



آسیب‌شناسی قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی در توسعه اقتصادی کشور

حامد سهرابی^{۱*} (ID)، محمد مظهری^۲ (ID)

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2024.2000.1798](https://doi.org/10.22034/qjplk.2024.2000.1798)

چکیده

دولت‌ها بر اساس اندیشه‌های دولت رفاه از یک سو و تخصصی^۱ شدن امور از دیگر سوی و حاکمیت اصولی چون استمرار خدمات عمومی، کاهش تصدی‌گری، و تقویت جایگاه خود به عنوان یک تنظیم‌گر اقدام به عقد قرارداد با بخش خصوصی می‌کنند. این نوع قراردادها که آن را محصول دولت مدرن می‌دانند در کشورهای مختلف شکل خاص خود را دارد. در برخی کشورها، مانند فرانسه، قراردادهای اداری، در برخی دیگر، مانند ایالات متحده، قراردادهای دولتی، و در نظام‌های حقوقی کشورهایی چون هند و استرالیا و منطقه اسکاندیناوی قراردادهای عمومی نامیده می‌شود و در مباحث حقوقی کشور ما هر سه این نام‌ها برای آن استعمال می‌شود. امروزه کشورهای پیشرفته از ظرفیت انعقاد قرارداد یادشده استفاده و به جای دستوری عمل کردن در حوزه‌های اقتصادی با عقد قراردادهایی با بخش خصوصی، مانند پیمان‌های جمعی کار، به اهداف مورد نظر برای تنظیم بازار یا مداخله هدفمند در اقتصاد می‌رسند. این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی و بر اساس اصول مستنبط از قانون اساسی و در نظر داشتن ویژگی‌های خاص قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی-از قبیل عدم توازن بین پیمانکار و کارفرما (دولت)، تبعیت از قواعد عام قراردادهای خصوصی، حکومت الزامات- و محدودیت‌های حقوق اداری و اصولی- مانند تشریفاتی بودن و ترجیح منفعت عمومی- در پی پاسخ به این سؤال است که موانع موجود بر سر راه نظام قراردادهای دولتی کدام‌اند؟ و برطرف

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: sohrabi.motahar@gmail.com



کردن این موانع و در نظر گرفتن تمهیدات جدید در قالب قراردادهای دولتی چه کمکی به تحول اقتصادی خواهد کرد؟ ملاحظه می‌شود تاکنون قانون‌گذاری دقیقی در این بخش صورت نگرفته و لازم است با در نظر داشتن اصول عدالت و برابری، مشارکت‌جویی، شفافیت، و امثال آن و نیز لزوم تعیین مرجع تخصصی دادرسی و تعیین دامنه صلاحیت آن در قوانین بنیادین (ارگانیکی) این بخش اصلاحات اساسی صورت گیرد و فاصله مشخصی از نوع حقوق خصوصی برای آن در نظر گرفته شود.

کلیدواژگان: تحولات بنیادین اقتصادی، قرارداد اداری، قراردادهای دولتی، منافع عمومی

مقدمه

حقوق قراردادهای اداری نظام حقوقی حاکم بر عقود و معاملات سازمان‌های اداری یا به عبارتی اعمال حقوقی دو یا چندجانبه آن‌ها را بحث و بررسی می‌کند. دولت و سازمان‌های اداری برای انجام دادن فعالیت‌های خود ناگزیر به انعقاد قرارداد با اشخاص حقیقی و حقوقی هستند و بخشی از خدمات مورد نیاز خود را از این طریق تأمین می‌کنند. قراردادهایی که سازمان‌های اداری منعقد می‌کنند از حیث قواعد و مقررات حاکم به دو دسته قابل تقسیم‌بندی هستند؛ یک دسته از قراردادها تابع حقوق خصوصی هستند که شامل قراردادهای تابع حقوق مدنی مثل بیع و اجاره و قراردادهای تابع حقوق تجارت مانند قراردادهای حمل‌ونقل و حق‌العمل‌کاری هستند و دسته دیگر تابع قراردادهای حقوق عمومی‌اند که از احکام و قواعد ویژه‌ای مثل اقتدار، ترجیحی، و حمایتی تبعیت می‌کنند و اصطلاحاً به آن‌ها قراردادهای اداری می‌گویند (رستمی، ۱۴۰۱: ۷ - ۸). البته قراردادهای دسته دوم تحت همین عنوان در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. اما مصادیق آن از قبیل قرارداد پیمانکاری و قرارداد پیمان استخدامی با برخورداری از قوانین و مقررات خاص یافت می‌شود. اصولاً حقوق قراردادهای اداری یا همان قراردادهای دولتی ناظر بر نظام حقوقی حاکم بر این دسته از قراردادهای سازمان‌های اداری است. اما در حقوق ایران به دلیل فقدان نظام حقوقی کامل مربوط به این نوع قراردادها، عموماً، از حقوق قراردادهای اداره یا معاملات دولتی بحث می‌شود (رستمی، ۱۳۹۷: ۴۰۳).

حقوق قراردادهای ایران بر مبنای فقه امامیه بنا نهاده شده و اصول آزادی قراردادها و حاکمیت اراده پشته‌های حقوقی قراردادهاست و در خدمت اقتصاد بازار عمل می‌کند. بر مبنای اصل حاکمیت اراده، حکومت اراده انسان استقلال دارد و منبعث از قانون نیست. قوانین

حق ندارند به آثار اراده انسان تجاوز کنند. قرارداد قانون طرفین است. اصل آزادی قراردادی نیز از قانون منبعث شده و ناشی از مصالحی است که قانون‌گذار لازم دانسته است و از آن نتایجی استخراج می‌شود: هر کس در بستن یا بستن قرارداد آزاد است، هر شخص می‌تواند طرف قرارداد خود را آزادانه انتخاب کند، در مفاد قرارداد طرفین دولت دخالت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۸). محدودیت اصل حاکمیت اراده در امور اجتماعی و تصمیمات و دخالت‌هایی که دولت برای حفظ مصالح اجتماعی اتخاذ می‌کند فراتر از قراردادها است و دولت می‌تواند همه توافقات قراردادی را با توجه به آنچه خود منطبق با عدالت می‌داند نادیده انگارد و این مسئله خود را در قراردادهای دولتی نمایان‌تر نشان می‌دهد (استوارسنگری، ۱۳۸۳: ۹۰). در این زمینه دولت، بر اساس اختیارات قانونی، انجام دادن امور عمومی را در زمینه‌های خاصی با انعقاد قراردادی اداری به نام موافقت‌نامه پیمان به پیمانکاران خصوصی واگذار می‌کند. مدیریت و اداره امور عمومی از وظایف مهم دولت است که برای تأمین و رفع نیازمندی‌های خود در این باره و بهتر انجام دادن آن اعمال حقوقی مختلفی را انجام می‌دهد. بر این اساس، سازمان‌های دولتی به نمایندگی از دولت از طریق انعقاد قرارداد انجام دادن وظایفی را که قانون‌گذار بر عهده آن‌ها گذاشته است به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی یا افراد حقیقی می‌سپارند؛ بدون آنکه از تکالیف و مسئولیت‌های ناشی از آن امور مبری شوند (رستمی و مجیبی‌فر، ۱۳۹۴: ۵۹ - ۶۰).

به‌طور کلی هر دولت^۱ دارای اعمال حاکمیت^۲ و اعمال تصدی‌گری^۳ است. اعمال حاکمیت ناشی از قدرت عمومی و در انحصار دولت و دارای خصیصه اقتداری و الزامی است. در این خصوص صلاحیت دولت، در مفهوم کلی، ذاتی و عام و مطلق است. هر قراردادی جهت اعمال حاکمیت نیز یک‌طرفه و به صورت ایقاع در شکل و قالب احکام و فرامین حکومتی ظاهر می‌شود؛ مانند اتخاذ تصمیم در مورد امنیت ملی، برنامه‌ریزی اقتصادی، سیاست‌های بانکی و پولی، مالیات‌ها، وظایف اجتماعی، بهداشت و درمان، و غیره. اعمال تصدی‌گری در جهت اجرای وظایف ذاتی یا اعمال حاکمیت برای رفع نیازمندی‌های دولت انجام می‌شود. طبق اصل اختصاصیت صلاحیت و حاکمیت قانون، اصل بر عدم اختیار و صلاحیت دستگاه‌های دولتی در ایجاد تعهد بر ذمه دولت است؛ مگر اینکه توجیه قانونی ارائه شود. ضمانت اجرای این اصل هم بطلان یا عدم نفوذ اقدامات و تصمیمات خارج از حدود

صلاحیت یا فاقد مجوز قانونی است. مثلاً دولت در اعمال حاکمیت ملزم به آموزش و پرورش، ارائه خدمات عمومی مانند برق، گاز، تلفن، و امثال آن است؛ اما در همین زمینه‌ها نیازمندی‌های دارد که باید از طریق انعقاد قرارداد با اشخاص حقیقی یا حقوقی رفع کند. مثلاً جهت چاپ قبوض آب، برق، و... با چاپخانه قرارداد می‌بندد و برای تأمین رایانه و ابزار کار و تأمین نیروی انسانی و مکان مبادرت به جذب نیرو و عقد قرارداد با پیمانکار به منظور ساخت و ساز می‌کند (حسینی، ۱۳۸۴: ۱۸ - ۱۹).

اقتصاد ایران در وضعیت کنونی از نظر مسائل و چالش‌هایی که با آن مواجه است در مقطع ویژه‌ای به سر می‌برد. انباشت مشکلاتی که در دهه‌های گذشته برای آن چاره‌اندیشی نشده سبب شده اقتصاد امروز ایران از نظر تعداد و عمق مسائل در وضعیت تجربه‌نشده‌ای قرار گیرد. در شرایط فعلی خطای سیاست‌گذاری در مقایسه با گذشته هزینه‌های به مراتب بیشتری به بار خواهد آورد. در مقابل اتخاذ رهیافتی صحیح و با مبانی مستحکم علمی می‌تواند مشکلات کنونی را در حوزه اقتصاد مهار کند و مانع از سرایت آن‌ها به سایر حوزه‌ها شود. در این وضعیت، ارائه تصویری دقیق از وضعیت موجود و عوامل شکل‌دهنده چالش‌هایی که به عنوان موانع اصلی توسعه اقتصادی کشور شناخته می‌شوند یکی از مبرم‌ترین پیش‌نیازها برای عبور از تبعات تداوم وضعیت فعلی است (نجفی‌خواه، ۱۳۹۸: ۲۳).^۴ از این رو، به جای بحث در باب اینکه نظام حقوقی ایران باید به کدام یک از نظام‌های حقوقی و راه‌حل‌های آن‌ها نزدیک شود، در تصویب و اصلاح و اجرای قوانین باید خطوط راهنمای کلی «ایجاد نظام عقلایی تنظیم قوانین» (نظام قانون‌گذاری کارا)، «تضمین کارآمد حقوق مالکیت و قراردادها» (نظام قضایی کارا)، و «حقوق قراردادهای صریح و شفاف» را به عنوان قواعد پایه دنبال کرد تا راهکارهای مستخرج بر مبنای رویکرد منجر به «کاهش هزینه مبادله» و «مساعد شدن محیط کسب‌وکار» شود و به رشد اقتصادی پایدار و اشتغال‌زا بینجامد (نجفی‌خواه، ۱۳۹۸: ۲۹). بدون شک قراردادهای دولتی یا اداری با توجه به نقش و سهم دستگاه‌های اجرایی و عمومی در حوزه اقتصاد و ارائه خدمات و نیز ارقام بالای این قراردادها در کسب‌وکار و همچنین بازار تأثیر بالایی دارد و بخش خصوصی غالباً راغب و شائق به همکاری قراردادی با دولت برای تأمین احتیاجات آن است.

