

اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی

■ دکتر محمدعلی اعلائی فرد*

چکیده

دولت‌ها بزرگترین منبع قدرت و ثروت در جهان به شمار می‌روند. علی‌رغم تلاش جهانی برای خصوصی‌سازی و کاهش سهم دولت در تصدی‌گری، کماکان بیشترین حجم معاملات داخلی و بین‌المللی را چه از لحاظ کمیت و چه از لحاظ قیمت، معاملات دولتی تشکیل می‌دهند.

تصدی دولت بر امور زیربنایی مانند راه‌سازی، احداث و توسعه راه‌آهن، حمل و نقل هوایی و دریایی، بهداشت، آموزش عمومی، مسکن، مخابرات، کشاورزی و خدمات، موجب شده است تا دولت همواره بودجه عظیمی را به اجرای طرح‌های عمرانی در زمینه‌های فوق اختصاص دهد.

شرایط پیش‌بینی شده در قراردادهای دولت با پیمانکاران خصوصی که عموماً در قالب قراردادهای خاص داخلی و یا بین‌المللی شکل می‌گیرد، از بحث انگیزترین نکات حقوقی‌اند. همچنین مسأله ماهیت این نوع قراردادها نیز یکی از مباحث نظری در نظام‌های حقوقی مختلف جهان است. عدم وجود قواعد متحدالشکل بین‌المللی در این زمینه بعضاً باعث تعارض قوانین می‌گردد.

در این مقاله سعی شده است ضمن نگاهی اجمالی به ماهیت این نوع قراردادها، اصول و قواعدی حاکم بر آنها نیز مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

کلید واژه‌ها: پیمان‌های عمومی، مقاطعه‌کاری، مناقصه، قراردادهای دولتی.

۱- مقدمه

دولت گذشته از اعمال حاکمیت و برقراری نظم و امنیت عمومی، بزرگترین مجری طرح‌های عمرانی، بزرگترین کارفرما، بزرگترین خریدار کالا و خدمات و همچنین در موارد زیادی بزرگترین عرضه‌کننده آنهاست.

قراردادهایی که دولت با اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی منعقد می‌سازد دارای عناوین مختلفی‌اند. در نظام حقوقی فرانسه قراردادهایی که یک طرف آن دولت باشد به قراردادهای اداری^۱ معروفند.

* مدرس دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا این نوع قراردادها، قراردادهای حکومتی^۲ خوانده می‌شوند. در پاره ای از نظام های حقوقی جهان از جمله استرالیا، هند و کشورهای اسکاندیناوی، عنوان قراردادهای عمومی^۳ بر توافقات مزبور گذاشته می‌شود. در مجموع منظور از این نوع قراردادها، قراردادهایی است که از حوزه حقوق خصوصی خارج شده و مشمول قواعد و مقررات حقوق عمومی می‌شوند.

در نظام حقوقی ایران عنوان خاصی برای قراردادهای دولتی در نظر گرفته نشده است. حقوقدانان ایرانی با تأسی از حقوق فرانسه، عموماً این نوع قراردادها را قراردادهای اداری خوانده‌اند، با این حال حسب مورد از عنوانهای «قراردادهای دولتی» و «پیمانهای عمومی» نیز استفاده شده است. در این نوشته به تبعیت از سازمان مدیریت و برنامه ریزی (برنامه بودجه سابق) از نام «پیمان‌های عمومی» و در چند مورد نیز «قراردادهای پیمانکاری عمومی» استفاده شده است.

۲- ماهیت قرارداد های عمومی (دولتی)

در خصوص ماهیت قراردادهای منعقدۀ از طرف دولت با اشخاص خصوصی، اختلاف نظر بسیاری وجود دارد. گروهی از نویسندگان و حقوقدانان از جمله پروفیسور دوگی^۴ (فرانسوی) اعتقاد به وحدت قراردادهای عمومی و خصوصی دارند. (۱، ج ۲، ۱۳۷۰، ص ۱۳۷) این گروه از حقوقدانان معتقدند این گونه قراردادها مانند قراردادهای خصوصی تابع قواعد عمومی قانون مدنی و قانون تجارت بوده و اصل نسبی بودن قراردادها، اصل حاکمیت اراده طرفین و شرایط اساسی صحت معامله بر آن حاکم است. ضمناً مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از این نوع قراردادها، محاکم عمومی دادگستری‌اند. حتی رسیدگی به پاره‌ای از این نوع قراردادها در محاکم اداری به منزله خروج این قراردادها از حاکمیت حقوق خصوصی نیست زیرا امر صلاحیت یک امر شکلی است نه ماهوی. ضمن آن که این نوع قراردادها مانند قراردادهای خصوصی، مشمول قوانین و مقررات آمره از قبیل قانون کار، قانون تأمین اجتماعی و قانون مالیاتهای شونده و معافیت‌های استثنایی موجب نمی‌شود که ماهیت این نوع قراردادها تغییر یابد. طرفداران این نظریه معتقدند که عدم رعایت مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی از جمله مقررات قانون محاسبات عمومی و آئین نامه معاملات دولتی تخلف اداری محسوب می‌شوند و تأثیری در صحت و لزوم قراردادهای دولتی ندارد. (۲، ص ۵۹)

