

ایجاب در معاملات دولتی

ایمان دهقانی دهج*، حمیدرضا صالحی*، معصومه اکبرزاده*

(تاریخ پذیرش ۱۳۹۴/۷/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۲/۲۷)

چکیده

دولت در راستای خدمت‌رسانی و انجام وظایف خود ناگزیر از انعقاد قرارداد است؛ در این قراردادها نیز مانند هر قرارداد دیگری وجود شرایط عمومی صحت قراردادها ضرورت دارد. علاوه بر آن، ماده‌ی ۷۹ قانون محاسبات عمومی رعایت تشریفات مناقصه و مزایده را در قراردادهای دولتی لازم دانسته است. از زمان شروع این تشریفات تا امضای قرارداد، سه مرحله طی می‌شود: انتشار آگهی مزایده و مناقصه، پیشنهاد قیمت از جانب مناقصه‌گران و مزایده‌گران و در نهایت امضای قرارداد. تعدد این مراحل موجب شده در پاسخ به این سؤال که ایجاب کدام استو با قبول کدام یک از این مراحل قرارداد منعقد می‌شود؟ بین حقوق‌دانان اختلاف نظر به وجود آید که همین امر تشخیص زمان انعقاد این گونه عقود را دشوار می‌نماید. از این رو، برای رفع این اختلاف، با توجه به آثاری که بر زمان انعقاد قرارداد مترتب است، تعیین ایجاب در معاملات دولتی ضروری است. در این مقاله پس از تعریف ایجاب و بیان خصائص آن، به بررسی ایجاب در معاملات دولتی پرداخته شده است. با تدقیق در مراحل فوق‌الذکر و هم‌چنین با توجه به سابقه‌ی فقهی ایجاب و وفق قوانین مربوطه به نظر می‌رسد برخلاف آن‌چه برخی بیان کرده‌اند، امضای قرارداد دولتی ایجاب آن محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: ایجاب، شرایط تحقق ایجاب، آگهی مزایده و مناقصه، پیشنهاد قیمت،

dehghani650@yahoo.com

*دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه قم.

Salehi_hamid1202@yahoo.com

**مربی حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور تهران

***کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شاهد تهران (نویسنده مسئول)

Akbarzadehmasoume89@yahoo.com



مقدمه

دولت برای انجام خدمات عمومی و رفع حوائج خود نیازمند انعقاد قرارداد با اشخاص دیگر (اعم از حقیقی و حقوقی) است. در این قراردادها نیز مانند سایر قراردادها رعایت شرایط صحت عمومی معاملات (مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی) ضرورت دارد. علاوه بر این شرایط، ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ شرط دیگری را برای انعقاد معاملات دولتی مقرر کرده و آن، انجام این معاملات از طریق مناقصه و مزایده است که ضوابط آن در قانون مذکور، قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، آیین نامه‌ی معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹ و سایر مقرراتی که برای دستگاه‌های دولتی تابع مقررات خاص وضع شده مقرر شده است. سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که از یک طرف با توجه به قواعد عمومی قراردادها و از طرف دیگر شرایطی که در مقررات مخصوص معاملات دولتی مقرر شده است، زمان ایجاب این قراردادها و به تبع آن زمان انعقاد قرارداد چگونه خواهد بود؟ شایان ذکر است که از یک طرف با توجه به حجم وسیع معاملات دولتی در کشور و از طرف دیگر حفظ حقوق طرفین قراردادی، تعیین دقیق ایجاب و زمان انعقاد قرارداد بسیار حائز اهمیت خواهد بود. از منظر سابقه‌ی بحث باید توجه داشت که این موضوع در بین حقوق دانان به انحاء مختلفی بیان شده است. برخی از نویسندگان، فراخوان به مزایده را ایجاب و پیشنهاد قیمت را قبول و زمان تعیین برنده را زمان انعقاد عقد می‌دانند، برخی دیگر بدون این که وارد بحث تفکیک ایجاب از قبول شوند موافقت اداره را برای انعقاد قرارداد لازم دانسته‌اند و زمان اعلام آن را زمان تشکیل قرارداد می‌دانند. ^۱ دیدگاهی دیگر، پیشنهاد قیمت را ایجاب و اعلام برنده را قبول می‌داند. ^۲ بعضی نیز زمان امضای قرارداد را به زمان انعقاد قرارداد تعبیر کرده‌اند. ^۳ به نظر می‌رسد عمده‌ترین علت تشتت آراء، اختلاف در تعیین ایجاب است. بنابراین، در این نوشتار، ابتدا کلیاتی در مورد تعریف و شرایط ایجاب با امعان نظر به منابع فقهی و قوانین و مقررات موجود صورت می‌گیرد. پس از آن، با بررسی مراحل مناقصه و مزایده و تطبیق شرایط ایجاب با مراحل مذکور، نهایتاً به

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۲۸۷ و علوی، ابوزر، طاهری فرد، محمد رضا، مزایده، (تهران، نگاه بینه، ۱۳۸۹)، ص ۱۹.
 ۲. طباطبایی موثمنی، منوچهر، حقوق اداری، (تهران، سمت، ۱۳۸۴)، ص ۳۴۳.
 ۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، شرح و تفسیر قانون برگزاری مناقصات، (تهران، دادگستر، ۱۳۸۷)، ص ۱۲۴.
 ۴. عیدی زاده، محمد حسین، شرحی بر قانون برگزاری مناقصات، (تهران، خرسندی، ۱۳۸۷)، ص ۹۳.



تعیین ایجاب در معاملات دولتی پرداخته می‌شود.

۱- تعریف ایجاب^۱

قراردادها از تلاقی حداقل دو اراده به وجود می‌آیند. از آنجا که فعالیت اراده در انشای عقد، یک حرکت روانی و درونی است و تحقق آن ذاتاً همراه بروز خارجی نیست، لذا در صورتی که فعالیت اراده‌ی یکی از دو طرف به وسیله‌ای ابراز نشود، آگاهی بر آن برای طرف دیگر به منظور انجام همکاری و نیز اثبات آن، عادتاً ممکن نخواهد بود. لذا اعلام اراده‌ی انشایی و اظهار آن در خارج شرط تأثیر اراده و خلاقیت آن می‌باشد.^۲ در همین راستا ماده‌ی ۱۹۱ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». با مطالعه‌ی نحوه‌ی تنظیم عبارات ماده‌ی مذکور، روشن می‌شود که سازنده‌ی عقد، اراده‌ی انشایی است نه اعلام اراده، منتها این اراده به طور مطلق، سازنده‌ی عقد نیست و برای تشکیل عقد، صرف قصد انشای آن در درون و ظرف ذهن مؤثر نیست، بلکه برای خلاقیت اراده، تقارن آن با وسیله‌ای که آنرا نشان دهد لازم است.^۳ برخلاف آنچه در علم حقوق و قواعد عمومی قراردادها به طور مفصل مورد بحث قرار می‌گیرد در فقه امامیه تعریف خاصی از ایجاب و قبول نیامده است، لیکن فقها به اتفاق آراء، ایجاب و قبول را دو رکن اصلی و اساسی عقد می‌دانند. به عبارت دیگر، هرچند در تعریف عقد، رویه‌ی واحدی وجود ندارد، اما در اکثر این تعاریف، الفاظ ایجاب و قبول به کاررفته و از مباحث پراکنده‌ای که در عقود مختلف مطرح شده است می‌توان به برخی از قواعد حاکم بر ایجاب و قبول دست یافت.