حقوق‌دانان و نویسندگان متعدد در کتاب «حقوق اداری» خود بعضاً بخش یا فصلی را به

قراردادهای دولتی یا اداری به نحو ویژه اختصاص داده‌اند؛ مانند حقوق اداری، نوشته منوچهر طباطبایی مؤتمنی و محمد امامی و کوروش استوارسنگری و بیژن عباسی لاهیجی. برخی دیگر از حقوق‌دانان در کتابی مجزا به شرح و بسط این نوع قراردادها پرداخته‌اند که می‌توان اشاره کرد به کتاب حقوق قراردادهای اداری، نوشته ولی رستمی، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نوشته ولی‌الله انصاری، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، نوشته محمدکاظم حبیب‌زاده، حقوق قراردادهای اداری، نوشته محمد شمعی، حقوق و مقررات معاملات دولتی، نوشته یدالله حبیبی، قراردادهای اداری، نوشته آیت مولائی. جدای از این پیشینه، تاکنون مقالات متعددی در مورد قراردادهای دولتی نوشته شده‌اند که می‌توان به چند نمونه اشاره کرد: ۱. «قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام حقوقی دوگانه»، نوشته محسن محبی و مقداد ترابی؛ ۲. «قراردادهای اداری-دولتی و مشخصات آن»، نوشته کوروش استوارسنگری؛ ۳. «اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی»، نوشته محمدعلی اعلائی‌فرد؛ ۴. «ویژگی قراردادهای اداری»، نوشته محمدجواد رضایی‌زاده.

مشاهده می‌شود که عمده این آثار و محور آن‌ها در حوزه بررسی و تبیین انواع قراردادهای دولتی (اداری)، نحوه انعقاد و خاتمه، و نیز شناخت اصول و قواعد حاکم بر آن‌ها و تفاوت آن از سایر قراردادهاست. اما وجه تمایز مقاله حاضر با آثار ارزشمند یادشده در سؤالات اصلی و فرعی آن است که ما ضمن بررسی و شناخت به آن‌ها پاسخ می‌دهیم: مفهوم و تعریف قرارداد اداری چیست؟ ویژگی‌ها و اصول حاکم بر این قراردادها کدام‌اند؟ اهمیت قراردادهای دولتی از منظر اقتصادی چگونه است؟ نظام حقوقی مناسب برای قراردادهای دولتی از نگاه حکمرانی مطلوب چه می‌تواند باشد؟ و در نهایت در پی پاسخ به این سؤال اساسی هستیم که موانع موجود بر سر راه نظام قراردادهای دولتی کدام‌اند؟ و برطرف کردن این موانع و در نظر گرفتن تمهیدات جدید در قالب قراردادهای دولتی چه کمکی به تحول اقتصادی خواهد کرد؟

۱. قرارداد دولتی (اداری)

۱-۱. مفهوم قرارداد دولتی (اداری)

در حقوق اداری ایران، اصطلاحی به نام قرارداد اداری وجود ندارد و این اصلاح در قوانین و مقررات اداری ایران تعریف نشده است. تعاریفی که در مباحث حقوقی-اداری ایران توسط حقوق‌دانان ارائه شده نیز برگرفته از حقوق اداری فرانسه است که این اصلاح را به رسمیت

شناخته است (رستمی، ۱۳۹۴: ۲۱۷). با این حال قراردادهای دولتی بین دولت و اشخاص حقوق خصوصی به منظور تأمین خدمات عمومی یا بهره‌برداری از منابع ارضی منعقد می‌شوند و طرف خصوصی، با عقد قرارداد با دولت، خود را تابع الزامات ناشی از حاکمیت دولت قرار می‌دهد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۳۰۱). برخی معتقدند که به صرف اینکه حداقل یکی از طرفین قرارداد دولت یا دستگاه‌های عمومی و شهرداری‌ها باشد اطلاق قرارداد دولتی به آن صحیح است (حسینی، ۱۳۸۴: ۲۱). از این جهت، برخی به دلیل نبودن اصطلاح قرارداد اداری در قوانین کشور ما شایسته‌تر می‌دانند که از «قرارداد دولتی» استفاده شود (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۲). برخی قراردادی را دولتی می‌دانند که دارای سه ویژگی باشد: ۱. ویژگی سازمانی (طرفین قرارداد): یکی از طرفین قرارداد اداره یا دستگاه اجرایی از قبیل وزارتخانه، مؤسسه دولتی، مؤسسه عمومی غیردولتی، یا شرکت دولتی باشد؛ ۲. ویژگی ماهوی: هدف از انعقاد این قرارداد انجام دادن یکی از وظایف و اختیارات اداره شامل انجام دادن خدمات عمومی، تنظیم فعالیت‌های اشخاص به منظور حفظ نظم عمومی و اداره امور جاری اداره از قبیل ساخت و ترمیم راه‌ها و معابر عمومی، تأمین ملزومات اداری، تعمیر تأسیسات اداره، نظافت و پذیرایی در اداره، پژوهش، و... است؛ ۳. داشتن شروط غیر عادی یا استثنایی نسبت به حقوق خصوصی: اصل لزوم یا لازم‌الاجرا بودن قراردادهای در قرارداد اداری جنبه نسبی دارد. چون منفعت عمومی امر تغییرناپذیر نیست و خدمات عمومی که توسط دولت ارائه می‌شود باید متناسب با منافع عمومی انطباق و سازگاری پیدا کند؛ در نتیجه دولت حق دارد قواعد مربوط به ادارات، نحوه فعالیت آن‌ها، و شرایط انجام دادن خدمات عمومی را با توجه به قوانین و مقررات و بدون در نظر گرفتن موانع حقوقی (حقوق مکسبه و یا تعهدات قراردادی) تغییر دهد و تحولات ضروری را ایجاد کند. در عین حال برتری اشخاص حقوقی عمومی هم در این قراردادهای با شروط استثنایی مانند اصلاح یک‌جانبه شرایط قراردادهای و تعهدات خود و اصلاح تعرفه‌ها برای استفاده‌کنندگان از خدمات پیدا است (عباسی لاهیجی، ۱۴۰۱: ۳۱۷-۳۱۸). برخی در تعریفی که ارائه کرده‌اند ویژگی سوم را شروط استثنایی یا قواعد ترجیحی یا حمایتی یا امتیازی یا اقتداری برای دولت دانسته‌اند (مولایی، ۱۳۹۳: ۶۸) و برخی دیگر احکام خاص تعبیر کرده‌اند و برای قرارداد اداری این‌گونه آورده‌اند: قراردادی است که یکی از سازمان‌های اداری یا با نمایندگی از آن‌ها از یک سو با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، با هدف انجام دادن یک عمل یا خدمت مربوط

به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی)، منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادی (اختلاف در تعبیر، تفسیر، اجرا) در صلاحیت دادگاه‌های اداری است (انصاری، ۱۳۸۰: ۳۳).

برخی اصطلاح قرارداد اداری را ناظر به قراردادهایی دانسته‌اند که حداقل یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی است و برای تأمین برخی از خدمات عمومی به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود؛ مانند عقود راجع به خدمات عمومی همچون قراردادی که به موجب آن امتیاز استخراج معدنی به اشخاص داده شود یا کشیدن خطوط راه‌آهن به شرکت مخصوص اعطا شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۳۳، ش ۴۲۲۹). به نظر برخی دیگر هم در معنای خاص منظور از قرارداد دولتی یا عمومی قراردادی است که دولت و مؤسسات دولتی و عمومی برای انجام دادن وظایف عمومی، که به عهده آن‌ها است، به نمایندگی از جامعه و در جهت انجام دادن وظایفی از قبیل خدمات عمومی و تأمین نیازهای عمومی منعقد می‌کنند که معمولاً تحت حاکمیت قواعدی است که ماهیتاً بر ادارات دولتی حاکم است. طرف دیگر قرارداد ممکن است شخص خصوصی یا مؤسسات دولتی باشد. در تعریف دیگر همین اشخاص قرارداد دولتی را گروهی از قراردادها عنوان کرده‌اند که سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها، و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح‌های عمرانی و انجام دادن خدمات عمومی و اداره و بهره‌برداری از منابع و ثروت‌ها و اموال عمومی منعقد می‌کنند که منافع و سود آن عاید اشخاص خاص نمی‌شود و تأمین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور هدف اول این قرارداد است. این امور در کشور ما غالباً و در درجه اول وظیفه دولت است (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۷۸ و ۸۲).