گروه دیگری از حقوقدانان با تقسیم بندی حقوق به عمومی و خصوصی، معتقدند که

2 - Government Contract

3- Public Contract

4 - Prof. Dugey

قراردادهای عمومی و اداری تابع نظام حقوق عمومی اند و از حیث طرز تشکیل و ماهیت با قراردادهای خصوصی اختلاف دارند. انگیزه و هدف از انعقاد قراردادهای خصوصی گردش سرمایه، کسب منفعت و یا تأمین نیاز و احتیاجات فردی و شخصی است در حالی که هدف از انعقاد قراردادهای دولتی، حفظ حقوق دولت و منافع عمومی است. بنابراین مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که این نوع قراردادها از امتیازات و ویژگیهای خاصی برخوردار باشند. قواعد مربوط به انعقاد این گونه قراردادها جزء قواعد آمره محسوب و عدم رعایت این آنها موجب بطلان قرارداد می‌شود. (۱، ج ۱، ۱۳۷۷، ص ۲۲)

در مجموع قراردادهای دولتی طیف وسیعی را تشکیل می‌دهند. پاره‌ای از قراردادهای دولتی مانند قراردادهای اجاره، رهن، خرید کالا و حمل و نقل هیچ تفاوتی با قراردادهای خصوصی ندارند و از حیث تشکیل و اجرا، مشمول قانون مدنی و مقررات ویژه اجاره و رهن می‌شوند. بعضی از قراردادهای دولتی مانند قراردادهای استخدامی، اعطاء امتیاز و نمایندگی، دارای ماهیت خاص بوده و از شمول قانون مدنی و قواعد حاکم بر قراردادهای خصوصی خارج و مشمول نظارت قانون استخدامی و قانون محاسبات عمومی اند.

از این رو نمی‌توان حکم واحدی بر کلیه قراردادهایی که یک طرف آن دولت قرار دارد، قائل شد. بلکه هر قرارداد دولتی باید با توجه به محتوی و موضوع همان قرارداد، مورد بررسی قرار گیرد. قراردادهای پیمانکاری ساخت یا مقاطعه کاری، کاملترین نوع قراردادهای دولتی به شمار می‌روند. قراردادهای مزبور عموماً مشتمل بر یک موافقتنامه، شرایط عمومی پیمان، شرایط خصوصی پیمان، جدول زمان بندی کلی، فهرست بهاء و مقادیر کار، مشخصات فنی و نقشه های اجرایی است. از لحاظ تعارض اسناد، مفاد موافقتنامه بر مفاد شرایط عمومی پیمان، مفاد شرایط عمومی پیمان بر شرایط خصوصی و مفاد شرایط خصوصی پیمان بر مفاد اسناد تکمیلی و قراردادهای الحاقی الویت دارند، به گونه‌ای که هیچ گاه شرایط خصوصی نمی‌تواند مفاد شرایط عمومی و شرایط عمومی نمی‌تواند مفاد موافقتنامه را نقض کند.

در پیمانهای عمومی ساخت، غیر از طرفین قرارداد یعنی کارفرما و پیمانکار، اشخاص ثالثی نیز دخالتی دارند که برابر ضوابط موجود جزء ارکان اجرایی قرارداد محسوب می‌شوند. مانند مهندس مشاور (شخص حقیقی یا حقوقی)، مهندس ناظر (شخص حقیقی)، نماینده مهندس مشاور، رئیس کارگاه (شخص حقیقی، نماینده پیمانکار) و پیمانکار جزء که در شرایط خاصی ممکن است بخشی از کار را انجام دهد.

قراردادهای پیمانکاری در عرصه ۷ رشته اقتصادی^۵ و در ۲۷ بخش از زیرمجموعه‌های اقتصادی^۶ منعقد می‌شوند.

۵- عبارات از: راه‌سازی، آبیاری، ابنیه، تأسیسات شهری، تأسیسات و تجهیزات، نیرو و خدمات که رشته خدمات استثناء شده است.
۶- ر.ک. مصوبات و قراردادهای تیپ سازمان مدیریت و برنامه ریزی.

به دلیل اهمیت این نوع قراردادها در نظام اقتصادی کشور، خصوصاً کشورهای در حال توسعه، تلاش زیادی در سطح بین المللی جهت تهیه قواعد متحدالشکل حاکم بر قراردادهای پیمانکاری، صورت پذیرفته است. حقوق پیمانکاری عمومی در هر کشور می تواند سنگ بنای اصلاحات حقوقی و اقتصادی باشد. هدف اصلی از قواعد و اصول حاکم بر حقوق قراردادهای عمومی پیمانکاری، تأمین سه موضوع ذیل است:

- ۱- حفظ و حراست از حقوق و منافع عمومی،
 - ۲- جلوگیری از فساد اداری و حیف و میل اموال دولتی و تبانی در معاملات دولتی،
 - ۳- حمایت از پیمانکاران و سازندگان در مقابل قدرت و نفوذ دولت.
- بنابراین قوانین حاکم بر پیمانهای عمومی نه تنها باید حافظ منافع دولت و دستگاههای اجرایی باشند بلکه باید از پیمانکار نیز در مقابل دولت حمایت کنند.
- در راستای متحد الشکل ساختن قواعد مربوط به حقوق پیمانکاری عمومی، کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (آنسیترال^۲) از سال ۱۹۸۶ تلاش گسترده ای را جهت تهیه پیش نویس کنوانسیون در این خصوص آغاز کرد ولی به دلیل اختلاف نظرهای شدید نمایندگان کشورها و گروههای کاری شرکت کننده در کنفرانس های آنسیترال، عقیم ماند. نهایتاً کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد در بیست و ششمین نشست خود که از ۵ الی ۲۳ جولای ۱۹۹۳ برگزار شد. قانونی تحت عنوان «قانون مدل (نمونه) در خصوص پیمانکاری و تهیه کالا» تهیه کرد.^۸

این قانون که مشتمل بر ۵۷ ماده و یک راهنمای اجرایی است. تعاریف جامعی در مورد پیمانکار، کارفرما و پیمان ساخت، به دست می دهد. در این قانون نحوه برگزاری مناقصه، مزایده و شرایط صلاحیت پیمانکاران، معین شده است.