قانون مدنی ایران همانند فقه امامیه، در هیچ نصی به تعریف یا مفهوم ایجاب و قبول اشاره‌ای نکرده و صرفاً بدون تعیین ماهیت آن در مواد مختلفی مثل ماده‌ی ۵۶ در مورد تحقق عقد وقف و مواد ۳۳۹، ۳۴۰، ۱۰۶۳ و ۱۰۶۵، از عبارت «ایجاب و قبول» و در ماده‌ی ۶۵۸ از عبارت «ایجاباً و قبولاً» استفاده کرده است. به دلیل کثرت استعمال این اصطلاح، شایسته بود مقنن ماده‌ای را برای تعریف ایجاب و قبول اختصاص می‌داد تا ضمن روشن شدن مفهوم آن‌ها، از سایر نهادهایی که بعضاً با این مفهوم خلط می‌شوند، تفکیک شود. همین نقیصه در قانون مدنی باعث شده است تا حقوق‌دانان، به تناسب، تعریفی از واژه‌های ایجاب و قبول ارائه دهند که ذیلاً به

۱. Offer.

۲. Benaccio, Gian Antonio, *A Common law foe Europe*, (Central European University Press, 2005), p 216.

۳. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران، مجد، ۱۳۸۶)، ص ۱۴۲.

برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

۱- برخی معتقدند از عبارت مذکور در ماده‌ی ۱۸۳ ق.م «تعهد بر امری نماید و مورد قبول آن‌ها باشد» معلوم می‌شود برای ایجاد تعهد باید کسی که متعهد می‌شود و در نتیجه، مدیون می‌شود، قصد خود را اعلام کند و سپس طرف دیگر که متعهدله و منتفع از تعهد است آن‌را قبول نماید. در اصطلاح حقوقی، اعلام تعهد یا اعلام تملیک (در عقود تملیکی) را ایجاب گویند و اعلام پذیرش آن‌را قبول گویند.^۱

۲- عده‌ای دیگر بیان معتقدند ایجاب، اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند، به نحوی که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن ملتزم شود؛ خواه پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد و قبول، رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است.^۲

۳- هر یک از دو اراده همراه با وسیله‌ی ابراز آن، که متضمن معنی ابتکار باشد و به طور متعارف باید ابتدائاً صادر شود، ایجاب و آن دیگری قبول نامیده می‌شود. از تعاریف مذکور چنین برمی‌آید که ایجاب و قبول، به عنوان وسیله‌ی ابراز خارجی، این اثر را دارند که قصد انشاء را از حالت درونی به بیرونی تبدیل کنند. به عبارت دیگر، اعلام اراده‌ای است که به اعتبار تقدم و تأخر آن، ایجاب و قبول نامیده می‌شود.

۲- شرایط تحقق ایجاب

با مطالعه‌ی مصادر فقهی و استقراء در قوانین موجود مشخص می‌شود که ایجاب به عنوان یکی از ارکان عقد، برای تحقق باید شرایط و خصوصیات داشته باشد که اگر یکی از این خصائص برای پیشنهادی که شخص ارائه می‌دهد، وجود نداشته باشد، ایجاب تلقی نمی‌شود. قاطعیت، کمال، مشخص بودن و تنجیز ایجاب، اوصافی است که باعث اطلاق عنوان ایجاب به پیشنهاد مخاطب می‌شود که ذیلاً به بررسی آن‌ها پرداخته شده است.

۱-۲. قاطعیت و جدیت ایجاب

پیشنهاد وقتی عنوان ایجاب می‌یابد که پیشنهادکننده قصد التزام نسبت به محتوای آن‌را در فرض

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، (تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰)، ص ۱۹۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۸۴.

۳. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۴۲.

قبول مخاطب داشته باشد.^۱ بر همین اساس، ایجاب را به «اظهار اراده‌ی انعقاد عقد به وسیله‌ی لفظ یا عمل به طوری که در فرض قبول مخاطب، ایجاب‌کننده ملزم به آن باشد تعریف نموده‌اند.^۲ به عبارت دیگر، موجب باید قصد انشاء داشته باشد. در فقه، قصد که از آن به قصد انشاء تعبیر می‌شود از ارکان بسیار اساسی اراده است و وجود قاعده‌ی معروف «العقود تابعه للقصد» نیز تأکیدی بر این مهم است. بنابراین، هر عبارت یا ایجابی که صادر شود بدون آن که قصد جدی مبنی بر التزام به آن گفتار وجود داشته باشد، اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود.^۳ این موضوع دلالت بر اهمیتی دارد که حقوق اسلام برای اراده‌ی باطنی و سلامت قصد باطنی قائل است.^۴ قانون مدنی هم در ماده‌ی ۱۹۵، معامله‌ی مست، بی‌هوش و شخص خواب را به لحاظ فقدان قصد، باطل اعلام کرده است؛ هم‌چنین در ماده‌ی ۱۰۷۰، فقدان قصد زوجین را از اسباب بطلان عقد نکاح می‌داند.

بدین ترتیب در حقوق ایران، سازنده‌ی عقد، قصد و اراده‌ی واقعی است. ابراز اراده چیزی جز اعلام وجود اراده نیست و این ابراز اراده فقط جنبه‌ی اخباری دارد. بنابراین، نمی‌توان ایجاد عقد را به آن نسبت داد. مع الوصف، از آن‌جا که برای شناخت و اثبات اراده‌ی واقعی عادتاً وسیله‌ای جز ابراز اراده وجود ندارد، اگر شخصی عبارتی را بر زبان جاری سازد، (غیر از موارد جنون، سفه و به طور کلی عدم اهلیت بیان‌کننده) دلالت بر قصد انشاء و قصد التزام وی دارد و جز در صورت اثبات خلاف آن، ادعای عدم قصد التزام گوینده، مورد قبول نیست.^۵ باید اذعان داشت لزوم برقراری عدالت در معاملات نیز همین مفهوم را می‌رساند و مؤید این امر است.^۶

۲-۲. کامل بودن ایجاب

برای صدور ایجاب و به تبع آن انعقاد عقد، وجود ارکان اساسی عقد در ایجاب ضروری است و این ارکان در هر عقدی ممکن است در مقایسه با عقد دیگری متفاوت باشد. طبعاً عقد ازدواج که جزء عقود غیرمالی و راجع به پیوند دو شخص است با عقد بیع که عبارت است از تملیک عین به

۱. Smith, Sir John, *A Casebook on Contract* (London, Sweet and Maxwell, 2004), p 183 and Adams, John, Brownsword, Roger, *Understanding Contract Law*, (London, Sweet and Maxwell, 2004), p 49.

۲. Anson, V, *Anson Law of Contract*, (Oxford, Oxford University Press, 1975), p 28.

۳. العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، جلد اول، (قم، مکتبه المفید، بی تا)، ص ۸۸.

۴. (... لأن المقصود من العقد لما كان هو الدلالة على القصد الباطني، وكان المعبر إنما هو القصد، واللفظ كاشف عنه كما اعترفوا به).

۵. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۹۳.