البته هر یک از تعاریف بیان‌شده ایرادات و ابهاماتی دارد؛ از جمله اینکه اصطلاحاتی نظیر حقوق عمومی و منافع عمومی محتاج تفسیر و تبیین است. مشکل دیگر این است که اساساً مرجع رسیدگی (دادگاه اداری) که در برخی تعاریف آمده نمی‌تواند ملاک واقعی و درستی برای تمیز قرارداد اداری از غیر آن باشد. بنابراین شاید بتوان تعریف دکتر کاتوزیان را در این خصوص نسبت به سایرین متعادل‌تر دانست: «به قراردادی اطلاق می‌شود که دولت، دستگاه‌های اداری دولتی، و مؤسسات عمومی غیردولتی نظیر شهرداری‌ها و به طور کلی نهادهای عمومی با استفاده از قدرت عمومی و به منظور انجام یک خدمت عمومی منعقد

می‌کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۴۳۱ - ۴۳۲). برخی دیگر از استادان با توجه به اینکه خاستگاه اصطلاح قرارداد اداری در فرانسه^۵ است، تعریفی که از «دولوبادر»^۶، حقوق‌دان فرانسوی، به نقل از دکتر منوچهر طباطبایی مؤتمنی ارائه شده را به عنوان تعریف برگزیده معین کرده‌اند (رستمی، ۱۴۰۱: ۱۶). در این تعریف آمده است: «قرارداد اداری به قراردادی اطلاق می‌شود که مؤسسات عمومی آن را به منظور انجام یک امر عمومی و به قصد اینکه قرارداد مزبور مشمول مقررات و احکام خاص حقوق اداری قرار گیرد منعقد می‌کنند؛ خواه مبین این قصد وجود قیود و شروط مخصوص حقوق اداری مندرج در قرارداد باشد و خواه شرکت و همکاری نزدیک و مستقیم پیمانکار در انجام امر عمومی دلالت بر آن قصد کند» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۳۱۸). در قوانین و مقررات ما نیز اصطلاحی به نام قرارداد اداری وجود ندارد و غالباً اصطلاح «معاملات دولتی» به کار رفته است (رستمی، ۱۴۰۱: ۱۵). در تبصره ۳ ماده ۱ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲، معاملات دولتی شامل موارد زیر است:

۱. مقاطعه کاری [پیمانکاری] (به استثنای معاملات محصولات کشاورزی، ولو آنکه از طریق مقاطعه انجام شود)؛ ۲. حق العمل کاری؛ ۳. اکتشاف و استخراج و بهره‌برداری (به استثنای معادن طبقه اول مندرج در قانون معادن و همچنین نمک طعام که معادن یادشده در ملک شخصی آن‌ها واقع است)؛ ۴. قرارداد نقشه‌برداری و قرارداد نقشه‌کشی و نظارت در اجرای آن؛ ۵. قرارداد مطالعات و مشاورات فنی و مالی و حقوقی؛ ۶. شرکت در مزایده و مناقصه؛ ۷. خرید و فروش‌هایی که باید طبق قانون محاسبات عمومی با مناقصه یا مزایده انجام شود، هرچند به موجب قوانین دیگر از مناقصه و مزایده استثناء شده باشد.

همچنین در ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی از معاملات دولتی نام برده شده و عنوان شده است: «معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره 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». به نظر می‌رسد قانون‌گذار از تعریف این نوع معاملات پرهیز و به ذکر ویژگی‌ها و انواع آن بسنده کرده است. با توجه به اطلاقی که در این نصوص قانونی وجود دارد، خاصه بیان صفت کلی لزوم مناقصه و مزایده، می‌توان بر آن بود که در حقوق ایران ماهیت و نوع قرارداد از جهت امور حاکمیتی یا تصدی‌گر یا در مقام اعمال

مالکیت یا استمرار خدمات عمومی تأثیری در دولتی یا اداری تلقی کردن قرارداد ندارد و هر قراردادی که یک طرف آن دولت یا مؤسسه عمومی باشد را می‌توان قرارداد دولتی عنوان کرد.

۱-۲. مشخصات قرارداد دولتی (اداری)

در حقوق ایران مقررات ناظر بر قراردادهای اداری، در مفهوم خاص آن، به صورت مدون موجود نیست. مثلاً در بخش سوم قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ تحت عنوان معاملات دولتی در ماده ۷۴ به معاملات دولتی اعم از خرید و فروش، اجاره، استجاره، پیمانکاری و اجرت کار، و غیره به استثنای استخدام اشاره شده است و به قراردادهای اداری خاص نظر نداشته است. همچنین، قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ ناظر به همه قراردادهای دولتی، بدون تفاوت در عنوان و موضوع و دستگاه دولتی، است. حال آنکه قانون‌گذار و مراجع تصویب‌کننده می‌توانند به صورت مشخص به تعریف و تعیین قواعد در این باب بپردازند و کمبود آرای قضایی اداری در حقوق ایران را تا اندازه‌ای جبران کنند (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۹۸ - ۹۹).

برخی قرارداد دولتی را مترادف با قرارداد اداری تعریف کرده و در یک معنا اعم از چنین روابط معاملاتی بیان کرده‌اند و قراردادهای اداری را قراردادهایی می‌دانند که یکی از طرفین آن‌ها اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشد و در بیان مفهوم عام و خاص قراردادهای دولتی مفهوم خاص قراردادهای دولتی را با شرایط قرارداد اداری منطبق می‌دانند. اما چون تأسیس حقوقی قراردادهای خاص اداری در حقوق ایران از فرانسه الهام گرفته است در فرانسه مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از آن‌ها یکی از ملاک‌های تفکیک قراردادهای اداری از قراردادهای معمولی اداره است. اما در ایران، به دلیل عدم تفکیک قرارداد اداری به مفهوم خاص آن از قراردادهای معمولی دولت، این موضوع نمی‌تواند ملاک دقیقی برای تشخیص قراردادهای اداری یا دولتی به مفهوم خاص آن باشد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۳: ۱۱۵ - ۱۱۶).

البته با بررسی ویژگی‌های شکلی و ماهوی قراردادهای دولتی چنین معاملاتی را می‌توان به یک معنا قرارداد اداری هم به حساب آورد. این هم‌پوشانی معنایی زمانی بیشتر جلوه می‌کند که دولت معامله‌ای را به پشتوانه حاکمیتش و در جهت منافع ملی و رفع نیازهای همگانی با اشخاص خصوصی دیگر منعقد سازد (مولایی، ۱۳۹۳: ۷۹ - ۸۰). به عبارتی، همه قراردادهای دولتی از نظر تشریفات انعقاد تابع مقررات خاص دولتی و حقوق عمومی‌اند؛ ولی از نظر

قواعد ماهوی حاکم بر قراردادهای دولتی آنجا که دولت همانند اشخاص عادی عمل می‌کند باید به قواعد حقوق خصوصی رجوع کرد و در مواردی که پای منافع و خدمات عمومی در میان است باید به قواعد خاص حقوق عمومی متوسل شد (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۱۲-۱۱۴). قراردادهای اداری، علاوه بر از دیدگاه شکلی، از نظر ماهوی نیز از قواعد حقوق عمومی تبعیت می‌کنند؛ یعنی، علاوه بر حاکمیت قوانین مدنی و تجاری، از یک سری قواعد اختصاصی دیگر نیز تبعیت می‌کنند که این قواعد در تفسیر و اجرای قراردادها و رسیدگی قضایی نسبت به اختلافات ناشی از آنها مهم هستند (ادیبی، ۱۳۹۴: ۲۶-۲۷).

در قوانین و مقررات ایران اصطلاح معاملات دولتی به طور کلی قراردادهایی است که سازمان‌ها و ادارات دولتی منعقد می‌کنند و تمایز و تفاوتی چنان که (مثلاً در حقوق فرانسه) بین قراردادهای اداره و قراردادهای اداری دیده می‌شود در قانون و رویه قضایی نیست. در حقوق ایران، به طور دقیق برای تشخیص قرارداد دولتی و اداری معیار و شاخصی ارائه نشده است. اما با توجه به نظریات حقوق دانان و مقررات موجود و با عنایت به خلأ دادگاه‌های اختصاصی و رویه قضایی در این موضوع می‌توان با توجه به مواردی که در بخش مفهوم قرارداد اداری آمده برخی از این ویژگی‌های پرتکرار و مشترک را بدین شرح احصا کرد: ۱. یکی از طرفین قرارداد شخص حقوق عمومی باشد؛ ۲. به قصد ارائه خدمت عمومی و تأمین منافع عمومی منعقد شود؛ ۳. احکام ویژه با دارا بودن ویژگی ترجیحی، اقتداری، امتیازی، و حمایتی بر آن حکومت کند؛ ۴. دادگاه‌های اختصاصی برای دادرسی داشته باشد. البته برخی شاخص حاکمیت قواعد خاص اداری را در همه قراردادهای اداری در حقوق ایران مجرا نمی‌دانند.^۷

در مجموع به همین میزان در مورد مشخصات بسنده می‌شود و با عنایت به اینکه ویژگی‌ها و انواع قراردادهای دولتی، تشریفات حاکم بر انعقاد و اجرا و نظارت بر آنها، دادرسی و داوری در این قراردادها، و... در آثار متعدد به نحو تفصیل بیان شده از شرح بیشتر آن خودداری می‌شود.

۱-۳. اهمیت قرارداد دولتی (اداری)

با پیدایش بحران‌های اجتماعی در جهان و رواج اندیشه عدالت توزیعی در نیمه دوم قرن نوزدهم و نیمه اول قرن بیستم، نظریه لزوم دخالت دولت در امور اقتصادی رایج شد (استوارسنگری، ۱۳۸۳: ۸۳ و ۸۴). به وجود آمدن قراردادهای دولتی، به معنای خاص، حاصل

دگرگونی در اندیشه‌ها درباره حکومت و نقش و وظایف دولت در جامعه است و امروزه دخالت دولت یا نظارت او (صرف نظر از میزان آن که مورد اختلاف است) در امور اقتصادی و اجتماعی به رسمیت شناخته شده است (انصاری، ۱۳۸۰: ۳۵). در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دخالت دولت در اقتصاد پذیرفته شده است. دولت برای نیل به اهداف اقتصادی درج شده در اصل‌های ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی و قوانین عادی (مثلاً به منظور تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، راه و راه‌آهن، اداره معادن، و غیره) ناچار است قراردادهایی را با پیمانکاران تنظیم کند و به اجرا درآورد. بنا بر موارد بیان شده، قراردادهای دولتی یا اداری وسیله اجرای سیاست مداخله‌گری دولت و احیای اقتصادی یا توسعه اقتصادی، قوانین برنامه و اجرای طرح‌های ملی منطقه‌ای است (انصاری، ۱۳۸۰: ۱۵) که انعقاد و اجرای آن وسیله‌ای برای تأمین نیازهای جمعی و انجام دادن وظایف دولت است. این قراردادها در ارتباط با منافع عمومی کشور و منابع ملی و حیاتی آن هستند و قابل قیاس با قراردادهای ساده بین افراد خصوصی نیستند و موضوع آن‌ها پروژه‌های بزرگ و ملی است و درآمد حاصله قسمت عمده بودجه دولت را تأمین می‌کند یا صرف بهبود و توسعه شرایط اقتصادی و اجتماعی کشور می‌شود (نیک‌بخت، ۱۳۸۴: ۴۹).