این قانون و همچنین «موافقتنامه پیمانکاری دولتی» گات معروف به GAP^۹ بر مبنای اهداف سازمان تجارت جهانی و استراتژی اقتصاد بازار آزاد تهیه شده است. (۳، ص ۴۶-۱۷) از این رو ماده ۸ قانون آنسیترال اشعار می دارد:

«ملیت و وابستگی ملی نباید مانع ورود در مناقصات پیمانکاران خارجی باشد».

در این نوشته، تلاش شده تا اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای پیمانکاری و یا پیمانهای عمومی ساخت، که تقریباً در اکثر نظامهای حقوقی جهان پذیرفته شده است و عدم ذکر آنها در قراردادهای عمومی ساخت و پیمانکاری، مانع اجرای آنها نمی شود، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته گیرد.

7 - UNCITRAL

8- The Model Law on Procurement of Goods and Construction , UNCITRAL 1993.

9- Agreement on Government Procurement.

مهمترین اصول حاکم بر پیمانهای عمومی ساخت عبارتند از:

- ۱- اصل صلاحیت طرفین پیمانهای عمومی،
 - ۲- اصل کتبی بودن پیمانها،
 - ۳- اصل آگاهی پیمانکار از مفاد اسناد و هزینه ها و حوادث متحمل الوقوع،
 - ۴- اصل اجرای بالمباشره پیمان توسط پیمانکار،
 - ۵- اصل تعهدات دو جانبه کارفرما و پیمانکار.
- ۲- اصل صلاحیت طرفین قرارداد های پیمانکاری عمومی

برابر مدلول ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معامله اهلیت طرفین است. برابر ماده ۲۱۱ قانون مدنی برای آنکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند.

در قراردادهای پیمانکاری دولتی و یا عمومی علاوه بر اهلیت طرفین، متعاملین باید دارای صلاحیت لازم جهت انعقاد قرارداد نیز باشند.

الف: صلاحیت کارفرما

این صلاحیت از طرف کارفرما عبارت است از صلاحیت قانونی، صلاحیت محلی و صلاحیت ذاتی برای انعقاد قراردادهای عمومی. دستگاههای اجرایی برای انعقاد قرارداد پیمانکاری ساخت، قبلاً باید اقداماتی انجام دهند. از جمله این اقدامات تأمین اعتبار، اخذ مجوز انعقاد قرارداد و تعیین مقام صالح برای امضاء قرارداد است.^{۱۰}

اصل صلاحیت قانونی ایجاب می کند که فردی مبادرت به انعقاد قرارداد دولتی نماید که برابر قانون و یا ضوابط و مقررات حاکم بر دستگاههای اجرایی، صالح برای این کار باشد. از ویژگی صلاحیت قانونی کارفرما این است که نمایندگان و جانشین های قانونی کارفرما در حکم خود کارفرما بوده و پیمانکار نمی تواند تغییر کارفرما را موجهی برای فسخ قرارداد و عدم اجرای آن قرار دهد (ماده ۶ شرایط عمومی پیمان). متقابلاً نمایندگان و جانشین های قانونی پیمانکار نیز تا زمانی در حکم پیمانکارند که صلاحیت و رتبه بندی آنها رعایت شده باشد.

از آنجا که طرحهای عمرانی ممکن است طرحهای ملی و یا استانی باشند. بحث صلاحیت محلی کارفرما پیش می آید. در صورت استانی بودن طرح، مقامات و اعضاء کمیسیون مناقصه و یا ترک تشریفات مناقصه نیز تغییر خواهند کرد. بنابراین همان گونه مقامات محلی مجاز به انعقاد پیمان برای طرحهای ملی نیستند. اشخاص خارج از استان و مسئولین دیگر دستگاههای اجرایی نیز صالح به انعقاد قرارداد با پیمانکاران، بدون موافقت قانونی دستگاه اصلی نیستند.

۱۰- برابر ماده ۱۰ قانون برگزاری مناقصه مصوب ۱۳۸۲، انجام معامله به هر طریق مشروط به آن است که دستگاههای اجرایی موضوع بند ب ماده (۱) این قانون به نحو مقتضی نسبت به پیش بینی منابع مالی معامله در مدت قرارداد اطمینان حاصل و مراتب در اسناد مرتبط قید شده باشد.

در هر صورت تردید در صلاحیت کارفرما، بر اساس قاعده هرم اداری، اصل بر صلاحیت بالاترین مقام دستگاه اجرایی است.

در مورد معاملات مربوط به قوه قضائیه، شورای نگهبان، صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، دیوان محاسبات و سایر مؤسسات دولتی که مستلزم ذکر نامند، رئیس قوه قضائیه و یا معاون وی و رؤسای سازمانهای فوق الذکر، مقام صالح برای انعقاد پیمانند. برابر بند و تبصره ماده ۲۸ قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۲، «در صورتی که مبلغ معامله بیش از دویست برابر نصاب معاملات کوچک^{۱۱} باشد، انجام معامله پس از تصویب هیأت های سه نفره موضوع این ماده تا پایان برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران منوط به تأیید شورای اقتصاد بوده و پس از آن منوط به تأیید هیأت مرکب از رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی (دبیر هیأت)، وزیر امور اقتصادی و دارایی و بالاترین مقام مذکور در بند (ه) خواهد بود».

