

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۸۵، زمستان ۱۳۹۶، ۲۴۸-۲۲۵

## قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در مقررات سازمان تجارت جهانی نسبت به قانون برگزاری مناقصات

راحله سیدمرتضی حسینی\*

حمید باقرزاده\*\*

پذیرش: ۹۶/۴/۱۲

دریافت: ۹۵/۱۰/۱۸

قانون برگزاری مناقصات / گات / گاتس / موافقت‌نامه خرید دولتی / مناقصه‌گران خارجی

### چکیده

در نظام قانونی ایران، به موجب قانون برگزاری مناقصات و آئین نامه‌های اجرایی مربوطه، چه هنگام انتخاب متعاقد و چه در مقام ارزیابی کیفی و تهیه لیست بلند و کوتاه مقررات متعددی ناظر بر ترجیح مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی وجود دارد. در وضعیت فعلی که ایران در مسیر الحاق به سازمان تجارت جهانی است، باید درخصوص موافقت‌نامه‌های گات، گاتس و خرید دولتی مذاقه شود، زیرا در صورت الحاق ایران به سازمان مذکور، حسب مقررات سازمان تجارت جهانی و نیز رویه‌های عملی در مراجع حل اختلاف بین‌المللی، هرگونه رفتار تبعیض آمیزی برای کشورهای عضو منع شده است. حسب موافقت‌نامه خرید دولتی استثنائاتی شناسائی شده که عمدتاً ناظر بر اهداف حاکمیتی است، درحالی که در نظام قانونی ایران، صرف نظر از این که هدف از خرید چیست، به‌دستگاه متقاضی خرید توجه شده و در نتیجه، دستگاه‌های متولی امر بازرگانی و نیز

\*. استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران  
Rahilhosseiny@gmail.com

\*\* دکتراى حقوق خصوصى، مدرس دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری  
Baqerzade\_hamid@yahoo.com  
راحله سید مرتضی حسینی، نویسنده مسئول.

دستگاه‌های غیرحاکمیتی، مشمول مقررات مناقصات شده‌اند. به همین منظور و با تأکید بر رویه الحاق کشور چین، هرچند در کوتاه‌مدت و به منظور اهداف توسعه‌ای امکان موقت عدم اجرای برخی از تعهدات وجود دارد، ولی لازم است یا ایران به موافقت‌نامه خرید دولتی ملحق نشود و یا اصلاحاتی در قانون برگزاری مناقصات انجام گیرد که الحاق ایران به موافقت‌نامه مذکور زمینه‌ساز رشد اقتصادی کشور شود.

**طبقه‌بندی JEL: K2, M14, F13, H41**



## مقدمه

به منظور پیوستن به سازمان تجارت جهانی که ایران نیز در مسیر الحاق به آن قرار دارد، یکی از موضوعات مهم، شناسایی ظرفیت‌های ملی در تأمین کالا و خدمات است. باید توجه داشت که به همان اندازه که عضویت در سازمان تجارت جهانی می‌تواند زمینه‌ساز رشد اقتصادی و تأمین رفاه برای کشور شود، می‌تواند مشکلات اساسی‌ای نیز برای اقتصاد کشور ایجاد کند. یکی از مهم‌ترین توصیه‌های سیاستی در بررسی روند الحاق چین، ویتنام، اوکراین و روسیه به سازمان تجارت جهانی، اعمال اصل عدم تبعیض خصوصاً در بُعد اصل رفتار ملی و تطبیق قوانین و مقررات داخلی است<sup>۱</sup>. چین در فرآیند الحاق خود ناچار به حذف موارد تبعیض‌آمیز و اعمال عدم تبعیض در مقررات داخلی‌اش گردید، به نحوی که از مهم‌ترین موضوعات مورد بحث در مذاکرات میان چین و ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا و در مذاکرات چندجانبه و گزارش گروه کاری، تطبیق قوانین و مقررات داخلی این کشور با مقررات و اصول سازمان و ارزیابی رژیم تجاری حاکم در این کشور بود<sup>۲</sup>. در نتیجه، به‌عنوان یک الزام عملی، دولت ایران نیز در فرآیند الحاق باید ضمن شناسایی اهداف، اصول و مقررات سازمان تجارت جهانی، در راستای تطبیق مقررات داخلی خود با این اصول و قواعد گام بردارد.

از مهم‌ترین اهداف سازمان تجارت جهانی که در زمره اصول اساسی سازمان نیز قرار دارد، رفع تبعیض در مراودات تجاری است. این اصل در مقدمه موافقت‌نامه تأسیس سازمان تجارت جهانی تصریح شده و در دیگر موافقت‌نامه‌های مهم سازمان از جمله موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) مصوب ۱۹۴۷ و موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات (گاتس) مصوب ۱۹۹۵ (که منظور نظر نوشتار حاضر است) نیز مورد تأکید واقع شده است. اصل عدم تبعیض در مقررات سازمان تجارت جهانی در قالب اصل رفتار ملی و اصل

۱. رحیمی و مبارک (۱۳۸۸)؛ ۱۸.

2. Bhattasali & Martin (2004); pp.24-29.

دولت چین در پروتکل الحاق خود تعهدات اضافی را برای ورود تدریجی این دو اصل در مقررات تجاری خود پذیرفته است. تعهد به حذف رویه‌های مربوط به قیمت‌گذاری دوگانه و حذف تدریجی بیشتر محدودیت‌های پیش‌روی فعالیت‌های وارداتی، صادراتی و تجاری بنگاه‌های خارجی در یک دوره سه‌ساله را می‌توان مهم‌ترین این تعهدات اضافی دانست. به موجب این تعهدات تمام بنگاه‌ها حتی آن‌هایی که در چین سرمایه‌گذاری نکرده یا به ثبت نرسیده‌اند، مشمول رفتاری مشابه بنگاه‌های چین قرار خواهند گرفت. برگرفته از: <http://www.bashgah.net/fa/>

دولت کامله‌الوداد است که در این نوشتار، اصل عدم تبعیض به تعبیر رفتار ملی مطالعه می‌شود؛ به این معنا که میان تأمین‌کنندگان و عرضه‌کنندگان داخلی و خارجی کالا و خدمات نباید تبعیضی اعمال شود در غیر این صورت<sup>۱</sup> وضع قوانینی که به اتباع داخلی در این حوزه اولویت دهد نقض اصل رفتار ملی تلقی خواهد شد.

در واقع مطابق این اصل، هرگونه رفتار در قبال یک تولید یا محصول داخلی از سوی یک دولت باید نسبت به یک تولید و محصول خارجی که وارد بازار داخلی کشورهای عضو می‌شود نیز اتخاذ شود، لذا مهم‌ترین دستاورد اصل رفتار ملی، ایجاد فرصت برابر رقابتی میان کالاها و خدمات داخلی و وارداتی است.<sup>۲</sup> این مسأله در خریدهای دولتی که در چارچوب قانون برگزاری مناقصات به‌عنوان قانون حاکم بر خرید کالا و خدمات دولتی صورت می‌پذیرد، مورد بی‌توجهی قرار گرفته است، زیرا بر مبنای بند «د» ماده (۲۰) قانون مذکور: «در مناقصات بین‌المللی، مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی ارجحیت دارند و نحوه ترجیح مناقصه‌گران داخلی در اسناد مناقصه قید خواهد شد.» البته در سایر مقررات راجع به مناقصات از جمله ماده (۱۵) آیین‌نامه اجرایی بند «ج» ماده (۱۲) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۶) قانون برگزاری مناقصات نیز به تشریفات و نحوه ترجیح مناقصه‌گران داخلی از خارجی در فرآیند ارزیابی کیفی و نیز تهیه فهرست مناقصه‌گران تصریح شده است. با این توضیح که تشریفات مذکور در طول یکدیگرند و ممکن است در شرایط مساوی، پیشنهاد مناقصه‌گر ایرانی با ۶۰ درصد قیمت تراز شده بالاتر مورد قبول واقع شود. درحالی که همین مقرر بر خلاف اراده مقنن در بند «الف» ماده (۲) قانون برگزاری مناقصات در خرید کالا و خدمات به کمترین قیمت متناسب است. با این مختصر اگر توجیه حمایت از تولیدکنندگان داخلی در فرآیند مناقصات و نص ماده (۲۰) همان قانون درباره ترجیح مناقصه‌گران داخلی بر مناقصه‌گران خارجی مورد قبول واقع شود، در این امر که این عمل برخلاف اصل رفتار ملی به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر مناقصات است تردیدی نخواهد بود.<sup>۳</sup>

آنچه مسلم است تصریح به ترجیح مناقصه‌گران داخلی به خارجی در این قانون و

1. Lavers (2010); 7.

۲. راشدی و سواری (۱۳۹۳)؛ ۶۱.