پس وظایف دولت از حاکمیت به سمت تصدی و ارائه خدمات عمومی گسترش دارد و چون به‌تنهایی قادر به انجام دادن آن نیست و بهره‌وری مستلزم مشارکت نیروها و توان کل جامعه است، تأمین بعضی خدمات و نیازهای عمومی یا تدارک مواد مورد نیاز یا اداره و بهره‌برداری بعضی خدمات عمومی، توسعه اقتصادی، اجرای قوانین برنامه و طرح‌های ملی و منطقه‌ای، یا بهره‌برداری از منابع را با حفظ حق هدایت و نظارت خود به اشخاص صلاحیت‌دار حقیقی یا حقوقی به وسیله قرارداد می‌سپارد. یکی از راه‌های واگذاری مؤثر شرکت‌ها و بنگاه‌های دولتی خصوصی‌سازی است که با تنظیم قرارداد به منظور تأمین حداکثر منافع دولت صورت می‌گیرد. تحقق سیاست‌ها و برنامه‌های اقتصادی و توسعه بخش‌های زیربنایی و عمرانی فقط با تکیه بر سرمایه دولتی و اعتبارات بودجه امکان‌پذیر نیست و تأمین مالی پروژه‌های عمرانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی مستلزم جذب سرمایه، دانش فنی، استفاده از منابع مالی و انسانی خارجی و داخلی است که علاوه بر روش تأمین مستقیم با مشارکت دادن بخش خصوصی به وسیله قرارداد صورت می‌پذیرد (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸:

۸۳-۸۵). معاملات دولتی در واقع هسته مرکزی وظایف دولت در مدیریت مالی عمومی و ارائه خدمات است و بخشی از حکمرانی خوب محسوب می‌شود که در جمع‌بندی اهداف آن را حفظ منابع مالی عمومی (از طریق حفظ ارزش پول و قیمت منصفانه)، کارایی و اثربخشی، رفتار منصفانه و برابر (عدم تبعیض و رقابت)، مشارکت مردم، رسیدن به اهداف سیاسی و اقتصادی و اجتماعی دولت، مدیریت مطلوب و صحیح استفاده از وجوه عمومی برای ارائه خدمات مؤثر و کارآمد خدمات به شهروندان و تأمین انتظارات آن‌ها، و پیش‌گیری از فساد نام برده‌اند (حسینی و همکاران، ۱۳۹۹: ۴۱-۴۲). بنابراین، قدرت پرداخت دولت و بالا بودن ارقام قراردادهای و تأثیری که این قراردادها در کسب‌وکار بخش غیردولتی و نیز جامعه از وجوه مختلف، خاصه از حیث اشتغال‌زایی و تغییر سطح زندگی مردم، دارند بر اهمیت آن افزوده است و این اثرگذاری‌ها هم به تناسب سهم و نقش و جایگاه دولت در اقتصاد و نیز تأمین خدمات عمومی ثابت است.

۲. موانع قراردادهای دولتی (اداری)

۲-۱. ناکارآمدی نظارت

ضرورت نظارت در دو محور اصلی قابل توجه است. اول ضابطه‌مند کردن هزینه‌ها و اموال دولتی از طریق قراردادهای دولتی که مانع تعرضات خلاف قانون به حوزه اموال دولتی است و دوم پیش‌بینی نهادها و سازمان‌هایی که نظارت بر فرایند اموال دولتی را عهده‌دارند (حسینی و موسوی بایگی، ۱۳۹۰: ۱۲۳). توجه سیاست‌تقنینی به طور عمده معطوف به تأسیس نهادهای نظارتی متنوع و متعدد بوده است. چالش‌های این سیاست، علاوه بر تأسیس سازمان‌های موازی نظارتی، موجب اعمال نظارت‌های مکرر و موازی‌کاری در حوزه قراردادهای مالی دولتی است که علاوه بر مشغول کردن بیش از حد مدیران و کارکنان دستگاه‌های اداری به پاسخ‌گویی‌های مکرر هزینه‌های انجام دادن نظارت را افزایش و بهره‌وری دستگاه‌ها را کاهش خواهد داد. تصویب قوانین متعدد برای سازمان‌های نظارتی در حوزه قراردادهای دولتی و اصلاحات مکرر آن‌ها، بنا به نیازهای مقطعی و تشخیص‌های سلیقه‌ای، هم موجب تورم قوانین شده هم این مسئله تضاد، تعارض، تناقض، ابهام و اجمال در قوانین، و دشوار بودن درک آن برای ناظران و مجریان را به دنبال داشته است (حسینی و موسوی بایگی، ۱۳۹۰: ۱۳۵-۱۳۶).

نظارت بخش حقوقی دستگاه‌های اجرایی هم به اندازه نظارت نهادهای نظارتی و حتی بیشتر از آن به لحاظ نقشی که در پیش‌گیری از خسارت به بیت‌المال و دعاوی دولت علیه اشخاص و به‌عکس دارد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. با توجه به عدم عضویت بخش حقوقی دستگاه‌های دولتی در کمیسیون معاملات دستگاه، برابر ماده ۵ قانون برگزاری مناقصات، امکان حذف واحدهای حقوقی از فرایند اظهارنظر در خصوص تشریفات قبل از انعقاد قرارداد و مراحل انعقاد قرارداد به‌راحتی ممکن و میسر است. اگرچه در برخی مواقع، به منظور بررسی شکلی قرارداد و مستندات مربوطه، نماینده بخش حقوقی به جلسات مناقصه دعوت می‌شود، واحدهای حقوقی قدرت اجرایی چندانی در مرحله تشریفات قبل از مناقصه، انتخاب مناقصه‌گر، و بعد از آن در مرحله انعقاد قرارداد ندارند.

با شرح یادشده می‌توان مواردی را به عنوان عوامل ناکارآمدی امر فنی و تخصصی نظارت بر قراردادهای دولتی نام برد: ۱. نظارت‌های سلیقه‌ای و نبود یک نظام‌نامه و استاندارد مشخص و با سنجه‌های دقیق به منظور ارزیابی و تشخیص صحت یا انحراف در قراردادهای دولتی؛ ۲. محدودیت منابع مالی و نیروی انسانی خبره در دستگاه‌های نظارتی و اجرایی؛ ۳. عدم شفافیت و استفاده ابزاری از عنوان محرمانه برای قراردادهای دولتی؛ ۴. عدم تقویت فرهنگ نظارت‌پذیری و پاسخ‌گویی؛ ۵. عدم تعمیم نظارت به همه دستگاه‌های اداری و قراردادهای آن‌ها؛ ۶. وجود روش‌های سنتی و نظارت فیزیکی (امروزه علاوه بر قراردادهای الکترونیکی، نظارت از طریق هوش مصنوعی در کشورهای پیشرفته در این حوزه دنبال می‌شود)؛ ۷. ضعف نظارت حقوقی درون دستگاه‌های اجرایی و عمومی.

۲-۲. تعدد و تورم قوانین و مقررات

از آسیب‌ها و موانع این حوزه وجود قوانین و مقررات پراکنده و متفاوت است که همواره اسباب اشتباه و سوءاستفاده را فراهم می‌آورد. به این فهرست توجه کنید: قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام در حوزه اقتصاد مقاومتی مصوب ۱۳۹۹/۱۱/۲۹، قوانین برنامه توسعه پنج‌ساله کل کشور، مصوبات شورای عالی اداری، قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور، قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، قانون راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری، قانون دیوان محاسبات کشور، قانون محاسبات عمومی کشور، قانون مدیریت خدمات

کشوری، قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت ۱۳۸۰، قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱) ۱۳۸۴، قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) ۱۳۹۳، قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور ۱۳۹۵، قانون نحوه هزینه کردن اعتباراتی که به موجب قانون از رعایت قانون محاسبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی هستند ۱۳۶۴، قانون آیین‌نامه معاملات دولتی ۱۳۴۹، قانون برگزاری مناقصات، و همچنین قوانین متعدد دیگری که در فرایند برگزاری معاملات دولتی لازم‌الاجرا هستند که به ذکر نام برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم: قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار، قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی، قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، قانون جهش تولید دانش‌بنیان، دستورالعمل‌ها و قراردادهای همسان صنعتی و غیر صنعتی مصوب سازمان برنامه و بودجه کشور، مقررات سازمان برنامه و بودجه کشور برای ساماندهی قراردادهای اداری در خصوص شرایط عمومی پیمان، و... البته به این فهرست طولانی باید قوانین بودجه سنواتی و ضوابط و آیین‌نامه‌های اجرایی مربوط به آن را در کنار قوانین عام دیگری نهاد که در صورت سکوت قوانین و مقررات اختصاصی می‌توان از آن‌ها پیروی کرد و در برخی موارد هم قوانین یادشده به صورت مختصر اشاره کوتاهی به معاملات بخش دولتی دارند؛ مانند قانون مدنی، قانون تجارت، قانون روابط موجر و مستأجر، قانون مجازات اسلامی (بخش تعدیات مأموران دولت). فارغ از این موارد که تمثیلی بیان شدند شرکت‌های دولتی و سازمان‌هایی دولتی نیز هستند که از آیین‌نامه مالی و معاملاتی خود یا از قوانین و مقررات خاص خود تبعیت می‌کنند.

قوانین و مقررات در رابطه با قراردادهای دولتی منسجم نیستند و برخی از آن‌ها در شرایط خاص کشور در زمان جنگ یا بعد از آن یا در حوادث بعد از انقلاب تهیه شده‌اند که به دلیل نبود فرصت کافی جهت ارزیابی و تطبیق این قوانین و مقررات با محیط و اثر اجرایی آن از کیفیت لازم برخوردار نیستند. در مجموع خلأ وجود یک قانون بنیادین (ارگانیک) در حوزه قراردادهای دولتی یا اداری به شدت محسوس است.

