو جهت اهمیت دارد: اولاً، تشخیص قانون حاکم بر عقد و روابط طرفین؛ دوماً، تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات قراردادی طرفین (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۵۲). از آن‌جا که با تعیین زمان تشکیل عقد، تشخیص مکان آن نیز به راحتی امکان‌پذیر است، این گفتار به تعیین زمان انعقاد عقد اختصاص یافته است.

همان‌طور که بیان شد، یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی، الزامی بودن رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در انعقاد آن‌ها است. رعایت این تشریفات در معاملات دولتی موجب شده که در مورد زمان انعقاد قرارداد اختلاف‌نظر وجود داشته باشد. علت عمده این تفاوت آراء هم اختلاف در تشخیص ایجاب است. به گونه‌ای که هر کدام از نویسندگان یکی از مراحل مناقصه یا مزایده تا

انعقاد قرارداد را ایجاب می‌دانند. به همین دلیل به نظر می‌رسد در وهله اول، باید ایجاب تعریف و ویژگی‌های آن بیان شود و در نهایت این مباحث با مناقصه و مزایده تطبیق داده شود.

### الف. تعریف ایجاب و شرایط تحقق آن

میرهن است که قراردادها از تلاقی حداقل دو اراده به وجود می‌آیند. از آن‌جا که فعالیت اراده در انشای عقد، یک حرکت روانی و درونی است و تحقق آن ذاتاً همراه بروز خارجی نیست؛ لذا در صورتی که فعالیت اراده یکی از دو طرف به وسیله‌ای ابراز نشود، آگاهی بر آن برای طرف دیگر، به منظور انجام همکاری و نیز اثبات آن، عادتاً ممکن نخواهد بود. از این رو، اعلام اراده انشایی و اظهار آن در خارج، شرط تأثیر و خلاقیت آن اراده شده است. (Stone, 2002:145) به همین دلیل، ایجاب و قبول، اعلام اراده‌ای است که به اعتبار تقدم و تأخر آن ایجاب و قبول نامیده می‌شود. از آن‌جا که اختلاف در زمان انعقاد قراردادهای دولتی به خاطر تفاوت نظر در مورد ایجاب است ذیلاً به بررسی شرایط تحقق ایجاب پرداخته و از بحث در مورد قبول صرف نظر می‌شود.

ایجاب به عنوان یکی از ارکان عقد، برای تحقق باید شرایط و خصوصیتی داشته باشد که اگر یکی از این ویژگی‌ها برای پیشنهادی که شخص ارائه می‌دهد، وجود نداشته باشد، ایجاب تلقی نمی‌شود. (Corbin, 1917:196) قاطعیت، کمال، مشخص بودن و تنجیز ایجاب، اوصافی است که باعث اطلاق عنوان ایجاب به پیشنهاد مخاطب می‌شود. ذیلاً به طور مختصر به بررسی این شرایط پرداخته شده است.

#### ۱. قاطعیت و جدیت ایجاب

پیشنهاد، وقتی عنوان ایجاب می‌یابد که پیشنهادکننده قصد التزام نسبت به محتوای آن را در فرض قبول مخاطب داشته باشد. (Anson, 1957: 28) به تعبیر دیگر، باید قصد انشا داشته باشد. قصد انشا از شرایط لازم برای پیشنهاددهنده محسوب می‌شود و فقدان آن، به انعقاد عقد منتهی نمی‌شود و سبب بطلان است (Mik, 2007: 122 Curtis, 1922: 41) Mengis (74: 1984) قانون مدنی در ماده ۱۹۵ معامله مست، بی‌هوش و فرد خواب را به لحاظ فقدان قصد، باطل اعلام کرده است. همچنین در ماده ۱۰۷۰ فقدان قصد را در زوجین سبب بطلان عقد نکاح دانسته است.



## ۲. کامل بودن ایجاب

برای صدور ایجاب و به تبع آن انعقاد عقد، وجود ارکان اساسی عقد در ایجاب ضروری است و این ارکان در هر عقدی ممکن است در مقایسه با عقد دیگری متفاوت باشد؛ برای مثال، موضوع عقد بیع عبارت است از مبیع و ثمن. موضوع عقد اجاره، عین مستأجره، مدت و اجاره بها می باشد و در عقد نکاح که اساس آن، تشکیل خانواده و اتحاد زن و شوهر است؛ شخصیت زن و شوهر رکن اصلی عقد محسوب می شود، هر چند به طور معمول توافقی نیز در باب مهر انجام می شود. با این وصف، ایجاب زمانی کامل است که دربردارنده تمام ارکان اصلی عقد موردنظر باشد.

