

**جایگاه و کارکردهای «دوره تشکیل قرارداد»
در بخش عمومی
(نگاهی به «قانون برگزاری مناقصات» و
قراردادهای «مشارکت عمومی و خصوصی»)**

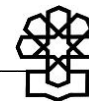
معاونت پژوهش‌های اقتصادی
دفتر: مطالعات مالیه عمومی و توسعه مدیریت

کد موضوعی: ۲۳۰
شماره مسلسل: ۱۷۳۰۵
آذرماه ۱۳۹۹

به نام خدا

فهرست مطالب

۱	چکیده
۳	مقدمه
۴	۱. معرفی دوره تشکیل قرارداد
۶	۲. جانمایی «دوره تشکیل قرارداد» در «دوره عمر قرارداد»
۸	۳. اهم گام‌ها یا مراحل درونی «دوره تشکیل قرارداد»
۱۴	۴. اهمیت و کارکرد دوره تشکیل قراردادهای بخش عمومی
۱۷	۵. بررسی چند نمونه برخورد با «دوره تشکیل قرارداد» در قانون برگزاری مناقصات
۱۷	۵-۱. نمونه نخست: چقدر از تطویل قرارداد یا پروژه ناشی از «قانون برگزاری مناقصات» است؟
۱۹	۵-۲. نمونه دوم: بررسی رابطه «قانون برگزاری مناقصات» با جهش یا بی‌ثباتی قیمت‌ها چیست؟
۲۰	۵-۳. نمونه سوم: آیا «قانون برگزاری مناقصات» گواهی پیمانکاری را برای سرمایه‌گذار الزام کرده است؟
۲۰	۵-۴. بررسی میزان دقت و توجه به بسترهای ملی (مثل «قانون برگزاری مناقصات») در لایحه مشارکت عمومی و خصوصی
۲۲	جمع‌بندی



جایگاه و کارکردهای «دوره تشکیل قرارداد» در بخش عمومی
(نگاهی به «قانون برگزاری مناقصات» و قراردادهای «مشارکت
عمومی و خصوصی»)

چکیده

یکی از چالش‌هایی که در محافل تصمیم‌گیری در رابطه با معاملات و قراردادهای دولتی وجود دارد، فرایند عقد قرارداد و به‌طور خاص «دوره تشکیل قرارداد» است. این موضوع اخیراً در فرایند تصمیم‌گیری درباره لایحه مشارکت عمومی خصوصی در مجلس شورای اسلامی اهمیت بیشتری پیدا کرده است. از این رو واکاوی نقش و اهمیت این موضوع ضرورت دارد.

سه دوره تدوین، تشکیل و اجرای قرارداد، در مجموع دوره عمر قرارداد را تشکیل می‌دهند. در «دوره تشکیل قرارداد» ترکیب تعهدات قراردادی، شروط پایه و چالش‌های آنها و نیز میزان شفافیت تعهدات هر طرف (برای دیگری و حتی برای خود) به‌صورت واقعی‌تر و میان دو طرف سنجیده می‌شود. در نتیجه حقوق هر یک از طرفین که در قرارداد بالقوه (نتیجه «دوره تدوین») نگاشته شده بود، پس از بررسی، اصلاح یا بهسازی احتمالی و پذیرش تعهدات و حقوق متقابل طرفین، در پایان «دوره تشکیل» و در قرارداد امضا شده (نتیجه «دوره تشکیل») به دوره بعدی یعنی «دوره اجرای قرارداد» راه می‌یابد در دوره تشکیل قرارداد، دو اصل باید رعایت شود:

۱. احتمال دستیابی به محصول دارای ویژگی‌های مورد نظر به حد قابل قبول خریدار برسد.
 ۲. احتمال «بیشتر نشدن هزینه (قیمت) از اندازه‌ای بهینه» به حد قابل قبول برسد.^۱
- به بیان دیگر کلید کفایت و مشروعیت «دوره تشکیل قرارداد»، سنجش همین دو احتمال است.^۲ برای آنکه این سنجش یا مسابقه، به‌صورت عادلانه و مشروع اجرا شود، در کنار دو اقدام فوق، سه اقدام مکمل دیگر نیز لازم است:

الف) فراخوان: به‌منظور آنکه همه اشخاص واجد شرایط (طرف‌های بالقوه قرارداد) از فرصت تشکیل این قرارداد و امکان شرکت در مسابقه اطلاع بیابند و در سوی دیگر با گسترش دامنه پیشنهادها، احتمال انتخاب بهینه برای خریدار نیز افزایش یابد.

۱. این اقدامات که به‌منظور رسیدن به احتمال قابل قبول انجام می‌شود، در واقع نوعی مدیریت مخاطرات در دوره تشکیل قرارداد است.

۲. مهم، توجه به این دو مفهوم بنیادی یا کلیدی است، گرچه آنها را با الفاظ دیگری نیز می‌توان بیان کرد. برای مثال:

۱. احتمال دستیابی به محصول واجد شرط‌های قرارشده در «قرارداد و ضمایم آن» (طبق الفاظ ذکرشده در قانون).

۲. احتمال دستیابی به قیمت بهینه یا «کمترین قیمت متناسب» (طبق الفاظ ذکرشده در قانون).

ب) **گفت‌و شنود و شفاف‌سازی:** دادوستد اطلاعات برای شفاف و پیش‌بینی‌پذیر شدن شرایط مسابقه پیش رو و نیز قرارداد آینده (بخشی از مدیریت مخاطرات دوره اجرا).

ج) **نهایی‌سازی و اعلان معیارها و روش مسابقه:** اعلان معیارهای نهایی و روش نهایی ارزیابی به‌منظور پایبندی به معیارها و روش‌هایی اعلان شده.

دوره تشکیل قرارداد نکات و دقایقی بسیار مهم‌تر و کلیدی‌تر از «فراخوان» نیز دارد که لازم است قانونگذار به آنها توجه و حساسیت نشان دهد تا از حقوق قوه مقننه و نیز وجوه و منابع مردم و بخش عمومی به‌درستی پاسداری کرده باشد.

این اصول و حدود قانون به‌ترتیب عبارتند از:

۱. دسترسی برابر به اطلاعات قرارداد و پروژه (شرایط اجرای تعهدات)،
۲. امکان پرسش و درخواست توضیح و تشریح درباره اطلاعات پروژه و نقایص احتمالی اطلاعات،
۳. اعلان شفاف و مستند خواسته‌ها و انتظارات بخش عمومی و روش‌های ارزیابی و اندازه‌گیری آن،
۴. اعلان شفاف و مستند تعهدات بخش عمومی و نیز ضمان تأخیر تعهدات بخش عمومی در برابر طرف دیگر (طرف معامله)،
۵. شفاف و پیش‌بینی‌پذیر شدن معیارها و روش‌های ارزیابی تأمین‌کنندگان (طرف معامله بخش عمومی) و پیشنهادهای آنان،
۶. حصول اطمینان از دستیابی بخش عمومی به خواسته‌ها و انتظارات خود (احراز مرغوبیت کالاها و خدمات)،
۷. حصول اطمینان از جلوگیری از پرداخت غیرضروری وجوه یا منابع عمومی (پرهیز از پرداختی بیش از قیمت بهینه)،
۸. احراز درست توان طرف قرارداد بخش عمومی در قراردادهایی که مرغوبیت محصول در گروهی توان انجام تعهدات طرف قرارداد است (قراردادهایی که تداوم بهره‌مندی خریدار، در گروهی تداوم رفتار و تعهدپذیری تأمین‌کننده است)،
۹. ارزیابی پیشنهادهای یا بسته‌های پیشنهادی و انتخاب بهترین گزینه طبق معیارها و روش‌های اعلان شده،

۱۰. انعقاد قرارداد با روش و شرایط اعلان شده قبلی،

۱۱. امکان اعتراض به انحراف یا خطای احتمالی در مقاطع بالا، به‌منظور اصلاح فرایند.



معاملات بخش عمومی به حسب ماهیت، یک تخصص میان‌رشته‌ای و پیچیده است که روی آوردن به آن و حل مسائل آن نیازمند نگرشی جامع و گسترده و با لحاظ کردن آثار گسترده و بلندمدت تصمیمات است. این نگرش نیازمند بررسی‌های میان‌رشته‌ای برای افزایش قابلیت‌های حکمرانی است. به‌علاوه این رویکرد نیازمند درک ضرورت پیوستگی در مسیر توسعه جوامع و نظامات اداری و اجرایی آنها نیز هست. اعمال تغییرات بدون توجه به بستر و مسیر قانونی کشور صحیح نیست. جزء‌نگری و برخورد تقلیدی یا اقتباسی (که گاه ترجمه‌گرایی افراطی را جایگزین ارزیابی عقلانی تجارب دیگران می‌سازد) مخاطره‌ای است که باید از آن پرهیز کرد.

«قانون برگزاری مناقصات» در تداوم و توسعه مسیر عقلانی و قانونی مدیریت معاملات بخش عمومی کشور طراحی و تصویب شده است. چنین قانونی فقط با دانش، دقت و درایت کافی می‌تواند در چرخه بهبودهای پیاپی، بهسازی شود. نادیده گرفتن تلاش‌ها، تجارب و دستاوردهای گذشته و تحمیل شوک‌های پیاپی مخاطره بزرگی است که باید از آن پرهیز کرد.

البته بیان این دقایق، به‌معنای بی‌نیازی «قانون برگزاری مناقصات» از اصلاحات دوره‌ای نیست. این قانون نیز مانند هر قانون دیگر، نیازمند چرخه معروف به چرخه دمینگ یا PDCA است.^۱ همچنین در کنار توسعه و بهسازی دقیق و عالمانه متون قانونی - از جمله قانون برگزاری مناقصات - باید بادقت و جدیت به توسعه ظرفیت‌های اجرایی دستگاه اداری و اجرایی کشور، اقدام کرد.

در ادامه ابتدا به معرفی دوره تشکیل قرارداد به‌عنوان یکی از گام‌های مهم دوره عمر قرارداد پرداخته و سپس این دوره در کل دوره عمر قرارداد جانمایی می‌شود. در بخش بعدی اهم گام‌های دوره تشکیل قرارداد شرح داده شده و سپس اهمیت و کارکرد این دوره بررسی می‌شود. درنهایت برخی انتقادات به دوره تشکیل قرارداد در قانون برگزاری مناقصات مطرح شده و میزان صحت آنها بررسی شده است.

۱. چرخه PDCA مخفف Plan- Do - Chek - Act است که با توجه به نام دانشمند پیشنهاددهنده آن «چرخه دمینگ» نیز نامیده می‌شود. این چرخه را «چرخه بهبودهای پیاپی» یا Continual Improvement نیز می‌نامند (برخی مترجمان بهبود مستمر ترجمه کرده‌اند. دلیل فنی ترجیح ترجمه «بهبود پیاپی» به این ترجمه در گزارش شماره ۱۴۸۲۱ مرکز پژوهش‌ها بیان شده است).