۲-۳. نقص در قوانین و مقررات

قانون دو نوع ویژگی ذاتی و عرضی دارد. ویژگی‌های ذاتی قانون آن دسته از وجوه

ممیز و عناصر مقوم است که بدون وجود آنها اساساً قانون تشکیل نمی‌شود. اگر قاعده‌ای ویژگی‌های حداقلی یا کارکردگرایی- نظیر: الزام‌آور بودن، عام بودن، امری بودن، علنی بودن، واضح بودن، معطوف به آینده بودن، مفید قطعیت بودن، مصوب مرجع ذی‌صلاح بودن- را دارا نباشد از موقعیت یک قانون برخوردار نخواهد شد. مراد از ویژگی‌های عرضی قانون ویژگی‌هایی نظیر پاسخگوی نیازهای جامعه، منعکس‌کننده نظر اکثریت، تأمین‌کننده منفعت عموم، منطبق با اخلاق، معطوف به عدالت، اجرا و اعمال مستمر، کارآمد، انجام‌شدنی است (راسخ، ۱۳۸۴: ۲۷-۲۸). برخی از مهم‌ترین شاخص‌ها و ضوابط در فرایند تصویب قانون عدم ابهام و اجمال، نبود مقررات تکراری و متعارض، اجرایی بودن، و همچنین پرهیز از پیچیده‌نویسی، ذکر کلمات مبهم و دوپهلو، ذکر تعاریف غیر لازم، ماده‌پردازی بی‌مورد، وضع ماده تکراری و غیر ضرور، عامیانه‌نویسی، ذکر مترادفات و تخصیص اکثر احتراز است (بیگزاده، ۱۳۸۷: ۱۰۵-۱۷۲). از جهت شکلی می‌توان پیچیدگی را اصلی‌ترین مانع تحقق حاکمیت قانون در قراردادهای دولتی دانست. مثلاً در بحث استثنائات مربوط به مناقصه و مزایده تكثر قوانین ناسخ و منسوخ باعث سردرگمی و ابهام برای بسیاری از دستگاه‌های دولتی شده و علاوه بر آنکه امکان اعمال واقعی حاکمیت قانون را به امری دشوار تبدیل کرده است که بیم تبانی و فساد را نیز افزایش می‌دهد (شمعی، ۱۳۸۸: ۱۳۳).

در حال حاضر به دلیل کثرت قوانین و مقررات ناظر به قراردادهای دولتی شاهد موارد متعدد از اجمال و ابهام در آنها به‌ویژه در قراردادهای مهم حوزه واگذاری‌های تصدی دولت و مشارکت با بخش خصوصی هستیم که به جهت کاربردی‌تر شدن مطالب در ادامه به نمونه‌هایی از آنها می‌پردازیم. البته برای هر یک از این ابهامات می‌توان با رجوع به نظرات حقوق‌دانان و نظرات ارشادی معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری یا سازمان برنامه و بودجه کشور پاسخ‌هایی ارائه کرد. اما به دلیل فراگیر نبودن و تفسیرپذیری و الزام نداشتن رافع موانع نیستند و موجب تصمیمات سلیقه‌ای و سرگردانی طرف‌های قرارداد با دولت‌اند.

۲-۳-۱. ابهام و تعارض

مبهم و متعارض بودن قوانین قراردادهای مربوط به مشارکت با بخش خصوصی از مهم‌ترین این موارد است. مثلاً می‌توان به این مورد اشاره داشت: برابر ماده ۲۷ قانون الحاق

برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) به دولت اجازه داده شده طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای جدید، نیمه‌تمام، و تکمیل‌شده و آماده بهره‌برداری خود را در قالب قراردادها و شرایط مورد تصویب شورای اقتصاد به بخش غیر دولتی واگذار کند. بر اساس دستورالعمل مربوطه، پس از تأیید گزارش تصمیم از سوی کارگروه واگذاری، اقدام به شروع فرایند انتخاب سرمایه‌گذار بر اساس ارزیابی صلاحیت وی و طرح تجاری پروژه می‌شود. این در حالی است که بر اساس بند «الف» تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور به دستگاه‌های اجرایی و شهرداری‌ها اجازه داده شده با استفاده از روش‌های مشارکت عمومی-خصوصی و با رعایت قانون برگزاری مناقصات برای همان موضوعات ماده ۲۷ یادشده اقدام کنند و بر اساس ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی بند «الف» تبصره ۴ یادشده کمیسیون مناقصه موضوع ماده ۵ قانون برگزاری مناقصات وظیفه تعیین برنده مناقصه یا مزایده را بر عهده دارد. ملاحظه می‌شود که فارغ از سالیانه و دائمی بودن دو قانون شاهد عدم مطابقت برخی احکام مندرج در دستورالعمل ماده ۲۷ یادشده با احکام مندرج در آیین‌نامه تبصره اشاره‌شده از قانون بودجه (مانند تفاوت در ترکیب اعضای کارگروه‌های واگذاری با اعضای کمیسیون مناقصه) و عدم امکان انطباق همه شرایط مقرر در قانون برگزاری مناقصات با فرایند انتخاب سرمایه‌گذار موضوع دستورالعمل ماده ۲۷ هستیم. همچنین با توجه به اینکه بر اساس تبصره ذیل ماده ۴ اصلاحیه دستورالعمل ماده ۲۷ نهادهای عمومی غیر دولتی از جمله شهرداری‌ها می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذار با دستگاه‌های اجرایی قرارداد مشارکت منعقد کنند و در حال حاضر و برابر تبصره ۴ از قانون بودجه سال ۱۴۰۲ به شهرداری‌ها اجازه داده شده تا به عنوان سرمایه‌پذیر برای اجرا و تکمیل پروژه‌های خود از طریق عقد قرارداد با بخش غیر دولتی و تعاونی اقدام کنند. با این وصف دستگاه‌ها در بالاترین قرار می‌گیرند و عملاً قانون دائمی در تناقض با قانون موقت است.^۸

۲-۳-۲. عدم شفافیت

قوانین و مقررات مربوط به واگذاری‌ها از جمله قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مواد ۴۳ و ۸۸)، قانون مدیریت خدمات کشوری (مواد ۱۳، ۲۲، ۲۴) و آیین‌نامه اجرایی آن‌ها، مواد ۵ و ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) را می‌توان در این بخش نام برد. مثلاً برابر بند ۱۸ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی ماده ۲۷ قانون

الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) در بیان کارشناس قیمت‌گذاری به «هیئت کارشناسی» متناسب در حدود صلاحیت حرفه‌ای به انتخاب کارگروه واگذاری اشاره شده است؛ حال آنکه در سایر قوانین و مقررات استفاده از هیئت کارشناسان رسمی دادگستری الزامی است و «هیئت کارشناسی» مندرج در دستورالعمل پیش‌گفته از این جهت که باید کارشناس رسمی دادگستری باشند یا خیر دارای ابهام است و اطلاق آن به سایر موارد هم تسری پیدا می‌کند. سازمان برنامه و بودجه کشور^۹ هم در پاسخ به استعلامی صرفاً عین بند یادشده را درج کرده و وارد رفع ابهام نشده است.

مثال دیگر: بر اساس بند «د» ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری یکی از وظایف کارگروه کاهش تصدی‌های دولت تعیین و تنظیم چارچوب قراردادهای منعقدۀ با بخش غیر دولتی و تمدید قراردادهای موجود است. در همه قراردادهای دولتی و مقررات مربوطه، با انقضای مدت، قرارداد خاتمه می‌یابد و صرفاً شرکت مجدد طرف قرارداد در مزایده و مناقصه بلامانع است. حال این ابهام وجود دارد که آیا تمدید موضوع بند «د» ماده اشاره‌شده توسط کارگروه واگذاری منوط به انجام دادن همه تشریفات قانونی لازم برای انعقاد قرارداد از جمله مناقصه یا بعضاً مزایده مجدد، هماهنگی با سازمان برنامه و بودجه، و اخذ نظر مجدد کارشناسان رسمی دادگستری است یا اینکه کارگروه واگذاری رأساً بدون تشریفات مقرر مجاز به قیمت‌گذاری اموال منقول و غیر منقول، تعیین مدت قرارداد، و انعقاد و به تعبیری ادامه قرارداد با همان متعهد برای دوره بعدی خواهد بود؟ معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری^{۱۰} در پاسخ به استعلامی عنوان داشته: «... در مواردی که مدت قرارداد قید قرارداد باشد و نقش اساسی در توافق طرفین داشته باشد یا اینکه تمدید به معنای تجدید قرارداد بوده و انعقاد قرارداد جدید و مشابه قرارداد منقضی‌شده باشد، مشمول اصل لزوم برگزاری مناقصه می‌باشند. با این حال، هرگاه علت تمدید افزودن مدت قرارداد جاری بنا به دلایلی مانند دخالت قوه قاهره، دشواری اجرای تعهدات، تقصیر متعهد، و ... باشد، برگزاری مناقصه الزامی نیست. با این حال، هرگاه در این نوع تمدید تعهدات دستگاه اجرایی افزایش یا تغییر اساسی یابد، این افزایش یا تغییرات تنها در صورتی بدون رعایت شرایط مناقصه رواست که سقف مقرر در ماده ۱۰ آیین‌نامه معاملات دولتی ۱۳۴۹ و شرایط این ماده رعایت شده باشد». در مقابل سازمان اداری و استخدامی^{۱۱} این ابهام را از نقایص مقررۀ نامیده و اعلام داشته

که در مقررات دیگری آن را مدنظر قرار می‌دهد.

مثال دیگر: شفاف نبودن امر کارشناسی و لزوم یا عدم لزوم ارجاع موضوع کارشناسی به هیئت کارشناسان رسمی دادگستری در امر مزایده است. بنابراین شاهد برداشت‌های گوناگون ناشی از این ابهام هستیم که چون امر قیمت‌گذاری در مزایده حساسیت دارد و مهم است این مسئله باید به صراحت رفع شود.

۲-۳-۳. تفسیرپذیری و عدم تصریح

مانند استناد به قانون برگزاری مناقصات در امر برگزاری مزایده، با تصویب قانون برگزاری مناقصات در سال ۱۳۸۳، همه موارد مربوط به مناقصات در قانون محاسبات عمومی و قانون آیین‌نامه معاملات دولتی وفق ماده ۳۰ قانون یادشده ملغی شده است. از سوی دیگر با توجه به ابهامات فراوان در استناد و استفاده از قانون محاسبات عمومی کشور و اینکه به صراحت در خصوص مزایده‌ها نیز تعیین تکلیف نشده است و به غیر از نصاب معاملات دولتی، که هر ساله بر اساس بند «الف» ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات ابلاغ و به صراحت تسری آن به مزایده‌ها اعلام می‌شود، تبصره ۲ ماده ۳۸ آیین‌نامه معاملات دولتی نیز مقرر داشته مقرراتی که در این آیین‌نامه در مورد تشکیل کمیسیون مناقصه و اتخاذ تصمیم در کمیسیون یادشده و اجرای تصمیم کمیسیون، انعقاد قرارداد، و تحویل مورد معامله معین شده، در صورتی که با عمل مزایده منطبق باشد (در معاملات با نصاب عمده)، باید اجرا شود، با این فرض کدام قانون و مقرر را حاکم کنیم؟

در مواد ۸۶ و ۸۷ قانون محاسبات در بحث ترک تشریفات مزایده به تعیین مبلغ به جای تعیین نصاب پرداخته است که با شرایط روز کشور منطبق نیست. با توجه به افزایش مبالغ و اینکه در حال حاضر نصاب معاملات در هر سال وفق تبصره ۱ ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات به تصویب هیئت وزیران می‌رسد و بر همین اساس این نصاب ملاک عمل است و نه مبلغ مندرج در قانون، لازم است در این خصوص در قوانین به صراحت تعیین تکلیف شود.