## ۳. مشخص بودن ایجاب

یکی دیگر از ویژگی های لازم برای اعتبار و نفوذ ایجاب، مشخص بودن آن است. مشخص بودن ایجاب ناظر بر عدم ابهام در نوع عقد و موضوع آن و عدم تردید بین دو چیز می باشد. (Mik, 2007: 122, Curtis, 1922: 41, Mengis, 1984: 74) بنابراین با ویژگی قبلی متفاوت است. ویژگی کامل بودن ناظر به این امر بود که ایجاب باید تمام ارکان اصلی و اساسی عقد را در برگیرد ولی ویژگی مشخص بودن ناظر به معلوم و معین بودن این ارکان اصلی است به گونه ای که هیچ ابهام و تردیدی در آنها نباشد. همچنین طرفین باید بدانند چه معامله ای می کنند؛ زیرا آثار حقوقی ناشی از هر قراردادی متفاوت از دیگری است.

## ۴. تنجیز ایجاب

قطعی و منجز بودن ایجاب یعنی این که اگر شخصی ایجابی را به طرف مقابل ارائه نمود و او نیز آن را قبول کرد، عقد بدون دخالت هیچ امر دیگری منعقد شود. لذا اگر تحقق عقد منوط به امر دیگری شود، به طوری که تا وقتی آن امر انجام نگیرد عقد، منعقد نشود؛ منافی تنجیز ایجاب می باشد. (Mik, 2007:122, Curtis, 1922:41 Mengis, 1984: 74) قانون مدنی ایران به طور ضمنی صحت عقد معلق (به نحو تعلیق در منشا) را پذیرفته و در ماده ۱۸۴ ق.م در مقام احصای عقود، عقد معلق و منجز را در شمار عقود صحیح ذکر کرده است. بالتبع، اگر گوینده ایجاب، ایجاب خود را مشروط به شرط تعلیقی نماید، ایجاب صحیح خواهد بود و با وجود سایر شرایط، صلاحیت انعقاد عقد را خواهد داشت. با این وجود، دو عقد ضمان و نکاح را باید از این

قاعده استثنا کرد؛ زیرا قانون مدنی به صراحت در مواد ۶۹۹ و ۱۰۶۸ بطلان ضمان و نکاح معلق را اعلام کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۶-۱۳۷)

### ب. تبیین ایجاب و زمان انعقاد قراردادهای دولتی

تشخیص ایجاب در معاملات با پیچیدگی‌هایی همراه است. در مورد معاملات دولتی این مسأله پیچیدگی‌های بیشتری دارد؛ زیرا در معاملات دولتی با توجه به قانون محاسبات عمومی، رعایت تشریفات مناقصه و مزایده الزامی است. به عبارت دیگر، از زمان شروع این تشریفات تا زمان امضای قرارداد سه مرحله طی می‌شود: اول: آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ دوم: پیشنهاد قیمت مناقصه‌گران و مزایده‌گران؛ سوم: امضای قرارداد.

برای اینکه بدانیم قرارداد چه زمانی منعقد می‌شود باید دید کدام یک از این اعمال، ایجاب محسوب می‌شود و با پذیرش آن عقد منعقد می‌شود. لازم به ذکر است آن‌چه که در اینجا از آن بحث می‌شود در مورد مزایده و مناقصه عمده است و چون مناقصه و مزایده جزئی و متوسط نیاز به انتشار آگهی فراخوان ندارد؛ بالتبع، تشخیص ایجاب و قبول با دشواری خاصی مواجه نیست به همین دلیل از بحث در مورد آن‌ها اجتناب می‌شود.