بر خلاف قراردادهای خصوصی پیمانکاری، در قراردادهای عمومی باید مجوز قانونی خاص بر انعقاد و تأمین بودجه اخذ و توسط مقامی که قانون صالح می‌داند منعقد شود. بنابراین مقام صلاحیت دار جهت انعقاد قرارداد عمومی ساخت مقامی است که برابر قانون حق دخل و خرج بودجه را داشته باشد. از این رو اهلیت کارفرمای دولتی عبارت است از:

۱ - صلاحیت دستگاه اداری در انعقاد قرارداد

۲ - صلاحیت مقام امضاء کننده دارای اختیارات قانونی و اداری برای امضاء قرارداد. در قراردادهای خصوصی طرفین باید علاوه بر اهلیت دارای قصد فعل و قصد انشاء باشند و بدون اکراه و اجبار مبادرت به انعقاد قرارداد کرده باشند. در قراردادهای دولتی علاوه بر آن تدلیس، اشتباه و تبانی در معاملات دولتی نیز موجب بطلان قرارداد خواهد بود.

در اکثر کشورهای جمهوری، قرارداد های دولتی به نام رئیس جمهور یا حاکم ایالتی منعقد می شود.^{۱۲} از این رو اثبات این که مقام مزبور، صالح بوده یا نه همواره به عهده دولت است. با این حال انعقاد قرارداد توسط مقام غیر مجاز، باعث بطلان نیست بلکه قرارداد مزبور غیر نافذ بوده و دولت می تواند چنان چه منفعت عمومی ایجاب کند، آن را تنفیذ کند.

ب : صلاحیت پیمانکار

همان گونه که دستگاه اجرایی و مقام امضاء کننده از طرف دستگاه اجرایی باید دارای صلاحیت قانونی، ذاتی و محلی باشد. پیمانکاری که می خواهد طرف قرارداد دستگاه اجرایی

۱۱ - برابر ماده ۳ قانون برگزاری مناقصه سال ۱۳۸۲ معاملات کوچک معاملاتی است که به قیمت ثابت سال ۱۳۸۲ کمتر از ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال باشد.

۱۲ - نگاه کنید به اصل ۲۹۹ قانون اساسی هندوستان . ۱۹۴۹.

قرار گیرد، باید دارای صلاحیت لازم باشد. پیمانکار مزبور علاوه بر داشتن مهارت فنی باید حداکثر شایستگی را داشته و با شرکت در مناقصه، حداقل قیمت را پیشنهاد داده باشد.

برابر بند الف ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات مصوب سال ۱۳۸۲: «مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت مورد نظر (طبق اسناد مناقصه) که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار شود».

برابر بند ۳ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال سازمان ملل متحد، چنان چه دو شرکت کننده در مناقصه قیمت یکسان ارائه دهند، پیمانکاری که دارای شایستگی بیشتر است اولویت دارد. در واقع شایستگی برای پیمانکار، ایجاد حق می کند که به موجب آن می تواند معترض رقیبی شود که بدون شایستگی لازم، برنده مناقصه شده است. معیارهای شایستگی و صلاحیت پیمانکار را قانون معین می کند. در هر جایی که قانون ساکت باشد باید به عرف همان حرفه مراجعه کرد. ماده ۶ قانون آنسیترال «... قابلیت و شایستگی فنی و حرفه ای، داشتن منابع مالی کافی و لازم، داشتن تجهیزات کافی، داشتن امکانات فیزیکی، مدیریت کارآمد و قابل اعتماد، پرسنل و نفرات لازم و متبحر، حسن شهرت و فقدان سوء سابقه و نهایتاً عدم داشتن بدهی مالیاتی و تأمین اجتماعی را از مصادیق صلاحیت و شایستگی دانسته است».

در حقوق ایران برابر ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه، سازمان مدیریت و برنامه ریزی و دفتر فنی این سازمان وظیفه تعیین شرایط و ضوابط لازم جهت تشخیص صلاحیت و رتبه بندی پیمانکاران را بر اساس تخصص های آنان دارد. در راستای انجام این وظیفه سازمان مدیریت و برنامه ریزی آئین نامه خاصی را جهت تشخیص صلاحیت و رتبه بندی واحدهای خدمات مشاوره و پیمانکاران تصویب کرده است.

برابر آئین نامه معاملات دولتی و بخشنامه های سازمان مدیریت و برنامه ریزی و همچنین برابر ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ در ارزیابی کیفی مناقصه گران (پیمانکار) باید پروانه کار با گواهی نامه های صلاحیت و در صورت لزوم رتبه آنها لحاظ شود. بنابراین صلاحیت تأیید شده پیمانکار توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی یکی از شرایط اساسی صحت انجام معامله است.

در واقع پیمانکار یا مقاطعه کاری می تواند در رشته های اصلی اقتصادی (کشاورزی، صنعت و معدن، آب، برق و تلفن، نفت و گاز، مخابرات و ارتباطات و خدمات) طرف قرارداد دولت باشد که برابر آئین نامه های دولتی، صلاحیت وی برای این امر احراز شود.

