

# رقابت‌پذیری خریدهای دولتی در نظام حقوقی ایران، قانون نمونه آنستیرال و موافقت‌نامه خرید دولتی

مقاله علمی-پژوهشی

دکتر حمید باقرزاده\*

## چکیده:

ایران با پیوستن به کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد، متعهد به فراهم آوردن رقابت در مقررات ناظر بر خریدهای دولتی است. بعد از الحاق به کنوانسیون مذکور، رقابت‌پذیری مقررات ناظر بر خرید دولتی در نظام حقوقی ایران به چالش کشیده نشده است. در این مقاله، محقق با مطالعه قانون نمونه آنستیرال برای تأمین عمومی کالا و خدمات ۲۰۱۱ و موافقت‌نامه خرید دولتی ۲۰۱۲ که در حقیقت استانداردهای جهانی برای خریدهای دولتی را در کنار بخشی از عرف بین‌المللی در حوزه خرید دولتی، ارائه می‌دهند و انطباق آنها با مقررات مناقصات در نظام حقوقی ایران از جمله قانون برگزاری مناقصات، دریافته است که مقررات ایران علی‌رغم وجود جنبه‌های مثبت، نیازمند بازنگری‌هایی از جمله تغییر برخی از عناوین، برخورد موضوعی با خریدهای دولتی و شمول خرید خدمات مشاوره و افزودن پاره‌ای نیازمندی‌ها مانند شناسایی حقوق ناشی از مالکیت معنوی، خریدهای تکمیلی و خرید سابق است تا قابلیت رقابتی را افزایش داده و نیز از حیث کاربری با نیازمندی‌های روز کشور و برخی مقررات بین‌المللی همگرایی بیشتری پیدا کند.

## کلیدواژه‌ها:

رقابت، معاملات دولتی، مناقصه، حقوق ساخت‌وساز، مبارزه با فساد.

## مقدمه

ایران حسب مصوبه مورخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد ملحق شده است و حسب بند الف و ب ماده ۹ قانون الحاق ایران به کنوانسیون مذکور، کشورهای عضو در حوزه کارپردازی دولتی متعهد به فراهم آوردن اوصاف رقابتی گردیده‌اند تا زمینه فساد در کارپردازی و خریدهای دولتی<sup>۱</sup> به حداقل برسد. در ایران نظام خریدهای دولتی عمدتاً تحت سیطره قانون برگزاری مناقصات است<sup>۲</sup> و همان‌گونه که گفته شده است «هدف از برگزاری مناقصات ایجاد فضای رقابت سالم و فرصت برابر برای کلیه عرضه‌کنندگان کالا و خدماتی است که از صلاحیت ارائه آن خدمات خاص برخوردارند»<sup>۳</sup>.

مناقصات مدرن در عمل راهکاری رقابتی برای تعیین طرف قرارداد هستند که منجر به تعیین بسیاری از ارکان قرارداد اصلی در روشی مستقیم و شفاف است<sup>۴</sup> و نظام قانونی حقوق مناقصات چه در حوزه رقابت و چه در حوزه حقوق و اختیارات مقام دولتی اعطاءکننده قرارداد بر ضوابط حقوق قراردادهای برتری دارد.<sup>۵</sup>

سؤال اصلی این است که آیا نظام فعلی قانونی ایران در حوزه قراردادهای دولتی به‌قدر کافی فضای رقابتی را فراهم می‌آورد؟ پاسخ به این سؤال باید همراه با این التفات مهم باشد

۱. عبارت خرید دولتی ترجمه‌ای است که نگارنده با توجه به تعریف ارائه‌شده در قانون نمونه آنسیترال در بند J ذیل ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال از عبارت Procurement نموده است. مطابق تعریف اخیر که در ذیل می‌آید، معادل متعارف همان خرید مصطلح در زبان فارسی است و کلمه تدارکات که برخی مترجمان به‌عنوان معادل آورده‌اند، به‌نظر کلمه منقول از فرهنگ لغات بوده و جایگزین متعارفی نیست. نک: سمیرا گلکاران مقدم، «بررسی موارد تناقض میان قوانین ناظر بر تدارکات دولتی و موافقت‌نامه تدارکات دولتی سازمان تجارت جهانی»، *مجله بررسی‌های بازرگانی* ۶۶ (۱۳۹۳). شاید به همین سبب باشد که برخی از اساتید حقوقی از معادل خرید دولتی استفاده نموده‌اند: عبدالحسین شیروی، «مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت‌نامه ناظر بر خریدهای دولتی در مقررات سازمان تجارت جهانی»، *مجله مدرس علوم انسانی*، ۱۰ (۱۳۸۵)، ۳.

۲. هرچند تبصره ذیل ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳، نیروهای مسلح را از شمول قانون خارج نموده است ولی به استناد مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۶ فرمانده کل قوا، این بخش نیز نظام‌مند گردیده است.

۳. راحله سید مرتضی حسینی و حمید باقرزاده، «قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در مقررات سازمان تجارت جهانی نسبت به قانون برگزاری مناقصات»، *فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی* ۸۵ (۱۳۹۶)، ۲۳۸.

4. Phillip Kiiver & Jakob Kodym, *The Practice of Public Procurement* (New York, Intersentia, 2014), 132.

5. Richard Which and David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford, 2018), 532.

که رقابت یک ویژگی و یا کاربرد مناقصه نیست بلکه ستون اصلی آن است<sup>۶</sup> لذا پاسخ به سؤال نیازمند بررسی نمونه‌های قابل‌مطالعه است تا درضمن مطالعه تطبیقی نقاط قوت و ضعف قوانین ساری و جاری بررسی گردد. بهترین نمونه‌های قابل‌مطالعه، قانون نمونه‌ای است که رکن تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد برای تأمین عمومی کالا و خدمات پیشنهاد نموده است. مضاف بر آن موافقت‌نامه تأمین عمومی کالا و خدمات که در نشست دور اروگوئه سازمان جهانی تجارت طرح و پس از مذاکرات متعدد در سال ۲۰۱۲<sup>۷</sup> به تصویب رسیده است نیز سند مناسبی برای این مطالعه است. لذا در ادامه، نخست و در ذیل عنوان مقررات ناظر بر خریدهای دولتی، استانداردهای جهانی برای خریدهای دولتی در قانون نمونه آنسیترال<sup>۸</sup>، موافقت‌نامه خرید دولتی و رویه نظام قانونی ایران در خریدهای دولتی و حوزه شمول آنها ارائه و سپس مقررات ناظر بر ترک فرایندهای رقابتی در رویه قانونی ایران با نظام‌های حقوقی ارائه‌شده تحت عنوان قابلیت انطباق نظام‌های موردتطبیق و وضعیت نظام قانونی ایران باتوجه‌به مطالعه ارائه‌شده، بررسی خواهد شد.