از آن‌جا که آگهی مزایده یا مناقصه حاوی تمام عناصر قرارداد نیست و بهای کالا یا خدمات مورد مزایده یا مناقصه به عنوان یکی از عناصر اصلی قرارداد در فراخوان مزایده یا مناقصه مشخص نیست؛ بنابراین ایجاب دارای وصف کمال نبوده و قابلیت انعقاد قرارداد را ندارد. به علاوه، فراخوان مناقصه یا مزایده یک پیشنهاد قطعی نیست، یعنی مناقصه‌گزار یا مزایده‌گزار نمی‌خواهد که با تعیین برنده خودبه‌خود قرارداد منعقد شود؛ در واقع بر خلاف این عقیده که بعد از تعیین شدن برنده عقد را تمام شده می‌دانند (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴: ۳۳۷؛ کیانی، ۱۳۹۰: ۴۸). به نظر می‌رسد که در اینجا، سازمان مربوطه پیشنهادهای ارائه‌شده را ارزیابی می‌کند و اگر بالاترین پیشنهاد را مقرون به صرفه ببیند، معامله را منعقد خواهد کرد. در بیشتر این آگهی‌ها هم اختیار اعلام‌کننده در رد یا قبول پیشنهادهای شرط می‌شود. این اختیار در مورد مزایده‌ها مطابق بند چهار ماده ۱۰ آیین‌نامه معاملات دولتی جزء مقررات اداری محسوب می‌شود و عدم ذکر آن در

آگهی هم مانع استفاده از آن نیست. بنابراین، مطابق این ماده، اعلان مزایده ک ایجاب قاطع نیست؛ زیرا اداره در رد یا قبول هر یک یا همه پیشنهادها مختار است .

در مورد مناقصات هرچند رویه فعلی این چنین است که در آگهی‌ها این اختیار (اختیار رد یا قبول هر یک یا همه‌ی پیشنهاد) ذکر می‌شود ولی در قانون برگزاری مناقصات، چنین حقی برای ادارات دولتی پیش‌بینی نشده است. البته این بدین معنا نیست که قانون‌گذار بخواهد آگهی مناقصه را ایجاب تلقی کند؛ زیرا در این قانون اولاً در بند (ط) ماده ۲ صراحتاً پیشنهاد قیمت، ایجاب دانسته شده، نه انتشار آگهی، ثانیاً در ماده ۲۱ صحبت از انعقاد قرارداد با برنده مناقصه است که در صورتی که آگهی مناقصه ایجاب باشد و با تعیین برنده، قرارداد منعقد شود، انعقاد قرارداد، بعد از تعیین برنده معنا پیدا نمی‌کند.

در واقع، قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه معاملات دولتی پیشنهاد قیمت را هم ایجاب معامله اصلی نمی‌دانند؛ زیرا اگر پیشنهاد قیمت ایجاب محسوب می‌شد در ماده ۲۱ قانون برگزاری مناقصات و ماده ۲۷ آیین‌نامه معاملات دولتی مقرر نمی‌شد که در صورتی برنده برای انجام معامله حاضر نشود، سپرده او به نفع دستگاه اجرایی ضبط خواهد شد، بلکه باید می‌گفت: «اگر از ایجاب خود عدول کند سپرده شرکت در مناقصه/ مزایده‌ی او ضبط خواهد شد». مضافاً بر این که مبرهن است که بین عدول از ایجاب و امتناع از انجام قرارداد تفاوت وجود دارد؛ زیرا ایجاب اعلام انشا منوط به قبول است که با انضمام قبول تبدیل به قرارداد می‌شود و از بین بردن آن (ایجاب) باز هم نیازمند اراده‌ی او خواهد بود. بنابراین اگر قبل از این که از اراده خود برگردد قبول تحقق یابد قرارداد منعقد شده است؛ لذا در این صورت دیگر عدول از ایجاب معنا پیدا نمی‌کند. اما امتناع از انعقاد قرارداد یک عمل انفعالی است یعنی برای امتناع از قرارداد لازم نیست طرف کاری انجام دهد و همین عدم حضور او کافی است. به همین دلیل اگر پیشنهاد قیمت ایجاب محسوب می‌شد، کافی بود که اداره قبول خود را به او اعلام کند تا قرارداد منعقد شود و ابلاغ نتیجه به منظور حضور جهت انعقاد قرارداد بی‌معنا بود. بنابراین پیشنهاد قیمت نیز نمی‌تواند مطابق این قوانین ایجاب محسوب شود.