۳. باقرزاده (۱۳۹۲)؛ صص ۱۵۸-۱۵۶.

آیین‌نامه‌های مربوطه علاوه بر نقض اصل رفتار ملی به منزله نقض تعهد به شفاف‌سازی و اثبات حسن نیت دولت ایران نیز می‌باشد. بر این اساس، بررسی شمول اصل رفتار ملی نسبت به قانون مناقصات به‌عنوان ضرورتی مهم متبلور می‌شود؛ زیرا در پرتو نتیجه حاصل از آن و ضمن شناسایی حیطه تعهد رفتار ملی، این سؤال مطرح است که آیا در پرتو مقررات سازمان تجارت جهانی می‌توان تعهدی الزام‌آور به دولت ایران در این‌باره تحمیل کرد؟ سؤالی که پاسخ به آن، علاوه بر بررسی جایگاه و آثار رفتار ملی، مطالعه قلمرو شمول قانون مناقصات به‌عنوان قانون حاکم بر فرآیند خریدهای دولتی را نیز ضروری می‌کند. از این منظر، موافقت‌نامه خرید دولتی مصوب ۱۹۹۴ با اصلاحات ۲۰۱۲ (که یکی از موافقت‌نامه‌های مندرج در ضمیمه چهارم سند نهایی دور اروگوئه است که فرآیند معاملات دولتی را تبیین می‌کند) سندی مهمی است که باید در بررسی شمول اصل رفتار ملی نسبت به قانون مناقصات مورد مذاقه واقع شود.

بدین ترتیب، سؤال اصلی که نوشتار حاضر درصدد پاسخگویی به آن است، قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در هریک از موافقت‌نامه‌های گات، گاتس و موافقت‌نامه خرید دولتی نسبت به قانون مناقصات است. در این رابطه، سؤال دیگری که به آن پاسخ داده خواهد شد این است که آیا اعمال این اصل نسبت به قانون مناقصات، نتایج یکسانی در تحمیل تعهد به رفتار ملی در پرتو هریک از موافقت‌نامه‌های فوق برجای خواهد گذاشت یا خیر؟

## ۱. اصل رفتار ملی در موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) و قابلیت اعمال آن نسبت به قانون مناقصات

اصل رفتار ملی در تجارت کالا در ماده (۳) موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) مصوب ۱۹۴۷ تصریح شده است. این اصل در تجارت کالا به معنی ممنوعیت تبعیض میان محصولات داخلی و محصولات وارداتی مشابه است که ماحصل آن ایجاد فضای رقابتی سالم و تمهید فرصت برابر برای تمام عرضه‌کنندگان کالا است.<sup>۱</sup> در گزارش هیأت رسیدگی گات در قضیه US – Superfund، شمول این اصل به کالاهای مشابه، محدود و کالاهای

1. Kamperman (2014); 34.

غیرمشابه از شمول اصل خارج شد؛ یعنی کالاهایی که در صورت ایجاد فرصت برابر در دسترسی به بازار با هم قابل رقابت باشند<sup>۱</sup>.

قلمرو تعهد رفتار ملی بر مبنای بند (۴) ماده (۳) گات ناظر بر کلیه قوانین، مقررات و الزامات مؤثر بر فروش داخلی، ارائه برای فروش، خرید، حمل و نقل، توزیع یا استفاده در رابطه با محصولات وارداتی از قلمرو هریک از متعاهدین به قلمرو هر طرف دیگر می‌باشد. در این رابطه دولت‌های متعاهد موظفند در قبال محصولات خارجی، رفتاری یکسان با محصولات داخلی مشابه را در پیش بگیرند.

مطابق گزارش رکن حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی در قضیه US—FSC عبارت «تمام قوانین، مقررات و الزامات مؤثر» در این بند حاکی از آن است که اصل رفتار ملی علاوه بر وضع مالیات، درباره وضع قوانین نیز قابل اعمال خواهد بود و نیز لازم نیست که این قوانین حتماً از سوی دولت صادر شده باشند، لذا تمام قوانین، مقررات و الزامات مؤثر صادره از سوی اشخاص خصوصی نیز در صورت انتساب به دولت، مشمول این بند می‌شود<sup>۲</sup>. قلمرو تفسیر نیز مشمول مقرراتی خواهد بود که ناظر بر بورس اوراق بهادار بوده و یا ضمن تعیین ضوابط کلی موضوع قانون تجارت و یا آیین‌نامه‌هایی است که در نهایت بخش خصوصی را مکلف به تبعیت از مقررات می‌کند، مضافاً این که، هیأت رسیدگی گات و رکن حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی هر دو معتقدند ماده (۳) گات نه تنها شامل تبعیض بالفعل است، بلکه تبعیض بالقوه را نیز در بر می‌گیرد<sup>۳</sup>. قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در گات نسبت به قانون مناقصات از دو منظر استثنای پذیری اصل رفتار ملی و خروج موضوع خریدهای دولتی، قابل بررسی است.

### ۱-۱. استثناء پذیری اصل رفتار ملی

ماده (۲۰) موافقت‌نامه گات در برگیرنده استثنائاتی کلی است که نسبت به قواعد عام گات اعمال می‌شود. این استثنائات که تنوع گوناگونی دارند، عبارتند از تدابیر ضروری برای حمایت از اخلاق عمومی، حفاظت از بهداشت و حیات اشخاص، جانوران و گیاهان،

1. GATT (2005); 6754.

2. Panel Report on US—FSC (Foreign Sales Corporations), (2006); § 10.376. Bilock, Howse (2015); 155.

3. Grossman, Mavroidis (2012); 45.

ورود و صدور طلا و نقره، حمایت از علائم و حقوق مؤلفان، محصولات ساخته شده در زندان، حفاظت از خزانه‌های ملی دارای ارزش هنری، تاریخی یا باستانشناسی، حفاظت از منابع طبیعی تجدیدنپذیر، اجرای تعهدات قراردادی برای یک کالای اساسی و محدودیت صدور مواد اولیه و ذخیره بین‌المللی محصولات کیمیا. در این باره نباید هیچ ماده و عبارتی به گونه‌ای تفسیر شود که مانع اجرای این اقدامات توسط دولت‌ها گردد.

این استثنائات مشروط به رعایت شرایط مندرج در مقدمه ماده (۲۰) هستند؛ به این معنا که این اقدامات باید به شیوه‌ای اعمال شوند که به تبعیض غیرقابل توجیه میان کشورهای با شرایط یکسان و نیز به محدودیت در تجارت بین‌الملل منجر نشوند.

بر مبنای گزارش رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، ماده (۲۰) گات دربرگیرنده استثنائات محدود و مشروط است. محدود به این معنا که این استثنائات حصری بوده و نمی‌توان موارد دیگری به آن افزود. مشروط نیز حاکی از آن است که استناد به استثنائات فوق منوط به رعایت شرایط مقرر در ماده (۲۰) و مقدمه آن بوده و چون دربرگیرنده قواعد موجد تعهد نیست، لذا باید به تفسیر مضیق از آن اکتفاء کرد<sup>۱</sup>.