## ۱- مقررات ناظر بر خریدهای دولتی و حوزه شمول آنها

### ۱-۱- قانون نمونه آنسیترال برای تأمین عمومی

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)<sup>۹</sup> در سال ۲۰۱۱، قانون نمونه ارائه‌شده برای تأمین کالا، ساخت‌وساز و خدمات مصوب ۱۹۹۴<sup>۱۰</sup> را بنابر پیشنهاد دبیرکل سازمان ملل متحد و با در نظر گرفتن پاره‌ای نیازمندی‌ها و به‌منظور فراهم آوردن پیشنهادی عملی در راستای پیاده‌سازی مفاد کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد و با نگاهی به یکسان‌سازی قواعد ناظر بر معاملات دولتی موضوع مقررات اتحادیه اروپا و مقررات سازمان جهانی تجارت، در نشست مورخ ۹ دسامبر ۲۰۱۱ مجمع عمومی اصلاح و آن را تحت عنوان

6. Roberto Hernandez Gracia, *International Public Procurement* (London, Globe Law and Busines, 2009), 14; David Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value* (London: Wiley & Sons 2019), 1st ed, 149

7. "Revised Agreement on Government Procurement," World Trade Organisation, Last Accessed November 24, 2020, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/rev-gpr-94\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm).

8. "UNCITRAL Model Law on Public Procurement," United Nations Commission on International Trade Law, Last Accessed November 24, 2020, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>.

9. UNCITRAL

10. UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services.

قانون نمونه آنسیترال برای تأمین عمومی اعلان نمود.<sup>۱۱</sup> قانون نمونه آنسیترال به‌نحوی تنظیم شده است که مقرر ماده ۹ کنوانسیون سازمان ملل برای مقابله با فساد را نیز ملحوظ دارد.<sup>۱۲</sup> در مقدمه این سند، اهداف متعددی برای آن ذکر شده است که از جمله آنها، حداکثر کردن صرفه و صلاح، تشویق متقاضیان به شرکت در فرایند خرید دولتی صرف‌نظر از ملیت آنها، افزایش رقابت، عدم تبعیض، انصاف و حداکثر کردن رفتار منصفانه و آرامش عمومی و شفافیت<sup>۱۳</sup> است.

خرید در این قانون به استناد تعریف موضوع بند ۱ ماده ۲، به‌معنای خرید کالا، ساخت‌وساز یا خدمات از سوی نهاد خریدار می‌باشد<sup>۱۴</sup> و از حوزه مفهومی مشتمل بر خدمات مشاوره در معنای طراحی، مشاوره امکان‌سنجی و هر نوع تولید فکر و اندیشه‌ای خواهد شد که در معنای متعارف پیمانکاری ساخت‌وساز نمی‌گنجد.<sup>۱۵</sup> در این تعریف خدمات بازرسی، نظارت، مشاوره، ارزیابی، امکان‌سنجی و هرگونه مطالعات دیگر مشمول عنوان خدمات است.<sup>۱۶</sup> این قانون نمونه در ماده ۲۷، روش‌های خرید ده‌گانه ذیل را برای خریدهای دولتی پیشنهاد نموده است:

مناقضه عمومی، مناقضه محدود، درخواست اعلام قیمت، درخواست پیشنهاد بدون مذاکره، مناقضه دومرحله‌ای درخواست پیشنهاد با گفتگو، درخواست پیشنهاد با مذاکرات متوالی، مذاکرات رقابتی، حراج معکوس الکترونیکی و خرید انحصاری.<sup>۱۷</sup>

11. United Nations Commission on International Trade Law, "UNCITRAL Model Law on Public Procurement (United Nations, 2014),"

<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf> (Last Accessed Aug 2, 2019).

12. Caroline Nicholas, "The UNCITRAL Model Law: An Example for the Global Community," in *International Public Procurement*, ed. Roberto Hernandez Gracia (London: Globe Law and Business 2009), 19-34.

۱۳. برای مطالعه وضعیت شفافیت نظام خریدهای دولتی ایران، نک: مینا محمدی، غلامحسین مزارعی و خلیل احمدی، «کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات و قراردادهای دولتی از منظر اصل شفافیت»، *فصلنامه حقوق اداری* ۶(۱۸) (۱۳۹۸)، ۲۱۸-۱۹۵.

14. (j) "Procurement" or "Public Procurement" means the acquisition of goods, construction or services by a procuring entity.

15. John Barber, "Roles of the Architect, Engineer and Quantity Surveyor," *Construction Law* 148 (2015): 8.

16. *Khi V Thai, International Handbook on Public Procurement* (New York: CRC Press, 2009), 160.

17. Article 27. Methods of Procurement: The procuring entity may conduct procurement by means of: (a) Open tendering; (b) Restricted tendering; (c) Request for quotations; (d) Request for proposals without negotiation; (e) Two-stage tendering; (f) Request for proposals with dialogue; (g) Request for proposals with consecutive negotiations; (h) Competitive negotiations; (i) Electronic reverse auction; and (j) Single-source procurement.

در مقررات مذکور اصل بر خرید کالا و خدمات با استفاده از روش مناقصه عمومی<sup>۱۸</sup> است و حسب بند ۲ و ۳ ماده ۲۸ و در صورت عدم استفاده از مناقصه عمومی، روش منتخب باید دارای شروطی باشد. این شروط شامل تناسب بین روش انتخاب‌شده با خرید و افزایش قابلیت رقابت بوده و می‌باید فهرست دلایل و شرایط مورداستفاده برای توجیه روش جایگزین به‌موجب ماده ۲۵ مقررات آنسبتراست مستندسازی شود. مضافاً روش‌هایی که در عمل و به‌معنای واقعی مشمول ترک تشریفات خواهند بود، صرفاً خرید انحصاری موضوع ماده ۵۲ خواهد بود.

در عمل، خرید انحصاری به استناد بندهای ۵ و ۶ ماده ۳۴ مشمول خریدهای فوری و یا انتشار آگهی عمومی و اجابت تنها یک متقاضی بوده و خریدهای فوری به‌موجب بند ۵ ماده ۳۰، مشمول موارد استثنائی ذیل است:

الف) موضوع خرید موردنیاز تنها در دست یک تأمین‌کننده یا پیمانکار خاص باشد، یا فقط یک تأمین‌کننده یا پیمانکار خاص حقوق انحصاری فروش آن موضوع خرید خاص را دارا باشد، به‌طوری‌که هیچ جایگزین دیگری برای آن وجود نداشته باشد و بنابراین استفاده از هر روش خرید دیگری غیرممکن گردد؛

ب) به علت یک رخداد غیرمترقبه (بلایای طبیعی)، موضوع خرید فوراً موردنیاز بوده و به‌کارگیری فرایندهای مناقصه عمومی یا هر روش رقابتی خرید را به‌علت تنگی وقت غیرممکن سازد؛

ج) نهاد خریدار که کالا، تجهیزات، فناوری یا خدمات موردنیاز خود را قبلاً از یک تأمین‌کننده یا پیمانکار خریداری کرده، به‌علت تمایل به استانداردسازی یا لزوم سازگاری با کالاهای، تجهیزات، فناوری یا خدمات موجود و با در نظر گرفتن کارایی خرید اصلی (قبلی) در برآورده ساختن نیازهای نهاد خریدار، اندازه محدود خرید ارائه‌شده در رابطه با خرید اصلی (قبلی)، قیمت مناسب و عدم تناسب جایگزین‌های کالا یا خدمات موردنظر، تشخیص دهد که مواد و اقلام دیگری هم می‌بایست از همان تأمین‌کننده یا پیمانکار خریداری گردد؛

د) نهاد خریدار تشخیص دهد که روش منتخب مناسب‌ترین روش خرید برای حفاظت از منافع امنیتی حیاتی دولت می‌باشد؛

۱۸. در قانون نمونه مذکور از عبارت «مناقصه باز» استفاده شده است درحالی‌که واژه مذکور معادل مناسبی را در نظام حقوقی ایران ندارد و نزدیک‌ترین مشابه قانونی، مناقصه عمومی است.