۱. معرفی دوره تشکیل قرارداد

برای خریدهای سازمان‌ها یا دستگاه‌های بخش عمومی کشور، در آغاز خریدار (دستگاه یا سازمان بخش عمومی) باید آنچه نیاز دارد را روشن و مستند سازد و به‌علاوه آنچه **اولاً** اقتصادی می‌داند و **ثانیاً** امکان پرداخت آن (در برابر تأمین نیازهای خودش) را دارد نیز روشن و مستند سازد تا در اصطلاح داده و ستانده این خرید برایش مشخص و روشن شود. سند حاصل از این تلاش که از یک سو مجموعه نیازها، خواسته‌ها یا حقوق خریدار محصول (کالا یا خدمت) در برابر تأمین‌کننده محصول را روشن و مستند ساخته است و از سوی دیگر ظرفیت‌های تعهدپذیری خریدار بابت تأمین خواسته‌هایش را روشن و مستند کرده است، «قرارداد» می‌نامیم. دوره زمانی که خریدار به شناسایی حقوق و تعهدات دو طرف قرارداد (خریدار و فروشنده کالاها یا خدمات) و تا حد امکان، روشن ساختن و تدوین رابطه اجزای این حقوق و تعهدات می‌پردازد، «دوره تدوین قرارداد» نامیده می‌شود. «دوره تدوین قرارداد» علی‌الاصول درون سازمان یک طرف قرارداد (مثلاً خریدار) و بدون حضور طرف دیگر طی می‌شود. انتظار آن است که در «دوره تدوین قرارداد» با بهره‌گیری از سازوکارهایی اثربخش، قرارداد به‌درستی و عادلانه طراحی و سپس با دقت و رعایت الزامات قانونی نگارش شود.^۱

پس از «دوره تدوین قرارداد» (درون سازمان یک طرف قرارداد یا در اصطلاح «درون‌سازمانی») و پیش از «دوره اجرای قرارداد» (میان دو طرف قرارداد)، «دوره تشکیل قرارداد» است.^۲ شکل بهینه یا مطلوب آن است که در «دوره تشکیل قرارداد» دو طرف قرارداد،^۳ با نیازها یا انتظارات طرف دیگر و نیز با امکانات و توانایی‌های آن طرف آشنا شوند. در این دوره، دو طرف بالقوه قرارداد، نقاط ابهام در نیازها

۱. البته باید توجه داشت که در برخی موارد نیز عمده «تدوین قرارداد» در طرف تأمین‌کننده خدمت یا کالا صورت می‌گیرد؛ اما این موضوع تغییر اساسی در رویکرد و تحلیل مسئله کنونی یعنی توجه به جایگاه و کارکرد سه دوره قراردادی پدید نمی‌آورد.
۲. برخی از سوابق کاربرد اصطلاح «تشکیل قرارداد» و نسبت آن با مفاهیم مشابه، در زیر آمده است:

• «ماده (۱۹) - به‌منظور ایجاد شفافیت و امکان رقابت همه ذی‌نفعان ... پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات موضوع ماده (۲۳) قانون برگزاری مناقصات را به پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی توسعه و ارتقا دهد. ... کلیه معاملات متوسط و بزرگ بخش عمومی شامل خرید، فروش، اجاره و غیره را اعم از اینکه از طریق برگزاری مزایده یا مناقصه یا موارد عدم الزام به تشریفات یا ترک تشریفات یا دیگر روش‌ها تشکیل و منعقد شده باشد ... در زمانی که برای همه واجدان شرایط، فرصت برابر فراهم‌کند، به اطلاع عموم برساند. همچنین پس از انعقاد قرارداد، ... حسب مورد تغییرات بعدی حجم و مبلغ اصل قرارداد یا الحاقیه‌های آن را اعلان نماید. ...» [۱۹] قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار (مصوب بهمن ۱۳۹۰)

• «الف- هدف: تحکیم تعهدات مناقصه‌گران یا داوطلبان و طرف‌های قراردادی، در اجرای قانون برگزاری مناقصات - مصوب ۱۳۸۳ - و قانون آیین‌نامه معاملات دولتی - مصوب ۱۳۴۹ - از طریق تنظیم تضامین لازم برای معاملات با موضوع خرید انواع کالاها و خدمات و نیز [تنظیم تضامین لازم برای] ارجاع کار و تشکیل آن معاملات از جمله قراردادهای خرید خدمات ... و خرید ماشین‌آلات ... و دیگر انواع کالا و ...» [الف/۱/آئین]

• «ج- فرایند ارجاع کار: مجموعه اقدامات قانونی برای انعقاد قرارداد کارفرما با اشخاص مانند مناقصه، مزایده و ترک تشریفات یا عدم الزام به آن.» [ج/۲/آئین]

• «خ- تضمین انجام تعهدات: تضمینی است که اشخاص پس از فرایند ارجاع کار و انتخاب شدن برای معامله، به‌منظور اثبات پایبندی به انجام تعهدات خود باید قبل از انعقاد قرارداد به کارفرما بسپارند.» [خ/۳/آئین]

• «فرایند تشکیل قراردادهای در بخش عمومی را «ارجاع کار» می‌گویند. فرایند ارجاع کار، فرایندی است که بخش عمومی، طرف معامله مناسب را پیدا می‌کند و با وی قرارداد امضا می‌کند. این فرایند، مقررات مخصوصی دارد. اگر مراحل فرایند به‌درستی طی نشود ممکن است یا شخص مناسبی قرارداد بسته نشود یا محصول مناسبی به‌دست نیاید یا ممکن است پول اضافی در قرارداد پرداخت شود. همین دغدغه‌ها موجب شده است که در «فرایند تشکیل» قراردادها تأمل کنند و برای آن گام‌ها و روندهایی در نظر بگیرند که به این گام‌ها و روندها، در اصطلاح «تشریفات تشکیل» قرارداد گفته می‌شود. لذا فرایند «تشکیل قرارداد» یا «ارجاع کار» در بخش عمومی، «تشریفات» دارد که الزاماً باید رعایت شود.

۲. چون در این زمان هنوز متن قرارداد و طرفین قرارداد، قطعی نشده‌اند، درواقع «منظور از طرفین قرارداد» «دو طرف بالقوه قرارداد آینده» است.



(خواسته‌ها) و توانایی‌های (آورده‌های) خود را برای یکدیگر روشن می‌کنند؛ حتی در صورت لزوم به بازنگری نیازها یا انتظارات و نیز امکانات و توانایی‌های خود و حتی شاید بهسازی آنها می‌پردازند. در «دوره تشکیل قرارداد» ترکیب تعهدات قراردادی، شروط پایه و چالش‌های آنها و نیز میزان شفافیت تعهدات هر طرف (برای دیگری و حتی برای خود) به‌صورت واقعی‌تر و میان دو طرف سنجیده می‌شود. در نتیجه حقوق هر یک از طرفین که در **قرارداد بالقوه** (نتیجه «دوره تدوین») نگاشته شده بود، پس از بررسی، اصلاح یا بهسازی احتمالی و پذیرش تعهدات و حقوق متقابل طرفین، در پایان «دوره تشکیل» و در **قرارداد امضا شده** (نتیجه «دوره تشکیل») به دوره بعدی یعنی «دوره اجرای قرارداد» راه می‌یابد. این قرارداد که بهسازی، روشن، پیش‌بینی‌پذیر و شفاف شده است و هر دو طرف آن را پذیرفته‌اند،^۱ مبنای ادامه تعامل طرفین خواهد بود.^۲

شایان توجه است که حتی در بهترین شرایط «دوره تدوین قرارداد»، باز هم احتمال دارد که نکات مغفول یا چالش‌هایی باقی بماند که طبیعی است به دوره‌های آینده انتقال خواهد یافت. «دوره تشکیل قرارداد» می‌تواند به‌عنوان مکمل دوره تدوین، برخی از این جزئیات مغفول را روشن یا کامل کند. در واقع هر چه دوره تدوین به‌درستی پیموده نشود و برون‌دادش ناقص‌تر باشد، کارکرد شناسایی یا نمایان کردن کاستی‌های دوره تدوین در دوره تشکیل - نسبت به دیگر کارکردهای دوره تشکیل - بیشتر می‌شود.^۳ به همین ترتیب حتی در بهترین شرایط دوره تشکیل، باز هم نکات و چالش‌هایی وجود خواهد داشت که تنها در دوره اجرا رخ می‌نماید. یعنی دوره اجرا نیز به‌عنوان مکمل دوره‌های پیشین نیاز به مدیریت برخی نکات یا رخداد‌های تازه خواهد داشت. خلاصه آنکه هدف از شناسایی و مدیریت این سه دوره، افزایش دقت و تدبیر امور قراردادی (بهبود عناصر کلیدی کیفیت، هزینه، زمان و مدیریت دامنه و مخاطرات امور) است. هیچ‌یک از این سه دوره نامبرده نمی‌تواند به تمامی جای دوره‌های دیگر را بگیرد.^۴ هر یک باید در جای خود به‌درستی مدیریت و اجرا شود و به کمک دوره‌های دیگر بیاید و از انباشت و انتقال کاستی‌های هر دوره به دوره‌های دیگر باید پرهیز کرد.

۱. یا در اصطلاح «ایجاب» و «قبول» نموده - و سرانجام امضا یا «منعقد» کرده‌اند.

۲. ماده (۱۸۳) قانون مدنی: «ماده (۱۸۳) - عقد عبارت است از این که يك يا چند نفر در مقابل يك يا چند نفر دیگر تعهد بر امري نمایند و مورد قبول آنها باشد.» [۱۸۳/ق.م.]

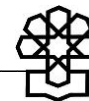
۳. دستگاه‌های بخش عمومی دامنه بسیار گسترده‌ای از خرید انواع کالا یا خدمت دارند که اغلب بیرون از تخصص اصلی یا فعالیت مرکزی (core business) آنهاست. بر این اساس در دوره تدوین قرارداد، دست‌کم برای تدوین بخش تخصصی موضوع قرارداد آینده، اغلب به چند تأمین‌کننده خاص مراجعه می‌کنند؛ یعنی چند تأمین‌کننده که سابقه معامله با آنان را دارند یا با واسطه ابزارهای بازاریابی (آگهی‌های تبلیغاتی، نمایشگاه‌های تخصصی، جستجوی اینترنتی) با آنها آشنا شده‌اند. این یعنی حرکت در مسیر هدایت شده همان يك يا چند تأمین‌کننده خاص و تبدیل مناقصه عمومی به شبه‌مناقصه انحصاری (فراخوان عمومی برای یک موضوع کمابیش انحصاری شده). این عادت مخاطره‌آمیز، ضرورت و اهمیت بالای بهسازی کزی‌ها و کاستی‌های دوره تدوین قرارداد، در دوره تشکیل قرارداد را بهتر نشان می‌دهد. حتی ضرورت ایجاد چارچوب یا يك خط‌مشی عمومی در دوره تدوین قرارداد برای مشارکت همه علاقمندان واجد شرایط در اطلاعات پایه قرارداد را نشان می‌دهد.

۴. چنانکه اقدامات کل دوره عمر قرارداد، جایگزین تمام گام‌های دیگر دوره عمر پروژه نیست.