در هر جایی که قانون شرایط خاصی را برای شایستگی پیمانکار در نظر گرفته باشد این شرایط در واقع حداقل ممکن است. از این رو پیمانکاری که دارای شایستگی بیشتری است، اولویت دارد.

گذشته از شرط رتبه بندی، پیمانکار دولتی نباید مشمول قانون منع مداخله کارکنان دولت

مصوب ۱۳۳۷ باشد. چنین پیمانکاری برابر قانون اساساً صالح به امضاء قرارداد با دولت نیست.

برابر ماده ۸ قانون آنستیرال دولت ها نباید در قوانین داخلی خود معیارهایی اعمال کنند که پیمانکاران شایسته را از نظر ملیت از شرکت در مناقصه و مزایده محروم سازند. در قوانین ایران شرکت پیمانکاران خارجی تابع شرایط خاص بوده و ملیت در پاره ای موارد از موانع انجام معامله محسوب می شود. برای مثال برابر ماده ۹ آئین نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات ایران سال ۱۳۷۲، مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۲۳ «هر گونه معامله تجاری با رژیم اشغالگر قدس ممنوع است».

۲-۲ اصل کتبی بودن قرارداد

برابر عموماً قانون مدنی^{۱۳} هر عقدی با ایجاب از یک طرف و قبول از طرف دیگر محقق می شود. اکثر عقود پیش بینی شده در قانون مدنی و همچنین قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، تابع تشریفات خاص نیست و کتبی یا شفاهی بودن عقد تأثیری در صحت و لزوم آن ندارد. وقوع عقد را می توان با یکی از ادله اثبات دعوی از قبیل اقرار، سند، شاهد، اماره و سوگند اثبات کرد. بنابراین کتبی بودن شرط صحت معامله نیست.

بر خلاف قراردادهای مدنی، اسناد و مدارک پیمان های اداری همگی تابع اصل کتبی بودن، ممضی به امضاء طرفین و نیز امضاء مقامات صالحه اداری است. (۴، ص ۱۴۰)

وفق مواد مربوط به معاملات دولتی از جمله ماده ۳۱ آیین نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹ کمیسیون مجلسین سابق، باید نکاتی در هر قرارداد رعایت شوند که تماماً دلالت بر لزوم کتبی بودن آن دارد.

همچنین ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ می گوید: «معاملات وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی اعم از خرید، فروش، اجاره، استجاره و پیمانکاری و اجرت کاری و غیره (به استثناء مواردی که مشمول مقررات استخدامی می شود) باید حسب مورد از طریق مناقصه و مزایده برگزار شود».

قانون مناقصه سال ۱۳۸۳ نیز ضمن تقسیم بندی معاملات به کوچک، متوسط و بزرگ فرایندی را برای برگزاری مناقصه پیش بینی می کند که نهایتاً منجر به انجام کتبی مناقصه می شود. (ر.ک. ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصه)

ماده ۱۴ قانون برگزاری مناقصه اظهار می دارد:

«الف: تمامی اسناد مناقصه باید به طور یکسان به همه داوطلبان تحویل شود».

بنابراین برابر منطق و مفهوم مواد قانون محاسبات عمومی، آئین نامه معاملات دولتی و قانون برگزاری مناقصه سال ۱۳۸۳، پیمانکاری دولتی باید از طریق مناقصه صورت گیرد.

۱۲ - برابر ماده ۱۸۲ قانون مدنی، عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند.

روند برگزاری مناقصه کتبی بوده و نهایتاً نیز برابر بند ب ماده ۲۱ قانون مناقصه، با برنده مناقصه قرارداد کتبی منعقد خواهد شد. الفاظ و عبارات به کار رفته در این قوانین تماماً دلالت بر کتبی بودن قراردادهای دولتی دارند. حتی معاملات جزئی و پیمان های شفاهی نیز نهایتاً در دستگاه اجرایی به اسناد کتبی تبدیل خواهد شد.

برابر بخشنامه شماره ۷۸۳/۳ مورخ ۱۰۲/۱۰/۸۵۴/۸۴۲ سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور (برنامه و بودجه سابق) که مستنداً به ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و آیین نامه اجرایی آن تهیه شده است، به کلیه دستگاههای اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران تکلیف شده تا از تاریخ ابلاغ این بخشنامه برای انعقاد قرارداد با پیمانکاران و مشاوران از قراردادهای تیپ که سازمان تهیه می کند، استفاده کنند. در مواردی که مفاد قراردادهای تیپ و پیمان و شرایط عمومی آن پاسخگو نباشد، دستگاه اجرایی مکلف است تغییرات مورد نظر خود را به سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور منعکس کند تا پس از تأیید آن سازمان به مورد اجرا گذاشته شود.

همچنین برابر تصویب نامه شماره ۲۸۳۲/ت/۲۷۵۶، مورخ ۸۱/۹/۵ هیأت وزیران جمهوری اسلامی ایران، و ابزاری فعالیت های پشتیبانی و خدماتی دستگاههای اجرایی باید در قالب قراردادهای فرم استاندارد که توسط سازمان برنامه و بودجه و با هماهنگی وزارت امور اقتصادی و دارایی تهیه شده است، صورت پذیرد.