ه) پس از درج آگهی عمومی و فرصت کافی جهت ایراد نظرات، به دلیل اجرای سیاست اجتماعی - اقتصادی دولت، خرید از یک تأمین‌کننده یا پیمانکار خاص ضروری باشد، به این شرط که خرید از هیچ تأمین‌کننده یا پیمانکار دیگری نتواند سیاست مذکور را پیاده کند. به‌وضوح مشاهده می‌گردد که ملاک عملی بجز موارد امنیتی و نظامی، صرفاً ضرورت خرید از عرضه‌کننده خاص به دلایل صرفاً ضروری و درعین‌حال فوری و نیز انحصار عملی عرضه‌کننده خاص است و در سایر موارد باید از سایر روش‌های خرید استفاده نمود که در عمل و در فحواي خود دربرگیرنده عامل رقابت می‌باشند.

### ۱-۲- موافقت‌نامه خرید دولتی

بین ۱۰ تا ۲۰ درصد شاخص رشد خالص ملی کشورها و نیز بیش از ۵۰ درصد هزینه‌های آنها، در قالب خریدهای دولتی است و همواره یکی از نگرانی‌های اساسی در حوزه داخلی و بین‌المللی استفاده از روش‌های نظام‌مندی است که به‌موجب آنها ضمن گسترش بازار، امکان برابر در فضایی رقابتی برای تمامی افراد جهت شرکت در خریدهای دولتی فراهم آید.<sup>۱۹</sup> در همین راستا شاید به‌جرت بتوان اذعان نمود که موافقت‌نامه خرید دولتی<sup>۲۰</sup> در کنار قانون نمونه آنسیترال برای تأمین عمومی کالا و خدمات، مهم‌ترین اسناد شکل‌دهنده عرف جهانی در حوزه معاملات دولتی است.

متن اولیه موافقت‌نامه خرید دولتی که در اجلاس دور توکیو سازمان جهانی تجارت در سال ۱۹۷۹ مصوب شده بود، در سال ۲۰۱۲ بازنگری نهایی شد و از ۶ آوریل ۲۰۱۴ اجرایی گردید. این موافقت‌نامه در حوزه عملیاتی، مهم‌ترین سند بین‌المللی در حوزه معاملات دولتی است که تاکنون ۱۹ عضو از ۴۷ عضو اصلی سازمان جهانی تجارت به آن پیوسته‌اند و سایر اعضای سازمان جهانی تجارت در عمل، ناظر موافقت‌نامه مذکور می‌باشند. مضاف بر اعضای اصلی سازمان، نه عضو خارج از سازمان جهانی تجارت درحال مذاکره جهت الحاق به موافقت‌نامه مذکور هستند. این موافقت‌نامه دربردارنده دو هدف اصلی است؛ یکی توسعه رقابت و دیگری عدم تبعیض.<sup>۲۱</sup>

19. Sue Arrowsmith and Robert D. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), XXVII.

20. Agreement on Government Procurement

21. Thai, *International Handbook on Public Procurement*, op.cit. 16.

به‌موجب ماده ۷ موافقت‌نامه مذکور، اصل بر برگزاری فرایند خرید دولتی به روشی غیرتبعیض‌آمیز است و هرگونه رفتار مخل رقابتی که از سوی نهادهای برگزارکننده صورت پذیرد، ممنوع شده است.<sup>۲۲</sup> حسب مقررات مذکور که البته حسب مقررات ماده ۱ ناظر بر ضمیمه شماره ۱ سند، مشمول خرید خدمات مشاوره نیز خواهد شد، سه نوع فرایند پیش‌بینی شده است:

۱) فرایند پیشنهاد باز<sup>۲۳</sup>، به‌معنای فرایندی که هر متقاضی علاقه‌مندی می‌تواند یک پیشنهاد ارائه نماید؛

۲) فرایند پیشنهاد انتخاب‌شده<sup>۲۴</sup>، به‌معنای فرایندی که به‌موجب ماده ۱۰ موافقت‌نامه، باید در ابتدا از همه متقاضیان بدون هرگونه تبعیض و با روشی عادلانه جهت پیش‌ارزیابی‌ها دعوت شده و سپس از بین متقاضیان ذی‌صلاح دعوت به فرایند ارائه پیشنهاد صورت می‌پذیرد یا از بین متقاضیان ذی‌صلاحی که سابقاً توسط مؤسسات متولی ارزیابی کیفی ارزیابی شده‌اند فرصت عادلانه و برابری برای شرکت در فرایند خرید اعطاء می‌گردد؛

۳) فرایند پیشنهاد محدود<sup>۲۵</sup> که حسب ماده ۱۵ دارای مصادیق خاصی است که در آنها عملاً استفاده از روش‌های مذاکره‌ای یا رقابتی غیرممکن است.

در حقیقت بجز استثنائات ناظر بر کشورهای درحال توسعه و کمتر توسعه‌یافته که عمدتاً ناظر بر حمایت از صنایع کوچک و متوسط داخلی کشورهای مذکور بوده و حسب ماده ۵ تنصیب شده است و نیز استثنای ناظر بر خریدهای نظامی، امنیتی و موضوعات ناظر بر اخلاق عمومی، حیات انسانی و یا حیوانی، مالکیت فکری، صنایع دستی و کار در زندان که حسب ماده ۲۳ منصوص شده است، دیگر هیچ استثنای دیگری برای خرید دولتی بجز فرایند پیشنهاد محدود وجود نخواهد داشت.<sup>۲۶</sup>

حسب مقررات موضوع ماده ۱۵، مقررات ناظر بر روش پیشنهاد محدود نباید به‌منظور جلوگیری از حداکثر رقابت ممکن بین متقاضیان استفاده شود یا به شیوه‌ای اعمال شود که منجر به تبعیض بین سایر متقاضیان یا حمایت از تأمین‌کنندگان یا تولیدکنندگان داخلی شود.

۲۲. عبدالحسین شیروی، «مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت‌نامه ناظر بر خریدهای دولتی در مقررات سازمان تجارت جهانی»، *مجله مدرس علوم انسانی* ۱۰(۳) (۱۳۸۵)، ۶۲.