عدم رعایت الزامات برگزاری مناقصات از جمله اصل رفتار ملی در خریدهای دولتی، زمینه‌ساز طرح دعاوی مختلفی در هیأت رسیدگی گات و مرجع حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی شده است. در دعوی ترندهم<sup>۲</sup> که از سوی دولت امریکا علیه دولت نروژ در هیأت رسیدگی گات در سال ۱۹۹۲ مطرح شد، دولت امریکا با اعتراض به مناقصه تک‌گزینه‌ای برگزار شده از سوی اداره راه‌های عمومی نروژ در رابطه با قرارداد تجهیزات ایجاد عوارض الکترونیکی در اطراف شهر ترندهم و اعلام برنده شدن شرکت نروژی ترندهم در این مناقصه، عنوان کرد دولت نروژ با اتخاذ رفتاری نابرابر میان مناقصه‌گران داخلی و خارجی، تعهدات خود بر مبنای بند (۱) ماده (۲) موافقت‌نامه دور توکیو را نقض کرده است. به موجب این بند، در رابطه با تأمین‌کنندگان و تولیدکنندگان خارجی، دولت‌ها متعهد به اتخاذ رفتاری هستند که نامطلوب‌تر از رفتار اتخاذ شده نسبت به تأمین‌کنندگان و تولیدکنندگان داخلی نباشد<sup>۳</sup>. هیأت پس از رسیدگی به دلایل طرفین به این نتیجه رسید که

1. Power (2001); 128.

2. Trendhim.

3. GATT Panel Report, Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim, GPR.DS2/R (May 13, 1992).

دولت نروژ نتوانسته دلایل قانع کننده‌ای برای برگزاری مناقصه به صورت غیر رقابتی و برنده ساختن شرکت نروژی ارائه دهد و بر این اساس شق «ه» از بند (۱۵) ماده (۵) موافقت‌نامه دور توکیو در خصوص شرایط برگزاری مناقصات تک گزینه‌ای را نقض کرده است. هیأت تأکید کرد بند (۱۵) ماده (۵) موافقت‌نامه دور توکیو در برگیرنده شرط استثنائی است لذا باید به صورت مضیق تفسیر شود. در واقع، نقض مقررات بند (۱۵) ماده (۵) از سوی دولت نروژ به منظور اتخاذ رفتاری مطلوب‌تر نسبت به مناقصه‌گران داخلی و ترجیح آن‌ها به مناقصه‌گران خارجی نقض اصل رفتار ملی را به همراه خواهد داشت.<sup>۱</sup>

با عنایت به مراتب فوق می‌توان گفت اصل رفتار ملی در چارچوب گات، استثنای پذیر نبوده و استناد به استثنائات مندرج در گات به منظور توجیه نقض اصل رفتار ملی در قانون مناقصات، رهیافت مناسبی به نظر نمی‌رسد.

#### ۲-۱. خروج موضوعی خریدهای دولتی از شمول موافقت‌نامه گات

در زمان مذاکرات گات، در رابطه با خروج خریدهای دولتی از شمول تعهد رفتار ملی، میان نمایندگان دولت‌ها به جهات سیاسی و اقتصادی اجماع وجود داشت. البته اختلاف نظرهایی هم وجود داشت برای مثال در برابر برخی از دولت‌ها مثل فرانسه و انگلیس که کلیه خریدهای دولتی را از شمول اصل رفتار ملی خارج می‌دانستند<sup>۲</sup>، برخی از دولت‌ها همانند کوبا تنها خواهان خروج برخی از خریدهای دولتی از جمله خریدهای نظامی بودند.<sup>۳</sup> در نهایت بر اساس شق «الف» بند (۸) ماده (۳) گات، تمام خریدهای دولتی از شمول تعهد رفتار ملی خارج شده است مشروط بر آن که خریدهای دولتی به منظور فروش مجدد کالا یا استفاده در محصولات دیگر جهت فروش تجاری نباشند. دلیل مستثنی ساختن خریدهای دولتی از اصل رفتار ملی را می‌توان در شناسایی نقش تدارکات دولتی در سیاست‌های ملی یک دولت از سوی سازمان تجارت جهانی دانست؛ چرا که ممکن است خرید دولتی یک ابزار سیاسی، اقتصادی برای توسعه سیاست ملی یک دولت باشد.<sup>۴</sup>

1. The Trondheim Report, op.cit, 4.5.

2. The Lengthy Discussions Reflected in E/PC/T/C.II/PRO/PV/7. The UK and French delegations made proposals to this effect (see E/P/C.II/11 at p. 1 and E/P/C.II/12, p. 1).

3. (E/P/C.II/15, p.1), in Gene M. Grossman, Henrik Horn and Petros C. Mavroidis, (2012), 16.

4. Newcomb, Andrew, Paradell, Lluís, (2009); 151.



بر این اساس، اصل رفتار ملی در چارچوب گات نسبت به قانون مناقصات نسبت عموم و خصوص من وجه دارد. در قانون برگزاری مناقصات و به موجب بند «ب» ماده (۱) قانون، روش مقنن روش موضوعی نیست به این تشریح که مقنن به این که آیا خرید برای اهداف حاکمیتی لازم و ضروری است یا خیر توجه نداشته و صرفاً آرگان‌هایی را مکلف به تبعیت از قانون برگزاری مناقصات کرده است که اقدام به خرید، تولید و عرضه تجاری کالا می‌کنند؛ درحالی که از منظر گات این استثناء تنها نسبت به قوانین، مقررات یا الزامات حاکم بر تأمین کالا از سوی مؤسسات دولتی و در راستای مقاصد حاکمیتی قابل استناد است<sup>۲</sup> و در همین مختصر انحراف قانون مناقصات ایران از مقررات گات قابل مشاهده است.

## ۲. اصل رفتار ملی در موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات (گاتس) و قابلیت اعمال آن نسبت به قانون مناقصات

بند (۱) ماده (۱۷) موافقت‌نامه گاتس مصوب ۱۹۹۵ به اصل رفتار ملی اختصاص یافته است. براساس این بند، هر دولت عضو در بخش‌هایی که در جدول ذکر شده است و با رعایت شرایط مقرر در آن، رفتاری را در خصوص همه اقدامات مؤثر بر عرضه خدمات توسط اعضای دیگر اتخاذ خواهد کرد که از رفتار فعلی‌اش در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی خود نامطلوب‌تر نباشد.

به موجب بند (۲) این ماده؛ «هر دولت عضو می‌تواند به تعهد رفتار ملی موضوع بند (۱) با اتخاذ رفتاری رسماً مشابه یا متفاوت، نسبت به رفتار متخذه در مورد خدمات یا عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی خود، در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات اتباع

۱. ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات: «ب- قوای سه‌گانه جمهوری اسلامی ایران اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات و شرکتهای دولتی، مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت، بانکها و مؤسسات اعتباری دولتی شرکتهای بیمه دولتی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی (در مواردی که آن بنیادها و نهادها از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند)، مؤسسات عمومی، بنیادها و نهادهای انقلاب اسلامی، شورای نگهبان قانون اساسی و همچنین دستگاه‌ها و واحدهائی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، اعم از این که قانون خاص خود را داشته و یا از قوانین و مقررات عام تبعیت نمایند نظیر وزارت جهاد کشاورزی، شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی صنایع پتروشیمی ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران و شرکتهای تابعه آنها موظفند در برگزاری مناقصه مقررات این قانون را رعایت کنند. تبصره: نیروهای مسلح، تابع مقررات و ضوابط خاص خود بوده و از شمول این قانون مستثنی هستند.»

دیگر دولت‌های عضو عمل نمایند.» البته براساس بند (۳)، «در صورتی که رفتار رسماً مشابه یا رسماً متفاوت متخذ از سوی دولت، شرایط رقابت را به نفع خدمات یا عرضه‌کنندگان خدمات یک عضو در مقایسه با خدمات یا عرضه‌کنندگان خدمات مشابه عضو دیگر تغییر دهد، به‌عنوان رفتار نامطلوب‌تر تلقی خواهد شد.»