اگرچه در قراردادهای موضوع حقوق خصوصی جز در موارد استثنایی (مثل انتقال املاک ثبت شده که مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت باید به وسیله سند رسمی انجام شود) اصل بر رضایی بودن است و قرارداد به صرف اراده و بدون نیاز به هیچ‌گونه تشریفات دیگری منعقد می‌شود؛ اما یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی رعایت تشریفات در آنهاست. یکی از این تشریفات، کتبی بودن قراردادهاست. این ویژگی از آیین‌نامه معاملات دولتی و قانون برگزاری مناقصات قابل استنباط است.

در آیین‌نامه معاملات دولتی که در حال حاضر صرفاً در مورد مزایده لازم‌الاجراست در ماده ۳۰ چنین مقرر شده است: «در معاملاتی که تحویل مورد معامله در مهلت مقرر در ماده ۲۷ (هفت روز کاری) این آیین‌نامه میسر نباشد باید قرارداد منعقد شود». مسلماً مفهوم مخالف این ماده موردنظر قانون‌گذار نیست؛ بنابراین به نظر می‌رسد منظور از این ماده تنظیم و امضای قرارداد کتبی است. از این‌رو در معاملاتی که ظرف هفت روز تحویل کالا میسر باشد قرارداد کتبی منعقد نمی‌شود و با پیشنهاد قیمت و اعلام برنده (به عنوان قبول) معامله منعقد می‌شود. به همین خاطر در مورد این قبیل قراردادها زمان اعلام برنده، زمان انعقاد قرارداد است. در مورد معاملاتی که ظرف هفت روز تحویل کالا ممکن نیست باید بین طرفین، قرارداد کتبی منعقد شود و از همین زمان است که تملیک و تملک حاصل می‌شود. لذا این که در ماده ۲۷ مقرر می‌شود که اگر برنده مزایده از تاریخ ابلاغ نتیجه مزایده ظرف مدت هفت روز به استثنای ایام تعطیل نسبت به انجام معامله حاضر نشود سپرده شرکت در مزایده او ضبط می‌شود، ناظر به همین قرارداد کتبی است.

در قانون برگزاری مناقصات هم معاملات دولتی باید به وسیله قرارداد کتبی منعقد شوند؛ زیرا این قانون در مورد معاملات متوسط در بند (ب) ماده ۱۱ مقرر داشته است: «در معاملات متوسط، کارپرداز یا مأمور خرید ... معامله را با عقد قرارداد یا اخذ فاکتور انجام دهد ...». اینکه در این ماده اخذ فاکتور در کنار عقد قرارداد به عنوان جایگزین اختیاری آن آمده، نشان از این است که این قانون نیز قرارداد را به صورت کتبی مدنظر دارد. از این‌رو، این که در ماده ۲۱ در بند (الف) و (ب) مقرر می‌دارد که قرارداد با برنده مناقصه باید پیش از پایان مدت اعتبار پیشنهادها و در مهلت تعیین شده در اسناد، منعقد شود و ضمانت اجرای امتناع از آن را ضبط تضمین در مناقصه تعیین

کرده منظور همان قرارداد کتبی است که یک طرف آن دستگاه مناقصه‌گزار و طرف دیگر آن برنده مناقصه است.

از آن‌چه گفته شد چنین بر می‌آید که هم قانون برگزاری مناقصات و هم آیین‌نامه معاملات دولتی کتبی بودن قرارداد را یکی از شرایط انعقاد آن می‌دانند. بنابراین قرارداد در این معاملات زمانی منعقد می‌شود که این شرط (کتبی بودن) نیز محقق شود. در نتیجه زمان انعقاد قرارداد، زمان امضای قرارداد به عنوان آخرین جزء سند است و پیش از آن توافقات طرفین، اعتبار قرارداد اصلی را ندارد.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