23. Open Tendering

24. Selective Tendering

25. Limited Tendering

26. Stoll Tobias and Peter-Frank Schorkopf, *WTO: World Economic Order, World Trade Law* (Boston: Martinus, 2003), 167.

شرایطی که به‌موجب آن ممکن است از روش پیشنهاد محدود استفاده شود، به‌موجب بندهای ده‌گانه ماده ۱۵ موارد ذیل است:

(۱) در صورت فقدان پیشنهاد در روش پیشنهاد باز یا پیشنهاد انتخاب‌شده، یا در صورتی که پیشنهاددهای واصله منطبق با نیازمندی‌های اساسی نبوده یا از سوی پیشنهاددهنده‌ای ابراز شده است که شرایط شرکت‌کنندگان را به‌نحو مکرر در قرارداد خرید دولتی نداشته باشد؛

(۲) وقتی که به‌منظور صیانت از حقوق انحصاری نظیر حق اختراع یا کپی‌رایت، یا در فقدان رقابت به‌جهت مسائل فنی، کالا یا خدمات صرفاً توسط عرضه‌کننده خاص قابل عرضه باشد و هیچ جایگزین معقولی وجود نداشته باشد؛

(۳) چنانچه دلایل واقعاً فوری نظیر شرایط واقعاً استثنائی غیرقابل‌پیش‌بینی توسط متقاضی، کالا یا خدمات نمی‌تواند در طول زمان و با روش باز یا انتخاب‌شده تأمین گردد؛

(۴) وقتی که برای اولین بار کالا یا خدماتی بنابر درخواست متقاضی ارائه شود که برای قرارداد خاص تحقیقاتی، تجربه‌سازی، آموزشی یا توسعه بنیادین نیاز باشد؛

(۵) چنانچه خدمات ساخت‌وساز اضافی که در قرارداد اصلی نیامده است ولی در محدوده اسنادی پیشنهاد اولیه است تحت شرایط غیرقابل‌پیش‌بینی برای تکمیل خدمات ساخت‌وساز مذکور ضروری گشته و متقاضی نیازمند واگذاری قرارداد برای خدمات ساخت‌وساز اضافی به طرف قرارداد باشد به‌نحوی که تفکیک بین خدمات اصلی و اضافی به دلایل فنی یا اقتصادی مشکل بود و سبب تحمیل اوضاع نامساعد بر متقاضی گردد که در هر حال میزان مجموعه ارزش کار واگذارشده به‌موجب خدمات ساخت‌وساز اضافی نباید از ۵۰ درصد میزان کار اصل بیشتر گردد؛

(۶) برای خدمات ساخت‌وساز جدید که تکرار خدمات ساخت‌وسازی است که منطبق بر پروژه پایه‌ای است که قرارداد پایه سابقاً واگذار شده باشد و برای مواردی که متقاضی در اعلام فرایند مناقصه ناظر بر ساخت‌وساز اصلی اعلام داشته است که فرایند پیشنهاد محدود ممکن است برای خدمات ساخت‌وساز مشابه استفاده شود؛

(۷) برای مواد اولیه خریداری‌شده در بازار کالا<sup>۳۷</sup>؛



۸) برای خریدهای مقرر در شرایط با صرفه استثنائی که صرفاً در زمان‌های خیلی محدود پیش می‌آید. این مقررہ برای اجابت پیشنهادهای غیرمتعارف مؤسساتی که معمولاً تأمین‌کننده نیستند یا اموال ناشی از تجارت را در زمان تسویه یا امانت واگذار می‌نمایند، قابل استفاده است؛

۹) برای کالاهای اضافی که توسط تأمین‌کننده اصلی که مقرر است به منظور جایگزینی اقلام فعلی یا نصب یا تمدید اقلام فعلی، خدمات یا نصب‌هایی که تغییر تأمین‌کننده فعلی متقاضی را وادار به تأمین کالا یا خدمات غیرضروری به منظور تغییر تجهیزات یا خدمات فعلی خواهد کرد؛

۱۰) در صورتی که قرارداد به برنده مسابقه طراحی واگذار شده باشد. واگذاری مذکور می‌باید طی فرایندی صورت گرفته باشد که به موجب مقررات قرارداد خرید دولتی دعوت به تأمین‌کنندگان ذی‌صلاح جهت شرکت در مسابقه با اعلام به موجب آگهی عمومی صورت می‌پذیرد و توسط هیئت داوری مستقل با نگاهی به واگذاری قرارداد طراحی به برنده، داوری شده باشد.

مقررات مذکور نسبت به قانون نمونه آنسیترال، دایره روش‌های غیررقابتی را از حیث کاربردی توسعه داده است. توسعه مذکور ناظر بر کارهای اضافی تا سقف ۵۰ درصد قرارداد اولیه، کارهای تکمیلی، کارهای مشابه و تکراری، خریدهایی که منطقاً می‌باید از یک عرضه‌کننده انجام پذیرد، خرید از برنده مسابقات طراحی و مواد خامی که عمدتاً قیمت آنها مظنه بورسی و بازاری دارد، می‌باشد. به نظر می‌رسد که در عمل مقررات مذکور نسبت به مقررات نمونه آنسیترال انعطاف بیشتری داشته و ایرادات عملی را که مقررات نمونه آنسیترال خواهد داشت، مرتفع نموده است.

بدون تردید ورود به فرایند خرید دولتی برای نهاد متقاضی خرید کالا یا خدمات، مستلزم تحمیل هزینه‌های متعددی است که می‌باید نقطه سر به سری هزینه - فایده مقررات ناظر بر معاملات دولتی مشخص گردد. از این حیث مقررات سازمان جهانی تجارت که در عمل نسبت به قانون نمونه آنسیترال و از حیث اجرایی مقررات مجملی است، دارای دایره شمول کمتر و در عین حال منطقی‌تری می‌باشد.

## ۱-۳- نظام حقوقی ایران

محدوده علمی اجرای قانون برگزاری مناقصات در نظام حقوقی ایران، در عمل بیشتر از محدوده منصوص در بند ب ماده ۱ قانون مذکور است. حسب ماده ۲۰ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار ۱۳۹۰: «دستگاه‌های اجرایی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی که تحت مدیریت دستگاه‌های دولتی هستند و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته و متعلق به این دستگاه‌ها و مؤسسات در تمامی معاملات صرف‌نظر از نحوه و منشأ تحصیل منابع آن، مشمول قانون برگزاری مناقصات یا آیین‌نامه‌های معاملاتی قانونی و اختصاصی خود می‌باشند.» در حقیقت بجز مواردی که آیین‌نامه معاملاتی نهادهای مصرح در متن نامه واجد وصف آیین‌نامه معاملاتی باشند، اصل بر حاکمیت قانون برگزاری مناقصات بر معاملات دولتی است.