موافقت‌نامه گاتس شامل دو دسته اصول می‌باشد، دسته اول شامل تعهدات عمومی است که اصول غیرقابل انعطاف بوده و عدول از این دست تعهدات امکانپذیر نیست و اصل دولت کامل‌الوداد در این دسته قرار دارد. دسته دیگر اصول قابل انعطافی است که از آن به تعهدات اختصاصی یاد می‌شود و اصل رفتار ملی در این گروه قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

در این رابطه برخی حقوقدانان معتقدند<sup>۲</sup> اگرچه ماده (۱۷) گاتس از دولت‌ها می‌خواهد که خود را ملزم به اصل رفتار ملی نمایند، لیکن اجازه داده شده تا تنها موضوعات مرتبط با اصل رفتار ملی که دولت تمایل به حفظ آن دارد را در جدول تعهدات درج کند. بر این اساس، دولت‌ها می‌توانند هر نوع تبعیضی را به نفع تأمین‌کنندگان خدمات داخلی اعمال کنند.<sup>۳</sup> برخی دیگر از حقوقدانان نیز معتقدند که این مسأله به منزله تحدید اصل رفتار ملی نبوده و در واقع به منزله امکان رد این اصل از سوی یک دولت است.

براساس ماده (۲۰) گاتس، اصل رفتار ملی در زمره تعهدات خاصی است که در جدول تعهدات درج می‌شود و این جدول جزو لاینفک گاتس می‌باشد. بنابراین، دولت‌ها برای اولویت‌بخشی به عرضه‌کنندگان داخلی در قوانین خود، باید توجیه قانع‌کننده‌ای ارائه دهند مبنی بر این امر که این قانون می‌تواند به‌عنوان استثنایی بر اصل رفتار ملی محسوب شود.<sup>۴</sup> با عنایت به مطالب فوق، قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در گاتس نسبت به قانون مناقصات در ادامه از چند منظر رفتار ملی، رفتار برابر و خروج موضوعی خریدهای دولتی بررسی می‌شود.

## ۲-۱. رفتار ملی

ماده (۱۴) گاتس که شامل استثنائات کلی است به اعضا این امکان را می‌دهد که برای دفاع

۱. راشدی و سواری (۱۳۹۳)؛ ۶۳.

۲. صادقی، غفاری فارسانی (۱۳۹۰)؛ ۲۲۳.

3. Teksten (2001); 8.

4. Sykes (2000); 3.

۵. گالچر (۱۳۸۷)؛ ۳۰۳-۳۰۲.

از اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی، حیات یا بهداشت انسان، حیوان یا گیاه، جلوگیری از روش‌های متقلبانه، حفظ حریم خصوصی افراد، ایمنی و اجتناب از وضع مالیات مضاعف تدابیری را اتخاذ کنند؛ مشروط بر این که اعمال این اقدامات منجر به تبعیض میان کشورها نشود.

در ماده (۱۴) مکرر نیز تدابیر مربوط به منافع امنیتی، عرضه خدمات مربوط به تأسیسات نظامی، موارد مربوط به مواد قابل شکافتن و گداختن هسته‌ای، اقدامات مربوط به هنگام جنگ یا سایر وضعیت‌های اضطراری و همچنین اقدامات هر یک از اعضا برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی طبق تعهدات متقبل شده براساس منشور ملل متحد از شمول ماده (۱۷) مستثنا شده است.

اگرچه شرایط مندرج در مقدمه ماده (۲۰) گات (تبعیض خودسرانه و غیرقابل توجیه، ایجاد محدودیت پنهان در مقابل تجارت بین‌الملل) در ماده (۱۴) گاتس منعکس نشده، اما در عبارت‌پردازی ماده (۱۴) از ماده (۲۰) گات پیروی شده است. بر این اساس، استثنائات مندرج در ماده (۱۴) گاتس نیز قابل تفسیر مضیق است<sup>۱</sup>.

فارغ از استثنائات مطروحه، اصل رفتار ملی در گاتس از دو جنبه قابل تحدید است؛ نخست برای آن بخش از خدماتی که در جدول تعهدات کشور مورد نظر تعهد به آزادسازی انجام شده است. دوم برای شرایطی که به تعهدات مورد نظر ضمیمه می‌باشد. بر این اساس، اصل رفتار ملی در تأمین خدمات می‌تواند به بخش‌هایی محدود شود که در جدول تعهدات درج شده است<sup>۲</sup>.

باید توجه داشت که محتوای اصل رفتار ملی علاوه بر عرضه کنندگان خدمات، ناظر به خود خدمات ارائه شده نیز می‌شود. بر طبق این اصل دولت‌ها برای رقابت در عرضه خدمات نمی‌توانند برای اتباع داخلی خود وضع مطلوب‌تری را نسبت به اتباع خارجی ایجاد کنند مگر این که در زمان مذاکرات الحاق توانسته باشند رضایت سایر دولت‌های عضو را در این باره را به‌عنوان استثنائی بر اصل رفتار ملی جلب کرده و یا آن را به‌عنوان استثنائی بر اصل رفتار ملی در جدول تعهدات خاص خود (که به گاتس ضمیمه است) درج کرده باشند<sup>۳</sup>.

1. Ryan, Teksten (2001); 1-12.

2. WTO Secretariat Publication Corporate Author, World Trade Organization (2005); 4.

3. Bossche, Zdouc, Werner (2013); 441.

در بررسی تناقض موجود در بند «د» ماده (۲۰) قانون مناقصات ایران با اصل رفتار ملی در گاتس بعید به نظر می‌رسد که بتوان ارجحیت مناقصه‌گران خارجی نسبت به مناقصه‌گران داخلی را به‌عنوان استثنائی بر اصل رفتار ملی در جدول تعهدات خاص دولت ایران مطرح کرد، زیرا هدف اصلی از اصل رفتار ملی، تأمین رقابت منصفانه است<sup>۱</sup> و نمی‌توان چنین استدلال کرد که تصریح به برتری مناقصه‌گران داخلی در قانون مناقصات و آیین‌نامه‌های مربوطه خدشه‌ای به رقابت منصفانه وارد نمی‌کند.

## ۲-۲. رفتار برابر یا نامطلوب‌تر؟

استدلال دیگری که در توجیه تناقض قانون مناقصات ایران با اصل رفتار ملی می‌توان به آن متوسل شد، این است که عبارت رفتار ملی در گاتس لزوماً به معنی رفتار برابر نیست، بلکه به این معنا است که این رفتار نباید نسبت به اتباع خارجی نامطلوب‌تر باشد.

در این رابطه رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی به این نکته تأکید کرده است که بر طبق ماده (۳) گاتس، در تعهد به رفتار ملی، لزوم رفتار یکسان با کالاهای مشابه داخلی مدنظر نبوده و رفتار نامطلوب‌تر ملاک است<sup>۲</sup>.

بر این اساس می‌توان چنین استدلال کرد که ترجیح مناقصه‌گران داخلی برای حمایت از اتباع یک کشور می‌تواند به منزله رفتار نامطلوب‌تر تلقی نشود، درحالی‌که در چارچوب گاتس اصل رفتار ملی به رفتار برابر تعبیر نمی‌شود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در چارچوب قانون برگزاری مناقصات نیز می‌توان از رفتار نامطلوب‌تر سخن گفت؟

در پاسخ به این سؤال باید توجه داشت که هدف اصلی از برگزاری مناقصات ایجاد فضای رقابت سالم و فرصت برابر برای کلیه عرضه‌کنندگان کالا و خدماتی است که از صلاحیت ارائه آن خدمات خاص برخوردارند، بنابراین، تأکید بر رفتار برابر با اهداف مدنظر در برگزاری مناقصه تطابق بیشتر داشته و به نظر می‌رسد دولت میزبان نباید با اعطای امتیاز به بخش داخلی یا تحدید عرضه‌کنندگان خارجی فضای رقابت سالم و برابر را خدشه‌دار کرده و اصل رفتار ملی را نقض کند؛ زیرا بی‌تردید بر مبنای اصول رقابت کسانمی موفق می‌شوند

1. David, Thomas (2009); 24.

2. AB (1996); Para. 21.

که در جایگاه رقابتی بهتری قرار داشته و عملکرد مناسب‌تری داشته باشند<sup>۱</sup>.

## ۲-۳. خروج موضوعی خریدهای دولتی از شمول موافقت‌نامه گاتس

فارغ از مباحث مربوط به امکان یا عدم امکان استناد به استثنائات وارد بر اصل رفتار ملی، قابلیت اعمال این اصل نسبت به قانون مناقصات را می‌توان بر مبنای شق «ب» از بند (۳) ماده (۱) موافقت‌نامه گاتس مدنظر قرار داد.