۲. جانمایی «دوره تشکیل قرارداد» در «دوره عمر قرارداد»

سه دوره تدوین، تشکیل و اجرای قرارداد، در مجموع دوره عمر قرارداد را می‌سازند در حالی که دوره عمر قرارداد، تنها یک بخش از دوره عمر پروژه است. در مدیریت پروژه‌ها دوره‌هایی پیش از دوره عمر قرارداد و نیز پس از آن، قابل شناسایی و در جای خود نیازمند توجه و بررسی است.^۱ به‌ویژه دوره‌های پیشین، ظرفیت یا پتانسیل بهبود و بهسازی بیشتری دارند که در نمودارهای پتانسیل بهبود ارزش پروژه به‌روشنی به آنها اشاره و تأکید می‌شود. البته موضوع این گزارش محدود به دوره عمر قرارداد است یعنی پس از آنکه دستگاه اجرایی، لزوم عملیات را ارزیابی و تصویب کرده‌است و از زمانی که تصمیم گرفته است آن عملیات را از طریق تعامل یا معامله با شخص یا فعال اقتصادی دیگر (بیرون از سازمان خود) به انجام رساند؛ هنگامی که مسئله معامله یا قرارداد آغاز می‌شود.^۲ در قراردادی که بخش عمومی در آن خواستار دریافت «محصول» (عوض غیر پولی) است، علی‌القاعده باید «پول» (قیمت) آن را بپردازد. پس در دوره تشکیل قرارداد نخست لازم است که احتمال دستیابی به محصول دارای «شروط قرار شده» (مرغوبیت) به حد قابل قبول خریدار برسد و دوم لازم است که احتمال «بیشتر نشدن هزینه (قیمت) از اندازه‌ای بهینه» به حد قابل قبول برسد. اندازه بهینه قیمت پرداختی، در واقع کمترین اندازه ممکن برای مرغوبیت قرار شده در قرارداد است. سنجش این احتمالات قبل از انعقاد قرارداد، یا در فضایی غیررقابتی (انحصاری و شبه‌انحصاری) و از طریق مذاکره است یا در فضایی رقابتی و از طریق مسابقه. هر مسابقه یا رقابت عادلانه عقلاً باید بر سر سنجه‌ای از پیش تعیین شده باشد؛ رقابت نیز، یا بر سر افزایش سنجه است یا بر سر کاهش سنجه. در روش‌های غیررقابتی تشکیل قرارداد (برای مثال ترک تشریفات مناقصه) ممکن است از یک سو منافع حاکمیت تحت‌الشعاع قرار گیرد و از سوی دیگر حقوق سایر نهادها و فعالین اقتصادی برای مشارکت در رقابت ضایع شود. در هر صورت رابطه زمانی و فرایندی مراحل سه‌گانه دوره عمر قرارداد و جایگاه دوره تشکیل در میان آن را در شکل زیر نمایش داده‌ایم:

۱. مانند مطالعات توجیهی و تصویب پروژه پیش از دوره عمر قراردادهای احداث پروژه و همچنین عملیات بهره‌برداری و نگهداری پس از پایان دوره عمر قرارداد احداث پروژه.
 ۲. به بیان دیگر از زمانی که دستگاه اجرایی تصمیم می‌گیرد که از حاصل فعالیت، واحد اقتصادی دیگری کمک یا بهره بگیرد. در این رابطه، هر آنچه حاصل فعالیت تأمین‌کننده یا فروشنده کالا یا خدمتی باشد، «محصول» می‌نامیم. «محصول» اگر «مرغوب» باشد - یا به بیان دقیق‌تر در نگاه خریدار «مرغوب» به نظر برسد - خریدار راغب می‌شود و اگر «مرغوب» نباشد، خریدار راغب نمی‌شود و معامله‌ای شکل نمی‌گیرد. «مرغوبیت» یعنی مجموعه شرطهایی که خریدار را راغب به معامله می‌سازد. پس این مجموعه شروط، مهم‌ترین دلیل تشکیل معامله است.



شکل ۱. نسبت و رابطه فرایندی سه دوره عمر قرارداد



در هریک از این سه دوره، بازیگران گوناگونی حضور خواهند یافت. هریک از این بازیگران علایق و منافع دارند که چه بسا با منافع یا خواست‌های مندرج در متن قوانین و مقررات منطبق نیست. در بخش عمومی که بنا به ماهیتش کارگزاران و بازیگران با منابع و وجوه دیگران (عموم مردم) کار می‌کنند، این عدم انطباق بیشتر می‌شود و نظارت‌ها و دقت‌های قانونی نیز باید افزایش یابد. البته این افزایش، میزانی صلب و ثابت در همه انواع معاملات نیست و بلکه در تناظر و توازن با مخاطرات احتمالی هر معامله است. یعنی برای «اجرای معاملات» ساده‌تر، قراردادهایی ساده‌تر «تدوین» می‌شوند و دوره میانی یعنی دوره «تشکیل» آنها هم ساده‌تر خواهد بود؛ برای «اجرای قراردادهای» پراهمیت، باید قراردادهایی دقیق‌تر یا پیچیده‌تر «تدوین» شوند و دوره «تشکیل» آن قراردادهای نیز باید گسترده‌تر، دقیق‌تر یا پیچیده‌تر شود. عواملی که در میزان اهمیت قرارداد مؤثرند عبارتند از:

۱. اندازه یا مبلغ معامله،

۲. ترکیب تعهدات و پیچیدگی آنها (محتوای معامله)،

۳. پیامدهای حساس‌تر معامله.

با برجسته شدن هر یک از دلایل یا مخاطراتِ دوره اجرا، دوره تشکیل قرارداد نیز باید به نحوی متوازن توسعه یابد و البته با سادگی و آسان شدن دوره اجرا، تدابیر و اقدامات دوره تشکیل نیز تلخیص و سبک‌تر شود.^۱

پس از شناخت جایگاه دوره تشکیل قرارداد در میان دیگر دوره‌های عمر قرارداد، به بررسی اجزای مهم دوره تشکیل قرارداد می‌پردازیم.

۳. اهم گام‌ها یا مراحل درونی «دوره تشکیل قرارداد»

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد هر آنچه حاصل فعالیت تأمین‌کنندگان کار یا خدمت باشد، «محصول» می‌نامیم و اگر «محصول»، از نظر خریدار «مرغوب» باشد، خریدار به معامله راغب می‌شود و معامله شکل می‌گیرد. پس «مرغوبیت» مهم‌ترین دلیل معامله است. البته بخش عمومی در قراردادی که خواستار دریافت «محصول» (عوض غیر پولی) است، باید «پول» (قیمت) آن را نیز بپردازد.

پس در دوره تشکیل قرارداد، دو اصل باید رعایت شود:

۱. احتمال دستیابی به محصول دارای ویژگی‌های مورد نظر به حد قابل قبول خریدار برسد.
 ۲. احتمال «بیشتر نشدن هزینه (قیمت) از اندازه‌های بهینه» به حد قابل قبول برسد.^۲
- به بیان دیگر **کلید کفایت و مشروعیت «دوره تشکیل قرارداد»**، سنجش همین دو احتمال است.^۳
- البته در مواردی که محصول به صورت کالا یا عین (به معنای مادی و خارجی)^۴ هنوز وجود نداشته باشد و بلکه خدمت یا سفارشی باشد که باید در آینده فراهم شود، با اتکا به پیشینه و توان تأمین‌کنندگان (داوطلبان)، احتمال دستیابی به آن سفارش یا خدمت ارزیابی می‌شود. در هر صورت، برای آنکه این سنجش یا مسابقه، به صورت عادلانه و مشروع اجرا شود، در کنار دو اقدام فوق، سه اقدام مکمل دیگر نیز لازم است:

الف) فراخوان: به منظور آنکه همه اشخاص واجد شرایط (طرف‌های بالقوه قرارداد) از فرصت تشکیل این قرارداد و امکان شرکت در مسابقه اطلاع بیابند و در سوی دیگر با گسترش دامنه پیشنهادها، احتمال انتخاب بهینه برای خریدار نیز افزایش یابد.

۱. این رویکرد انعطاف‌پذیر، نیازمند اجازه انواع ارزیابی‌های اختیاری (تشخیصی) در دوره تشکیل قرارداد و توسعه آن ارزیابی‌ها - در توازن با مخاطرات دوره اجرا - است. در «قانون برگزاری مناقصات»، قانونگذار اجازه این ارزیابی‌های متوازن با معامله را صادر کرده است. رعایت این رویکرد در برنامه‌ریزی و مدیریت دوره تشکیل قرارداد را رعایت «اصل توازن در مناقصات» می‌نامیم.

۲. این اقدامات که به منظور رسیدن به احتمال قابل قبول انجام می‌شود، در واقع نوعی مدیریت مخاطرات در دوره تشکیل قرارداد است.

۳. مهم، توجه به این دو مفهوم بنیادی یا کلیدی است، گرچه آنها را با الفاظ دیگری نیز می‌توان بیان کرد. برای مثال:

۱. احتمال دستیابی به محصول واجد شرط‌های قرار شده در «قرارداد و ضمایم آن» (طبق الفاظ ذکر شده در قانون).

۲. احتمال دستیابی به قیمت بهینه یا «کمترین قیمت متناسب» (طبق الفاظ ذکر شده در قانون).

۴. سیدعلی دلبری، و فرزاد بهشتی توندی، بررسی تطبیقی کلی در ذمه و عین معین در فقه و حقوق، آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.



ب) **گفت‌و‌شنود و شفاف‌سازی:** دادوستد اطلاعات برای شفاف و پیش‌بینی‌پذیر شدن شرایط مسابقه پیش رو و نیز قرارداد آینده (بخشی از مدیریت مخاطرات دوره اجرا).

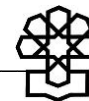
ج) **نهایی‌سازی و اعلان معیارها و روش مسابقه:** اعلان معیارهای نهایی و روش نهایی ارزیابی به‌منظور پایبندی به معیارها و روش‌هایی اعلان شده.

پیش‌تر تأکید شد که هرگونه شرط مورد نیاز طرف اول قرارداد باید در «دوره تدوین قرارداد» به‌درستی شناسایی و تبیین شود و در «دوره تشکیل قرارداد» نیز به‌درستی فهم، توافق و تعهد شود. این توافق و تعهد شامل تعیین بهای دستیابی به آن شرط نیز هست. پس آنچه در نهایت اهمیت دارد، **مجموعه داده‌ها و ستانده‌ها^۱ (یا مابه‌التفاوت آنها)** است. با این اندازه‌گیری و ارزشگذاری، سرانجام طرف قرارداد «انتخاب» می‌شود و با «انعقاد قرارداد» دوره تشکیل قرارداد پایان می‌یابد. جدول زیر مجموعه اقدامات دوره تشکیل قرارداد در انواع روش‌های رقابتی و غیررقابتی تشکیل قرارداد را در کنار یکدیگر تدوین کرده و نمایش داده است (گفتنی است سطرهای ۱، ۲ و ۳ جدول زیر معادل سه گام تشریح شده در بالاست):

۱. «حاصل جمع داده‌ها و ستانده‌ها»، مفهومی فراتر از «مجموع داده‌ها» و نیز «مجموع ستانده‌ها» است.