۱. قراردادهای دولتی دارای خصائصی هستند که از جمله آن‌ها تشریفات بودن این قراردادهاست. عمده‌ترین این تشریفات، مناقصه و مزایده است که رعایت آن در اکثر قراردادهای دولتی الزامی است. اگرچه عدم رعایت این تشریفات موجب مسئولیت مأمورین دولتی متخلف است ولی تنها ضمانت اجرای آن این نیست و حفظ منافع جامعه اقتضا دارد معاملاتی که بدون رعایت این تشریفات منعقد شوند دارای ضمانت اجرای دیگری باشند. قانون‌گذار در مورد نقشی که این تشریفات در تشکیل معاملات دولتی دارند و ضمانت اجرای عدم رعایت آن‌ها ساکت است. این امر یکی از نقایص موجود در قوانین فعلی است که امید است توسط مقنن مورد توجه قرار گیرد و اقدامی برای رفع آن انجام شود؛ زیرا بسیاری از معاملات عمده بدون رعایت این تشریفات منعقد می‌شود بدون این‌که به صحت این قراردادها لطمه‌ای وارد شود یا حتی مسئول مربوطه مورد مؤاخذه قرار گیرد. هرچند ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی معاملاتی را که بدون رعایت مقررات این قانون منعقد می‌شوند باطل دانسته و دستگاه اجرایی را مکلف به رد آن کرده است، ولی همین ماده تمام معاملاتی را که بدون رعایت تشریفات مناقصه و مزایده منعقد می‌شوند، در برنمی‌گیرد؛ زیرا اولاً با توجه به نحوه نگارش آن منحصر به مناقصه است؛ ثانیاً فقط معاملاتی را در بر می‌گیرد که از سوی طرف مقابل اجرا شده و هنوز دولت به تعهد خود عمل نکرده است؛ بنابراین قراردادهایی که اجرا نشده است و همچنین معاملاتی را که اجرا شده‌اند و تعهدات طرفین ایفا شده است، در برنمی‌گیرد. علت این امر هم این است که این ماده در فصل سوم قانون

محاسبات عمومی تحت عنوان نظارت مالی آمده و در مورد چگونگی پرداخت وجه ناشی از تعهدات معاملاتی که اعتباری به آن‌ها تخصیص داده نشده یا بدون رعایت مقررات این قانون تشکیل شده‌اند بحث می‌کند؛ ثالثاً، از آن‌جا که ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی تنها در مورد سازمان‌های دولتی و عمومی که از لحاظ مالی تابع این قانون هستند از جمله اکثر وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی قابل اعمال است و در خصوص سایر سازمان‌هایی که تابع مقررات خاص مالی خود هستند مثل بیشتر شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی اجرا نمی‌شود و در این مورد باید به مقررات خاص آن‌ها مراجعه کرد.

به نظر می‌رسد با توجه به اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، ویژگی‌های این قراردادها از جمله تشریفاتی بودن آن‌ها به منظور حفظ منافع عمومی و ملاک ماده ۹۲ که دستگاه دولتی را به طور مطلق مکلف به رد معاملاتی که بدون رعایت مقررات این قانون منعقد می‌شود، ساخته است باید این شرایط را شرط صحت قراردادهای دولتی تلقی کرد و حکم به بطلان معاملاتی که بدون انجام این تشریفات منعقد می‌شوند، داد.

۲. مناقصه و مزایده تشریفات مربوط به انتخاب طرف قرارداد می‌باشند و تأثیری در ماهیت قراردادهای دولتی ندارند.

۳. هر چند که تشریفات مناقصه و مزایده تغییری در ماهیت قراردادهای دولتی ایجاد نمی‌کنند ولی از آن‌جا که از زمان شروع این تشریفات تا زمان انعقاد عقد سه مرحله طی می‌شود؛ اول، آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ دوم، پیشنهاد مناقصه‌گران یا مزایده‌گران؛ سوم، امضای قرارداد، تشخیص زمان انعقاد عقد را با دشواری‌هایی مواجه ساخته که علت عمده آن پیچیدگی تشخیص ایجاب است. همان‌طور که شرح آن گذشت، پیشنهادی ایجاب محسوب می‌شود که دارای اوصاف قاطعیت، کمال، مشخص بودن و تنجیز باشد. از آن‌جا که آگهی فراخوان اولاً حاوی تمام عناصر قرارداد نیست و بهای کالا یا خدمات مورد مناقصه یا مزایده به عنوان یکی از عناصر اصلی قرارداد در آن مشخص نیست؛ ثانیاً یک پیشنهاد قطعی نیست؛ زیرا دستگاه دولتی اختیار رد یا قبول پیشنهادهای مناقصه‌گران یا مزایده‌گران را در آگهی شرط می‌کند، اوصاف قاطعیت و کمال را ندارد و نمی‌تواند ایجاب محسوب شود؛ بنابراین درخواست ایجابی بیش نیست. پیشنهاد قیمت هم قانوناً نمی‌تواند ایجاب باشد؛ زیرا ماده ۲۷ آیین‌نامه معاملات دولتی و ماده ۲۱ قانون