مطابق این بند، مقررات گاتس درباره تمام خدمات قابل اعمال است به استثنای تأمین خدماتی که اجرای آن در صلاحیت انحصاری دولت قرار دارد، از این منظر، اصل رفتار ملی در چارچوب گاتس صرفاً نسبت به مواردی خواهد بود که مشمول صلاحیت انحصاری دولت نیست و به استناد شق «ج» همان بند، منظور از تأمین خدمات که ارائه آن در اختیار دولت قرار دارد، هر نوع خدماتی است که مبنای تجاری نداشته و یا در حال رقابت با یک یا تعداد بیشتری از تأمین‌کنندگان نیست و به موجب بند (۱) ماده (۱۳) گاتس، این رهیافت در مورد قوانین، مقررات یا الزامات حاکم بر تأمین خدمات توسط مؤسسات دولتی جهت مقاصد دولتی که به منظور فروش مجدد تجاری یا به عرضه خدمات برای فروش تجاری نیست، قابل اعمال نخواهد بود.

با این وصف نیز نسبت قانون مناقصات ایران و مقررات گاتس عموم و خصوص من‌وجه خواهد بود؛ زیرا بسیاری از نهادهای انقلاب اسلامی، مؤسسات تجاری دولتی و شرکت‌های دولتی و از جمله شرکت‌های زیرمجموعه وزارت نفت برای فعالیت‌های تجاری و بازرگانی خود، ناچار به استفاده از مقررات موضوع قانون مناقصات هستند درحالی‌که بنابر تعریف مذکور در شق «ج» بند (۳) ماده (۱) موافقت‌نامه گاتس، موارد مذکور اصولاً از شمول شق «ب» همان بند خروج موضوعی دارند. با این شرح بخش مهمی از خریدهای موضوع قانون مناقصات از شمول موافقت‌نامه گاتس خارج نمی‌شود و در توجیه نقض اصل رفتار ملی در قانون مناقصات، تنها می‌توان به امکان ضعیف درج در جدول تعهدات خاص دولت‌ها امیدوار بود و در آینده نزدیک مقررات مناقصات ایران، باید موانع موجود را حذف کند. البته در خصوص موضوع باید به تجربه قضیه فرودگاه بین‌المللی اینچان کره جنوبی اشاره

۱. صادقی، سلیمان‌زاده (۱۳۹۴): ۵۷.

کرد. در دعوی مذکور، وزارت راه و ترابری و گروه توسعه فرودگاه‌های جدید که تحت نظر این وزارتخانه عمل می‌کرد، در راستای اجرای قانون فرودگاه‌های سئول، ساخت فرودگاه بین‌المللی اینچان را به مدیران فرودگاه واگذار کرد و این رکن، کار را به شرکت فرودگاهی بین‌المللی اینچان واگذار کرده و متعاقباً دولت امریکا ادعا کرد که موافقت‌نامه تدارکات دولتی کلیه اشخاص حقوقی را دربرمی‌گیرد و لذا مقام فرودگاهی کره جنوبی نیز ملزم به رعایت الزامات موافقت‌نامه از جمله اصل رفتار ملی بوده است. دولت کره نیز در مقابل ادعا کرد که به استناد الحاقیه‌های کره جنوبی که به موافقت‌نامه تدارکات دولتی پیوست شده، این مقام از شمول اشخاص حقوقی مشمول خارج شده است. هیأت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی پس از بررسی ادعاهای طرفین به این نتیجه رسید که براساس الحاقیه دولت کره جنوبی، موافقت‌نامه تدارکات دولتی تنها مشمول اشخاص حقوقی دولت مرکزی از جمله سازمان‌های فرعی، سازمان‌های اداری و محلی خاص و سازمان‌هایی می‌گردد که در قانون سازمان‌های دولتی کره جنوبی توصیف شده است و از لحاظ قانون کره جنوبی، مقامات فرودگاهی به منزله سازمان دولتی کره جنوبی نبوده و شخص حقوقی مستقلی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

### ۳. اصل رفتار ملی در موافقت‌نامه خرید دولتی و قابلیت اعمال آن نسبت به قانون مناقصات

علی‌رغم تأکید ماده (۳) گات مبنی بر ضرورت رعایت اصل رفتار ملی در خرید کالاهای داخلی و وارداتی، شق «الف» بند (۸) این ماده، برخی از خریدهای دولتی را تحت شرایطی که در فوق بدان اشاره شد از شمول این ماده خارج کرده است.<sup>۲</sup> شق «ب» در بند (۲) از ماده (۱) موافقت‌نامه گاتس نیز مقررات این موافقت‌نامه درباره تأمین خدماتی که اجرای آن در صلاحیت دولت قرار دارد، قابل اعمال نمی‌داند. همچنین به‌طور خاص براساس بند (۱) ماده (۱۳) گاتس، خریدهای دولتی با هدف غیرتجاری از شمول مقرر مربوط به اصل رفتار ملی خارج شده است.

حال با توجه به این که اصل رفتار ملی تحت شرایطی نسبت به خریدهای دولتی در

1. Anderson and Arrowsmith (2011); 7.

2. Roudilc (2010); 46.

چارچوب گات و گاتس قابل اعمال نیست، سؤالی که مطرح می‌شود این که اصل رفتار ملی در خریدهای دولتی در چارچوب کدام یک از مقررات سازمان تجارت جهانی قابل اعمال است؟

با تصویب «موافقت‌نامه خرید دولتی» در سال ۱۹۹۴ و اصلاحات ۲۰۱۲ آن، دولت‌های عضو متعهد شده‌اند تا در خصوص وضع قوانین و مقررات و فرآیند معاملات دولتی خود شرایط مقرر در این موافقت‌نامه را رعایت کنند.<sup>۱</sup> حسب موافقت‌نامه ۱۹۹۴، از سازمان‌های مندرج در فهرست دولت‌های عضو (که ضمیمه موافقت‌نامه است) خواسته شده تا خریدهای دولتی خود را از طریق مناقصه البته نه به معنای مناقصه عمومی در عرف مصطلح ایران، بلکه به معنی روشی که در آن نظام‌های خرید کالا و خدمات نظام‌مند شده<sup>۲</sup> و در معنای مصطلح قانونی و عرفی ایران حتی مشمول خریدهای فاکتوری، معاملات براساس روش‌های تک‌گزینه‌ای و مذاکره مستقیم نیز می‌شود<sup>۳</sup>، انجام داده و فرصت برابر و منصفانه به خدمات و کالاهای خارجی و عرضه‌کنندگان آن‌ها اعطا شود؛ براساس بند (۱) ماده (۱) موافقت‌نامه، این توافق‌نامه در خصوص کلیه قوانین، مقررات، فرآیندهای معاملاتی و رویه‌های مرتبط با هر نوع تأمین (اعم از کالا و خدمات) و در چارچوب هر روش قراردادی از سوی اشخاص حقوقی مشمول این موافقت‌نامه بوده و در پیوست (۱) قابل اعمال است. در اصلاحات ۲۰۱۲ نیز بر انجام خریدهای دولتی از طریق مناقصه تأکید شده است به‌نحوی که به موجب بند (۱) ماده (۲) موافقت‌نامه اصلاحی، این موافقت‌نامه در رابطه با هر نوع تدارکات دولتی خواه تمام یا بخشی از آن به وسیله ابزارهای الکترونیکی انجام شده یا نشده باشد قابل اعمال است.

در این رابطه بر مبنای شق «الف» بند (۵) ماده (۲۴) موافقت‌نامه ۱۹۹۴ موضوع بند (۲) ماده (۲۲) موافقت‌نامه اصلاحی، هر دولت عضو می‌باید تطابق قوانین و مقررات و رویه‌های اداری خود را با تعهدات مندرج در «موافقت‌نامه خرید» تضمین کند.