جدول ۱. نسبت و رابطه زیربخش‌های دوره تشکیل قرارداد (به صورت عام و کلی)

ردیف	انواع روش‌های تشکیل ←		رقابتی				نام یا شرح اقدامات ↓	
	غیررقابتی (شبه انحصار)	رقابتی	مزايدة	مناقصه قيمتی	مناقصه با سنجه آميخته	مشاوره با		
	با اذن مجلس (مقام تقنینی)	با اجازه مقامات اجرایی	قبل ق.ب.م. ۱۳۸۳	مناقصه قيمتی	پس از ق.ب.م. ۱۳۸۳	مشاوره با	نام قانونی:	
	غیررقابتی (شبه انحصار)	رقابتی	مزايدة	مناقصه قيمتی	مناقصه با سنجه آميخته	مشاوره با	نام قانونی:	
۱	فراخوان	انتشار آگهی	غیرمجاز	به واجدان صلاحیت	به ۱۲ مشاور	لازم نیست (انتشار نتایج کافیت)	«عدم الزام»	
		ارسال دعوتنامه				به یک شخص	«ترک تشریفات»	
۲	شفاف‌سازی	گفت‌و شنود مکتوب و ارائه اطلاعات	داد و ستد اطلاعات و شناخت متقابل از طریق پرسش و پاسخ مستند				دسترسی برابر داوطلبان به اطلاعات	دسترسی یک شخص به اطلاعات
۳	نهایی‌سازی	عادلان‌سازی مسابقه	پیوست توضیحات، اعمال تغییرات احتمالی، امضا و مبادله				جدی نیست	
۴	ارزیابی	احراز توان احراز مرغوبیت (شروط محصول) احراز قیمت مناسب	مسابقه با سنجه‌های شفاف و پیش‌بینی‌پذیر (با شفاف و نهایی‌سازی)				مذاکره (ارزیابی غیررقابتی)	
۵	انتخاب	تصمیم‌گیری طبق همه ارزیابی‌ها	برگزیدن بهترین، طبق معیارها و روش‌های نهایی و اعلان‌شده (شفاف و پیش‌بینی‌پذیر)				پذیرش شرایط یکدیگر	
۶	انعقاد	امضای یک طرف امضای طرف دیگر	لازم است				لازم است	
ابلاغ به معنی مبادله رسمی قرارداد امضا شده و آغاز دوره اجرا								



چنانکه می‌بینیم دوره تشکیل قرارداد با «فراخوان» آغاز می‌شود و با «انعقاد قرارداد» پایان می‌یابد. با توجه به برخی ابهامات موجود در رابطه با مرحله «فراخوان» از جمله این تصور که مرحله فراخوان معادل کل فرایند برگزاری مسابقه است در ادامه مرحله فراخوان با دقت بیشتری بررسی می‌شود. طبق قانون برگزاری مناقصات به‌عنوان مرجع اصطلاحات این حوزه تخصصی، «فراخوان» به‌عنوان یک اصطلاح قانونی^۱ در حال حاضر معنای مشخص و مصوبی در نظم حقوقی کشور و ادبیات تشکیل قراردادها دارد. در بند «ب» ماده (۴) قانون برگزاری مناقصات (مصوب ۱۳۸۳ مجلس) آمده است:

«ب»- مناقصات از نظر روش دعوت مناقصه‌گران به انواع زیر طبقه‌بندی می‌شوند:

۱. مناقصه عمومی: مناقصه‌ای است که در آن فراخوان مناقصه از طریق آگهی عمومی به اطلاع مناقصه‌گران می‌رسد.

۲. مناقصه محدود: مناقصه‌ای است که در آن به تشخیص و مسئولیت بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار، محدودیت برگزاری مناقصه عمومی با ذکر ادله تأیید شود. فراخوان مناقصه از طریق ارسال دعوتنامه برای مناقصه‌گران صلاحیتدار به اطلاع مناقصه‌گران می‌رسد.^۲ ملاحظه می‌شود که:

هر بار تصریح شده است به «فراخوان مناقصه» یعنی «فراخوان» جزئی از یک کل است و «فراخوان» همواره متعلق به یک هدف یا فرایند اصلی قلمداد می‌شود. این کل یا فرایند اصلی در اینجا مناقصه است چنانکه گاهی ممکن است فراخوان متعلق به مسابقه‌ای دیگر، یعنی فراخوان مزایده باشد. طبق جزء «۱» بند مذکور از قانون، «فراخوان» در برخی موارد ممکن است به صورت «آگهی» باشد و منتشر شود؛ البته طبق جزء «۲» مذکور فراخوان ممکن است «آگهی» نباشد و منتشر هم نشود و بلکه تنها به صورت «دعوتنامه» باشد که فقط و فقط به برخی اشخاص «ارسال» می‌شود (به اشخاصی که صلاحیتدار محسوب شده‌اند). البته قانونگذار این اشخاص و دامنه (فهرست) آنان را در دیگر مواد این قانون - مانند مواد (۲۶) و (۱۲) - تعیین تکلیف کرده است. همچنین در آیین‌نامه‌های اجرایی قانون، حداقل تعداد اعضای فهرست دعوت، مقرر شده است. در جایی گفته شده است که «فراخوان» یا «دعوت» حداقل به ۳ مناقصه‌گر ارسال شود.^۳ در جای دیگری مخاطبان این فراخوان یا دعوت به عدد ۲ نیز تقلیل یافته است.^۴ البته اگر این فراخوان یا دعوت، تنها به یک نفر ارسال شود، دیگر نمی‌توان فرایند را رقابتی یا مسابقه نامید. یعنی همچنان دعوتنامه (شکل خاص «فراخوان») وجود دارد، اما رقابت و مسابقه وجود

۱. یا «حقیقت قانونی» طبق مصطلحات فنی اصول.

۲. در ماده (۱۰) آیین‌نامه ارزیابی کیفی مناقصه‌گران آمده است: «الف) حداقل تعداد مناقصه‌گران واجد شرایط (فهرست کوتاه) برای دعوت به مناقصه محدود به شرح زیر تعیین می‌شود:

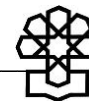
۱. ۵ مناقصه‌گر در کارهای پیمانکاری در صورت استفاده از فهرست بهای پایه منتشر شده توسط سازمان.

۲. ۳ مناقصه‌گر در سایر مناقصات» [الف/۱۰/ج/۱۲].

۳. در ادامه همان ماده (۱۰) آمده است «ب) در صورتی که تعداد افراد واجد شرایط به حد نصاب نرسد، برای یک بار فرایند ارزیابی تجدید می‌شود و در ارزیابی دوم با حداقل ۳ مناقصه‌گر که دارای بالاترین امتیاز باشند، مناقصه برگزار می‌شود» [ب/۱۰/ج/۱۲].

ندارد. آنچه رقابت را جایگزین انحصار و مسابقه را جایگزین مذاکره می‌سازد، صرف وجود دعوتنامه (یکی از انواع «فراخوان») نیست، بلکه شفاف شدن و پیش‌بینی پذیر شدن معیارها و اعلان عمومی معیارها و روش ارزیابی و پایبندی به ارزیابی‌های شفاف و پیش‌بینی‌پذیر است. به همین دلیل، قانونگذار با نهایت هوشمندی، گرچه در متن قانون برگزاری مناقصات بارها از اصطلاح «فراخوان» استفاده کرده است اما نام قانون را نگذاشته است «قانون برگزاری فراخوان» و بلکه آن را «قانون برگزاری مناقصات» نامیده است. چون آنچه اهمیت و اصالت دارد «مناقصه» یا «مزایده» (و به‌طور کلی: «مسابقه») است و نه فقط یک جزء کوچک آن به نام «فراخوان». آنچه سبب مشروعیت تصمیمات و نتایج می‌شود «برگزاری مسابقه یا رقابت شفاف و پیش‌بینی‌پذیر بر سر سنج‌های معین و قابل اندازه‌گیری» است و نه صرف انتشار یا ارسال «فراخوان». «فراخوان» فقط یک نقطه آغاز برای «دوره تشکیل» قرارداد است چنانکه «انعقاد» نقطه پایان «دوره تشکیل» است. دوره تشکیل قرارداد نکات و دقایقی بسیار مهم‌تر و کلیدی‌تر از «فراخوان» نیز دارد که لازم است قانونگذار به آنها توجه و حساسیت نشان دهد تا از حقوق قوه مقننه و نیز وجوه و منابع مردم و بخش عمومی به‌درستی پاسداری کرده باشد. این اصول و حدود قانون به‌ترتیب عبارتند از:

۱. دسترسی برابر به اطلاعات قرارداد و پروژه (شرایط اجرای تعهدات)،
۲. امکان پرسش و درخواست توضیح و تشریح درباره اطلاعات پروژه و نقایص احتمالی اطلاعات،
۳. اعلان شفاف و مستند خواسته‌ها و انتظارات بخش عمومی و روش‌های ارزیابی و اندازه‌گیری آن،
۴. اعلان شفاف و مستند تعهدات بخش عمومی و نیز ضمان تأخیر تعهدات بخش عمومی در برابر طرف دیگر (طرف معامله)،
۵. شفاف و پیش‌بینی‌پذیر شدن معیارها و روش‌های ارزیابی تأمین‌کنندگان (طرف معامله بخش عمومی) و پیشنهادهای آنان،
۶. حصول اطمینان از دستیابی بخش عمومی به خواسته‌ها و انتظارات خود (احراز مرغوبیت کالاها و خدمات)،
۷. حصول اطمینان از جلوگیری از پرداخت غیرضروری وجوه یا منابع عمومی (پرهیز از پرداختی بیش از قیمت بهینه)،
۸. احراز درست توان طرف قرارداد بخش عمومی در قراردادهایی که مرغوبیت محصول در گروهی توان انجام تعهدات طرف قرارداد است (قراردادهایی که تداوم بهره‌مندی خریدار، در گروهی تداوم رفتار و تعهدپذیری تأمین‌کننده است)،
۹. ارزیابی پیشنهادها یا بسته‌های پیشنهادی و انتخاب بهترین گزینه طبق معیارها و روش‌های اعلان شده،



۱۰. انعقاد قرارداد با روش و شرایط اعلان شده قبلی،

۱۱. امکان اعتراض به انحراف یا خطای احتمالی در مقاطع بالا، به منظور اصلاح فرایند.