۶. Hamburger, Philip, *Law and Judicial Duty*, (USA, Harvard University Press, 2008), p 31.

عوض معلوم، دارای موضوعات متفاوت هستند. از آن جا که در منابع فقهی مبحثی با عنوان قواعد عمومی قراردادها نیامده است، کامل بودن به عنوان یکی از اوصاف و شرایط ایجاب به تصریح در کتب فقهی وجود ندارد. مع الوصف، این ویژگی از بحث‌های مربوط به عقود معین مثل بیع، اجاره، نکاح و... به سهولت قابل استنباط است. برای مثال، طبق تألیفات فقهی، میب و ثمن به عنوان موضوع عقد بیع ضرورتاً باید در ایجاب با بیع تصریح شوند،^۱ یا در نکاح - اعم از دائم یا منقطع (متعهد) - ایجاب برای این که دارای وصف کمال باشد باید ارکان اصلی عقد را دربرگیرد. بدین ترتیب، در نکاح دائم که پیوند همیشگی بین زوجین برقرار می‌شود آنچه اهمیت دارد طرفین عقد هستند و هر یک از طرفین باید بدانند با چه شخصی پیمان زناشویی می‌بندد، اما در نکاح منقطع، علاوه بر مشخص بودن زوجین، مدت و مهر هم باید در ایجاب نکاح ذکر شود و عدم ذکر آن از اسباب بطلان نکاح می‌باشد.^۳

در حقوق ایران نیز که عمدتاً از منابع فقه امامیه اقتباس شده، تقریباً احکام مشابه آنچه در فقه به آن پرداخته شده است مشاهده می‌شود. برای مثال، در عقد بیع که در ماده‌ی ۳۳۸ ق.م. به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف شده هم چنین با توجه به ماده‌ی ۳۳۹ این قانون موضوع عقد عبارت است از میب و ثمن که ارکان اصلی عقد هستند و ضرورت دارد در ایجاب این دو امر تصریح شوند یا در عقد نکاح که اساس آن تشکیل خانواده و اتحاد زوجین است شخصیت زوجین، رکن اصلی عقد محسوب می‌شوند نه مقدار دارایی و اموال آنها، هر چند به طور معمول توافقی نیز در باب مهر انجام می‌شود. مطابق ماده‌ی ۱۰۶۷ ق.م. تعیین زن و شوهر به عنوان ارکان اصلی عقد ضرورت دارد و عدم رعایت این شرط، موجب بطلان نکاح است. در نکاح منقطع هم چون هدف آن ایجاد رابطه‌ی دائم بین زوجین نیست، علاوه بر مورد فوق، به موجب ماده‌ی ۱۰۹۵ ق.م و مواد ۱۰۷۵ و ۱۰۷۶ ق.م مهر و مدت نکاح نیز از ارکان عقد محسوب می‌شوند و باید در ایجاب مربوطه تصریح شوند؛ در غیر این صورت، پیشنهاد، اثر حقوقی ایجاب را نخواهد داشت. شرط مزبو در رویه قضائی نیز مورد پذیرش واقع شده است. شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور در رای شماره ۱۳۷۰/۸/۱۴-۱۷/۴۰۰ بیان می‌دارد «نظر به این که طبق قولنامه مذکور ایجاب و قبول و قبض و قباض بین طرفین به عمل نیامده و فقط توافق به انجام معامله

۱. التستری، شیخ اسدالله، مقابیس الانوار، جلد دوم، (قم، آل اهل بیت، بی تا)، ص ۱۰.

۲. الموسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، (نجف اشرف، مطبعه الآداب، ۱۳۹۰)، ص ۲۴۹.

۳. العاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، جلد پنجم، (قم، معارف اسلامی، بی تا)، ص ۴۴۰.



رسمی بین آن‌ها شده است، لذا نظر دادگاه دائر بر تحقق وقوع بیع موجه به نظر نمی‌رسد.^۱

۳-۲. مشخص بودن ایجاب

یکی دیگر از خصائص لازم برای اعتبار و نفوذ ایجاب، مشخص بودن آن است. مشخص بودن ایجاب ناظر بر عدم ابهام در نوع عقد و موضوع آن و عدم تردید بین دو چیز می‌باشد.^۲ هر کدام از عقود معینی که در کتب فقهی به آن پرداخته شده دارای موضوعاتی است که علم طرفین به آن در زمان انعقاد عقد ضروری است. مطابق فقه امامیه، یکی از دلایل مهمی که ضرورت وجود ویژگی مشخص بودن را مبرهن می‌سازد، «عَرَر» می‌باشد. عَرَر به معنی جهل، عاملی است که طرفین یا یکی از آن‌ها را به سمت موضوعات غیرحقیقی سوق می‌دهد و در نهایت، بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت. لذا در فقه امامیه چنانچه موضوع ایجاب مفقود، مجهول یا مردد بین دو امر باشد، نامشروع است.^۳ در حقوق ایران نیز موضوع معامله باید معلوم و معین باشد. قانون مدنی در بند ۳ ماده ۱۹۰، صحت معامله را منوط به معین بودن موضوع آن دانسته است. هم‌چنین مطابق ماده ۲۱۶ ق.م. «مورد معامله باید مبهم نباشد...». علی‌رغم این که در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که معلوم و معین بودن موضوع تعهد یک معنی دارد، لکن باید دانست که در اصطلاح حقوقی، واژه‌ی معلوم در برابر مبهم به کار می‌رود و مقصود از لزوم معلوم بودن موضوع معامله در عقود مالی این است که دو طرف باید به وسیله‌ی تعیین مقدار و اوصاف و جنس از آن رفع ابهام کنند. اما وقتی گفته می‌شود موضوع تعهد باید معین باشد، مقصود این است که یکی از دو چیز به طور مردد موضوع تعهد قرار نگیرد، هرچند که هریک از آن‌دو نیز از حیث مقدار و جنس و وصف معلوم باشند.^۴

در عقود غیرمالی نیز ارکان اساسی معامله باید معلوم و معین باشد. به همین خاطر است که در نکاح، ماده ۱۰۶۷ ق.م. در مورد لزوم تعیین زن و مرد به عنوان ارکان اصلی عقد نکاح و بالتبع، تصریح به آن در ایجاب مربوط چنین بیان شده است: «تعیین زن و شوهر به نحوی که

۱. حسینی، سیدمحمدرضا، قانون مدنی در رویه قضائی، (تهران، مجد، ۱۳۷۹)، ص ۱۲۰.

۲. Sefton Green, Ruth, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, (USA, Cambridge University Press, 2005), p 39 and Ruff, Anne (2005), *Contract Law*, (London, Sweet and Maxwell, 2005), p 101.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد سوم و چهارم، (بیروت، نعمان، ۱۴۱۰)، ص ۳۰۷ و العالمی، زین الدین بن علی، *روضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة*، جلد سوم، (قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰)، ص ۲۸۱.

۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی*، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ص ۱۳۲.

برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است». البته به استناد قسمت آخر ماده‌ی ۲۱۶ ق.م. در مواردی ممکن است موضوع معامله معلوم نباشد و صرف علم اجمالی به آن کفایت می‌کند، ولی مواردی که در آن علم اجمالی کافی است جنبه‌ی استثنایی دارد و فقط جایی می‌تواند مورد قبول واقع شود که قانون‌گذار صراحتاً علم اجمالی را کافی بداند. بنابراین، اصل بر این است که موضوع معامله باید معلوم و معین باشد، مگر در مواردی که مقنن علم اجمالی را کافی بداند. هم‌چنین طرفین باید بدانند چه معامله‌ای می‌کنند؛ زیرا آثار حقوقی ناشی از هر قراردادی متفاوت از دیگری است.^۱