اصل عدم تبعیض و اصل رفتار ملی از جمله اصول مندرج در این موافقت‌نامه است که دولت‌های عضو ملزم به رعایت آن در سیاست‌گذاری‌ها و وضع قوانین خود بوده و در واقع

1. Anderson and Arrowsmith (2011); 4.

2. Scott (2011); 87.

هدف از موافقت‌نامه خرید دولتی، تحت شمول قراردادان خریدهای دولتی در چارچوب رقابت بین‌المللی و بر مبنای اصل رفتار ملی و دولت کامله‌الوداد است. بر این اساس، به موجب بند (۵) ماده (۲۲) موافقت‌نامه اصلاحی، هریک از دول عضو متعهدند تا هرگونه تغییر قوانین و مقررات خود در انطباق با این موافقت‌نامه و اجرای چنین قوانین و مقرراتی را به کمیته تدارکات دولتی مندرج در این موافقت‌نامه اطلاع دهند.

چه در مقدمه موافقت‌نامه ۱۹۹۶ و چه در موافقت‌نامه اصلاحی آن در سال ۲۰۱۲، به این مهم تأکید شده است که طرف‌های این موافقت‌نامه اذعان می‌کنند قوانین، مقررات، رویه‌ها و فرآیندهای مرتبط با تدارکات دولتی که در ضمن حمایت از محصولات یا خدمات داخلی و یا تأمین‌کننده داخلی موجبات تبعیض میان محصولات، خدمات و عرضه‌کنندگان خارجی در مقایسه با محصولات، خدمات و عرضه‌کنندگان داخلی را فراهم می‌کنند، نباید تبیین، تصویب و یا اجرا شوند. مواد مختلفی از این موافقت‌نامه به اصل رفتار ملی و یا فحوای این اصل پرداخته است. براساس بند «الف» ماده (۳) این موافقت‌نامه، اعمال هرگونه تبعیض در تأمین کالا و خدمات داخلی و خارجی ممنوع است. دولت‌های عضو باید نسبت به خدمات و کالاهای وارداتی سایر کشورهای عضو همان رفتاری را اتخاذ کنند که نسبت به کالاهای و خدمات داخلی اعمال می‌کنند. همچنین به موجب بند «ب» این ماده، دولت‌های عضو متعهد به اتخاذ رفتاری برابر میان مناقصه‌گران داخلی و خارجی هستند.

در ماده (۸) این موافقت‌نامه ۱۹۹۶ و ماده (۴) موافقت‌نامه اصلاحی به این نکته تأکید شده است که در فرآیند ارزیابی تأمین‌کنندگان، نباید میان تأمین‌کنندگان دولت‌های عضو با یکدیگر و یا تأمین‌کنندگان یک دولت عضو با تأمین‌کننده داخلی تبعیض قائل شد. همچنین به موجب بند «ب» ماده (۸)، شرایط شرکت در مناقصه نباید در خصوص تأمین‌کنندگان خارجی نامطلوب‌تر از تأمین‌کنندگان داخلی باشد.

در برخی مواد دیگر موافقت‌نامه از جمله ماده (۱۰) موافقت‌نامه و ماده (۸) موافقت‌نامه اصلاحی، در خصوص انتخاب فرآیند و ماده (۱۱) و شق «ط» از بند (۲) ماده (۷) موافقت‌نامه اصلاحی درباره محدوده زمانی برای شرکت در مناقصه، بر ضرورت اتخاذ رفتار برابر میان تأمین‌کنندگان داخلی و خارجی تأکید شده است. بر این اساس، دولت‌های عضو در رفتار با مناقصه‌گران سایر دول عضو باید همان رفتاری را اتخاذ کنند که در مورد مناقصه‌گران داخلی اعمال می‌کنند. علاوه بر این، نباید با اتخاذ شیوه‌های تبعیض‌آمیز شرایط مطلوب‌تری



برای مناقصه گران داخلی فراهم کرده و یا از این طریق مناقصه گران خارجی را از فرآیند مناقصه حذف کنند<sup>۱</sup>.

در دعوایی که از سوی دولت امریکا در مرجع حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۰ علیه کره جنوبی مطرح شد، دولت امریکا ادعا کرد دولت کره در تحمیل الزامات مرتبط با مهلت مناقصه، کیفیت کالاها و ضرورت مشارکت شرکت‌های داخلی در مناقصه ساخت فرودگاه بین‌المللی اینچان<sup>۲</sup> کره جنوبی، موجبات رفتاری مطلوب‌تر نسبت به مناقصه گران داخلی در مقایسه با مناقصه گران خارجی را فراهم کرده و لذا، مرتکب نقض مقررات حاکم بر موافقت‌نامه خرید دولتی شده است<sup>۳</sup>.

به این ترتیب، اگرچه اعمال اصل رفتار ملی در خریدهای دولتی به‌عنوان ضرورتی مهم مطرح می‌شود، لیکن در بررسی قابلیت اعمال این اصل نسبت به قانون مناقصات چند مسأله قابل تأمل وجود دارد که در ادامه به بررسی این موارد پرداخته خواهد شد.

### ۱-۳. اختیاری بودن عضویت در موافقت‌نامه خرید دولتی

هرچند موافقت‌نامه خرید دولتی در زمره چهار موافقت‌نامه اختیاری سازمان تجارت جهانی است که الحاق به آن برای اعضا جنبه اختیاری داشته و تمام دولت‌های عضو سازمان تجارت جهانی عضو این موافقت‌نامه نمی‌باشند، لیکن برخی از صاحب‌نظران معتقدند افزایش تعداد اعضای این موافقت‌نامه از ۲۲ عضو در سال ۱۹۹۶ به حدود ۵۰ عضو در سال ۲۰۱۷، حاکی از آن است که این موافقت‌نامه و متن اصلاحی آن نمونه‌سندی موفق و مدرن در رابطه با مذاکرات مربوط به دسترسی به بازار در چارچوب سازمان تجارت جهانی محسوب می‌شود. در این رابطه، تعهدات دسترسی به بازار، شیوه مناسب اعمال اصل رفتار ملی و دولت‌های متداول در دیگر موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی از عوامل موفقیت مذاکرات و حصول توافق به‌منظور تجدید نظر در متن این موافقت‌نامه در سال ۲۰۱۲ محسوب می‌شود<sup>۴</sup>. کشورهایی که بعد از تأسیس سازمان به آن ملحق شده‌اند در سند الحاق

۱. شیروی، (۱۳۸۵)؛ ۶۳.

2. Inchon.

3. Panel Report, Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R (June 19, 2000).

4. Anderson, Müller (2017); 4.

خود متعهد شدند تا مذاکرات الحاق خود به موافقت‌نامه خرید دولتی را در یک مدت زمان معین شروع کرده و به اتمام برسانند<sup>۱</sup>. باید توجه داشت در صورت الحاق به این موافقت‌نامه، کلیه مقررات آن (به موجب بند ۲ ماده ۱ هم در تأمین کالا و هم در تأمین خدمات) نسبت به قانون مناقصات که به تبیین فرآیندهای معاملات دولتی اختصاص یافته قابل اعمال است و براساس شق «الف» بند (۵) ماده (۲۴) موافقت‌نامه و بندهای (۴) و (۵) ماده (۲۲) موافقت‌نامه اصلاحی، دولت‌های پذیرفته‌شده یا ملحق‌شونده به این موافقت‌نامه مکلفند قبل از لازم‌الاجرا شدن این موافقت‌نامه نسبت به آن‌ها، درخصوص انطباق قوانین، مقررات، ضوابط اداری، فرآیندها و رویه‌های اجرایی دستگاه‌های مندرج در فهرست ضمیمه خود با مفاد این موافقت‌نامه اطمینان حاصل کنند و در این راستا قانون نمونه آنسیترال مصوب ۲۰۱۱ به‌عنوان یک سند نمونه از سوی رکن تجارت بین‌الملل سازمان ملل ارائه شده است، لذا در صورت الحاق به این موافقت‌نامه، اصل رفتار ملی نسبت به قانون مناقصات قابل اعمال است، مگر این که براساس خود موافقت‌نامه این تعهد قابل مستثنی شدن باشد.