همچنین در ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی در بحث عدم الزام به رعایت تشریفات معاملات صرفاً به وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اشاره کرده است و این ابهام وجود دارد که آیا می‌توان موارد مربوط به آن را به شرکت‌های دولتی یا سازمان‌هایی که منطبق بر قوانین شرکت‌های دولتی اداره می‌شوند تسری داد یا خیر؟

البته می‌توان با استدلالات حقوقی به این ابهامات پاسخ داد: ۱. با تصویب قانون برگزاری مناقصات، احکام مناقصه مندرج در قانون محاسبات عمومی کاملاً ملغی شده و تبصره ۲ ذیل ماده ۳۸ آیین‌نامه معاملات دولتی تسری‌دهنده احکام قانون برگزاری مناقصات به عمل مزایده نیست و در فروض مطروحه موضوعیت ندارد و برای مزایده صرفاً باید به مواد ۷۹ تا ۸۹ قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه معاملات دولتی (احکام مربوط به مناقصات مندرج در همان آیین‌نامه و نه سایر قوانین و مقررات مربوط به مناقصه) مراجعه کرد. ۲. بر اساس ماده ۴۲ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳، که اختیارات هیئت‌وزیران را در تعیین نصاب معاملات موضوع قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ به مواردی که معامله به صورت مزایده انجام می‌شود تسری داده است، می‌توان گفت مبالغ مندرج در مواد ۸۶ و ۸۷ محاسبات عمومی متناسب با نصاب معاملات، که هر ساله توسط هیئت‌وزیران در اجرای تبصره ۱ ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات مصوب می‌شود، خواهد بود. ۳. شرکت‌های دولتی نیز مشمول ماده ۷۹ قانون محاسبات نیستند و از آیین‌نامه مالی و معاملاتی خود تبعیت می‌کنند و صرفاً در مناقصه بنا بر بند «ب» ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات موظف به رعایت این قانون و در مزایده نیز تابع حد نصاب معاملات مصوب هیئت‌وزیران هستند.^{۱۲}

ملاحظه می‌شود که بخش عمده این پاسخ تفسیر است و برای جلوگیری از برداشت‌های مختلف ضرورت دارد با نصوص صریح قانونی دستگاه‌ها از رویه واحد پیروی کنند.

۲-۴. عدم مستندسازی اموال غیر منقول

از آنجا که برخی از پروژه‌های دستگاه‌های دولتی در زمین‌هایی احداث شده که عرصه آن متعلق به شهرداری، سازمان ملی زمین و مسکن، موقوفات، و مانند آن است و غالباً در قراردادها و صورت‌جلسات واگذاری، ضمن حفظ مالکیت واگذارکننده، حق واگذاری کلی و حتی جزئی از دستگاه‌های دولتی سلب شده و از این حیث هیچ‌گونه مالکیتی در خصوص عرصه پروژه‌ها و بعضاً اعیانی آن‌ها ندارند، سبب شده که به سمت عقد قرارداد با بخش غیر دولتی نروند. از سوی دیگر بسیاری از املاک یادشده به دلیل پرداخت نشدن قیمت به سازمان ملی زمین و مسکن یا عدم دریافت پایان کار از شهرداری به دلیل بدهی عوارض یا تخلفات ساختمانی هنوز اصلاح سند نشده و بهره‌بردار آن سازمان اشاره شده است. به این

مسئله عدم پرداخت پذیره اعطایی بابت تملک اعیانی در عرصه‌های وقفی و اجور معوق به موقوفات را هم اضافه کنیم که سبب شده تا در این عرصه‌ها سند تملک اعیان به نام دولت صادر نشود.

از آثار این نوع املاک فاقد سند مالکیت به نام دولت با بهره‌برداری دستگاه مربوطه این است که اگر به بخش خصوصی واگذار شوند، به دلیل نداشتن سند مالکیت، در صورت اتمام قرارداد یا فسخ آن و عدم تخلیه متصرف، طرح دعوی بابت خلع ید یا اخذ دستور تخلیه و اقدامات مرتبط قضایی با مشکل و چالش اساسی روبه‌رو است و بیم تضییع اموال دولت می‌رود و از طرف دیگر عدم واگذاری این فضاها هم تحمیل هزینه برای دولت از حیث نگهداری و بهره‌برداری است.

۲-۵. عدم تأمین منابع مالی

در ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ و قانون مدیریت خدمات کشوری، روش‌های خرید خدمت از بخش غیر دولتی و نیز واگذاری مدیریت از جمله روش‌های واگذاری هستند. در این روش‌ها دولت قیمت خدمات یا سرانه خدمات مدیریتی بخش خصوصی طرف قرارداد را محاسبه (بر اساس نظریه هیئت کارشناسان رسمی دادگستری) و به حساب طرف قرارداد (بخش غیر دولتی) واریز می‌کند و در مقابل اگر از محل فضاها یا امور واگذار شده درآمدی به دست آمد طرف قرارداد باید به حساب خزانه واریز کند. در بودجه دستگاه‌ها پیش‌بینی و تخصیص اعتبارات یادشده در عمل وجود ندارد و از این جهت دو نوع واگذاری اشاره شده اجرایی نمی‌شود. لازم است مواردی مانند بند «ب» ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت با موضوع تهاتر اجاره‌بهای ساختمان‌ها با هزینه سرانه خدمات به موجب رأی شماره ۴۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۰۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شود، که لازم است به نحو قانونی احیاء شود.

۲-۶. فقدان نظام دادرسی منسجم

برخی از قراردادهای دولتی مثل پیمانکاری، مانند قراردادهای خصوصی، ثابت و تغییرناپذیر نیستند. چون قرارداد کارفرما (دولت) را مقید نمی‌کند، ولی متعهد می‌کند. تعهدات دولت به قدری انعطاف‌پذیر است که اراده یک‌طرفه دولت می‌تواند آن را تغییر دهد. زیرا کارفرما (دولت) نماینده قدرت عمومی است و قرارداد خیلی ضعیف‌تر از آن است که بتواند

دست‌وپای کارفرما را در انجام دادن امور عمومی ببندد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۳۳۰). کارفرما ممکن است بنا بر اختیارات حاکمیتی خود به طور یک‌جانبه تعهدات جدیدی به پیمانکار تحمیل کند یا تعهدات او را به میزان قابل توجهی کاهش دهد یا اصلاً قرارداد پیمانکاری را فسخ کند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱: ۳۷۴). ممکن است دولت با توجه به اختیارات و اقتدارات خود سعی در تغییر شرایط قرارداد کند و از طرفی هم پیمانکار با بررسی منافع خود ممکن است درخواست کارفرما را اجابت نکند و آن را به ضرر خود بداند. بنابراین حدوث اختلاف بین طرفین قرارداد محتمل است و از این روی اگر سازکاری برای حل و فصل اختلاف پیش‌بینی نشود (داوری)، بر اساس اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی، می‌توانند به مرجع قضایی مراجعه کنند.

رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد اداری (دولتی) در حقوق فرانسه در صلاحیت دادگاه‌های اداری است که در پرتو رویه قضایی شورای دولتی این کشور ایجاد شده است که در رأس دادگاه‌های اداری قرار دارد. در کشور ما دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع قضایی بر اساس قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع تخصصی رسیدگی به دعاوی اداری خود را صالح به رسیدگی به دعاوی قراردادی دولت نمی‌داند.^{۱۳} استدلال دیوان این بود که اختلافات ناشی از قراردادهای مسائل حقوقی هستند که باید به صورت توافقی در محاکم قضایی صالح مورد رسیدگی قرار گیرند، این امور را خارج از شمول صلاحیت دیوان و غیر قابل طرح در نزد آن اعلام کردند (امامی و همکاران، ۱۳۹۱: ۳۱۹ - ۳۲۰). البته دیوان عدالت اداری شکایت کارمندان پیمانی و قرارداد کار معین دولت در مورد تضییع حقوق استخدامی را به معنی شکایت استخدامی موضوع بند «ج» ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌پذیرد. با اصلاح قانون دیوان عدالت اداری در مورخ ۱۴۰۲/۰۲/۱۰ و برابر تبصره ۳ الحاقی به ماده ۱۰ قانون یادشده «رسیدگی به شکایات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از وقوع تخلف و عدم رعایت قوانین و مقررات در مراحل انعقاد قرارداد توسط دستگاه‌های اجرایی در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری است. لیکن رسیدگی به دعاوی ناشی از اجرای قرارداد فی‌مابین طرفین در صلاحیت دیوان نیست». در حال حاضر مراجع دوگانه بر دادرسی قراردادهای دولتی حاکم و «مراحل انعقاد قرارداد» از «مراحل اجرای قرارداد» تفکیک شده است و صلاحیت دیوان عدالت هم فقط معطوف به

«وقوع تخلف و عدم رعایت قوانین و مقررات» است. مراد از تخلف چیست؟ معیار و مبنای تخلف قرارداد یا قانون یا عرف قراردادی است یا خیر؟ اگر مشکل مراحل اجرا به مراحل انعقاد برگشت کند چه؟ با توجه به فقدان شعب استانی در دیوان، دشواری جلسه دادرسی با حضور طرفین دعوی چگونه رفع می‌شود؟ مشاهده می‌شود که این اصلاح هم رافع مشکل تعیین مرجع اختصاصی نیست.

۲-۷. اطلاع اجرای تعهدات دولت

بعضی از پروژه‌های دولتی به دلیل مشکلات مالی یا فنی یا حقوقی از سوی دولت سالیان متمادی به نتیجه نمی‌رسند، به نحوی که گاهی حتی مصالح یا تجهیزاتی که در تعهدات متعهد بوده یافت نمی‌شود یا اینکه با تغییر قیمت‌ها فاصله بسیاری از فهرست بهای سال انعقاد دارند. این مسئله هزینه‌های استهلاک تجهیزات، بلا تکلیفی پیمانکار یا طرف قرارداد با دولت، تأخیر در دریافت رضایت‌نامه و نمره منفی در ارزیابی کیفی، عدم امکان جابه‌جایی ماشین‌آلات را به بخش خصوصی و هزینه توقف مجاز، تفاوت یا مازاد قیمت تجهیزات و کالاها، و تفاوت قیمت ارز را بر دولت تحمیل می‌کند.