برگزاری مناقصات تنظیم سند کتبی قرارداد را لازم دانسته است و پیش از آن حتی در صورت اعلام برنده از جانب اداره، معامله را منعقد شده نمی‌دانند؛ بنابراین از آنجا که تنظیم سند قرارداد شرط ثبوت این چنین معاملاتی است زمان امضای قرارداد زمان انعقاد آن محسوب می‌شود و قبل از آن هر یک از طرفین می‌تواند از انعقاد قرارداد امتناع نماید .

## فهرست منابع

۱. ابراهیمی، مهدی (۱۳۸۰)؛ ضمان مقبوض به عقد فاسد در حقوق ایران و فقه عامه (مسئولیت مدنی ناشی از عقود معاوضی فاسد)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه تهران.
۲. اسماعیلی هریس، ابراهیم (۱۳۸۷)؛ شرح و تفسیر قانون برگزاری مناقصات، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۳. اکرمی ابرقویی، زهرا (۱۳۹۳)؛ «بررسی تطبیقی ضمان مقبوض به عقد فاسد در مذاهب اربعه و فقه امامیه»، ماهنامه دادرسی، سال هجدهم، شماره ۱۰۴،
۴. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۱)؛ حقوق اداری، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۵. انصاری، ولی‌الله (۱۳۸۰)؛ کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ سوم، تهران: نشر حقوق‌دان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: نشر گنج دانش.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ نهم، تهران: نشر گنج دانش.
۸. شمعی، محمد (۱۳۸۸)؛ تحلیل ماهیت و آثار قراردادهای اداری در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات دستان.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، تهران: نشر مجد.
۱۰. شیرزاد، امید (۱۳۹۲)؛ دلایل ابطال مصوبات دولتی در دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)؛ حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران: سمت.
۱۲. علوی، ابوذر و محمدرضا طاهری‌فر (۱۳۸۹)؛ مزایده، چاپ اول، تهران: نشر نگاه بینه.
۱۳. قهرمان، نصرالله (۱۳۷۱)؛ پیمان‌های دولتی و فسخ یک‌جانبه آنها، (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.



۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)؛ دوره عقود معین، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.

۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶)؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)، جلد اول، چاپ دهم، تهران: نشر کتابخانه گنج دانش.

۱۶. کیانی، حبیب‌الله (۱۳۹۰)؛ مبانی و اصول حاکم بر معاملات دولتی در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: نشر دانشگاه امام صادق(ع)

۱۷. کیانی‌نژاد، زین‌الدین (۱۳۵۲)؛ «معاملات دولتی»، مجله حقوق مردم، شماره ۳۱.

۱۸. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۹)؛ حقوق اداری، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.

۱۹. معزی، امیر (۱۳۸۰)؛ حقوق مدنی ۳، عقود و ایقاعات، چاپ اول، تهران: نشر مجد.

۲۰. موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)؛ حقوق اداری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.

۲۱. یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۰)؛ حقوق مدنی ۶ عقود معین، چاپ اول، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.

1. Anson, V, Anson law of contract (1975); edit by A.G. Guest and others, oxford university press, 24th, oxford uk.

2. Corbin, A. L. (1917); Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations. Yale Law Journal, 169-206.

3. Curtis, Henry. B. (1922); Offer and Acceptance. Loy. LJ, 3. (New Orleans) 23.

4. Mengis, Michael. W (1984); Offer and Acceptance. La. L. Rev., 45, 811.

5. Mik, Eliza (2007); Offer and Acceptance, Singapore management university, chapter 5.

6. Schwartz, A (1986); Search theory and the tender offer auction. Journal of law, economics and organization, Vol.2, No.2, fall 1986, 229.

7. Sefton – Green, Ruth (2005); mistake, fraud and duties to inform in European contract law, first ed, Cambridge university press.

8. Sefton-Green, R. (Ed.). (2005); Mistake, fraud and duties to inform in European contract law. Cambridge University Press.

9. Stone, Richard (2002); the modern law of contract. Fifth edition, Cavendish publishing, London.