درواقع مسابقه‌ای شفاف و پیش‌بینی‌پذیر و واجد اوصاف یازده‌گانه یادشده لازم است. تشکیل قرارداد از طریق مسابقه، اولاً سبب مشروعیت حقوقی و قانونی و ثانیاً سبب اثربخشی فنی قرارداد و ثالثاً سبب کارایی اقتصادی یا مالی آن خواهد شد. بدون کمی‌کردن و اندازه‌گیری جوانب گوناگون اجتماعی و اقتصادی قرارداد و با کلی‌گویی درباره ترجیحات اجتماعی، در عمل دچار بی‌انضباطی مالی خواهیم شد. تمام ترجیحات اعلام شده حتماً باید به‌درستی اندازه‌گیری شود. در غیر این صورت ممکن است به نام خیر عمومی یا تحت پوشش صرفه اجتماعی و اقتصادی، درواقع نفع اختصاصی تأمین شود حتی به ضرر خیر عمومی. پس اگر خواسته‌ها یا ترجیحات بخش عمومی و نیز تعهدات (مالی و غیرمالی) این بخش شفاف و اندازه‌گیری نشود و براساس آن «نسبت داده به ستانده» اندازه‌گیری و اعلان نشود، ممکن است در معاملات و قراردادهای بخش عمومی، منافع عمومی در نظر گرفته نشود. اگر بتوان داده و ستانده را اندازه گرفت و مسابقه‌ای با سنج مابه‌التفاوت ارزش داده و ستانده هر یک از پیشنهادها برگزار کرد، فراخوان مسابقه نیز مفید خواهد شد و اگر نتوان مسابقه‌ای با این مشخصات ترتیب داد، فراخوان نیز بی‌فایده است.

مسابقه‌ای که افزایش این مابه‌التفاوت به نفع بخش عمومی باشد مزایده نامیده شده و مسابقه‌ای که کاهش این مابه‌التفاوت به نفع بخش عمومی باشد مناقصه نامیده می‌شود. این دو مسابقه به‌ظاهر ساده هستند. اما با توجه به حجم بالای قراردادها و معاملات بخش عمومی، حتی فقط ۱۰ درصد بهبود در این دو مسابقه می‌تواند به میزان قابل توجهی در کنترل هزینه‌های دولت نقش داشته باشد.^۱ برای این بهسازی باید توجه داشت که در این زمینه، اولویت‌ها یا ارزش‌های متعددی وجود دارند مانند «کیفیت» محصولات، سرعت و چابکی خرید و دسترسی به محصول، صرفه‌جویی در منابع عمومی (اعم از وجوه یا دیگر منابع بخش عمومی)، حمایت از محصولات داخلی، توسعه منطقه‌ای، رعایت عدالت و انصاف میان داوطلبان (تأمین‌کنندگان)، دسترسی عموم مردم به اطلاعات این معاملات و دیگر ارزش‌ها یا اولویت‌ها. بسیاری از این ارزش‌ها یا اولویت‌ها نیز با یکدیگر اصطکاک یا تعارض^۲ دارند. یک نمونه آن

۱. طبیعی است که این دستاورد بزرگ، پیش‌نیازهایی نیز دارد. این بهبود نیازمند نگرشی دقیق و جامع است. دوره تشکیل قراردادهای بخش عمومی و خرید انواع کالا و خدمات درواقع رفتار در مرز حقوق عمومی و حقوق خصوصی و شامل انواع ارزیابی و اظهارنظر فنی، مهندسی، بازرگانی درباره طیف گسترده‌ای از انواع کالا و خدمات است. هرگونه اظهارنظر و اقدام در این حوزه گسترده باید با در نظر گرفتن این هدف یا غایت باشد که مقرر است محصولات مورد نیاز طی انواعی از عقود تجاری که عوض دیگر آنها «وجوه عمومی» کشور است معامله شوند. درحالی که خود همین عقود تجاری از جهات گوناگون در شاخه‌هایی دسته‌بندی می‌شوند و هر یک نیز اقتضات خود را دارند. دسته‌بندی از حیث اندازه یا نصاب معاملات، تنها یک شکل معروف این دسته‌بندی است. اما دسته‌بندی‌های دیگری هم وجود دارد. برای مثال عقود به اعتبار «حکومت اراده دو طرف عقد» (نخست به «جمعیتی» در برابر «فردی» و دوم «الحاقی» در برابر «با گفتگوی آزاد» و سوم به «مربوط به احوال شخصی» در برابر «مربوط به احوال عینی») یا به اعتبار «موضوع و هدف اقتصادی آنها» (که خود ممکن است تقسیم شود به نخست «معوض» در برابر «معانی» یا دوم «تجاری» در برابر «مدنی» یا سوم مربوط به «کار انسان» در برابر عقد مربوط به «اشیا و حقوق مالی» یا چهارم «قطعی» در برابر «احتمالی» و حتی انواع دیگر از همین حیث) و به اعتبار «ضوابط انعقاد آنها» (نخست به «رضایی» در برابر «تشریفاتی» - و حالت خاص «عقد تشریفاتی» یعنی «عقد عینی») و باز به اعتبار یا از حیث امور دیگر. در تحلیل و نظریه‌سازی برای معاملات عمومی باید به نحوی جامع به انواع این موارد توجه داشت.

2. Trade-off

است که نگرش نظارتی محض سبب اخذ تضمین حتی در معاملات متوسط و کوچک می‌شود و ازسوی دیگر نگرش محض اجرایی توأم با افراط، عملاً مناقصات بزرگ را نیز دورمی‌زند و با تفکیک اقلام واحد یک معامله به «اقلام یا مبلغ اولیه» و «اقلام یا مبلغ نهایی» بخشی از معاملات بزرگ را نیز از مجرای مناقصات متوسط شکل می‌دهد. تعداد زیاد این معاملات و نیز گستردگی جغرافیایی و دستگامی و موضوعی آنها نیز این حوزه را تبدیل به حوزه‌ای برای انواع اظهارنظرها کرده است. متأسفانه روش تصمیم و اظهارنظر در آنها نیز فاقد هرگونه ارزشیابی و سازوکار اصلاحی است. تا جایی که حتی گاهی غلبه نگاه نظارتی محض موانعی ایجاد می‌کند که اساساً در نظر قانونگذار و روش‌های درست خط‌مشی‌گذاری نبوده است. درحالی که هم نیاز غیرقابل اجتناب معاملات دولتی و تداوم فعالیت دولت و هم حجم و گستردگی معاملات دولتی نشان‌دهنده ضرورت حیاتی توجه بیشتر به این حوزه و بهسازی آن است. اقدامات و نظرات این حوزه باید متکی به یک تخصص میان‌رشته‌ای دست‌کم فنی، مالی و حقوقی است. این نگرش و روش تحلیلی باید بیشتر مورد توجه قرارگیرد.

۴. اهمیت و کارکرد دوره تشکیل قراردادهای بخش عمومی

«فرایند برگزاری مناقصه» شکل قانونی، متعارف و عقلانی از «دوره تشکیل قرارداد» است. مناقصات بخش عمومی نخستین محل برخورد خواسته‌های طرفین («بخش عمومی» با «تأمین‌کننده» کالا یا خدمت در آینده) است. به همین دلیل طبیعی است که بسیاری ابهامات، چالش‌ها و مخاطرات «دوره اجرای قرارداد» که در «دوره تدوین قرارداد» به‌درستی شناسایی، روشن، تنظیم یا چاره‌جویی نشده باشد در همین دوره میانی («دوره تشکیل قرارداد») یا در اصطلاح در همین دوره برگزاری مناقصه، نمایان شود.

نخستین پرسش کلیدی در تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری آن است که آیا نمایان شدن این چالش‌های احتمالی آینده (دوره اجرای قرارداد)، رخدادی نامطلوب است و باید از نمایان شدن این چالش‌ها پیش از انعقاد قرارداد جلوگیری کرد؟ یا آیا باید فرصت داد تا کاستی‌های دوره تدوین قرارداد، پیش از دوره اجرای قرارداد هرچه بیشتر روشن و تا حد ممکن در همین دوره تشکیل قرارداد چاره‌جویی شوند؟

افزون بر آنکه شناخت نیاز واقعی خریدار و چند و چون دقیق آن و نیز شناسایی روش‌های بهینه رفع آن نیاز و شناسایی جوانب گوناگون فنی، اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی کالا یا خدمت در گام‌های پیشین (مانند مراحل پیدایش، مطالعات توجیهی، طراحی پایه) مقدمات «دوره تشکیل قرارداد» است و باید هریک با دانش و دقت لازم انجام شود و این دانش و دقت تا پایان «دوره تدوین قرارداد» ادامه یابد، با این حال برای مدیریت و کاهش مخاطرات و دستیابی اقتصادی به اهداف از پیش تعیین‌شده،



«دوره تشکیل قرارداد» نیز دارای جایگاه و کارکرد ویژه‌ای است. ایجاد فرصت یا امکان نمایان شدن، شناسایی و چاره‌جویی برای ابهامات، تناقضات و چالش‌های احتمالی، به‌واقع از فواید یا کارکردهای اساسی و دلایل اصلی «دوره تشکیل قرارداد» و ضرورت وجودی آن است.

آنچه زمینه‌ساز بروز مشکل می‌شود، رفتار نامناسب برخی دستگاه‌های اجرایی در «دوره تدوین قرارداد» یا اقدامات قبلی است. آیا مسئله اصلی «دوره تدوین قرارداد» و حتی دوره‌های قبل از آن در تعریف نیاز و پروژه نیست؟ حتی در دوره عمر قرارداد که خود فقط بخشی از دوره عمر پروژه است، واقعاً قرارداد به‌درستی «طراحی» و سپس «تدوین» می‌شود؟ چقدر «مسئله واقعی خود» را درست شناسایی کرده‌ایم که اکنون راه‌حل آن را نادیده گرفتن اهمیت دوره تشکیل قرارداد دانسته‌ایم؟ درواقع پیش از ورود به دوره تشکیل قرارداد و در دوره تدوین قرارداد برخی ناکارآمدی‌ها وجود دارد که موجب بروز برخی مسائل در قراردادها می‌شود. پرسش‌های ذیل روشن می‌کند که چقدر «مسئله واقعی» درست شناسایی شده است:

۱. با چه انگیزه یا نگرشی به آماده‌سازی قرارداد می‌پردازیم؟ نگرش یا هدف معمول متصدیان اجرایی چیست؟ آیا با هدف **اولاً** محدود ساختن طرف دیگر قرارداد (و کسب بیشترین اختیارات برای خود) و **ثانیاً** جواب دادن به دستگاه نظارتی؟ یا با هدف مدیریت پروژه از طریق مدیریت مخاطرات دوره اجرا و تسهیم بهینه این مخاطرات؟ آیا قرارداد را به‌عنوان ابزار بهینه ساختن کیفیت، هزینه و زمان در اسکوپ یا دامنه پروژه نگاه می‌کنند؟ («چرایی» حلقه کلیدی و مفقوده در دوره تدوین قراردادها نیست؟)
۲. چه کسی قرارداد را آماده می‌کند؟ آیا فقط کارکنان یک طرف قرارداد و آن هم در بخشی از سازمان خود؟^۱ یا با مشارکت و همفکری دیگر واحدها؟