۲-۸. عدم توازن بین طرفین

عدم توازن میان حقوق طرفین یکی از چالش‌های نوظهور در زمینه قراردادهای اداری است. زیرا دولت تصمیم‌گیرنده مطلق، انحصارطلب، و دیوان‌سالار نمی‌تواند مدیریت مطلوبی بر منابع مالی و انسانی داشته باشد. در حکمرانی مطلوب انحصار تصمیم‌گیری در مورد پدیده‌های عمومی از دست دولت خارج می‌شود و با مشارکت شهروندان، گروه‌های ذی‌نفع، و بنگاه‌های خصوصی صلاحیت‌دار امور عمومی جامعه اداره و اجرا می‌شود. دولت به هنگام تفویض اختیار اداره امور عمومی به اشخاص حقوق خصوصی نیاز به انعقاد قرارداد تحت الزامات و محدودیت‌های حقوق اداری دارد که رعایت آن در مرحله انعقاد، اجرا، و اداره قراردادهای پیمانکاری دولتی می‌تواند تضمین‌کننده اثربخشی و کارآمدی آن باشد (اسماعیلی و همکاران، ۱۴۰۰: ۴۱). در قرارداد دولتی با این وصف امکان بحث و گفت‌وگوی زیاد برای طرف قرارداد نیست؛ به این معنی که شرایط اجرای قرارداد را اداره قبلاً در مدارکی تعیین کرده و فقط راجع به تعیین قیمت که باید به پیمانکار پرداخت شود، آن هم به طریق خاص، بحث و گفت‌وگو به عمل می‌آید (شیدفر، ۱۳۴۲: ۱۰۰). مقررات دولتی به

شیوه‌ای نگارش یافته که همه منافع مکاتبه از آن دولت است و بیشتر حقوق پیمانکار در انحصار دولت قرار می‌گیرد و نمی‌توان حاکمیت همین قانون را به دست تفسیرهایی سپرد که به منافع پیمانکار بی‌توجه است. در چنین شرایطی ممکن است کارفرما (دولت) در مواردی حتی با علم به حقانیت پیمانکار و داشتن تمایل به تصمیم‌گیری به اجرای عدالت در مورد وی قادر به تأمین حقوق حق پیمانکار نباشد. علت این موضوع یک‌طرفه بودن مطلق مواد شرایط عمومی پیمان به نفع کارفرماست. تضعیف بیش‌ازحد یک طرف قرارداد نتیجه‌ای غیر از ضعف عمومی اجرایی و مالی او در بر ندارد و موجب آسیب به کل بدنه اجرایی نظام در طرح‌های عمرانی می‌شود (بنی‌احمد، ۱۳۸۲: ۱۱۵).

نتیجه‌گیری

در کشور ما به نظر می‌رسد به کار بردن اصطلاح قرارداد دولتی یا معاملات دولتی با توجه به رویه موجود در قانون‌گذاری‌ها صحیح‌تر باشد. اما در عین حال باید بین قراردادهایی که در مقام مالکیت و در جایگاه حاکمیت توسط دولت منعقد می‌شود قائل به تفکیک بود. البته در همین خصوص هم نمی‌توان چندان قاعده محکمی داشت. زیرا مثلاً قراردادهای اجاره اماکن دولتی، اگر در قالب ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت یا ماده ۵ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) باشد، که به نوعی واگذاری (کاهش تصدی‌گری) محسوب می‌شود، را نمی‌توان با اجاره فضای مازاد موضوع ماده ۴۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت یکسان دانست. نظام حاکم بر قراردادهای دولتی در ایران ویژگی‌های خاص قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی از قبیل عدم توازن بین پیمانکار و کارفرما (دولت)، تبعیت از قواعد عام قراردادهای خصوصی، حکومت الزامات و محدودیت‌های حقوق اداری و اصولی مانند تشریفاتی بودن و ترجیح منفعت عمومی وجود دارد. آنچه بیشتر از هر چیز سبب ناکارآمدی این نظام شده و در واقع علت عمده مشکلات است نداشتن یک قانون بنیادین (ارگانیکی) و منسجم برای قراردادهای دولتی و نیز پراکندگی احکام و قواعد مربوط به آن در قوانین و مقررات متعدد است که علاوه بر ابهام و عدم شفافیت بعضاً موجب تعارض شده و در عمل سبب قفل شدن کارها می‌شود. نبود یک مرجع تخصصی دادرسی و دوگانگی فعلی در مرجع دادرسی با تفکیک «مراحل انعقاد قرارداد» از «مراحل اجرای قرارداد» در دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی چالش دیگر در این حوزه

است.

آنچه مسلم است نظام فعلی قراردادهای دولتی از جهت رویکرد کاهش هزینه و سوق دادن طرفین به نفع بیشتر دارای اشکالات و ابهامات اساسی است و در شرایط فعلی هزینه‌های متعددی به طرفین تحمیل می‌شود. ضعف در منابع انسانی و کارشناسی در حوزه قراردادهای دولتی و عدم اشراف کامل به دلایل متعدد مانند همین تعدد و تکرر قوانین و مقررات و عدم شفافیت آن‌ها آمار اختلافات و دعاوی قراردادهای را بالا می‌برد و موجب تضییع حقوق طرفین می‌شود. تأثیر قراردادهای دولتی بر تحول اقتصادی کشور از جهت اثرگذاری آن بر درآمد دولت و کاهش هزینه‌های آن و به عبارتی تأثیر بر بودجه عمومی، گسترش مشارکت مردم و بخش خصوصی در اقتصاد، ارتباط آن با اصل استمرار خدمات عمومی به نحو مطلوب و کاهش تصدی‌گری‌های دولت واضح و مبرهن است و بر همین مبنا رفع موانع احصاشده بر مبنای اصول حاکمیت قانون، عدالت، برابری، رقابت و شفافیت از اولویت‌هاست. بر همین مبنا راه‌کارها و توصیه‌های سیاستی ذیل پیشنهاد می‌شود:

۱. تهیه و تصویب یک قانون بنیادین (ارگانیکی) در حوزه قراردادهای دولتی و تجمیع احکام و قواعد پراکنده موجود در آن، که ضمن ارائه تعریف با وضع احکام صریح و متقن و برخورداری از جامعیت لازم موانع موجود فعلی را رفع کند.

۲. تعیین یک مرجع دادرسی تخصصی با دامنه صلاحیت مشخص در حوزه قراردادهای دولتی و خروج از دوگانگی فعلی که ترجیح بر سپردن همه امور به مرجع دادرسی اداری با توجه به ماهیت خاص قراردادهای دولتی است.

۳. تأمین اعتبار و اقدام لازم برای مستندسازی و تعیین تکلیف مالکیت یا بهره‌بردار املاک در اختیار دولت.

۴. عدم توقف در قراردادهای مشارکت یا اجاره یا واگذاری املاک در اختیار دستگاه‌ها به دلیل مستندسازی نشدن با اخذ تضمین مناسب و محکم برای تخلیه یا تحویل ملک موضوع قرارداد.

۵. اصلاح مقررات مربوطه به اخذ پذیره انتقالی (موضوع آیین‌نامه پذیره و اعطایی مصوب ۱۳۶۵) در خصوص قراردادهای واگذاری اعیانی دولتی که در اراضی یا عرصه‌های وقفی احداث شده است. در قراردادهای مربوط به واگذاری مدیریت و خرید خدمت چون دولت

سرانه خدمات بخش خصوصی را پرداخت می‌کند و حتی قرارداد اجاره‌ای که دولت بابت کاهش تصدی‌گری منعقد می‌کند نباید تغییر مستأجر موقوفه (دولت) محسوب شود و موجر با دولت قطع ارتباط کند. علاوه بر این اخذ ۱۵ درصد پذیره انتقالی موضوعیت ندارد.

۶. تسهیل سرمایه‌گذاری و ورود بخش خصوصی به قراردادهای خرید خدمت و واگذاری مدیریت از طریق ایجاد سازکار قانونی برای تهاثر اجاره‌بهای ساختمان‌ها با هزینه سرانه خدمات.

۷. آموزش و توانمندسازی کارکنان دولت در بخش‌های حقوقی و مرتبط با قراردادهای دولتی و تلاش برای حفظ و نگاه‌داشت نیروی انسانی مجرب در این حوزه‌ها.

۸. استفاده از سازکارهای حقوقی داخلی برای رفع ابهامات و اشکالات موجود مانند رویه قضایی، آرای هیئت عمومی دیوان محاسبات کشور، اخذ نظریات تفسیری از مراجع ذی‌صلاح و

یادداشت‌ها

1. state
2. jure imperii
3. jure gestionis

۴. برخی نیز معتقدند که قرارداد دولتی ریشه انگلیسی دارد که برای نخستین بار توسط «اف ای من» در سال ۱۹۴۴ در خصوص وام و استقراض به کار گرفته شده است و از این زمان به بعد در فرهنگ حقوقی ملل گوناگون رایج شد (مولایی، ۱۳۹۳: ۷۶).

5. De. Laubadere

۶. برای مطالعه بیشتر ← امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۳: ۱۱۵ - ۱۱۶.
۷. البته تفاوت‌های دیگری هم مثل حذف تعاونی‌ها در واگذاری در تبصره ۴ یادشده نسبت به ماده ۲۷ اشاره شده و دستورالعمل آن وجود دارد که به دلیل عدم اطلاع از بیان آن خودداری می‌شود.
۸. بند ۳ نامه شماره ۵۳۰۲۸۲ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۳۰ مدیریت پروژه مشارکت عمومی- خصوصی سازمان برنامه و بودجه کشور.
۹. نامه شماره ۴۱۳۴۰/۱۳۳۲۷۲ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۷ معاون حقوقی رئیس‌جمهور.
۱۰. نامه شماره ۵۸۳۶۰۳ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۱ رئیس سازمان اداری و استخدامی کشور.
۱۱. برگرفته از نامه‌های شماره ۹۱/۱۸۸۵۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۸ مدیرکل دفتر حقوقی وزارت امور اقتصادی و دارایی و شماره ۵۶/۱۷۱۳۵۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۰۵ خزانه‌دار کل کشور.

۱۲. آرای وحدت رویه متعدد هیئت عمومی دیوان یادشده از جمله آرای شماره ۱۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۰۶/۲۱، شماره ۳۳ مورخ ۱۳۷۵/۰۲/۲۹، و شماره ۱۹۷ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۲۰.
۱۳. برگرفته از نامه‌های شماره ۹۱/۱۸۸۵۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۸ مدیرکل دفتر حقوقی وزارت امور اقتصادی و دارایی و شماره ۵۶/۱۷۱۳۵۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۰۵ خزانه‌دار کل کشور.
۱۴. آرای وحدت رویه متعدد هیئت عمومی دیوان یادشده از جمله آرای شماره ۱۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۰۶/۲۱، شماره ۳۳ مورخ ۱۳۷۵/۰۲/۲۹، و شماره ۱۹۷ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۲۰.