۴-۲. تنجیز ایجاب

قطعی و منجز بودن ایجاب یعنی این که اگر شخصی ایجابی را به طرف مقابل ارائه نمود و او نیز آن را قبول کرد، عقد بدون دخالت هیچ امر دیگری منعقد شود. لذا اگر تحقق عقد منوط به امر دیگری شود، به طوری که تا وقتی آن امر انجام نگیرد عقد، منعقد نشود، این امر منافی تنجیز ایجاب است.^۲ در فقه و حقوق، بحث تعلیق و تنجیز در مورد عقد مطرح شده ولی چون بحث اصلی در مورد تعلیق انشاء و منشأ است و ایجاب هم بیان همین انشاء و ایجاد منشاء منوط به قبول است این امر در مورد ایجاب هم صدق می‌کند. در رویه قضائی نیز شعبه سوم دیوان عالی کشور در رای شماره ۷۰۶-۱۰/۳۰/۱۳۷۱ بیان داشته است «قید عبارات خریدار و فروشنده در مورد معامله در سند نمی‌تواند گویای انجام معامله قطعی باشد کما این که در ماده ۳۳۹ قانون مدنی هم از توافق بایع و مشتری گفتگو کرده، حال آن که صرف این توافق کافی برای تحقق عقد نیست، بلکه متعاقب این توافق عقد به ایجاب و قبول واقع می‌شود».^۳

۳- ایجاب در معاملات دولتی

تشخیص ایجاب در معاملات معمول با پیچیدگی‌هایی همراه است. این وضع در مورد معاملات دولتی بسیار غامض‌تر است؛ زیرا در معاملات دولتی با توجه به قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ رعایت تشریفات مناقصه و مزایده الزامی است. به عبارت دیگر، از زمان شروع این

۱. Bastiat, Fredric, the Law, (USA, Foundation for Economic Education, 2001), p 11 and Chatham, Kent, Contract Law, (London, Cavendish Publishing, 2004), p 93.

۲. Macmillan, Cathrine, Stone, Richard, Element of the Law of Contract, (London, University of London, 2014), p 17.

۳. کارخیران، محمد حسین، کامل‌ترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، جلد دوم (تهران، راه نوین، ۱۳۹۲)، ص ۲۳۳.

تشریفات تا زمان امضای قرارداد سه مرحله طی می‌شود: اول، آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ دوم، پیشنهاد مناقصه‌گران و مزایده‌گران؛ سوم، امضای قرارداد (یا به تعبیر قانون انعقاد قرارداد). برای این که مشخص شود قرارداد چه زمانی منعقد می‌شود باید دید کدام یک از این اعمال، ایجاب محسوب می‌شود و با پذیرش آن، عقد منعقد می‌شود. لازم به ذکر است از آنجا که مناقصه و مزایده هر دو تشریفات انتخاب طرف قرارداد هستند و مراحلی که در بالا بیان شد هم در مناقصه و هم در مزایده وجود دارد، بنابراین، هرآنچه در این قسمت بیان می‌شود در مورد هر دو نوع آن‌ها صادق خواهد بود.

۱-۳. آگهی فراخوان مناقصه و مزایده

در مورد ماهیت حقوقی این آگهی سه نظریه ارائه شده که در هر مورد پس از بیان نظریه به نقد و بررسی آن مطابق قانون برگزاری مناقصات، قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی پرداخته شده است.^۱

۱-۳-۱. نظریه‌ی ایجاب

مطابق این نظر، مقصود واقعی اعلان‌کننده‌ی مزایده و حراج در غالب موارد این است که عقد با برنده شدن یکی از شرکت‌کنندگان تمام شود. عرف نیز از این گونه اعلام همین مفهوم را استنباط می‌کند و داوطلبان نیز بر همین مبنا و به اعتماد همین ظهور، در مزایده یا حراج شرکت می‌کنند. لذا هیچ دلیلی برای بی‌اثر شناختن این ایجاب در دست نیست و باید آن را تابع قواعد عمومی مربوط به نفوذ و آثار ایجاب دانست. این گروه در توجیه نظر خود بیان داشته‌اند: نشانه‌ی متعارف و عادی تمیز ایجاب از دعوت به مذاکره این است که تمام شرایط معامله را دارا باشد.^۳ مع الوصف، این نشانه ناظر به موارد عادی مذاکرات مقدماتی است و نباید آن را شرط لازم و اجتناب‌ناپذیر هر ایجاب پنداشت. هدف اصلی این است که درباره‌ی ارکان اصلی معامله بین دو طرف توافق حاصل شود و این توافق به طور معمول در صورتی تحقق می‌یابد که ایجاب

۱. نظراتی که در مورد آگهی مزایده و مناقصه بیان شده عموماً نظر به مزایده‌ها و مناقصات غیردولتی دارد اما از آنجا که مراحل و فرآیند در هر دو (دولتی و غیردولتی) تقریباً یکسان است و در مناقصات و مزایده‌ها غیر دولتی نیز آگهی، پیشنهاد قیمت و عموماً امضای قرارداد وجود دارد این نظرات در موضوع ما هم قابل طرح است.

۲. Invitation to treat.

۳. Stone, Richard, *the Modern Law of Contract*, (London, Cavendish Publishing), p 26.

کامل باشد. به عبارتی، اوصاف ایجاب به عنوان راه و منبای رسیدن به توافق قاطع و کامل مورد نظر است و به خودی خود نقشی در انعقاد قرارداد ندارد. بنابراین، اگر پذیرفته شود که چنین توافقی با پایان یافتن حراج یا مزایده انجام شده است، دیگر نمی‌توان به بهانه‌ی کامل نبودن ایجاب در وقوع معامله تردید روا داشت.^۱

مطابق این نظر، با پایان یافتن مزایده و مناقصه، توافق مورد نظر انجام می‌شود و قرارداد به خودی خود منعقد می‌شود و در صورتی که اعلان‌کننده‌ی مزایده یا مناقصه بعد از پایان مزایده یا مناقصه از عمل خود پشیمان شود لازم نیست که برنده الزام او را به انعقاد قرارداد بخواهد، بلکه باید الزام او را به اجرای قرارداد تقاضا کند. لذا در صورت امتناع مناقصه‌گزار یا مزایده‌گزار، مسؤولیت او قراردادی خواهد بود.

بر این نظر انتقاداتی وارد است. با عنایت به این که بهای کالا یا خدمات مورد مزایده یا مناقصه به عنوان یکی از عناصر اصلی قرارداد در فراخوان مزایده یا مناقصه مشخص نیست بنابراین ایجاب دارای وصف کمال نیست. برخلاف آن چه ادعا شده است فراخوان مناقصه یا مزایده یک پیشنهاد قطعی نیست؛ یعنی مناقصه‌گزار یا مزایده‌گزار نمی‌خواهد که با تعیین برنده خود به خود قرارداد منعقد شود بلکه پیشنهادات ارائه شده را ارزیابی می‌کند و اگر بالاترین پیشنهاد را مقرون به صرفه ببیند، معامله را منعقد خواهد کرد. در بیش‌تر این آگهی‌ها هم اختیار اعلام‌کننده در رد یا قبول پیشنهادات شرط می‌شود یا حداقل در مورد مناقصات و مزایده‌های دولتی غالباً این چنین است و در اکثر آگهی‌ها، اعلام می‌شود که اداره در رد یا قبول هر یک یا همه‌ی پیشنهادات مختار است. این اختیار در مورد مزایده‌های مطابق بند چهار ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی جزء مقررات اداری محسوب می‌شود و عدم ذکر آن در آگهی هم مانع استفاده از آن نیست. به علاوه، مطابق بند یک ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی «دستگاه مزایده‌گزار مکلف است سپرده‌ی شرکت در مزایده‌ی برنده‌ی مزایده را در صورتی که حاضر به انجام معامله نشود و هم‌چنین سپرده‌ی نفر دوم را در صورتی که براساس تبصره‌ی ماده‌ی ۲۷ برای انجام معامله به او رجوع شود و از انجام معامله امتناع نماید ضبط کند».^۲ اگر آگهی مزایده، ایجاب محسوب و با تعیین برنده

۱. دموگ به نقل از کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۸۹.