۳. چه زمانی قرارداد - و ضمائم آن - را آماده می‌کنند؟ آیا از هنگام تولد فکر پروژه و با مستندسازی تدریجی؟ یا پس از گذشت بخش عمده‌ای از زمان، به‌صورت شتابزده و بدون تخصیص زمان‌های مؤثر؟^۲
۴. کجا قرارداد را آماده می‌کنند؟ آیا معمولاً در دفتر کار یا پشت میزی دور از میدان (محل ساخت یا تحویل)؟ آیا به‌صورت فردی یا با استفاده از هم‌افزایی و تکنیک‌های هوش جمعی؟^۳

۵. چطور قرارداد را آماده می‌کنند؟ آیا معمولاً فقط از طریق «نوشتن جملات» (یا اصطلاحاً **Wording**) یا با استفاده از روش‌های نوین مانند سناریونویسی، رسم نمودار، روندنما و جداول تسهیم

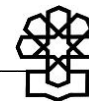
۱. در **قراردادهای همسان** بخشی از قرارداد را که در عرف تخصصی کشور ما «شرایط عمومی» می‌نامند، در سازمان بزرگ‌تر یا فراگیرتر یک طرف - مثل سازمان برنامه و بودجه برای طرح‌های عمرانی یا واحد متولی نظام فنی و اجرایی شهرداری برای پروژه‌های شهری - تدوین می‌شود (البته در مسیر توسعه و بهبود، رفته‌رفته تلاش‌هایی برای حضور بیشتر دیگر ذی‌نفعان و متخصصان در دوره تدوین «شرایط عمومی» نیز صورت گرفته است).
بخش دیگر قرارداد که در عرف تخصصی «شرایط خصوصی» یا به بیان دقیق‌تر «شرایط اختصاصی» می‌نامیم، در همان سازمان مسئول اجرا یا مجری پروژه تدوین می‌شود.
۲. در **قراردادهای همسان** این چالش به‌صورت چشمگیری در تدوین «شرایط خصوصی» و به‌ویژه پیوست‌ها و مشخصات فنی و اجرایی پروژه باید بررسی شود.
۳. درحالی‌که بخش مرکزی یا قلب استاندارد مدیریت پروژه‌ای مانند PMBOK درواقع **مهارت‌ها** و انواع فنون **هوش جمعی** و کارگروهی است.

مخاطرات؟ چقدر این روش‌های نوین را استفاده می‌کنیم؟ اساساً متصدیان اجرایی چقدر به اثربخشی و کارایی این روش‌ها و فنون باور دارند؟

۶. در نهایت چه چیز نوشته و آماده می‌شود؟ آیا مجموعه‌ای از جملات که خطاها و ابهام‌های گذشته را تکرار می‌کند؟ یا متونی با بهسازی پیاپی و ویرایش‌های بهبود یافته؟ آیا واقعاً بخش مهمی از مسائل به دوره اجرا احاله نمی‌شود؟ آیا واقعاً با این تصور رایج که چالش‌ها حتماً با ۲۵ درصد اختیار کارفرمایی حل خواهد شد، چالش‌ها در دوره تدوین نادیده گرفته نمی‌شود؟

شتاب برای به اجرا بردن تصمیمات و قراردادهایی ضعیف، خسارات بسیار بیشتری خواهد داشت. دوره تشکیل قرارداد با نگاهی کلان‌نگر، بلندمدت و عمیق به آن، به‌واقع فرصت یا ابزار مدیریت مخاطرات و چالش‌های پرهزینه دوره اجرای قرارداد است؛ اما در نگاه جزءنگر، کوتاه‌مدت و سطحی این‌طور به نظر می‌رسد که نفس به‌وجود آمدن این چالش‌ها به‌علت فرایند برگزاری مناقصه است و با کوتاه کردن فرایند برگزاری مناقصه و جلوگیری از نمایان شدن این مخاطرات و چالش‌ها می‌توان مسئله را حل کرد. درحالی که پرهیز از نمایان شدن این مخاطرات و چالش‌ها پیش از دوره اجرا، فقط پاک کردن صورت مسئله و انتقال مسئله از دوره کم‌هزینه پیش از انعقاد (دوره تشکیل) به دوره پرهزینه پس از انعقاد (دوره اجرا) است. واقعیت این است که فرایند برگزاری مناقصه مهم‌ترین و کم‌هزینه‌ترین فرصتی است که چالش‌های آینده را نمایان کرده و بستر مناسبی را برای چاره‌جویی و رفع آنها فراهم می‌سازد؛ به‌ویژه آنکه قانون برگزاری مناقصات ایران دارای فرایندی است رقابتی، نسبتاً شفاف و پیش‌بینی‌پذیر که سنجه نهایی رقابت را محدود به قیمت نکرده و مفهوم مناقصه را توسعه داده است. از این رو «دوره تشکیل قرارداد» بهترین و مناسب‌ترین محل تأمل، بررسی انتقادی، سنجش، بازنگری و چاره‌جویی مخاطرات و مسائل قراردادی در بستر یا فرصتی کم‌هزینه است.^۱

۱. به‌ویژه برای «شرایط خصوصی» یا «شرایط اختصاصی» در قراردادهای همسان و نیز همه مشخصات فنی اعم از مشخصات خصوصی (یا اختصاصی) و نیز مشخصات عمومی و مباحث و محاسبات مربوطه. درحالی که معیارها و روش‌های ارزیابی پیشنهاد و مناقصه‌گر نیز همچنان قابل مباحثه و اصلاح احتمالی هست. اصلاحی که می‌تواند به برگزیدن طرف بهتری برای قرارداد کمک کند.



۵. بررسی چند نمونه برخورد با «دوره تشکیل قرارداد» در قانون برگزاری مناقصات

آنچه بیان شد، بیانگر اهمیت «دوره تشکیل قرارداد» از نظر کلی یا مفهومی است. درحالی که شاید کسانی از نظر کلی و مفهومی، به اهمیت «دوره تشکیل قرارداد» یا «فرایند برگزاری مناقصه» واقف باشند اما گمان کنند که «قانون برگزاری مناقصات» که در آن بستر حقوقی دوره تشکیل قرارداد تبیین شده از کفایت لازم برخوردار نیست. در این بخش برخی از نقدهای مطرح شده، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. نمونه نخست: چقدر از تطویل قرارداد یا پروژه ناشی از «قانون برگزاری مناقصات» است؟

بعضاً مطرح می‌شود که قانون برگزاری مناقصات دارای فرایندی طولانی است. این درحالی است که «قانون برگزاری مناقصات» برای تمام زمان‌ها یا مهلت‌های مقرر، صرفاً سقف زمانی در نظر گرفته است. درواقع زمان‌های مقرر در این قانون، قیدهایی برای کنترل حداکثر بازه‌های زمانی و به‌نوعی قیودی برای کوتاه کردن زمان فرایند برگزاری مناقصه^۱ هستند و نه تطویل آن. برای مثال:

- **حداکثر بازه زمانی کمیته فنی بازرگانی دستگاه مناقصه‌گزار برای رسیدگی به آنالیز قیمت (بند «ب» ماده (۲۰) قانون)^۲ به دو هفته، محدود شده است.**

- **حداکثر بازه زمانی بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار برای پاسخ‌دهی به اعتراضات مناقصه‌گران (بند «ب» ماده (۲۵) قانون)^۳ به پانزده روز کاری، محدود شده است.**

- **حداکثر بازه زمانی مناقصه‌گران برای ارسال شکایت به هیئت رسیدگی به شکایات (تبصره «۱» ماده (۸) قانون)^۴ به یک ماه، محدود شده است.**

تنها بازه زمانی که در قانون برگزاری مناقصات به‌صورت «حداقل زمان» درج و الزام شده است، بازه زمانی مناقصه‌گران برای خواندن «اسناد مناقصه» و «قرارداد» مناقصه و سپس پیش‌بینی و اعلام «کمترین قیمت قابل اجرا» به مناقصه‌گزار (خریدار) است.^۵ یعنی تنها موردی که قانون برگزاری

۱. یا «مدیریت زمان مناقصه».

۲. «ب» پس از گشودن پاکت‌های قیمت، چنانچه بررسی قیمت‌ها و تجزیه و کنترل مابقی آن لازم باشد، کمیسیون مناقصه می‌تواند بررسی آن را به کمیته فنی بازرگانی ارجاع نماید و کمیته فنی بازرگانی حداکثر ظرف دو هفته نتیجه ارزیابی را به کمیسیون مناقصه اعلام می‌کند» [ب/۲۰/قیم].

۳. «دستگاه مناقصه‌گزار مکلف است در مهلت پانزده روز کاری از تاریخ دریافت شکایت، رسیدگی‌های لازم را به عمل آورده و در صورت وارد دانستن اعتراض، مطابق مقررات مربوط اقدام نماید و در صورتی که شکایت را وارد تشخیص ندهند، ظرف مهلت تعیین‌شده جوابیه لازم را به شاکی اعلام کند» [ب/۲۵/قیم].

۴. «تبصره «۱»- موارد زیر مشمول رسیدگی از سوی هیئت رسیدگی به شکایات نیست:

۱. معیارها و روش‌های ارزیابی پیشنهادها.

۲. ترجیح پیشنهاددهندگان داخلی.

۳. اعتراضاتی که یک ماه پس از اعتبار پیشنهادها ارسال شده باشد.

۴. شکایت برندگان مناقصات پس از انعقاد قرارداد» [تب/۸/قیم].

۵. این بازه زمانی در بند «ب» ماده (۱۵) قانون مقید شده است به دست‌کم ۱۰ روز - البته نه «ده روزکاری» و بلکه ۱۰ روز تقویمی - از آخرین روز توزیع اسناد مناقصه. متن بند قانونی نامبرده به شرح زیر است: «ب) مهلت قبول پیشنهادها در مورد مناقصات داخلی و بین‌المللی از آخرین مهلت تحویل اسناد مناقصه به ترتیب نباید کمتر از ده روز و یک ماه باشد» [ب/۱۵/قیم].

مناقصات اجازه نداده است زمان کوتاه شود، جایی است که حکم کرده است مناقصه‌گران باید ۱۰ روز - برابر حدود ۷ روز کاری - فرصت داشته باشند برای:

الف) مطالعه و بررسی اسناد مناقصه و قرارداد و ضمایم آن و نیز جزئیات، برنامه زمانی یا نقشه‌های مورد نظر خریدار (دستگاه مناقصه‌گزار)،

ب) دقت در اسناد مناقصه به منظور فهم دقیق انتظارات خریدار و در صورت برخورد با هر گونه ابهام در اسناد یادشده، امکان پرسش یا درخواست توضیح از خریدار (دستگاه مناقصه‌گزار)،

ج) در برابر پرسش‌های بند قبل، اقدام خریدار (مناقصه‌گزار) برای پاسخ یا توضیح به تأمین‌کنندگان به منظور رفع ابهام و کاهش مخاطرات دوره اجرا،

د) همچنین اصلاح یا تکمیل اسناد مناقصه به دست خریدار (مناقصه‌گزار) و شاید بررسی و تصمیم‌گیری خریدار درباره لزوم تغییرات زیاد در اسناد مناقصه یا کفایت همان صورت‌جلسات و نامه‌های توضیحی یا تکمیلی ارسال شده به مناقصه‌گران (فروشنندگان کالا یا خدمت)،

ه) پس از اصلاحات نهایی که مناقصه‌گزار اعلام می‌کند، اقدام مناقصه‌گران به بررسی آخرین تحولات و شرایط بازار و قیمت‌های روز و حتی پیش‌بینی محتمل‌ترین تحولات آتی قیمت و دیگر شرایط بازار،

و) سپس در نظر گرفتن هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم محصول (کالا یا خدمت) و محاسبه محتمل‌ترین قیمت تمام‌شده تأمین محصولی طبق مشخصات و زمان درخواستی خریدار،

ز) سپس تصمیم‌گیری اقتصادی و مدیریتی برای پیشنهاد کمترین قیمت دارای توجیه عملیاتی یا اجرایی و نیز توجیه اقتصادی یا مالی،

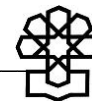
ح) سرانجام تنظیم اسناد و پیشنهاد مناقصه‌گران به نحو مورد نظر خریدار (مناقصه‌گزار) و امضا و لاک و مهر کردن اسناد مناقصه و پیشنهاد خود و تسلیم آن به مناقصه‌گزار.