### ۲-۳. استثنای پذیری اصل رفتار ملی

با عنایت به این که ایران در زمره کشورهای در حال توسعه قرار دارد می‌تواند از معافیت‌ها و رفتار ویژه مندرج در ماده (۵) این موافقت‌نامه نسبت به کشورهای در حال توسعه بهره‌مند شود. در این رابطه براساس بند (۴) این ماده، کشور در حال توسعه می‌تواند از اعمال اصل رفتار ملی نسبت به برخی اشخاص حقوقی، کالاها و خدماتی که مشمول لیست‌های تحت پوشش آن می‌شود، معاف گردند؛ برای نمونه در فرآیند الحاق کشور چین به سازمان تجارت جهانی، طولانی و دشوارترین مذاکرات در رابطه با اعمال اصل عدم تبعیض به معنای رفتار ملی و دولت کامل‌الوداد بود. بر مبنای پروتکل الحاقی چین، حقوق و تعهداتی نیز در این زمینه وجود دارد. در این رابطه دولت چین ضمن اعمال این اصل و تطبیق قوانین خود با این اصول و متقاعد نمودن کشورهای مثل مکزیک و امریکا در اعمال این اصل، حق انحصاری خود برای تجارت محصولات هم‌چون غلات، توتون، انواع سوخت و مواد معدنی را حفظ کرد. همچنین، دولت‌های عضو سازمان در یک دوره زمانی ۱۲ ساله حق

۱. فاتح (۱۳۸۶)؛ ۲۷.

2. Chen, Tang (2005); 3.

خواهند داشت تا اگر واردات محصولات چینی به آسیب به تولیدکنندگان داخلی ایشان منجر شود یا خطر چنین آسیبی وجود داشته باشد به اقدامات حفاظتی و حمایتی موقت توسل جویند<sup>۱</sup>.

شق «الف» بند (۱) ماده (۵) موافقت‌نامه اصلاحی تدارکات دولتی مصوب ۲۰۱۲ عدول از اصل رفتار ملی نسبت به کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه یافته را تحت شرایط خاص پذیرفته و به موجب بند (۴) ماده (۵) موافقت‌نامه اصلاحی، دولت‌های عضو موافقت‌نامه اصلاحی می‌توانند اجرای برخی از تعهدات خاص در این موافقت‌نامه را از سوی دولت‌های در حال توسعه و کمتر توسعه یافته به تأخیر اندازند. در این رابطه به موجب بند (۱) ماده (۵) موافقت‌نامه اصلاحی، دولت‌های عضو متعهدند در مذاکرات الحاق دولت‌های در حال توسعه و یا در خصوص اجرای تعهدات مندرج در این موافقت‌نامه از سوی این دولت‌ها، ملاحظات خاص کشورهای در حال توسعه را در نظر بگیرند.

البته این معافیت نمی‌تواند و شایسته نیست در یک فرآیند رقابتی وارد شود و عملاً فرآیند رقابتی مانند مناقصه را با تصریح بر رفتار تبعیض آمیز در قانون و آیین‌نامه‌های اجرایی آن بی‌محتوا کند؛ برای مثال قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آن‌ها در امر صادرات و اصلاح ماده (۱۰۴) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۱/۶/۶ مجلس شورای اسلامی که در حقیقت بدون شکستن ساختار رقابتی و بدون تبعیض مناقصه، صرفاً تکالیفی برای تقویت بخش خصوصی وضع کرده، رهیافتی است که با مقررره موضوع شق «الف» جزء (۱) ماده (۴) موافقت‌نامه گاتس که برای کشورهای در حال توسعه و برای تقویت بخش خصوصی استثنائاتی قائل شده است، منطبق خواهد بود.

استثنائات وارد بر این اصل از منظر استثنائات کلی وارد بر موافقت‌نامه نیز قابل بررسی است. براساس بند (۱) ماده (۲۳) موافقت‌نامه و بند (۱) ماده (۳) موافقت‌نامه اصلاحی، هیچ‌یک از مقررات این موافقت‌نامه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که مانع از انجام اقدامات لازم از سوی دولت‌ها در راستای منافع امنیتی، تأمین تسلیحات، مهمات جنگی و یا تدارکات لازم برای امنیت یا دفاع ملی گشته و البته براساس بند (۲) مواد فوق‌الذکر، این اقدامات نباید

1. Magariños, Long Yongtu, Sercovich (2002); 25-27.

به تبعیض خودسرانه و ناعادلانه میان کشورها با شرایط مشابه ختم شود. همچنین، هیچ‌یک از مواد موافقت‌نامه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که مانع اتخاذ تدابیر ضروری برای حمایت از اخلاق عمومی، زندگی و امنیت انسان، گیاهان، حیوانات یا سلامت و یا مالکیت معنوی و یا کالاها و خدمات مرتبط با حمایت از اشخاص معلول، نهادهای بشردوستانه و یا کار زندانیان شود. به این ترتیب، به نظر می‌رسد در چارچوب استثنائات کلی وارد بر موافقت‌نامه، اصل رفتار ملی تنها تحت شرایط محدود و بسیار خاص قابل مستثنی شدن باشد.

### جمع‌بندی و ملاحظات

اصل رفتار ملی در عرف بین‌المللی و مقررات سازمان تجارت جهانی بر ضرورت عدم تبعیض میان کالا و خدمات ارایه شده توسط تأمین‌کنندگان داخلی و خارجی تأکید دارد. این اصل یکی از مؤلفه‌های اصل عدم تبعیض در مقررات سازمان تجارت جهانی است که می‌تواند به‌عنوان تعهدی الزام‌آور در چارچوب موافقت‌نامه‌های گات در تأمین کالا، گاتس در تأمین خدمات و موافقت‌نامه خرید دولتی در خرید کالا و خدمات دولتی بر دولت‌ها تحمیل شود.

فارغ از تعهد کلیه دولت‌ها به اصل رفتار ملی در چارچوب موافقت‌نامه‌های فوق، قابلیت اعمال این اصل در پرتو هر یک از آن‌ها متفاوت است؛ زیرا برخلاف گات و گاتس که عضویت در آن برای دولت‌های خواهان الحاق به سازمان تجارت جهانی ضروری است و تعهدات ناشی از آن‌ها به‌عنوان تعهدی الزام‌آور بر دولت‌ها تحمیل می‌شود، دولت‌ها در پذیرش موافقت‌نامه خرید دولتی مختار بوده و می‌توانند با عدم الحاق به این موافقت‌نامه، خود را از شمول تعهدات آن مصون نگه دارند.

علاوه بر این، اصل رفتار ملی در موافقت‌نامه‌های گاتس و علی‌الخصوص گات از حساسیت بیشتری برخوردار است، زیرا گات شامل قواعدی عمومی غیر قابل مذاکره است که در تمام موارد (مگر در شرایط معین) قابل اجرا و اعمال هستند؛ درحالی‌که اقدامات تبعیض‌آمیزی که ناقض تعهد رفتار ملی در گاتس محسوب می‌شوند، در صورت شرایط خاص و در چارچوب استثنائات مندرج در مواد (۲۰) و (۲۱) گاتس از جمله درج در

جدول تعهدات خاص مستثنی می‌شوند<sup>۱</sup>. البته با وجود موضع انعطاف‌پذیرتر گاتس نسبت به اصل رفتار ملی به‌عنوان تعهدی خاص و قابل انعطاف در مقایسه با گات، این شرایط همیشه امکان عدم اعمال این تعهد را فراهم نخواهد کرد.