۲. از آن‌جا که آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی و قانون محاسبات عمومی فقط در مورد تشریفات مزایده لازم‌الاجراست و مطابق ماده‌ی ۳۸ آیین‌نامه، مقرراتی که در مورد مناقصه در این آیین‌نامه آمده در مورد مزایده هم لازم‌الاجراست در متن ماده‌ی استنادی (بند ۱ ماده‌ی ۱۰) واژه‌ی مناقصه آمده بود که در این‌جا با توجه به ماده‌ی ۳۸ آیین‌نامه به جای واژه‌ی مناقصه از واژه‌ی مزایده استفاده شده است.

قرارداد به خودی خود منعقد می‌شود، دیگر لزومی به حاضر شدن برنده‌ی مزایده برای انعقاد قرارداد نبود.

در مورد مناقصات هر چند رویه‌ی فعلی این چنین است که در آگهی‌ها این اختیار (اختیار رد یا قبول هریک یا همه‌ی پیشنهادها) ذکر می‌شود ولی در قانون برگزاری مناقصات، چنین حقی برای ادارات دولتی ذکر نشده است. اگرچه مطابق ماده‌ی ۳۰ این قانون تنها قوانین و مقررات مغایر نسخ شده‌اند و در مورد ذکر این اختیار در آگهی فراخوان مناقصه، مقررهی مخالفی وجود ندارد ولی به نظر می‌رسد ذکر چنین اختیاری در آگهی فراخوان مناقصه، مخالف با روح قانون برگزاری مناقصات است. زیرا برخلاف قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی، قانون‌گذار در ماده‌ی ۲۴ قانون برگزاری مناقصات، موارد تجدید و لغو مناقصه را احصاء کرده و مطابق ماده‌ی ۲۱ همین قانون، مناقصه‌گزار ملزم به انعقاد قرارداد با برنده‌ی مناقصه در مهلت پیش‌بینی شده در اسناد شده است. لکن این بدین معنا نیست که قانون‌گذار بخواهد آگهی مناقصه را ایجاب تلقی کند؛ زیرا در این قانون اولاً، در بند (ط) ماده‌ی ۲ در تعریف انحصار، پیشنهاد قیمت، ایجاب دانسته شده است نه انتشار آگهی؛ ثانیاً، در بند (ز) ماده‌ی ۹ قانون برگزاری مناقصات که در مقام بیان مراحل برگزاری مناقصه است، تعیین برنده‌ی مناقصه در کنار انعقاد قرارداد و جدای از آن آمده است که نشان می‌دهد دو مرحله‌ی جداگانه هستند؛ ثالثاً، در ماده‌ی ۲۱ صحبت از انعقاد قرارداد با برنده‌ی مناقصه است که در صورتی که آگهی مناقصه ایجاب باشد و با تعیین برنده قرارداد منعقد شود، انعقاد قرارداد، بعد از تعیین برنده معنا پیدا نمی‌کند.

۳-۱-۲. نظریه‌ی درخواست ایجاب همراه با یک ایجاب ضمنی

گروه دیگری اظهار داشته‌اند: اعلان مزایده درخواست ایجاب معامله است ولی حاوی این شرط ضمنی نیز هست که اعلان‌کننده همه‌ی پیشنهادات را با حسن نیت و شرافت‌مندانه در نظر می‌گیرد و آنچه را که در واقع سودمندتر می‌بیند انتخاب می‌کند. شرکت‌کنندگان در مزایده و حراج بر مبنای همین شرط ضمنی داوطلب می‌شوند. هیچ‌یک از داوطلبان اگر بداند پیشنهاد او با بی‌طرفی و عدالت مورد نظر قرار نمی‌گیرد و اعلان‌کننده آزاد است تا هر چه می‌خواهد تصمیم بگیرد، هزینه‌ی شرکت در مزایده و حراج را نمی‌پذیرد. بنابراین، قبل از معامله‌ی اصلی، یک قرارداد جنبی و فرعی درباره‌ی چگونگی انعقاد معامله بین طرفین بسته می‌شود که ایجاب آنرا اعلان‌کننده‌ی مزایده انشاء کرده است و شرکت‌کنندگان در مزایده نیز آنرا پذیرفته‌اند. امتناع از معامله با برنده‌ی واقعی نقض این پیمان ضمنی است و بر همین مبنای، متجاوز از پیمان، مسؤول

جبران خسارات ناشی از عهدشکنی است. البته طرفداران این نظریه در خصوص الزام اعلام‌کننده‌ی مزایده یا مناقصه به انجام معامله سکوت کرده‌اند.^۱

این نظریه تا آن‌جا که اعلان مزایده را درخواست ایجاب دانسته است با اشکالات نظریه‌ی قبلی مواجه نیست. اما از این جهت با اشکال روبرو است که طرفداران آن قائل به یک قرارداد فرعی و ضمنی درباره‌ی چگونگی انعقاد معامله بین طرفین قبل از معامله‌ی اصلی هستند. لذا وفق این نظر باید بعد از ثبت نام شرکت‌کنندگان در مزایده و مناقصه چنین قرارداد فرعی و ضمنی بین اعلان‌کننده و تک‌تک شرکت‌کنندگان در مزایده و مناقصه منعقد شود، حال اگر بعد از ثبت نام شرکت‌کنندگان، اعلان‌کننده‌ی مزایده یا مناقصه از عمل خود پشیمان و از انجام مزایده یا مناقصه منصرف شود می‌تواند بگویند به موجب قرارداد ضمنی که بین آن‌ها و اعلام‌کننده وجود دارد، اعلان‌کننده مکلف شده است که مزایده یا مناقصه را انجام و با برنده‌ی آن قرارداد منعقد کند و بر همین مبنا، الزام او را به انجام مزایده یا مناقصه بخواهند؟

در مورد مناقصات و مزایده‌های مربوط به معاملات دولتی، فرض چنین قرارداد ضمنی‌ای بسی دشوار است. همان‌طور که در نقد نظریه‌ی ایجاب بیان شد، در مورد مزایده‌ها، مطابق بند چهار ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی، دستگاه اجرایی اختیار رد هر یک یا همه‌ی پیشنهادات را دارد و این اختیار در آگهی مزایده هم شرط می‌شود. بنابراین، با این شرط، دستگاه مزایده‌گزار خود را از قید تمام شروط ضمنی و احتمالی آزاد می‌کند. در مورد مناقصات نیز حتی اگر اختیار رد یا قبول پیشنهادات ارائه‌شده برای دستگاه مناقصه‌گزار مطابق این ماده وجود نداشته باشد، وجود چنین شرطی در ضمن آگهی فراخوان مناقصه بعید به نظر می‌رسد. زیرا چنان‌چه گفته شد، قانون‌گذار، آگهی فراخوان را ایجاب نمی‌داند و دعوت به ایجابی بیش نیست. به علاوه، در فقه و حقوق ایران، در ایجاب ساده که اعلام اراده‌ی قطعی گوینده‌ی آن برای پیمان بستن است گوینده‌ی ایجاب می‌تواند از ایجاب خود بدون وجود هیچ‌گونه مانعی عدول کند. وقتی در ایجاب که کامل‌تر از دعوت به ایجاب است و با قبول آن قرارداد منعقد می‌شود، موجب بتواند از ایجاب خود عدول کند به طریق اولی در دعوت به معامله نیز که قاطعیت و کمال ایجاب و قابلیت انعقاد عقد را ندارد اعلان‌کننده‌ی مناقصه و مزایده به راحتی و بدون هیچ‌گونه التزامی می‌تواند از دعوت خود منصرف شود. البته در اکثر آگهی‌های مناقصات دولتی، بنابر رویه‌ی سابق (قبل از تصویب قانون

۱. Kessler, Kronman, Gilmore, Friedrich and Anthony and Grant, *Contracts; Cases and Materials, Casebook by Giant of Contract Law*, (New York, Aspen Publishers, 1986), p 170.