همچنین همه این اقدامات جدا از اقدامات مناقصه‌گران برای تهیه تضمین شرکت در مناقصه - طبق نظر مناقصه‌گزار در اسناد مناقصه - است. البته پیش‌تر گفته شد رعایت اصل توازن مناقصات حکم می‌کند که مجموعه این اقدامات یادشده برای قراردادهای ساده‌تر به شکلی ساده‌تر و برای قراردادهای بزرگ‌تر و پیچیده‌تر با ترتیباتی گسترده‌تر و پیچیده‌تر انجام شود.

اما نکته کلیدی در فهم درست یا واقعی این مسئله که «قانون برگزاری مناقصات چقدر به زمان تشکیل قراردادها می‌افزاید؟» آن است که توجه کنیم: «قانون برگزاری مناقصات» تنها و تنها در یک مورد حداقل زمان تعیین کرده است؛ جایی که به منظور اجرای درست همه این اقدامات ضروری و حیاتی پروژه یا معامله، دست کم ۷ روز کاری مهلت به تأمین‌کنندگان^۱ داخلی کشور داده شود.

پس پرسش‌های اصلی عبارتند از:

۱. «تأمین‌کنندگان» در اینجا اعم از تأمین‌کنندگان انواع خدمات یا کالاهاست.



آیا انجام درست و دقیق این اقدامات، در واقع پیشگیری و کاهش مخاطرات و خطاهای دوره اجرای قرارداد و کاهش اختلافات و اشتباهات اجرایی نیست؟

آیا تعیین حداقلی - به اندازه حدود ۷ روز کاری - برای انجام همه این فعالیت‌های ضروری و حیاتی، تطویل خریدها یا پروژه‌های کشور است؟ تجربه و عرف اداری کشور ما ثابت کرده است که حتی همین حداقل مندرج در قانون، یعنی حدود ۷ روز کاری یا ۱۰ روز تقویمی کنونی نیز به هیچ وجه برای انجام صحیح و دقیق این اقدامات کلیدی و ضروری مدیریت مخاطرات کافی نیست و زمان بیشتری مورد نیاز است. اما به بهانه همین ۷ روز مهلت قانونی برای مطالعه و مدیریت مخاطرات، هرگونه افت کیفیت، گرانی یا تأخیر را به قانون برگزاری مناقصات منتسب می‌کنند. در حالی که انحراف از کیفیت، قیمت یا زمان مطلوب، در واقع ناشی از آسان‌گیری، سهل‌انگاری، ضعف مدیریت و استفاده غیرمؤثر زمان در گام‌های قبلی است و چاره این نقایص رفتاری، کنار گذاشتن قانون نیست.

۲-۵. نمونه دوم: بررسی رابطه «قانون برگزاری مناقصات» با جهش یا بی‌ثباتی قیمت‌ها چیست؟ مخالفت رایج دیگری که با قانون برگزاری مناقصات و برای کنار گذاشتن این روش شفاف و رقابتی دوره تشکیل قرارداد، بیان می‌شود آن است که گاه مطرح می‌شود «این قانون با شرایط بی‌ثباتی قیمت‌ها ناسازگار است و در شرایطی که قیمت‌ها به صورت روزانه تغییر می‌کند، نمی‌توان مناقصه برگزار کرد. در حالی که تغییرات سریع قیمت فقط از زمان تسلیم پیشنهاد مناقصه‌گران می‌تواند فرایند تصمیم‌گیری را دچار اختلال کند؛ یعنی قیمت پیشنهادی مناقصه‌گران به دلیل نوسانات قیمتی بازار، بی‌اعتبار شود. در این باره باید توجه داشت که در قانون، برای بازه زمانی میان «آخرین زمان تسلیم پیشنهاد مناقصه‌گران» تا «زمان گشایش پیشنهادها در کمیسیون (بررسی پیشنهادها و اعلام برنده)» هیچ قید محدودکننده زمانی مقرر نشده است و به دارا از کشیدن این اقدامات فقط به چابکی و آمادگی مناقصه‌گزار و تا حدی نیز مناقصه‌گر (در ارائه تضمین انجام تعهدات و تضمین پیش پرداخت) برمی‌گردد. برای مثال می‌توان گفت اگر دستگاه مناقصه‌گزار تا ساعت ۱۱ روز فرضی از مناقصه‌گران پیشنهاد دریافت می‌کند، در ساعت ۱۲ همان روز پیشنهادها را بگشاید و اگر می‌تواند تا ساعت ۱۳ برنده را تعیین و فی‌المجلس یا تا ساعت ۱۴ همان روز قرارداد را منعقد کند. برای این زمانبندی یا ساعات فرضی که بیان شد، در قانون برگزاری مناقصات مانعی اعلام نشده است. بنابراین اگر این زمانبندی یا ساعات فرضی، از نظر کسی واقعاً قابل اجرا و دستیابی است، منع قانونی برای آن وجود ندارد. اما اگر این زمانبندی و ساعات فرضی غیرقابل اجرا و دستیابی به نظر می‌رسد، علت اجرایی نبودن آن در واقع عادات و روال‌های مرسوم اداری و دیگر واقعیات اجرایی کشور است. در واقع این موضوع به قیود مندرج در قانون برگزاری مناقصات ربط ندارد. مثلاً کافی نبودن زمان برای تهیه و تسلیم تضمین انجام تعهدات، منبث از دیگر

قوانین، واقعیات و تشخیص‌های عقلانی است و قانون‌برگزاری مناقصات آن را تأسیس نکرده است. لذا برهم زدن قانونی که علت ایرادهای مطروحه نیست، علی‌رغم تحمیل هزینه تغییر، ایرادهای مورد ادعا را رفع نخواهد کرد.

۳-۵. نمونه سوم: آیا «قانون برگزاری مناقصات» گواهی پیمانکاری را برای سرمایه‌گذار الزام کرده است؟

یکی از مواردی که به منظور خارج ساختن تشکیل قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی از دامنه شمول «قانون برگزاری مناقصات» مطرح می‌شود، آن است که این «قانون» داشتن «گواهی صلاحیت پیمانکاری» را برای طرف خصوصی اجباری کرده است درحالی که شاید «سرمایه‌گذار قرارداد مشارکت» «گواهی صلاحیت پیمانکاری» نداشته باشد. گاهی اوقات از همین استدلال برای عدم رعایت «قانون برگزاری مناقصات» و حتی همه قوانین مالی و معاملاتی کشور استفاده می‌شود. گفتنی است این نگاه (که پیامدهای عدیده‌ای به دنبال خواهد داشت) در متن اولیه لایحه «مشارکت عمومی و خصوصی» و نیز در «گزارش کمیسیون عمران دوره دهم به صحن مجلس» بروز کرده بود.

در رابطه به نکته فوق باید توجه داشت که:

اولاً «قانون برگزاری مناقصات» «ارزیابی کیفی مناقصه‌گران» را ذاتی و الزامی تمامی مناقصات برنشمرده است.^۱ به عبارت بهتر «الزام» قانونی برای این ارزیابی وجود ندارد. گفتنی است برخی معتقدند که این الزام از آیین‌نامه‌های اجرایی قانون (که در دولت تهیه شده است) برداشت می‌شود که در این صورت اصلاح آیین‌نامه‌های اجرایی مصوب دولت مورد نیاز است و نه کنار گذاشتن قانون مصوب مجلس. **ثانیاً** در مواردی هم که دستگاه بخش عمومی بخواهد «ارزیابی کیفی مناقصه‌گران» یعنی ارزیابی توان داوطلبان معامله را انجام دهد، «قانون برگزاری مناقصات» هیچ قید یا الزامی به «اخذ گواهی صلاحیت پیمانکاری» نکرده است. یعنی سواى اینکه طبق «قانون برگزاری مناقصات» اصل «ارزیابی کیفی مناقصه‌گران» بسته به تشخیص «لزوم» این ارزیابی است، درخواست «پروانه کار یا گواهینامه‌های صلاحیت» نیز به صورت جداگانه، بسته به «لزوم» اعلام شده است.^۲ **ثالثاً** «قانون برگزاری مناقصات» اساساً حتی همین «پروانه کار

۱. طبق بند «د» ماده (۹) «قانون برگزاری مناقصات»، ارزیابی کیفی منوط شده است به «لزوم» آن: «ماده (۹) - فرایند برگزاری مناقصات

فرایند برگزاری مناقصات به ترتیب شامل مراحل زیر است:

الف) تأمین منابع مالی.

ب) تعیین نوع مناقصه در معاملات بزرگ (یک مرحله‌ای یا دو مرحله‌ای، عمومی یا محدود)

ج) تهیه اسناد مناقصه.

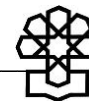
د) ارزیابی کیفی مناقصه‌گران در صورت لزوم.

ه) فراخوان مناقصه.

و) ارزیابی پیشنهادها.

ز) تعیین برنده مناقصه و انعقاد قرارداد» [۹/قیم].

۲. «الف» در ارزیابی کیفی مناقصه‌گران، باید موارد زیر لحاظ شود:



یا گواهینامه‌های صلاحیت» را منحصر و محدود به «تشخیص صلاحیت پیمانکاری سازمان برنامه و بودجه» نکرده است و به صورت فراگیر - و در عین حال فقط «در صورت لزوم» - نوشته است «داشتن پروانه کار یا گواهینامه‌های صلاحیت، در صورت لزوم». اما بعضاً با استناد به آیین‌نامه‌های اجرایی قانون (که در دولت تهیه شده است) این تلقی مطرح می‌گردد که قانون برگزاری مناقصات داشتن گواهینامه صلاحیت پیمانکاری سازمان را الزام کرده است. در حالی که حتی در آیین‌نامه اجرایی مصوب دولت نیز تشخیص صلاحیت سازمان برنامه و بودجه جزء معیارهای عمومی نیامده است^۱ بلکه فقط در ماده (۲۲) آیین‌نامه اجرایی ماده (۱۲) قانون (آیین‌نامه اجرایی مصوب دولت) نام «گواهینامه» مطرح شده است؛ آن هم فقط «گواهینامه صلاحیت معتبر»^۲ و نه بیشتر.^۳ در واقع حتی اگر مخالفان تداوم و توسعه «قانون برگزاری مناقصات» استناد درستی به آیین‌نامه اجرایی قانون داشته باشند، باز هم این مخالفت نیازمند اصلاح آیین‌نامه‌های اجرایی مصوب دولت خواهد بود و نه کنار گذاشتن قانون.