به موجب بند الف ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات، در نظام حقوقی ایران: «مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت موردنظر که در آن تعهدات موضوع معامله، به مناقصه‌گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می‌شود.» در ماده ۳ همان قانون، معاملات از نظر نصاب به سه دسته معاملات کوچک، معاملات متوسط و معاملات بزرگ تقسیم شده است<sup>۲۸</sup> و در ماده ۱۱ و در عنوان کلی روش‌های انجام مناقصه، مناقصه را در معاملات با سه روش خرید ساده، خرید با استعلام کتبی و انجام مناقصه عمومی یا محدود تقسیم کرده است. به این شرح که در معاملات کوچک، مناقصه توسط کارپرداز یا

۲۸. این نصاب، هر سال با عنایت به متن تبصره ۱ ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات متناوباً افزایش یافته است. آخرین مقررۀ ناظر بر تصویب‌نامه شماره ۲/۱۹۵۷/ت/۵۶۵۶۶ هـ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۸ هیئت وزیران است. «هیئت وزیران در جلسه ۱۳۹۸/۰۲/۲۵ به پیشنهاد شماره ۵۶/۲۵۲۷۰/۸۸۰۱۱ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۸ وزارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد تبصره (۱) ماده (۳) قانون برگزاری مناقصات - مصوب ۱۳۸۳ - و ماده ۴۲ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) - مصوب ۱۳۹۳ - را تصویب کرد:

الف - نصاب معاملات موضوع ماده (۳) قانون برگزاری مناقصات - مصوب ۱۳۸۳ - به شرح زیر تعیین می‌شود:  
۱- معاملات کوچک: معاملاتی که مبلغ معامله تا سقف مبلغ سیصد و بیست و هشت میلیون (۳۲۸,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد.

۲- معاملات متوسط: معاملاتی که مبلغ معامله بیشتر از سقف معاملات کوچک بوده و از مبلغ سه میلیارد و دویست و هشتاد میلیون (۳,۲۸۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تجاوز نکند.

۳- معاملات بزرگ: معاملاتی که مبلغ برآورد اولیه آنها بیش از مبلغ سه میلیارد و دویست و هشتاد میلیون (۳,۲۸۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال باشد.

ب - نصاب معاملات موضوع بند (الف) به موجب ماده (۴۲) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت - مصوب ۱۳۹۳ - به مواردی که معامله به صورت مزایده انجام می‌شود، تسری می‌یابد.»

مأمور خرید باتوجه‌به کم‌وکیف موضوع معامله، با رعایت صرفه و صلاح و اخذ فاکتور مشخص و با تشخیص و مسئولیت خود، در معاملات متوسط با رعایت صرفه و صلاح و اخذ حداقل سه فقره استعلام کتبی و در معاملات بزرگ با مناقصه عمومی یا محدود انجام می‌گیرد. در حقیقت اجزای تعریف مناقصه در ماده ۲ که مبتنی بر تأمین رقابت، کیفیت و قیمت متناسب است، در هر دسته از معاملات کوچک، متوسط و بزرگ با روش‌های جداگانه‌ای معمول خواهد شد و همگی واجد عنوان مناقصه خواهد بود، درحالی‌که مناقصه عمومی و محدود بنابر تعریف قانونی صرفاً در معاملات بزرگ خواهد بود. در ماده ۲۹ همان قانون موارد عدم‌الزام بر برگزاری مناقصه منصوص گردیده است و ازجمله آن خرید اموال غیرمنقول با کسب نظر هیئت کارشناسان رسمی دادگستری سه‌نفره و یا کارشناسان خبره، خرید اموال منقول واجد وصف انحصاری، خرید اموال منقول و غیرمنقول، کالا یا خدمات با قیمت تعیین‌شده، تعمیر تجهیزات و ماشین‌آلات به‌نحوی که شامل توسعه واحد نگردد، خرید سهام و تعهدات ناشی از اجرای احکام قضایی، معاملات محرمانه، معاملاتی که در آنها امکان برگزاری مناقصه نباشد و خرید خدمات مشاوره است.

## ۲- ترک فرایندهای رقابتی

### ۲-۱- انطباق نظام‌های موردتطبيق

نظام‌های حقوقی موردتطبيق، در عمل از چند شیوه برای ترک فرایندهای رقابتی در خریدهای دولتی استفاده نموده‌اند. این استانداردها با مطالعه تطبیقی مقررات فوق‌الذکر و با اخذ قدر متیقن از مقررات مذکور استحصال شده و به قرار ذیل هستند:

**الف) انحصار واقعی:** به‌معنای اوصافی است که در آن با وجود حقوق انحصاری قانونی نظیر حقوق حمایت‌شده ناشی از مالکیت معنوی، خرید موردانتظار متقاضی از روش‌های رقابتی امکان‌پذیر نیست. بند ۲ موافقت‌نامه خرید دولتی و جزء الف بند ۵ ماده ۳۰ قانون نمونه آنسیترال انحصار واقعی را شناسایی کرده‌اند درحالی‌که در نظام قانونی ایران چنانچه این دست از حقوق توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی تشخیص نگردند، به‌نحو استقلال شناسایی نگشته‌اند.

با وجود قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و حمایت قانون از اختراعات طرح‌های صنعتی، نشان و نام تجاری به‌موجب مواد ۱۵، ۱۸، ۴۰ و ۶۰ قانون مذکور و نیز تعهدات بین‌المللی کشور به‌موجب قانون اجازه الحاق دولت ایران به اتحادیه عمومی

بین‌المللی معروف به پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی، تجارتي و کشاورزی و نیز پذیرش اصلاحیه استکهلم مصوب ۱۳۳۷ و ۱۳۷۷، الحاق ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت فکری مصوب ۱۳۸۰، قانون الحاق دولت ایران به موافقت‌نامه مادرید درمورد جلوگیری از نصب نشانه‌های منبع غیرواقعی یا گمراه‌کننده مصوب ۱۳۸۲، قانون الحاق دولت ایران به موافقت‌نامه لیسبون درمورد حمایت از اسامی مبدأ و ثبت بین‌المللی آنها مصوب ۱۳۸۳ و قانون الحاق دولت ایران به معاهده همکاری در ثبت اختراعات مصوب ۱۳۸۶، معلوم نیست چرا قید مهم اخیر که از آثار شناسایی حقوق مالکیت صنعتی است در ایران شناسایی نگردیده است. در حوزه مالکیت ادبی و هنری نیز مقررات متعددی ناظر بر قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار حقوقی مصوب ۱۳۵۲ و قانون حمایت از حقوق پدیدآوردندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ و بخش‌هایی از قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ که برخی از مصادیق حقوق مالکیت فکری در بستر مبادلات الکترونیکی را مورد حمایت قرار داده است علی‌هذا نیاز به حمایت از حقوق معنوی در نظام حقوقی ایران، لازم و ضروری است.<sup>۲۹</sup>

بدیهی است تداوم وضعیت اخیر علاوه بر اینکه نگرانی‌های عمده‌ای برای صاحبان حقوق قانونی مورد حمایت ایجاد خواهد کرد، سبب تحمیل هزینه‌های غیرلازم و نیز غیرضروری برای دولت خواهد شد.