ماده ۹ قانون نمونه پیمانکاری آنسیترال به کشورهایی که قصد دارند قانون مزبور را مبنای قانونگذاری خود قرار دهند، تأکید می کند: «کلیه مکاتبات، دعوتنامه ها، آگهی های مناقصه و نهایتاً قراردادها باید به صورت فرم مکتوب در یک مجموعه تهیه و نگهداری شود». این روش کمک می کند تا در صورت اختلاف طرفین با مراجعه به مجموعه مزبور، خود به قضاوت بنشینند. آنسیترال از این روش به عنوان self enforcing - self policing نام می برد و آن را روشی مؤثر در حل اختلاف می داند.

ناگفته نماند مکتوب بودن قراردادهای به مفهوم تشریفاتی بودن آنها نخواهد بود. بلکه هر نوشته و یا سابقه ای که در مقام اثبات موضوع برآید، مانند اسناد کامپیوتری (EDI)، از مصادیق کتبی بودن آن خواهد بود.

در تشخیص صلاحیت و رتبه بندی پیمانکاران نیز ادله ابرازی باید کتبی و مستند باشد. با تمام این تفاسیل از آنجا که در قوانین موضوعه ایران ضمانت اجرایی برای عدم استماع قراردادهای شفاهی پیش بینی نشده است، محاکم ایران کماکان با توجه به قانون مدنی و احکام مربوط به ادله اثبات دعوی، ابایی در رسیدگی به قراردادهای شفاهی ندارند و به ندرت با توسل به اصل عدم کتبی بودن پیمان، قرار عدم قابلیت استماع دعوی را صادر می کنند.

۲-۳ اصل آگاهی پیمان کار از مفاد اسناد

اصل بر این است که پیمانکار با مطالعه کامل اسناد مناقصه و مطالعه سوابق و ملاحظه

محل اجرای قرارداد و آگاهی کامل از شرایط فیزیکی و جغرافیایی آن مبادرت به شرکت در مناقصه کرده است. بنابراین برابر اصل آگاهی پیمانکار از اسناد و هزینه ها، جهل پیمانکار به مفاد اسناد مسموع نبوده و پیمانکار در زمان انعقاد قرارداد آگاهی کامل در خصوص هزینه ها، تأمین نیروی انسانی، مصالح، تجهیزات، آب و برق و غیره را داشته است.

همچنین پیمانکار از وضعیت جغرافیایی انجام کار و آب و هوا، رطوبت محل، میزان نزولات آسمانی و فصول اجرای کار در منطقه آگاهی کامل دارد. بنابراین پیمانکار نمی تواند سختی کار و تغییرات آب و هوا را دلیل بر عدم ایفاء تعهدات خود قرار دهد.

همچنین پیمانکار هزینه تأمین راههای دسترسی، توسعه معابر، تونل و تهیه راههای مواصلاتی را در نظر داشته است. بنابراین پس از انعقاد قرارداد اشتباه در پیشنهاد قیمت، نوع کار، غبن در معامله، قابلیت استماع ندارد و پیمانکار مکلف است کلیه هزینه های پیش بینی نشده از قبیل احداث راه فرعی، مقاوم سازی پلها و راههای مواصلاتی، هزینه تعمیر و بازسازی لوله های آب، کانال فاضلاب، کابل برق و خطوط مخابرات را که در اثر حفاری و خاکبرداری آسیب می بینند، تأمین نماید. در حقوق پیمان های عمومی فرض بر این است که پیمانکار در زمان انعقاد قرارداد مطالعات کافی و بررسی های لازم را در خصوص نوع کار و وضع منطقه به عمل آورده است. از این رو ماده ۱۶ شرایط عمومی پیمان، تأمین این گونه هزینه ها را جزء تعهدات پیمانکار قلمداد کرده است. در واقع فرض بر این بوده که پیمانکار با علم به این موارد مبادرت به امضاء قرارداد کرده است. بنابراین، این قبیل مسائل جزء امور قابل پیش بینی قلمداد می شود. استثناء بر این اصل تنها زمانی است که کارفرما در اسناد مناقصه، آگهی و نقشه های ارائه شده به پیمانکاران تقلبی را به کار برده و یا حقایق را که وظیفه داشته اعلام کند، کتمان کرده باشد.

ماده ۲۱ آیین نامه معاملات دولتی می گوید: «در قرارداد باید نکات ذیل قید گردد: ۶- اقرار برنده مناقصه به اینکه از مشخصات کالا، کار و انجام کار مورد معامله و مقتضیات محل، تحویل کالا یا انجام کار اطلاع کامل دارد.

در مقابل حوادث و رویدادهای فوق اموری نیز وجود دارد که امور غیر قابل پیش بینی خوانده می شود. امور غیر قابل پیش بینی به دو دسته کلی تقسیم می گردند:

۱- تغییر کامل اوضاع و احوال

۲- فورس ماژور

این امور از مواردی است که طرفین قرارداد به استناد آنها می توانند درخواست فسخ قرارداد را کنند.

در کنار این امور دیگری نیز مانند بحرانهای اقتصادی، رکود، تورم، نوسانات اقتصادی و نوسانات ارزی، وجود دارد که می تواند تأثیرات مهمی در اجرای قرارداد داشته باشند.

در بعضی از کشورها از جمله فرانسه، بحران اقتصادی به عنوان یک اصل مسلم و تأثیر گذار در قراردادهای پذیرفته شده است. بنابراین عدم ذکر آن در قرارداد مانع از پذیرش و اعمال آن نخواهد بود. در نظام حقوقی ایران بحران اقتصادی به عنوان اصل مؤثر در بقاء و یا زوال قرارداد پذیرفته نشده است. در قراردادهای عمومی تا حدی که بحران ناشی از اقدامات دولت باشد مانند افزایش قیمت و هزینه های عمومی، دولت مکلف به جبران خسارات ناشی از آنهاست.