۱. تضمین کیفیت خدمات و محصولات،
۲. داشتن تجربه و دانش در زمینه مورد نظر،
۳. حسن سابقه،
۴. داشتن پروانه کار یا گواهینامه‌های صلاحیت، در صورت لزوم،
۵. توان مالی منقاصی برای انجام کار در صورت لزوم» [الف/۱۲/قیم].

۱. «ماده (۱۶) - معیارهای ارزیابی پیمانکاران

الف) معیارهای عمومی ارزیابی کیفی مناقصه‌گران در کارهای پیمانکاری حداقل به شرح زیر است:

۱. تجربه (سابقه اجرایی) و دانش در زمینه مورد نظر،
۲. حسن سابقه در کارهای قبلی،
۳. توان مالی.

ب) در کارهای پیمانکاری که برآورد آنها بیش از بیست برابر نصاب معاملات متوسط باشد، علاوه بر معیارهای مذکور در بند «الف»، باید حداقل معیارهای زیر نیز لحاظ شود:

۱. توان تجهیزاتی،
۲. توان فنی و برنامه‌ریزی.

پ) در کارهای پیمانکاری «طرح و ساخت» و پیمانکاری «بهره‌برداری» علاوه بر معیارهای بندهای «الف» و «ب» این ماده، برای ارزیابی کیفی مناقصه‌گران، باید حداقل معیارهای زیر نیز لحاظ شود:

۱. دانش فنی در زمینه مطالعه و طراحی،
۲. تجربه در زمینه تأمین کالا،
۳. توان مدیریتی.

تبصره «۱» - ارزیابی دانش فنی در زمینه مطالعه و طراحی طبق معیارهای ارزیابی کیفی مشاوران (موضوع آیین‌نامه اجرایی بند «ه» ماده (۲۹) قانون تعیین می‌شود.

تبصره «۲» - ارزیابی تجربه پیمانکار یا پیمانکاران فرعی وی در زمینه تأمین کالا براساس معیارها و ضوابط مذکور در فصل چهارم این آیین‌نامه تعیین می‌شود.

ت) در پیمانکاری عمومی، علاوه بر معیارهای مذکور در بندهای «الف» تا «پ» این ماده، مبلغ یا درصد مشارکت مالی نیز می‌تواند مد نظر قرار گیرد.

ث) گروه‌های مشارکت پیمانکاری در تمام مناقصات با هر مبلغ، باید کارکنان کلیدی و سازمان اجرایی خود را معرفی کنند و چنانچه سازمان اجرایی پیمانکار کامل نباشد یا تعهدات طرف‌های مشارکت با شرایط اجرایی کار سازگار نباشد، پیمانکار یاد شده از فهرست کوتاه حذف می‌شود.

ج) امتیازات پیمانکاران فرعی در ارزیابی کیفی پیمانکار اصلی لحاظ می‌شود» [الف/۱۲/قیم].

۲. «ماده (۲۲) - گواهینامه صلاحیت پیمانکاری

الف) در مناقصات پیمانکاری داخلی، مناقصه‌گران باید گواهینامه صلاحیت معتبر داشته باشند.

ب) مناقصه‌گذار در مناقصات پیمانکاری بین‌المللی، برای مناقصه‌گران داخلی گواهینامه صلاحیت معتبر و برای مناقصه‌گران خارجی همکار پیمانکار داخلی، باید حسب مورد، گواهی‌های صادرشده توسط اتاق بازرگانی کشور متبوع، مستندهای ثبتی، اسناد بیمه و عملکرد مالی، مجوزهای قانونی خاص و سوابق کار از کارفرمایان قبلی را درخواست کند.

تبصره - مناقصه‌گران خارجی برای ارزیابی کیفی، باید حداقل دو سال سابقه کار یا یک کار مشابه و مرتبط با موضوع مناقصه را انجام داده باشند» [الف/۱۲/قیم].

۲. آیین‌نامه در اینجا اصلاً مقرر نکرده است: رتبه یا گواهی تشخیص صلاحیت پیمانکاری احداث سازمان برنامه و بودجه؛ بلکه چون اغلب کارها پیمانکاری احداث بوده است پس به استناد قوانین و مقررات حوزه پیمانکاری احداث، «گواهینامه صلاحیت معتبر» را رتبه سازمان برنامه محسوب می‌کرده‌اند.

۴-۵. بررسی میزان دقت و توجه به بسترهای ملی (مثل «قانون برگزاری مناقصات») در لایحه

مشارکت عمومی و خصوصی

یکی از خطاهایی که در حال حاضر در فرایند تهیه لایحه مشارکت عمومی خصوصی بروز پیدا کرده، استفاده از واژه «فراخوان» به‌عنوان جایگزین کل فرایند مسابقه مورد نظر برای ارجاع کار است. به‌عبارت بهتر یکی از گام‌های دوره تشکیل قرارداد به‌عنوان جایگزین کل دوره تشکیل قرارداد در نظر گرفته شده است که طبیعتاً این اشتباه خطیر می‌تواند به کلی نظم حاکم بر فرایند معاملات و قراردادهای دولتی را دچار آشفتگی کند.

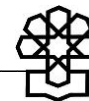
گفتنی است در فرایند واگذاری طرح‌های عمرانی و در تشکیل قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی نیز تمامی گام‌ها و ملاحظات مطرح شده در دوره تشکیل قرارداد مورد نیاز است (این گام‌ها و ملاحظات به تفصیل در بخش‌های ۵ و ۶ گزارش مطرح شد).

جمع‌بندی

«دوره تشکیل قرارداد» بهترین و مناسب‌ترین محل تأمل، بررسی انتقادی، سنجش، بازنگری و چاره‌جویی مخاطرات و مسائل قراردادی در بستر یا فرصتی کم‌هزینه است. این دوره هم در معاملات عادی دولت وجود دارد و هم در قراردادهای موضوع مشارکت عمومی خصوصی در اجرای پروژه‌های زیرساختی می‌تواند نقش‌آفرینی کند.

«فرایند برگزاری مناقصه» شکل قانونی، متعارف و عقلانی از «دوره تشکیل قرارداد» است. قانون برگزاری مناقصات ایران که در آن بستر حقوقی دوره تشکیل قرارداد تبیین شده، دارای فرایندی رقابتی، نسبتاً شفاف و پیش‌بینی‌پذیر است که سنجه نهایی رقابت را محدود به قیمت نکرده و مفهوم مناقصه را توسعه داده است. این ظرفیت حقوقی و نهادی کشور می‌تواند پاسخگوی نیاز تبیین حقوقی دوره تشکیل قرارداد در حوزه‌های مختلف از جمله حوزه قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی باشد. درحالی که شاید کسانی از نظر کلی و مفهومی، به اهمیت «دوره تشکیل قرارداد» یا «فرایند برگزاری مناقصه» واقف باشند گمان کنند که «قانون برگزاری مناقصات» از کفایت لازم برخوردار نیست. این نگاه نشئت گرفته از موارد زیر است:

- بخش‌های چشمگیری از ایرادهای مطرح شده درباره قانون مناقصات، ناشی از بی‌توجهی به «رویکرد عقلانی و راهبردی» (شناسایی مخاطرات یا اختلافات احتمالی آینده و مدیریت پیشگیرانه آن) است. درواقع ضعف اجرایی و آماده‌نساختن اطلاعات و دیگر پیش‌نیازهای قراردادی در دوره پیش از مناقصه، سبب افزایش چالش‌های دوره مناقصات می‌شود. درواقع کاستی‌های موجود در گام‌های پیشین



و در دوره مناقصات، نمایان می‌شود و نه ایجاد.

• بخش عمده دیگری از ایرادها ناشی از عدم مطالعه دقیق متن قانون مصوب مجلس و ایرادگیری‌های متکی به شنیده‌هاست.

• بسیاری از مخالفت‌ها با «قانون برگزاری مناقصات»، در واقع ناشی از نقایص مقرراتی آیین‌نامه‌های اجرایی دولت است که باید آنها را از نقایص خود قانون مصوب مجلس (قانون برگزاری مناقصات) تفکیک نمود. طبیعتاً این نقایص نیازی به تغییر قانون ندارد و صرفاً با بهبود آیین‌نامه‌های اجرایی رفع می‌شوند. بخش چشمگیری از مخالفت‌ها نیز نه متکی به مندرجات متن قانون، بلکه ناشی از تصورات یا تفسیرهای ناقص و نادرست اشخاص از مواد قانون است.

• روش مشارکت عمومی و خصوصی نیز اگرچه تفاوت‌هایی با دیگر قراردادهای بخش عمومی دارد، اما بی‌گمان شباهت این قراردادها با دیگر قراردادهای نظام فنی و اجرایی نه تنها کمتر از تفاوت‌هایش نیست، بلکه در دوره تشکیل قرارداد یا ارجاع کار شباهت‌ها بسیار بیشتر از تفاوت‌هاست.

با توجه به توضیحات ارائه شده به‌نظر می‌رسد بهره‌گیری از قانون برگزاری مناقصات موجود برای تبیین حقوقی دوره تشکیل قرارداد و انجام تغییرات سنجیده و در حد نیاز می‌تواند از تخریب‌هایی با نتایج غیرقابل‌پیش‌بینی، جلوگیری کند. در غیر این صورت آنچه امروز راه‌حل معرفی می‌شود بخشی از مشکلات فردا خواهد شد.



مرکز پژوهش‌ها
مجلس شورای اسلامی

شماره مسلسل: ۱۷۳۰۵

شناسنامه گزارش

عنوان گزارش: جایگاه و کارکردهای «دوره تشکیل قرارداد» در بخش عمومی (نگاهی به «قانون برگزاری مناقصات» و قراردادهای «مشارکت عمومی و خصوصی»)

نام دفتر: مطالعات مالیه عمومی و توسعه مدیریت (گروه بودجه)

تهیه و تدوین: شهرام حلاج

ناظران علمی: داریوش ابوحمز، محمدحسین معماریان

اظهار نظر کنندگان خارج از مرکز: نادر ابوالقاسمی، ابراهیم اسماعیلی هریسی، آرش امام‌بخش، سیدامیر امام‌جمعه‌زاده، امید امیری، رضا ایکانی، مهدی حیدرنژاد، عباس شفیعی، جمشید عزیزی، باقر عین‌الله‌زاده، حمیدرضا قاسمی، علیرضا قدیمی، سیدمرتضی کریمی، رضا نورالهی، فرهاد یآوری‌نیا

واژه‌های کلیدی: —



تاریخ انتشار: ۱۳۹۹/۹/۱۹