برگزاری مناقصات)، اداره حق رد و قبول پیشنهادات را برای خود محفوظ می‌دارد.

۳-۱-۳. نظریه‌ی درخواست ایجاب محض

این گروه معتقدند که اعلان مزایده یا حراج تنها عرضه‌ی مال برای فروش است. صاحب مال از دیگران می‌خواهد که برای خرید آن پیشنهاد کنند. این پیشنهادات، ایجاب است و به خودی خود هیچ الزامی برای اعلان‌کننده‌ی مزایده به وجود نمی‌آورد و عقد زمانی منعقد می‌شود که یکی از ایجاب‌ها مورد قبول فروشنده قرار گیرد. در تأیید این نظریه بیان شده است که چون در پیشنهاد فروش (مزایده) قیمت قطعی مال معلوم نیست، قبول آن به تنهایی بیع را واقع نمی‌سازد، لذا به ناچار باید این پیشنهاد را دعوت به ایجاب شمرد. برعکس، اعلام اراده‌ی برنده‌ی مزایده که حاوی تمام شرایط معامله از جمله قیمت نهایی کالای عرضه‌شده است، اوصاف ایجاب را دارد، لذا قبول آن عقد را واقع می‌سازد ولی قبل از قبول هیچ الزامی برای فروشنده به وجود نمی‌آورد.^۱ این عقیده در حقوق مصر نیز تا اندازه‌ای مورد قبول واقع شده است.^۲ به نظر می‌رسد این نظریه از نظریات قبلی کامل‌تر است؛ زیرا در این نظریه، اعلان مزایده «درخواست ایجاب محض» تلقی شده است. بنابراین، لازم نیست که درخواست ایجاب محض حاوی تمام عناصر معامله باشد. با توجه به این که دعوت به مناقصه یا مزایده از لحاظ حقوقی هیچ‌گونه اثری ندارد و التزامی به بار نمی‌آورد، اراده‌ای که آن را آفریده است در هر زمان توان از بین بردنش را دارد، لذا امتناع از انعقاد قرارداد با برنده‌ی مناقصه یا مزایده مسؤلیتی به بار نخواهد آورد. از آن‌چه مطرح شد می‌توان نتیجه گرفت که آگهی مناقصه و مزایده به علت کامل نبودن و عدم قاطعیت، ایجاب محسوب نمی‌شود، بنابراین، قبول آن نیز قرارداد را منعقد نمی‌سازد.

۳-۲. پیشنهاد قیمت

برابر نظر کسانی که آگهی مناقصه و مزایده را دعوت به ایجاب می‌دانند، پیشنهاد قیمت، «ایجاب» محسوب می‌شود. در تطبیق این نظر با قوانین فعلی این‌گونه اظهار شده است: این ایجاب

۱. Cheshire, Fifoot, Furmstons, *the Law of Contract* (London, M.P. Furmstons, 2012), p 25.

۲. ماده‌ی ۹۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «عقد مزایده صرفاً وقتی واقع می‌شود که پیشنهاد نهایی پذیرفته شود، پیشنهاد مبلغ از لحظه‌ای که پیشنهاد بالاتر عرضه می‌شود کان‌لم‌یکن تلقی می‌شود، حتی اگر پیشنهاد بالاتر باطل باشد». همچنین رجوع کنید به السنهوری، ۱۳۸۳، ش ۱۱۵

یک ایجاب همراه با التزام است؛ زیرا مناقصه‌گر یا مزایده‌گر با این شرط در مناقصه شرکت می‌کند که اگر پس از برنده‌شدن در مزایده یا مناقصه حاضر نشد با قیمت پیشنهادی خود با اعلان‌کننده قرارداد منعقد کند، سپرده‌ی او به نفع اعلان‌کننده ضبط شود. (مستنبط از ماده‌ی ۲۱ قانون برگزاری مناقصات و ماده‌ی ۲۷ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی) فی‌الواقع، مناقصه‌گر یا مزایده‌گر ملتزم شده است، ایجاب خود را به مدتی که در اسناد مناقصه یا مزایده اعلام شده است حفظ کند، در غیر این صورت، مبلغی که به عنوان سپرده‌ی شرکت در مناقصه یا مزایده تأدیه کرده است توسط دستگاه دولتی مربوطه ضبط شود. بنابراین، اگر برنده‌ی مزایده یا مناقصه از انعقاد قرارداد با اعلان‌کننده امتناع کند، سپرده‌ی او به عنوان وجه التزام تعهد او (تعهد بر ننگه‌داری ایجاب) ضبط خواهد شد و از طرفی چون حق رجوع را از خود ساقط نکرده است می‌تواند از ایجاب خود برگردد.^۱

در بدو امر به نظر می‌رسد این نظریه با خواست مقنن منطبق باشد زیرا علاوه بر دلیلی که در بالا ذکر شد، مطابق بند سه ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی، «دستگاه مزایده‌گزار مجاز نیست به پیشنهادات مبهم و مشروط و بدون سپرده ... ترتیب اثر دهد». آنچه از این ماده به ذهن متبادر می‌شود تأکید بر تحقق شرایط ایجاب است؛ یعنی قانون‌گذار خواسته است پیشنهادی که ارائه می‌شود شرایط ایجاب را داشته باشد و مشخص و منجز باشد تا قابلیت انعقاد قرارداد را داشته باشد. به علاوه، قسمت دوم بند (ط) ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات نیز که قانون‌گذار پیشنهاد قیمت را ایجاب به معامله تلقی کرده است صحت این نظر را تأیید می‌کند. نتیجه‌ی این سخن آن می‌شود که با اعلام قبول اداره، قرارداد منعقد شود؛ امری که مورد قبول برخی از نویسندگان نیز واقع شده است.^۲

۳-۳. امضای قرارداد

به نظر می‌رسد قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی هیچ‌کدام از مراحل قبلی را ایجاب معامله‌ی اصلی نمی‌دانند. یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی رعایت تشریفات در آنها است. یکی از این تشریفات، کتبی بودن قراردادها است. به عنوان یک قاعده‌ی کلی می‌توان گفت، قراردادهای دولتی اعم از این که اصول مناقصه یا مزایده در آنها رعایت شده باشد یا خیر، به صورت کتبی باید تنظیم و امضاء شوند و قبل از آن، قانون‌گذار توافقات بین دستگاه‌های اداری و اشخاص دیگر را به رسمیت نمی‌شناسد.

۱. خرم آبادی، عبدالصمد، ماهیت قراردادهای اداری در حقوق ایران، (پایان نامه ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲)، ص ۱۱۲.

۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، پیشین، ص ۱۲۵ و طباطبائی موثمنی، منوچهر، پیشین، ص ۳۴۳.

آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی و قانون برگزاری مناقصات گواهی صادق بر این مدعا می‌باشد. در ماده‌ی ۲۷ آیین‌نامه‌ی فوق‌الاشعار مقرر شده است که اگر برنده‌ی مزایده از تاریخ ابلاغ نتیجه‌ی مزایده، ظرف مدت هفت روز به استثنای ایام تعطیل نسبت به انجام معامله حاضر نشود سپرده‌ی شرکت در مزایده‌ی او ضبط می‌شود. بنابراین، مطابق این ماده، انعقاد معامله، مرحله‌ای جدا از پیشنهاد قیمت و اعلام برنده است که بعد از ابلاغ به نفر اول مزایده تحقق می‌یابد. در نتیجه، پیشنهاد قیمتی که توسط مزایده‌گر ارائه شده است را نمی‌توان ایجاب دانست؛ زیرا اگر ایجاب معامله‌ی اصلی تلقی می‌شد در این ماده بیان نمی‌کرد: «در صورتی که برای انجام معامله حاضر نشود» بلکه باید بیان می‌نمود: «اگر از ایجاب خود عدول کند».

مشخص است که بین عدول از ایجاب و امتناع از انجام قرارداد تفاوت وجود دارد؛ زیرا ایجاب، اعلام انشاء منوط به قبول است و در حقیقت، موجب با ایجاب خود یک ماهیت حقوقی ناقص به وجود می‌آورد که با انضمام قبول، تبدیل به قرارداد می‌شود و از بین بردن آن (ایجاب) باز هم نیازمند اراده‌ی او خواهد بود. بنابراین، اگر قبل از این که از اراده‌ی خود برگردد، قبول تحقق یابد، قرارداد منعقد شده است و آثار حقوقی مربوط به آن جریان می‌یابد. در این صورت، دیگر عدول از ایجاب معنا نخواهد داشت. لکن امتناع از انعقاد قرارداد یک عمل انفعالی است؛ یعنی برای امتناع از قرارداد لازم نیست طرف کاری انجام دهد و همین عدم حضور او کافی است. به همین دلیل، اگر پیشنهاد قیمت، ایجاب محسوب می‌شد، کافی بود که اداره قبول خود را به او اعلام کند تا قرارداد منعقد شود و ابلاغ نتیجه به منظور حضور جهت انعقاد قرارداد بی‌معنا بود. حال آن که مطابق ماده‌ی ۲۷، بعد از ابلاغ نتیجه‌ی مزایده، باید ظرف هفت روز برای انعقاد قرارداد حاضر شود و منظور از انجام معامله، باتوجه به ماده‌ی ۳۰ همین آیین‌نامه، امضای قرارداد کتبی است و قانون‌گذار قبل از آن قراردادی را بین طرفین به رسمیت نمی‌شناسد.

ماده‌ی ۳۰ آیین‌نامه‌ی مذکور که در حال حاضر صرفاً در مورد مزایده لازم‌الاجراست چنین مقرر می‌دارد: «در معاملاتی که تحویل مورد معامله در مهلت مقرر در ماده‌ی ۲۷ این آیین‌نامه (یعنی هفت روز کاری) میسر نباشد باید قرارداد منعقد شود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود مطابق این ماده در معاملاتی که تحویل کالا بیش از ۷ روز به طول می‌انجامد، تنظیم و امضای قرارداد کتبی لازم است و در معاملاتی که ظرف هفت روز تحویل کالا میسر باشد قرارداد کتبی منعقد نمی‌شود و با پیشنهاد قیمت و اعلام برنده (به عنوان قبول) معامله منعقد می‌شود. به همین خاطر در

مورد این گونه قراردادها، زمان اعلام برنده، زمان انعقاد قرارداد است.^۱ در قانون برگزاری مناقصات، ماده‌ی ۳۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی حذف شد؛ اما این موضوع از قانون برگزاری مناقصات هم قابل استنباط است؛ زیرا این در بند (ب) ماده‌ی ۱۱ قانون مزبور در مورد معاملات متوسط مقرر شده است: «در معاملات متوسط، کارپرداز یا مأمور خرید ... معامله را با عقد قرارداد یا اخذ فاکتور انجام دهد...». این که در این ماده اخذ فاکتور در کنار عقد قرارداد به عنوان جایگزین اختیاری آن آمده، نشان از این است که این قانون نیز قرارداد را به صورت کتبی مدنظر دارد. لذا، این که در ماده‌ی ۲۱ در بند (الف) و (ب) مقرر داشته است که قرارداد با برنده‌ی مناقصه باید قبل از پایان مدت اعتبار پیشنهادات و در مهلت تعیین شده در اسناد، منعقد شود و ضمانت اجرای امتناع از آن را ضبط تضمین در مناقصه تعیین کرده منظور همان قرارداد کتبی است که یک طرف آن دستگاه مناقصه‌گزار و طرف دیگر آن برنده‌ی مناقصه است. بنابراین، در قراردادهای دولتی با توجه به تشریفات بودن آن‌ها، زمان انعقاد قرارداد، زمان امضای اسناد قراردادی است و قبل از آن، توافقات طرفین، اعتبار قرارداد اصلی را ندارند. لذا اگر ابتدا نماینده‌ی دستگاه اداری امضاء کند عمل او ایجاب است و امضای برنده‌ی مناقصه یا مزایده قبول است و بالعکس. البته در قراردادهای دولتی با توجه به مقتضیات خاص این ادارات بعضاً ممکن است تنظیم قرارداد کتبی بعد از اجرای قرارداد باشد که در این صورت تاریخ اجرای آن، زمان تشکیل قرارداد محسوب می‌شود. این نوع اعمال، به طور متعارف در مورد خرید خدمات انجام می‌شود.^۲

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که پیشنهاد قیمت توسط مناقصه‌گر یا مزایده‌گر و اعلام برنده توسط اداره چه ماهیت حقوقی دارد؟ اگر این دو نقشی در انعقاد قراردادهای دولتی ندارند، چرا قانون‌گذار در بند ۳ ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی شرایط تحقق ایجاب را در مورد آن لازم دانسته است؟ چرا در بند (ط) ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات اصطلاح «ایجاب» برای بیان پیشنهاد قیمت استفاده شده است و علت این که امتناع از معامله ضمانت اجرایی مثل ضبط سپرده دارد چیست؟

۱. زمان اعلام برنده در آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی همیشه با زمان تعیین برنده یکسان نیست زیرا مطابق ماده‌ی ۲۵ در مواردی که مبلغ معامله از ده میلیون ریال بیش تر باشد ابلاغ نتیجه به برنده‌ای که در کمیسیون مزایده تعیین شده است موکول به موافقت وزیر یا رئیس مؤسسه یا کسانی است که در مرکز یا شهرستان‌ها برای انجام این امر مجاز شناخته شده باشند و در صورت عدم موافقت مقامات مزبور، مزایده تجدید یا برای اتخاذ تصمیم به کمیسیون ترک مزایده ارجاع می‌شود.

۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، (تهران، حقوقدان، ۱۳۸۰)، ص ۱۴۴.

به نظر می‌رسد در این مورد باید قائل به وجود یک پیش‌قرارداد ضمنی قبل از قرارداد نهایی که با امضای طرفین منعقد می‌شود بود. درحقیقت، قبل از انعقاد قرارداد اصلی که مناقصه و مزایده برای انتخاب طرف این معامله برگزار می‌شود، قراردادی مقدماتی بین اداره و برنده‌ی مناقصه یا مزایده منعقد می‌شود که ایجاب آن، پیشنهاد قیمت و قبول آن، اعلام برنده است و مفاد این قرارداد، تعهد برنده‌ی مناقصه یا مزایده به انجام قرارداد در مدت مذکور در اسناد بر مبنای قیمت پیشنهادی است و وجه التزام چنین تعهدی سپرده یا تضمین شرکت در مناقصه یا مزایده است.