از این رو در شرایط عمومی پیمان مواردی پیش بینی شده که چنانچه در روند اجرای قرارداد به دلیل ایجاد شرایط غیر قابل پیش بینی از قبیل تغییر قوانین و یا تغییر اوضاع و احوال و غیره، هزینه های انجام کار به نحوی افزایش یابد که پیمانکار مواجه با ضرر و زیان یا مشکل شود، قیمت ها بر اساس وضعیت جدید تطبیق و هماهنگ شود.

به همین صورت کاهش قیمت نیز می تواند باعث تعدیل مبلغ قرارداد و استرداد مابه التفاوت توسط کارفرما گردد. البته تعدیل قیمت زمانی ممکن است که تعلل پیمانکار در افزایش قیمت نقشی نداشته باشد.

در هر صورت بحران اقتصادی و تغییر اوضاع و احوال باید گذرا باشد. چنانچه این بحران پایدار و مستمر باشد، پیمانکار و کارفرما می توانند با توسل به فورس ماژور و قاعده تغییر اوضاع و احوال قرارداد، قرارداد مربوط را فسخ کنند.

۲-۴- اصل اجرای بالمباشره قرارداد توسط پیمانکار

واگذاری قرارداد به شخص ثالث از مسائل بحث برانگیز در حقوق قراردادهای عمومی است. در قراردادهای خصوصی هدف اصلی انجام کار است. از این رو آن چه برای کارفرما اهمیت دارد نتیجه کار است و نه اجرای آن توسط شخص پیمانکار. از این رو پیمانکاران عموماً برای تسریع در انجام کار و یا انجام بهتر و تخصصی آن، کار را به پیمانکارهای دیگر واگذار می کنند. (۶، صص ۸۲-۶۱)

در قراردادهای خصوصی اگر اجرای شخصی مقاطعه شرط شده باشد و پیمانکار بدون اذن کارفرما اجرای کار را به دیگری واگذار نماید. واگذاری اخیر باطل است.^{۱۴} چنانچه در قرارداد اصلی شرط مباشرت نشده باشد و پیمانکار اجرای کار را به دیگری واگذار کند، خیار تخلف از شرط برای کارفرما به وجود می آید و کارفرما می تواند در صورت لزوم، خیار مزبور را اعمال کند.

در حقوق اداری، اصل بر عدم واگذاری قراردادهاست. در قراردادهای استخدامی، این

۱۴- برابر ماده ۲۶۸ قانون مدنی انجام فعل به وسیله دیگری در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد، ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له.

اصل مطلق بوده و مستخدمی که قرارداد استخدامی با دولت منعقد کرده است، نمی‌تواند حقوق خود ناشی از قرارداد را به دیگری واگذار کند. بدیهی است انتقال گیرنده از نظر دستگاه اجرایی کارمند محسوب نمی‌شود. زیرا شخصیت طرف قرارداد در این نوع از قراردادها، جزء شرط ضمن عقد است.

در خصوص قراردادهای پیمانکاری دولتی، اصل اجرای بالمباشره قرارداد است. این اصل که به قاعده طلایی قرارداد (golden rule of contract) معروف شده است، می‌گوید که پیمانکار مکلف است قرارداد را از ابتدا تا انتها با شرایط ذیل اجرا کند:

۱- اجرای بالمباشره و با اراده شخصی، ۲- با حسن نیت، ۳- با رعایت ضوابط قانونی و قرارداد، ۴- بدون قصور، ۵- بدون عیب و نقص، ۶- بدون تأخیر.

بر مبنای این قاعده، قرارداد پیمانکاری باید به گونه‌ای امضاء شود که به طور اتوماتیک با شرایط فوق اجرا شود. بر مبنای اصل اجرای بالمباشره قرارداد، پیمانکار حق انتقال به غیر قرارداد را کلاً و جزئاً بدون موافقت کارفرما، آن هم در شرایط کاملاً خاص و محدود، به غیر ندارد.

برابر ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان: «پیمانکار حق واگذاری پیمان را به دیگران ندارد». بند ب این ماده نیز می‌گوید: «به منظور تسهیل و تسریع در اجرای قسمتی از عملیات موضوع قرارداد پیمانکار می‌تواند قراردادهایی با پیمانکاران جزء منعقد نماید مشروط به این که:

- ۱- رضایت کتبی کارفرما را در این خصوص اخذ کند.
 - ۲- پیمانکار جزء حق واگذاری کار را به غیر نداشته است.
 - ۳- واگذاری کار به پیمانکار جزء موجب تأخیر پیشرفت کار نشود.
 - ۴- پیمانکار اصلی مسوول تمام اعمال پیمانکار جزء بوده و از مسوولیت وی کاسته نشود.
 - ۵- پیمانکار اصلی و پیمانکار جزء شرط نمایند در صورت بروز اختلاف، کارفرما در صورت لزوم به اختلاف رسیدگی نموده و نظریه کارفرما برای طرفین لازم الاجرا باشد».
- بنابراین در حقوق ایران اصل بر اجرای بالمباشره قرارداد توسط پیمانکار بوده و پیمانکار می‌تواند صرفاً در موارد خاص و به طور محدود بخشی از کار را به پیمانکار جزء که تخصص کافی داشته باشد با رضایت کتبی کارفرما واگذار کند.
- ضمانت اجرای این اصل فسخ یک جانبه قرارداد از ناحیه کارفرما و دستگاه اجرایی است. برابر قسمت ۱ بند ب ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در صورت واگذاری پیمان توسط پیمانکار به شخص ثالث، کارفرما می‌تواند پیمان را یک جانبه فسخ کند.