منابع

کتاب

- ادیبی، م.ر. (۱۳۹۴). تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی. تهران: جاودانه.
- امامی، م.، و استوارسنگری، ک. (۱۳۹۳). حقوق اداری. تهران: میزان. ج ۲.
- امامی، م.، واعظی، م.، و سلیمانی، م. (۱۳۹۱). ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری. تهران: میزان.
- انصاری، و. (۱۳۸۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری. تهران: حقوق دان.
- بیگزاده، ص. (۱۳۸۷). شیوه‌نامه نگارش قانون. تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- جعفری لنگرودی، م.ج. (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- حبیب‌زاده، م.ک. (۱۳۹۰). اصول حاکم بر قراردادهای دولتی. تهران: جاودانه و جنگل.
- حسینی، ا. (۱۳۸۴). اصول حاکم بر قراردادهای دولتی (مباحث علمی-کاربردی). تهران: بهنامی.
- راسخ، م. (۱۳۸۴). بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری. تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- رستمی، و. (۱۳۹۷). گفتارهایی در حقوق اداری (کاربردی و نظری). تهران: خرسندی.
- _____ (۱۴۰۱). حقوق قراردادهای اداری. تهران: دادگستر.
- شمعی، م. (۱۳۸۸). تحلیل ماهیت و آثار قرارداد اداری در حقوق ایران. تهران: دستان.
- شیدفر، ز. (۱۳۴۲). حقوق عمومی و اداری. تهران: نشر دانشگاه تهران.
- صفایی، ح. (۱۳۸۴). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- طباطبایی مؤتمنی، م. (۱۳۸۱). حقوق اداری. تهران: سمت.
- عباسی لاهیجی، ب. (۱۴۰۱). حقوق اداری. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۱). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار. ج ۱.
- مولایی، آ. (۱۳۹۳). قراردادهای اداری. تهران: میزان.
- نجفی‌خواه، م. (۱۳۹۸). نظام حقوقی مناسب برای رشد اقتصادی (طرح جامع مطالعات اقتصاد ایران). تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی.

مقالات

استوارسنگری، ک. (۱۳۸۳). قراردادهای اداری- دولتی و مشخصات آن. *مجله کانون وکلای دادگستری منطقه فارس*، ش ۱، ۷۹ - ۹۷.

اسماعیلی، م.، توسلی نائینی، م.، و رادان جبلی، ع. (۱۴۰۰). نظام حقوقی حاکم بر پیمانهای دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب. *پژوهشهای نویت حقوق اداری*، ۳(۷)، ۳۹ - ۵۸.

بنی احمد، م. (۱۳۸۲). شرایط نابرابر حقوقی در قراردادهای پیمانکاری و تبعات زیانبار آن. *مجلس و پژوهش*، ۱۰(۳۹)، ۱۰۴ - ۱۱۸.

حسینی، ج.، و موسوی بایگی، ع. (۱۳۹۰). نهادهای نظارتی حاکم بر قراردادهای مالی دولتی و چالشهای آن. *اقتصاد چولی، مالی (دانش و توسعه سابق)*، ۱(۱)، ۱۲۱ - ۱۴۳.

رستمی، و. (۱۳۹۴). تعدیل در قراردادهای اداری. *مطالعات حقوق عمومی*، ۴۵(۲)، ۲۱۵ - ۲۳۶.

رستمی، و.، و مجیبی فر، م.ص. (۱۳۹۴). داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی. *حقوق اداری*، ۲(۸)، ۵۹ - ۸۱.

عراقی، ع.، و حبیبزاده، م.ک. (۱۳۸۸). قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخصها. *حقوق خصوصی*، ۶(۱۵)، ۷۷ - ۱۰۴.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۷). محدودیتهای آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرفکننده. *حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)*، ۳۸(۳)، ۳۲۷ - ۳۴۲.

نیکبخت، ح.ر. (۱۳۸۴). مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بینالملل. *الهیات و حقوق*، ۱۵(۱۶)، ۱۷ - ۵۰.

گزارش پژوهشی

حسینی، ح.، شیخ حسینی، ع.، سلیمانی خوئینی، م.، دوالی، م.م.، دلسیناء، پ.، و سیدی، ح. (۱۳۹۹). آسیب شناسی فرایند معاملات دولتی در سامانه تدارکات الکترونیکی دولت (ستاد). گزارش نهایی طرح پژوهشی برای اداره کل امور اقتصادی و دارایی تهران. کد طرح در سامانه سمات: ۱۹۲۳۹-۲۱۲۲۱۴.

قوانین و مقررات

- آیین‌نامه اجرایی بند «ب» تبصره ۴ قانون بودجه ۱۴۰۲.
- آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری.
- دستورالعمل موضوع ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) ۱۳۹۵ و اصلاحی ۱۳۹۶.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) ۱۳۹۳.
- قانون آیین‌نامه معاملات دولتی ۱۳۴۹.
- قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳.
- قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور.
- قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت ۱۳۸۰.
- قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم (تعزیرات) ۱۳۷۵.
- قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶ و اصلاحات و الحاقات بعدی.
- قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶.
- لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری ۱۳۳۷.

References

Books

- Adibi, M.R. (2015). *Legal analysis of termination and its effects in government contracts*, Tehran: Javadane Publications. (in Persian)
- Emami, M. & Stvarsangri, K. (2014). *Administrative law*, Tehran: Mizan publication, second volume. (in Persian)
- Ansari, V. (2001). *General Laws of Administrative Contracts*, Tehran: Law-Dan Publishing House. (in Persian)
- Emami, M., Vaezi, M. & Soleimani, M. (2012). *Rules of lawsuits that can be filed in the Court of Administrative Justice*, Tehran: Mezan publication. (in Persian)
- Begzadeh, S. (2009). *Law writing style manual*, Tehran: Islamic Council Research Center Publications. (in Persian)
- Jafari Langroudi, M.J. (1993). *Legal Terminology*, Tehran: Ganj Danesh Publishing House. (in Persian)

- Habibzadeh, M.K. (2011). *The principles governing government contracts*, Tehran: Javadane and Jungle Publications. (in Persian)
- Hosseini, A. (2005). *Principles Governing Government Contracts (Scientific-Practical Debates)*, Tehran: Behnami Publications. (in Persian)
- Rasakh, M. (2005). *Theoretical foundation for reforming the legislative system*, Tehran: Publications of the Research Center of the Islamic Council. (in Persian)
- Rostami, V. (2017). *Speeches in administrative law (practical and theoretical)*, Tehran: Khorsandi Publications. (in Persian)
- Rostami, V. (2022). *Law of Administrative Contracts*, Tehran: Dadgstar Publishing House. (in Persian)
- Shami, M. (2009). *Analysis of the nature and effects of administrative contracts in Iranian law*, Tehran: Dostan Publishing House. (in Persian)
- Shidfar, Z. (2023). *Public and administrative law*, Tehran: University of Tehran publication. (in Persian)
- Safai, H. (2005). *General rules of contracts*, Tehran: Mizan publication. (in Persian)
- Tabatabai Motamani, M. (2002). *Administrative Law*, Tehran: Samit Publications. (in Persian)
- Abbasi Lahiji, b. (2022). *Administrative Law*, Tehran: Justice Court. (in Persian)
- Katouzian, N. (2002). *Philosophy of law*, Tehran: publishing company, volume 1. (in Persian)
- Moulai, A. (2014). *Administrative contracts*, Tehran: Mizan publications. (in Persian)
- Najafi Khah, M. (2019). *Legal system suitable for economic growth (Comprehensive Plan of Iranian Economic Studies)*, Tehran: Higher Institute of Management and Planning Education and Research. (in Persian)

Articles

- Stvarsangri, K. (2004). "Governmental-administrative contracts and their specifications", *Fars Region Bar Association Magazine*, 1, 79-97. (in Persian)
- Ismaili, M. , Tausli Naini, M. and Radan Jabali, A. (2021). "The legal system governing government contracts in Iran in the light of principles of good governance", *Novit Research Quarterly of Administrative Law*, 3(7), 58-39. (in Persian)
- Bani Ahmad, M. (2003). "Unequal legal conditions in contracting contracts and its harmful consequences", *Majles and Research magazine*, 10(39), 104-118. (in Persian)
- Hosseini, J. & Mousavi Baighi, A. (2011). "Supervisory institutions governing government financial contracts and their challenges", Choli

- Economic Quarterly, Mali (former knowledge and development), 5(1), 121-143. (in Persian)
- Rostami, V. (2015). "Amendment in Administrative Contracts", *Journal of Public Law Studies*, 45(2), 215-236. (in Persian)
- Rostami, V & Mujibifar, M.S. (2015). "Arbitration in government contracting contracts", *Administrative Law Quarterly*, 2(8), 59-81. (in Persian)
- Iraqi, A. and Habibzadeh, M.K. (2009), "Government contracts in Iranian law: a review of indicators", *Journal of Private Law*, 6(15), 77-104. (in Persian)
- Katouzian, N. (2008). "Limitations of contractual freedom based on consumer-protection", *Law Quarterly, Journal of Faculty of Law and Political Sciences*, 38 (3), 327-342. (in Persian)
- Nikbakht, H.R. (2005). "A review of the regulation of government contracts in international trade law", *Specialized, Journal of Theology and Law*, 15(16), 17-50. (in Persian)

Research report

- Hosseini, H. & et al. (2019). "Pathology of government transactions process in the government's electronic procurement system (Stadt)", final report of a research project for the General Directorate of Economic Affairs and Finance of Tehran, project code in the Samat system 212214-19239(in Persian)

Terms and Conditions

- The Constitution of the Islamic Republic of Iran.
- Law regulating part of government financial regulations 2001.
- The Law of Adding Certain Articles to the Law of Regulating Part of Government Financial Regulations (2) 2014.
- Islamic Penal Code, fifth book (punishments) 1996.
- Public Accounts Law 1987 and subsequent amendments and additions.
- Civil Service Management Law 2017
- Legal bill regarding the prohibition of interference of ministers and parliamentarians and government employees in state and country transactions 1958.
- Government Transactions Regulation Law 1970.
- The budget law of 2023 of the whole country.
- Tenders Law 2014.
- Instructions on the subject of Article (27) of the Law on the Addition of Certain Articles to the Law on the Regulation of Part of the Financial Regulations of the Government (2) 2016 and Amendment 2017.
- Executive Regulations of Article (24) of the Civil Service Management Law.
- The Executive Regulations of Clause (b) Note (4) of Budget Law 2023.