نتیجه و پیشنهادات

هرچند که علی‌الاصول تشریفات مناقصه و مزایده تغییری در ماهیت قراردادهای دولتی ایجاد نمی‌کنند ولی از آنجا که از زمان شروع این تشریفات تا زمان انعقاد عقد سه مرحله‌ی آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ پیشنهاد قیمت مناقصه‌گران یا مزایده‌گران و نهایتاً امضای قرارداد (یا به تعبیر قانون انعقاد قرارداد)، طی می‌شود، تشخیص زمان انعقاد عقد را با دشواری‌هایی مواجه ساخته و موجب اختلاف نظر حقوق‌دانان در این باره شده است. علت عمده‌ی این اختلاف نظر هم اختلاف بر سر تشخیص ایجاب است؛ به طوری که هر کدام از ایشان یکی از این مراحل را ایجاب می‌دانند. همان‌طور که شرح آن گذشت، با توجه به منابع فقهی و قوانین موجود، ایجاب، اعلام اراده‌ی شخصی است که بر مبنای معین، دیگری را به انعقاد قرارداد فرامی‌خواند به گونه‌ای که اگر پیشنهاد، مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن پای‌بند شود و پیشنهادی ایجاب محسوب می‌شود که دارای اوصاف قاطعیت، کمال، مشخص بودن و تنجیز باشد. از آنجا که آگهی فراخوان اولاً، حاوی تمام عناصر قرارداد نیست و بهای کالا یا خدمات مورد مناقصه یا مزایده به عنوان یکی از عناصر اصلی قرارداد در آن مشخص نیست؛ ثانیاً، یک پیشنهاد قطعی نیست زیرا دستگاه دولتی اختیار رد یا قبول پیشنهادات مناقصه‌گران یا مزایده‌گران را در آگهی شرط می‌کند، اوصاف قاطعیت و کمال را ندارد و نمی‌تواند ایجاب محسوب شود. بنابراین، بیش‌تر از درخواست ایجاب نیست. پیشنهاد قیمت هم نمی‌تواند ایجاب باشد، زیرا ماده‌ی ۲۷ آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی و ماده‌ی ۲۱ قانون برگزاری مناقصات، امضای قرارداد را به منزله‌ی انعقاد قرارداد دانسته است و قبل از آن، حتی در صورت اعلام برنده از جانب اداره، معامله را منعقد شده نمی‌دانند؛ بنابراین، زمان امضای قرارداد، زمان انعقاد آن محسوب می‌شود و قبل از آن هر یک از طرفین می‌تواند از انعقاد قرارداد امتناع نماید. فی‌الواقع، قبل از آن، توافقات طرفین، اعتبار قرارداد اصلی را ندارند. بنابراین، اگر ابتدائاً نماینده‌ی دستگاه اداری قرارداد را امضاء نماید عمل او ایجاب و امضای برنده‌ی مناقصه یا مزایده قبول است؛ قضیه‌ای که عکس آن نیز صادق است.

فهرست منابع

فارسی

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۷)، شرح و تفسیر قانون برگزاری مناقصات، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۰)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة.
- انصاری، ولی الله (۱۳۸۰)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ دوم، تهران، نشر حقوقدان.
- حسینی، سید محمدرضا (۱۳۷۹)، قانون مدنی در رویه قضائی، چاپ اول، تهران، نشر مجد.
- خرم آبادی، عبدالصمد (۱۳۷۲)، ماهیت قراردادهای اداری در حقوق ایران، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ ششم، تهران، نشر مجد.
- طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، نشر سمت.
- علوی، ابوذر، طاهری فر، محمدرضا (۱۳۸۹)، مزایده، چاپ اول، تهران، نشر نگاه بینه.
- عیدی زاده، محمدحسین (۱۳۸۷)، شرحی بر قانون برگزاری مناقصات، چاپ دوم، تهران، نشر خرسندی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، نظریه‌ی عمومی تعهدات، چاپ دوم، تهران، نشر یلدا.
- _____ (۱۳۸۴)، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کارخیران، محمد حسین (۱۳۹۲)، کامل ترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نشر راه نوین.

عربی

- التستری، شیخ اسدالله (بی تا)، مقابسات الانوار، جلد دوم، قم، مؤسسه‌ی آل اهل بیت.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰)، مکاسب، جلد سوم و چهارم، بیروت، چاپ مؤسسه نعمان.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷)، العناوین، جلد دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- الحلی، حسن ابن یوسف (بی تا) تذکره الفقهاء، جلد اول، المكتبة الرضویة لاجیاء الآثار الجعفریة.

- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۷۸)، *حاشیه المکاسب*، جلد اول، قم، نشر مؤسسه‌ی اسماعیلیان.
- العاملی، زین‌الدین ابن علی (بی‌تا)، *مسالك الافهام*، جلد پنجم و هفتم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- _____ (۱۴۱۰)، *روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد سوم، چاپ اول، قم، نشر کتاب‌فروشی داوری.
- العاملی، محمد ابن مکی (بی‌تا)، *القواعد والفوائد*، جلد اول، قم، نشر مکتبه المفید.
- العلامه ابن منظور (۱۴۰۵)، *لسان العرب*، جلد دهم، چاپ اول، بیروت، نشر داراحیاء التراث العربی.
- الکرکی، شیخ علی ابن الحسین (۱۴۰۸)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد هشتم، بیروت، مؤسسه‌ی آل‌البت لاحیاء التراث.
- الموسوی الخمینی، روح‌الله (۱۳۹۰)، *تحریر الوسیله*، جلد دوم، چاپ دوم، نجف، نشر مطبع الآداب.
- نجفی، شیخ محمد حسین (۱۴۱۲)، *جواهر الکلام فی شرایع الاسلام*، جلد بیست و نهم، چاپ اول، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

لاتین

- Adams and Browns Word, John, N Roger (2004), *Understanding Contract Law*, Fourth Edition, London: by Sweet & Maxwell Limited.
- Anson, V (1975), *Anson law of contract*, UK, 24^{ed}, Oxford, Oxford University Press.
- Bastiat, Frederic (2001), *the Law*, third Publishing. United States of America, Foundation for Economic & Education.
- Benacchio, Pasa, Gian Antonio and Barbara (2005), *A Common Law for Europe*, First Published, Central European University Press.
- Catherine, Mitchell (2007), *Interpretation of Contracts*, First Published, London: Cavendish Publishing.
- Chatham, Kent (2004), *Contract Law*, London: Cavendish publishing limited, Fourth Edition.
- Cheshire, Fifoot and Furmstons, (2012), *Law of Contract*, Sixteenth^{ed}, London, by M, P, Furmston.
- Hamburger, Philip (2008), *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press.
- Kessler and Kronman and Gilmore, Friedrich and Anthony and Grant (1986), *Contracts: Cases and Materials*, Casebook by Giant of Contract Law,

- Third Edition, New York: Aspen Publishers,
- Macmillan and Stone, Catharine and Richard (2004), *Element of the Law of Contract*, England, Published by University of London.
 - Ruff, Anne (2005), *Contract Law*, Fourth edition, London: by Sweet & Maxwell,
 - Sefton –Green, Ruth (2005), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract law*, First Published, United States of America, Cambridge university Press,
 - Smith, Sir John (2004), *A Casebook on Contract*, Tenth edition, London: Published by sweet & Maxwell limited,
 - Stone, Richard, (2002), *the modern law of contract*, fifth published, London: Cavendish Publishing.