**ب) انحصار عملی:** این نوع انحصار در حقیقت وضعیتی است که عرضه‌کننده کالا یا خدمات انحصاری نیست ولی به‌جهت فقدان وجود پیشنهاد از سوی سایرین، متقاضی در وضعیتی قرار گرفته است که با یک شرکت‌کننده مواجه شده و لذا در وضعیت انحصار عملی قرار گرفته است.<sup>۳۰</sup>

در نظام حقوقی ایران علاوه بر وضعیت مذکور که به‌موجب جزء ۲ ذیل بند ط ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات شناسایی شده است، اعلان هیئت وزیران برای کالا و خدماتی که در انحصار دولت است نیز حسب جزء ۱ همان مقرر به‌عنوان یکی از مصادیق انحصار عملی قابل‌شمارش است، هرچند اعلان مستقلی درخصوص موضوع تاکنون صورت نگرفته است و مصادیق مقرر، از مطالعه قوانین و مقررات مختلف قابل‌استحصالی است. در جزء ۱ بند ۵

۲۹. عبدالحسین شیروی، «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و اثر آن بر مقررات داخلی»، *مجله مجتمع*

*آموزش عالی* قم ۵ (۱۳۷۶)، ۲۱.

۳۰. حمید باقرزاده، *حقوق مناقصات: جلد اول مبانی و ماهیت* (تهران: میزان، ۱۳۹۲)، ۲۳.

قانون نمونه آنسیترال و نیز بندهای ۲ و ۱۰ موافقت‌نامه خرید دولتی مصادیقی از انحصار عملی ذکر شده است با این مقرر اضافه‌ای که خرید از برنده مسابقه طراحی<sup>۳۱</sup> عملاً وضعیت انحصاری عملی تلقی خواهد شد چراکه برنده مسابقه صرفاً یک فرد است و امکان خرید از برنده دیگر طبق ضوابط ممکن نیست.

**ج) خریدهای نظامی و موارد امنیتی:** این مورد حسب جزء د بند ۵ ماده ۳۰ قانون نمونه آنسیترال و نیز بند ۲ ماده ۲۳ موافقت‌نامه خرید دولتی شناسایی شده است، کمالینکه مصادیق دیگر یعنی ملزومات ناظر بر اخلاق حسنه، حیات انسانی یا حیوانی و محیط‌زیست نیز به آن افزوده شده است. در مقررات ایران حسب تبصره ذیل ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات، نیروهای مسلح از شمول قانون مستثنا شده‌اند درحالی‌که این ابهام همواره وجود دارد که آیا تمامی خریدهای نیروهای مسلح مشمول موارد خرید نظامی و امنیتی است؟ پاسخ به این سؤال باید با این ارجاع مهم همراه باشد که بخش بزرگی از نیروهای مسلح ایران در قالب قرارگاه‌های سازندگی درگیر امور مطلقاً غیرنظامی بوده و نیز شرکت‌های تجاری و اقتصادی متعددی در حوزه خرید و فروش محصولات نفت و گازی، ساخت و ساز غیرنظامی، انجام امور بازرگانی و حتی تولید روغن زیتون فعالیت دارند، درحالی‌که متن قانونی مذکور به تمامی موارد تسری داشته و رفتار غیررقابتی در بخش مهمی از اقتصاد کشور را فراهم نموده است.

**د) امور فوری:** در بندهای ۵ و ۸ ماده ۱۵ موافقت‌نامه خرید دولتی و نیز جزء ب بند ۵ ماده ۳۰ قانون نمونه آنسیترال موارد فوری شناسایی شده‌اند، درحالی‌که در نظام حقوقی ایران خریدهای فوری شناسایی نگشته‌اند و بدیهی است که عدم‌شناسایی این دست موارد دلیل بر فقدان امور فوری و مهم نیست و در عمل در بسیاری از موارد مذکور، مدیران دولتی به‌جهت نیازمندی‌های عملی از سویی و فقدان ظرفیت قانونی از دیگر سو در مخاطرات حسابرسی و بازرسی قرار گرفته‌اند.

**ه) خرید قبلی:** در بندهای ۵، ۶ و ۹ ماده ۱۵ موافقت‌نامه خرید دولتی و نیز جزء ج بند ۵ ماده ۳۰ قانون نمونه آنسیترال خریدهای قبلی به‌عنوان یک ضابطه جهت ترک فرایندهای رقابتی شناسایی شده‌اند، با این شرط که خرید جدید مستلزم تعویض قطعات یا چهارچوب اصلی پروژه اجرا شده، گشته یا خدمات ساخت و ساز تکراری باشد. درحالی‌که در نظام حقوقی ایران به‌موجب بندهای «د» و «ز» ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات، تعمیرات صرفاً

جایگزین و مرتبط با تداوم تولید و خرید قطعات یدکی برای تعویض به‌عنوان ضابطه برای ترک فرایندهای رقابتی شناسایی شده است ولی قیود کافی برای مورد وجود ندارد به‌نحوی که در عمل تشخیص با وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی بوده و در بسیاری از موارد به‌جهت نص قانونی، امکان عملی و واقعی انجام مورد در معرض چرایی قرار می‌گیرد.

مضاف بر موارد مذکور، استفاده از ظرفیت قراردادهای در دست جهت انجام کارهای مشابه که در بند ۵ ماده ۱۵ موافقت‌نامه خرید دولتی شناسایی شده است، در قراردادهای نمونه ساخت‌وساز دولتی و تحت عنوان کارهای اضافی - جدید شناسایی شده است. برای مثال در بند ۱- الف ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان اجازه افزایش مقادیر تا سقف ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان اعطاء شده است درحالی که این مقررره که بدون وجود هرگونه ضابطه عملی، عملاً راهکاری قراردادی برای رفتار غیررقابتی و یا مخل رقابت است<sup>۳۲</sup> که اختیار اعمال رفتار غیررقابتی را در اختیار طرفین قرارداد می‌گذارد و در عمل برخلاف مقررات رقابتی موضوع قانون برگزاری مناقصات بوده و شایسته بود که در قانون مذکور شناسایی گردد.

**و) خرید با مظنه بورسی:** در بند ج ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات ایران، خرید اموال منقول و غیرمنقول طبق تعرفه از مصادیق خارج از مناقصه آمده است درحالی که در بند ۷ ماده ۱۵ موافقت‌نامه خرید دولتی، خرید مواد اولیه مانند نفت خام، طلا و فلزات که عمدتاً نرخ‌های تعیین‌شده‌ای در روز خرید دارند از شمول رفتار رقابتی مستثنا شده‌اند درحالی که در نظام حقوقی ایران چنین مصوبه‌ای وجود نداشته و بجز مواردی که نرخ‌های دولتی وجود دارد، نهادهای متولی خرید به‌جهت فقدان چنین ضابطه‌ای ناچار از خرید رقابتی خواهند بود که در عمل سبب فوت وقت و تحمیل هزینه‌های غیرمتعارف بر دستگاه متولی خواهد شد.