با توجه به این که مقررات حاکم بر مناقصات ایران از جمله قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه‌های مربوطه مشتمل بر قواعد متعددی در خصوص ترجیح مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی است، اصل رفتار ملی در این حوزه نقض شده و در راستای الحاق به سازمان تجارت جهانی یا باید نسبت به اصلاح مقررات مربوطه اقدام کرد و یا به توجیه قانع‌کننده‌ای مبنی بر عدم شمول این تعهد و یا امکان مستثنی کردن آن در پرتو موافقت‌نامه‌های فوق توسل جست. در این رابطه، توجه به گستره شمول قانون مناقصات نسبت به خریدهای دولتی نکته مهمی است که نباید از آن غافل شد. به موجب شق «ج» از بند (۲) ماده (۱) موافقت‌نامه گاتس برای خروج اصل رفتار ملی در خدمات دولتی تنها خدماتی مدنظر است که مبنای تجاری نداشته و یا براساس رقابت با یک یا تعداد بیشتری از تأمین‌کنندگان نیست. در این رابطه اگرچه اصل رفتار ملی در خریدهای دولتی از شمول گات و گاتس خارج می‌شود، لیکن نمی‌توان تمام خریدهای دولتی را مشمول این رهیافت دانست، زیرا این اصل تنها در موارد تأمین کالا از سوی مؤسسات دولتی با اهداف حاکمیتی قابل اعمال نیست و در خریدهایی که اهداف تجاری در آن مدنظر است، قابل اعمال خواهد بود؛ حال آن که قانون مناقصات ایران نه تنها حاکم بر بخش دولتی و در مقام اعمال حاکمیت است بلکه بر بخش مهمی از بازرگانی دولتی و شبه دولتی نیز حاکم بوده و اعم از استثنای موضوع موافقت‌نامه گاتس است. بنابراین، در صورت شمول اصل رفتار ملی در پرتو موافقت‌نامه‌های گات و گاتس، در توجیه نقض اصل رفتار ملی تنها می‌توان به استثنائات مرتبط با این اصل امیدوار بود که این موارد هم بسیار کلی بوده و در عمده موارد تأمین کالا و خدمات مصداق نمی‌یابد.

در بررسی قابلیت اعمال اصل رفتار ملی در چارچوب موافقت‌نامه خرید دولتی اوضاع کمی متفاوت است، زیرا پیوستن به این موافقت‌نامه برای دولت‌ها الزامی نیست. البته در این رابطه نیز نمی‌توان از این مهم غافل شد که بسیاری از کشورهای متقاضی الحاق متعهد

۱. در این رابطه استثنائات مندرج در مواد ۲۰ و ۲۱ گاتس قابل بحث است.

شده‌اند تا مذاکرات الحاق خود به موافقت‌نامه خرید دولتی را در یک مدت زمان معین شروع کرده و به اتمام برسانند. بر این اساس، در صورت الحاق به موافقت‌نامه، اصل رفتار ملی به‌عنوان تعهدی الزام‌آور به دولت ایران تحمیل خواهد شد. لذا به منظور رفع موانع ناشی از نقض اصل رفتار ملی در قانون مناقصات در راستای الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی، به نظر می‌رسد که بهترین راهکار اصلاح قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه‌های مربوطه با رویکرد اصل رفتار ملی و حذف رویه‌های تبعیض‌آمیز است.



## منابع

- اسکات، گالچر (پاییز و زمستان ۱۳۸۷)؛ «موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی»، مترجم: مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین‌المللی، ش. ۳۹.
- باقرزاده، حمید (۱۳۹۲)؛ حقوق مناقصات: مبانی و ماهیت، میزان، جلد اول.
- راشدی، مهریار و حسن سواری (پاییز ۱۳۹۳)؛ «ماهیت و قلمرو تعهد رفتار ملی در چارچوب موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هشتم، ش. ۸۷.
- رحیمی، بدر و اصغر مبارک (بهمن و اسفند ۱۳۸۸)؛ «بررسی تجربیات کشورهای منتخب در فرآیند الحاق به سازمان تجارت جهانی»، بررسی‌های بازرگانی، ش. ۳۹.
- شیروی، عبدالحسین (پاییز ۱۳۸۵)؛ «مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت‌نامه ناظر بر خریدهای دولتی در سازمان تجارت جهانی»؛ فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، ش. ۳.
- صادقی، محسن و سمیرا سلیمان‌زاده (بهار ۱۳۹۴)؛ «جایگاه اصل رفتار ملی در مقررات ایران و سازمان جهانی تجارت در حوزه مقررات بازار اوراق بهادار»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۱۹، ش. ۱.
- صادقی، محسن و بهنام غفاری فارسانی (۱۳۹۰)؛ «مغایرت‌های مقررات حمل‌ونقل ریلی با اصول سازمان تجارت جهانی»، فصلنامه حقوق، ش. ۴۰، دوره ۳.
- فاتح، علی (پاییز و زمستان ۱۳۸۶)؛ «ارزیابی قوانین و مقررات ایران در زمینه معاملات دولتی در پرتو موافقت‌نامه تدارکات دولتی سازمان تجارت جهانی»، فصلنامه پژوهش‌های تجارت جهانی، ش. ۶ و ۷.
- AB, (20 May 1996); United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS 2/AB/R.
- Aggi, Kamal and Sara Nesse (2008); "National Treatment at the WTO: The Roles of Product and Country Heterogeneity", *International Economic Review*, vol. 49, no. 4.
- Anderson, Robert D. and Anna Caroline Müller (2017); *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (Gpa): Key Design Features and Significance for Global Trade and Developmen*, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division.
- Anselm, Kamperman Sanders (2014); *The Principle of National Treatment in International Economic Law*, European Intellectual Property Institutes Network series.
- Anthony Lavers (2010); *Public Procurement Law*, King's College London.
- Bhattachali, Deepak, Li, Shantong and William J. Martin (2004); *China and the WTO: Accession, Policy Reform, and Poverty Reduction Strategies* (Trade and Development), World Bank, Washington DC.
- Carlos A. Magariños, Long Yongtu and Francisco C. Sercovich (2002); *China in the WTO: The Birth of a New Catching-Up Strategy*, springer.
- David Thomas (2009); "Contract Challenge Tender Awards with Notable Success", *Construction Law Review*, vol.4, no.2.
- Directive of The European Parliament and the Council on Public Procurement, 2014/24/

- EU and Repealing Directive 2004/18/EC, (2014), *Official Journal of the European Union*, L 94/65.
- GATT Panel Report, Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim, GPR.DS2/R (May 13, 1992).
- GATT Panel Report on US – Superfund, in *WTO Dispute Settlement Reports*, (2005), vol. xiii, Cambridge University Press.
- Gene M. Grossman, Henrik Horn and Petros C. Mavroidis (2012); *The Legal and Economic Principles of World Trade Law: National Treatment*, Research Institute of Industrial Economics, Stockholm, Sweden.
- Government Procurement Law and Policy (2010); *The Law Library of Congress*, Global Legal Research Center.
- Hilf, Power (2001); “Rules and Principles Which Orientation for WTO/GATT Law?”, *Journal of International Economic Law*, vol.4, issue 1.
- JG. Chen and KW. Tang (2005); “Construction Project Tendering in China”, *Hong Kong Surveyor*, vol. 16.
- Michael, Tre Bilock, Robert, Howse and Eliason Antonia (2015); *The Regulation of International Trade*, Fourth Edition, London and New York, Routledge Taylor&Francis Group.
- Newcomb, Andrew and Lluís Paradell (2009); *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*, Netherland, Kluwer Law International.
- Panel Report of WTO, Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R (June 19, 2000).
- Panael Report on US—FSC (Foreign Sales Corporations), 2006.
- Philip Scott (2011); “Principles of Tendering and Contracting”, *Journal of Supply Chain Management*, vol.47.
- Ryan, Teksten (2001); A Comparative Analysis of Gats and Gatt: A Trade in Services Departure From GATT’s MFN Principle and The Affect on National Treatment and Market Access, Legal and Institutional Aspects of International Trade.
- Sue, Arrowsmith, Robert D., Anderson (2011); *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press.
- Sykes, Alan O. (2001); “Efficient Protection”, Through WTO Rulemaking. Available at: <http://www.ksg.harvard.edu/cbg/trade/sykes.htm>
- UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011). Available at: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.htm](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.htm)
- Van den, Bossche and Peter Zdouc Werner (2013); *The Law and Policy of The World Trade Organization, Text, Cases and Materials*, Cambridge, 3rd Edition.
- Yong-Shik (2016); *Reclaiming Development In The World Trading System*, Cambridge University Press.
- World Trade Organization (Author) (2005); *A Handbook on the GATS Agreement: A WTO Secretariat Publication Corporate*, Cambridge University Press.