۲-۵ اصل تعهدات دو جانبه

از آنجا که دولت عهده دار حاکمیت و حافظ منافع عمومی است، مزایا و امتیازات خاصی برای دولت در نظر گرفته شده است که اشخاص عادی از آن محرومند. برای مثال در

انگلستان، برابر نظام کامن لو^{۱۵} قوانین موضوعه نسبت به ملکه و پادشاه قابلیت اجرا ندارند مگر آن که در خود قوانین تصریح شده باشد. این قاعده از یک ضرب المثل قدیمی ناشی شده است که می‌گوید «پادشاه هرگز خطا نمی‌کند».

همچنین از آنجا که قوانین مملکتی به نام پادشاه تصویب می‌شود و محاکم دادگستری نیز به نام شاه حکم صادر می‌کنند. بنابراین پادشاه را نمی‌توان در دادگاهی که به نام وی برپا می‌شود، محاکمه کرد. (۵، ص ۶۸۰)

همچنین در اکثر کشورهای جهان، دولت‌ها از امتیازات حقوقی ویژه‌ای برخوردار است که اشخاص عادی از آن محرومند. برای مثال دولت می‌تواند با توسل به اصل طبقه‌بندی اسناد از ارائه مستقیم پاره‌ای اسناد به دادگاه خودداری کند. همچنان که برابر ماده ۱۰۵ قانون آئین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۸، اسناد سری دولتی باید با اجازه ریاست قوه قضائیه به دادگاه ارائه شود.

بنابراین همواره اختلاف فاحشی بین جایگاه دولت و اشخاص حقیقی و حقوقی عادی در دعاوی وجود دارد. در قراردادهای پیمانکاری برابر مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان به دستگاه اجرایی اختیارات وسیعی داده شد تا با استناد به آنها بتواند قرارداد پیمانکاری را فسخ و پیمانکار را خلع ید کند.

با تمام این تفاسیل برابر یک اصل کلی پذیرفته شده در حقوق پیمانکاری، کل تعهدات پیمانکار در مقابل کل تعهدات کارفرما قرار دارد. از این رو دستگاه اجرایی زمانی می‌تواند از مزایا و امتیازات قانونی خود استفاده کند که به تعهدات خود عمل کرده باشد. در واقع در این نوع قراردادها اصل تعهدات دو جانبه، موازنه‌ای بین پیمانکار و کارفرمای دولتی به وجود آورده است.

برابر دادنامه شماره ۱۸۷۷۰۲/۶۸ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور که در مقام تأیید نظریه شعبه ۵ دادگاه حقوقی یک شیراز صادر شده است:

«مقررات ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در صورتی مصداق دارد که کارفرما تمام وظایفی را که به عهده دارد انجام دهد و تعلل در انجام کار حصرأ متوجه پیمانکار بوده باشد».

بنابراین با توجه به اصل تعهدات دو جانبه، عدم انجام تعهد یک طرف برای طرف دیگر نوعی حق حبس در عدم انجام تعهد به وجود می‌آورد.

۳- نتیجه

با توجه به مطالبی که گفته شد قراردادهای پیمانکاری عمومی، از جمله قراردادهای خاص به شمار می‌روند که اصول و قواعد ثابتی بر آنها حاکم است.

این نوع قراردادها عموماً تابع حقوق عمومی است و قواعد حاکم بر این نوع قراردادها جنبه تکلیفی و آمره دارند. از این رو عدم رعایت تشریفات نظارتی و شکلی پیشبینی شده در قوانین عمومی از قبیل قانون محاسبات عمومی، آئین نامه معاملات دولتی، قانون برگزاری مناقصات و آئین نامه ها و بخشنامه های دولتی، موجبات بطلان و در پاره ای از موارد، عدم نفوذ آنها را فراهم می آورد. علی هذا از آنجا که قراردادهای مزبور ارتباط مستقیمی با منافع عمومی و مصالح اقتصادی کشور دارند، جا دارد قوانین و مقررات جامع و ویژه ای برای تشکیل آنها تدوین شود.

منابع

- ۱) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، دانشگاه تهران؛ همچنین ر.ک. محمد امامی و کورش استوار سنگری، اصول حاکم بر نظم و انعقاد قراردادهای دولتی، مجله کانون وکلای دوره جدید، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶، صص ۱۶۶-۱۶۷.
- ۲) کیایی، زین العابدین، معاملات دولتی، مجله حقوق مردم، شماره ۱۱-۱۰، سال ۱۳۴۷.
- 3) Sue Arrowsmith, "Public Procurement: An Appraisal of UNCITRAL Model Law As A Global Standard", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 53, Jan. 2004.
- ۴) انصاری، دکتر ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان، سال ۱۳۸۰.
- ۵) خرسندی، دکتر محمد علی، واگذاری کار و موضوع قرارداد به دیگری در اجاره اشخاص و مقاطعه کاری، فصلنامه رهنمون، سال اول، ۱۳۸۲، ش ۲.
- 6) M.P.Jain, Principles of Administrative Law, Wadhwa, 1998.