## ۲-۲- وضعیت نظام قانونی ایران

مضاف بر انتقادات وارد بر نظام قانونی حاکم بر خریدهای دولتی ایران که در بند فوق به آنها اشاره شد، نظام تقنینی ایران درخصوص موضوع با دو انتقاد اساسی مواجه است؛ یکی حجم غیرمتعارف امور محوّل‌شده به مسئولیت و تشخیص وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی است که در ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات تکرار شده است و دیگری خروج خدمات مشاوره از نظام حاکم بر مناقصات است که بدون وجه ممیزه منطقی، مقنن به‌موجب مقررره

32. Robert Clay & Nicholas Dennys (ed), *Hudson's Building & Engineering Contracts* (London: Sweet & Maxwell, 2018), 3-029.

موضوع بند ه ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات، فرایندهای خرید خدمات مشاوره را از شمول مناقصه خارج نموده است.

حسب مقررات موردتطبیق و با ملاک قرار دادن قانون برگزاری مناقصات مشاهده می‌گردد که خروج خرید خدمات مشاوره از عنوان کلی مناقصات که حسب رویه مقنن در بند ه ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات تنصیب شده است، در مقررات موردتطبیق وجود نداشته و در عمل تأمین در خریدهای دولتی، مشمول کالا یا خدمات خواهد بود.<sup>۳۳</sup>

در حقیقت خرید خدمات مشاوره به موجب بند ب ماده ۱ آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۰۱، در معاملات بزرگ مشمول آیین‌نامه‌ای شده است که خود با عنایت به تعریف قانونی مندرج در بند الف ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات، واجد وصف رقابت است و در حوزه معاملات کوچک و متوسط عملاً با عنایت به ماده ۲۴ آیین‌نامه مذکور، روش رقابتی که واجد اوصاف مناقصه باشد، ملاحظه نخواهد شد، لذا شایسته است که قانونگذار ایرانی، از رویه تقنینی فوق‌الذکر که بدون هیچ‌گونه منطبق متعارف و عاقلانه و نیز برخلاف عرف بین‌المللی بوده و شبیه رفتارهای مخل رقابت را القاء می‌کند، عدول نموده و مقررات یکسانی را درخصوص موضوع تشریح نماید.

چنانچه از ایراد مذکور صرف‌نظر گشته و رویه فعلی در حوزه خرید خدمات مشاوره را معامله نظام‌مند مبتنی بر رقابت و مشمول عنوان متعارف مناقصه احتساب نماییم، رویه قانونی ایران در حوزه خرید دولتی به سه بخش تقسیم می‌گردد:

الف) روش‌های رقابتی: شامل مناقصه عمومی و مناقصه محدود بوده و به روش‌های انتخاب بر اساس کیفیت و قیمت، کیفیت، مسابقه، بودجه ثابت در معاملات بزرگ انتخاب مشاور گسترش می‌یابد؛

ب) روش‌های مبتنی بر مذاکره: شامل معاملات نیروهای مسلح، معاملات محرمانه، معاملات انحصاری، تعمیر تجهیزات و ماشین‌آلات ثابت و متحرک و تأمین تجهیزات و ماشین‌آلات صرفاً جایگزین مرتبط با تداوم تولید در واحدهای تولیدی به‌نحوی که شامل توسعه واحد نگردد، خدمات فرهنگی و هنری، آموزشی و ورزشی نظایر آن که به تشخیص وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی امکان برگزاری مناقصه وجود نداشته باشد و خرید سهام و تعهدات ناشی از اجرای احکام قضایی و خرید خدمات مشاوره در معاملات

33. Sophie Charveron, *European Public Procurement Law* (London: King's college London, 2010), 16.

کوچک و متوسط می‌باشد. این روش به روش تک‌گزینه‌ای در معاملات بزرگ فرایند انتخاب مشاور نیز تسری می‌یابد.

ج) روش‌های مبتنی بر خرید قیمت معین: شامل خرید خدمات مشاوره با قیمت ثابت، خرید، اجاره به شرط تملیک یا اجاره گرفتن اموال غیرمنقول که به تشخیص و مسئولیت وزیر و بالاترین مقام دستگاه اجرایی با کسب نظر از هیئت کارشناس رسمی حداقل سه‌نفره رسمی دادگستری و یا کارشناسان خبره، خرید اموال منقول و غیرمنقول، کالا و خدمات با قیمت تعیین شده یا کمتر یا حقوقی که نرخ‌های آنها از طرف مراجع قانونی ذی‌صلاح تعیین شده باشد، خرید قطعات یدکی برای تعویض و یا تکمیل لوازم و تجهیزات ماشین‌آلات ثابت و متحرک موجود و همچنین ادوات و ابزار و وسایل اندازه‌گیری دقیق و لوازم آزمایشگاه‌های علمی و فنی و نظایر آنکه که بهای مورد معامله از سوی حداقل یک نفر کارشناس رشته مربوط تعیین می‌شود به شرط آنکه تأمین آن با تشخیص مقام اجرایی از طریق مناقصه امکان‌پذیر نباشد. این مورد اخیر از آن حیث که واگذاری کار از طریق مناقصه امکان‌پذیر نیست با مفهوم انحصار در معاملات دولتی اشتراک عملی پیدا خواهد کرد چراکه در هر دو صورت انجام فرایند خرید صرفاً توسط یک عرضه‌کننده امکان‌پذیر است اما در شرایط انحصار فرایند تشخیص انحصار که اعلان هیئت وزیران برای کالا و خدمات انحصاری دولت و انتشار آگهی عمومی و ایجاد تنها یک متقاضی برای انجام معامله است، می‌باید طی شده باشد تا واجد وصف انحصار گردد، درحالی‌که در فرض پیش‌گفته و با تشخیص وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی و بدون انجام تشریفات موضوع بند ط ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات در وضعیت عملی انحصار قرار خواهد گرفت.

## نتیجه

قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ در مطالعه تطبیقی با قانون نمونه آنسیترال برای خریدهای دولتی و موافقت‌نامه خرید دولتی سازمان جهانی تجارت از منظر رقابت‌پذیری دارای نقاط اقترا و افتراق است.

اول اینکه، به توجه به رویه مقنن در تعریف موضوع بند الف ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات و ماده ۱۱ همان قانون دلالت بر این مهم دارد که مناقصه در ایران، فرایندی رقابتی است که ممکن است مناقصه به معنای اخص یا حتی خرید با استعلام کتبی را شامل



گردد درحالی‌که از دیگر سو استثنائات موضوع ماده ۲۹ قانون مذکور وجود یک تناقض مفهومی در حوزه تقنینی را بالأخص با استثنا کردن موارد متعددی از خریدهای رقابتی از جمله خرید خدمات مشاوره سبب شده است و شایسته است که عنوان قانون به قانون خرید دولتی تغییر یافته و روش‌های خرید دولتی به‌نحوی تعیین شوند که نیازمند ورود استثنائات غیرمنطقی نباشیم.

دوم اینکه، حوزه شمول خریدهای دولتی در موافقت‌نامه خرید دولتی و قانون نمونه آنسیترال شامل خرید کالا و خدمات اعم از خدمات ساخت‌وساز و نیز خدمات مشاوره است که در قانون برگزاری مناقصات به استناد بند ه ماده ۲۹ از شمول عنوان مناقصه خارج و سپس به‌موجب مقررات آیین‌نامه اجرایی بند ه ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات مشمول فرایند رقابتی موازی با مناقصات گردیده است، تفکیکی که واجد هیچ اثر قابل دفاع علمی و عملی نیست.

سوم اینکه، نسبت بین نظام حقوقی ایران و قانون نمونه آنسیترال و موافقت‌نامه خرید دولتی در حوزه مقررات خرید دولتی از حیث رقابت‌پذیری، عموم و خصوص من‌وجه است. عمده تفاوت در این است که ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات دستگاه‌های مشمول قانون را برشمرده است (نگاه اوبژه‌محور) درحالی‌که نظام‌های بین‌المللی بیشتر به هدف از خرید (استراتژی سوژه‌محور) توجه دارند. در نتیجه ملاحظه می‌گردد که بخش مهمی از خریدهای دولتی ایران به‌جهت استقرار دستگاه‌های مشمول در خارج از دستگاه‌های مشمول از تکلیف قانونی میرا شده‌اند و به‌عبارتی نظام قانونی ایران امکان خروج بخشی از خریدها از فرایندهای رقابتی را داده است. انطباق نظام حقوقی ایران با مقررات نمونه مورد مطالعه منجر به افزایش قابلیت رقابت در خریدهای دولتی شده و میزان فسادپذیری در این دست معاملات را کاهش خواهد داد. برای مثال بخش مهمی از معاملات رقابت‌پذیر مانند معاملات غیرمحرمانه و نیز معاملات غیرنظامی بخش نظامی به‌جهت نص عام مقنن از شمول مقررات ناظر بر خرید دولتی که همان مناقصه است، مستثنا شده است.

چهارم اینکه، نظام قانونی ایران درخصوص برخی معاملات که در ماهیت نمی‌توانند مشمول مناقصه باشند، ساکت است درحالی‌که قانون نمونه آنسیترال و موافقت‌نامه خرید دولتی آنها را شناسایی نموده است. حقوق انحصاری ناشی از مالکیت معنوی، امور فوری، خریدهای تکراری و فرایندهای تکمیلی در نظام حقوقی ایران یا شناسایی نشده‌اند یا در صورت شناسایی به تشخیص و مسئولیت وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی سپرده شده‌اند که همواره محل چرایی و پرسش نهادهای نظارتی هستند درحالی‌که واقعیت‌های عملی، لاجرم مدیران را در

زمان و مکان خاص به سمت تصمیمی سوق خواهند داد که ممکن است بعدها و در شرایط متفاوت دفاع از آن دست تصمیمات واقعاً سخت باشد لذا شایسته است که در رویه‌ای اصلاحی مقررات مذکور با استفاده از تجربیات موجود در عرصه بین‌المللی یکسان‌سازی شده و با عرف بین‌المللی منطبق گردند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

- باقرزاده، حمید. *حقوق مناقصات: مبانی و ماهیت*. جلد اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- سید مرتضی حسینی، راحله و حمید باقرزاده. «قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در مقررات سازمان تجارت جهانی نسبت به قانون برگزاری مناقصات». *فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی* ۸۵ (۱۳۹۶): ۲۴۸-۲۲۵.
- شیروی، عبدالحسین. «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و اثر آن بر مقررات داخلی». *مجله مجتمع آموزش عالی قم* ۲(۵) (۱۳۷۶): ۱۹۷-۱۷۷.
- شیروی، عبدالحسین. «مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت‌نامه ناظر بر خریدهای دولتی در مقررات سازمان تجارت جهانی». *مجله مدرس علوم انسانی* ۱۰ (۳) (۱۳۸۵): ۷۸-۴۹.
- گلکاران مقدم، سمیرا. «بررسی موارد تناقض میان قوانین ناظر بر تدارکات دولتی و موافقت‌نامه تدارکات دولتی سازمان تجارت جهانی». *مجله بررسی‌های بازرگانی* ۶۶ (۱۳۹۳): ۶۸-۶۱.
- محمدی، مینا، غلامحسین مزارعی و خلیل احمدی. «کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات و قراردادهای دولتی از منظر اصل شفافیت». *فصلنامه حقوق اداری* ۶ (۱۸) (۱۳۹۸): ۲۱۸-۱۹۵.

### ب) منابع خارجی

- Arrowsmith, Sue and Robert D. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Arrowsmith, Sue. "Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard," *ICLQ* 53 (2004): 17-46.
- Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Barber, John. "Roles of the Architect, Engineer and Quantity Surveyor," *Construction Law* 148 (2015): 1-89.
- Charveron, Sophie. *European Public Procurement Law*. 5<sup>th</sup> ed. London: King's College London, 2019.
- Clay, Robert & Nicholas Dennys (ed). *Hudson's Building & Engineering Contracts*. 13<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Hernandez Gracia, Roberto. *International Public Procurement*. London, Globe Law and Business, 2009.
- Kiiver, Phillip & Jakub Kodym. *The Practice of Public Procurement*. 1<sup>st</sup> ed. New York: Intersentia, 2014.
- Mosey, David. *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*. 1<sup>st</sup> ed. London: Wiley & Sons, 2019.
- Nicholas, Caroline. "The UNCITRAL Model Law: An Example for the Global Community." In *International Public Procurement*, edited by Roberto Hernandez Gracia, 19-34. London: Globe Law and Business, 2009.
- Thai, Khai V. *International Public Procurement: Innovation and Knowledge Sharing*. Swiss: Springer, 2015.

Thai, Khai V. *International Hand Book on Public Procurement*. New York: CRC Press, 2009.

Tobias, Stoll and Peter-Frank Schorkopf. *WTO: World Economic Order, World Trade Law*. Boston: Martinus, 2003.

Uff, John. *Construction Law*. 12<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2017.

United Nations Commission on International Trade Law. "UNCITRAL Model Law on Public Procurement (United Nations, 2014)." <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>> (Last Accessed Aug 2, 2019).

United Nations Commission on International Trade Law. "UNCITRAL Model Law on Public Procurement." Last Accessed November 24, 2020. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>.

United Nations Commission on International Trade Law. Last Accessed November 24, 2020. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html).

Which, Richard and David Bailey. *Competition Law*. 9<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford, 2018

World Trade Organisation. "Agreement on Government Procurement." Last Accessed November 24, 2020. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm).

World Trade Organisation. "GPA Committee." Last Accessed November 24, 2020. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gpa\\_committee\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_committee_e.htm).

World Trade Organisation. "Revised Agreement on Government Procurement." Last Accessed November 24, 2020. [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/rev-gpr-94\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm).