

تبیین فقهی و حقوقی ایجاب و قبول در مناقصات و مزایدات دولتی^۱

علمی - پژوهشی

سمیرا سادات دولت آبادی*

محسن ولایتی**

علیرضا پور اسماعیلی***

چکیده

قراردادهای دولتی به لحاظ حجم و ارزش بالا مورد توجه فعالان اقتصادی و تجار بخش خصوصی است. قراردادهای دولتی همانند دیگر قراردادها باید دارای شرایط اساسی صحت معاملات باشد. افزون بر این، ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی شرط دیگری را برای انعقاد معاملات دولتی مقرر کرده است که براساس آن انجام معاملات دولتی باید از طریق مناقصه و مزایده باشد و ضوابط مزایده و مناقصه نیز در قانون محاسبات عمومی و سایر مقرراتی که برای دستگاه‌های دولتی خاص وضع شده، آمده است. با وجود این، قانون‌گذار درباره نقش برخی شرایط در تشکیل و انعقاد قراردادهای دولتی ساکت است. همین امر موجب شده، که ماهیت قراردادهای دولتی با ابهام مواجه شود؛ از جمله این که با توجه به قواعد عمومی قراردادها و قواعد خاص مندرج در مقررات مخصوص

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۰۲/۱۳) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۹/۱۱/۱۸)

*. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران
samira.dowlat@gmail.com

** استاد یار، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد سبزوار، دانشگاه آزاد اسلامی، سبزوار، ایران. (نویسنده مسؤول)
Mohsen.Velayati@iaus.ac.ir

*** دانشیار. دکترای حقوق خصوصی، گروه حقوق. دانشکده‌ی الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری. سبزوار،

ایران

a.pouresmaeili@hsu.ac.ir

معاملات دولتی، ایجاب در قراردادهای دولتی چه هنگامی صادر می‌گردد و در نتیجه، زمان انعقاد قرارداد چگونه خواهد بود؟ تعیین دقیق زمان صدور ایجاب و زمان انعقاد قرارداد با توجه به حجم وسیع معاملات دولتی و حفظ حقوق طرفین قرارداد، بسیار حائز اهمیت خواهد بود. نتایج این تحقیق بیانگر این است که از زمان شروع تشریفات مناقصه و مزایده تا امضای قرارداد، سه مرحله طی می‌شود. انتشار آگهی مناقصه و مزایده، پیشنهاد قیمت از جانب مناقصه‌گران و مزایده‌گران و در نهایت امضای قرارداد. به نظر می‌رسد، فراخوان مناقصه نه ایجاب است و نه عقد بلکه دعوت برای انجام معامله است و در نتیجه، پیشنهاد قیمت مناقصه‌گران در برابر فراخوان مناقصه، ایجاب است. بنابراین با تعیین برنده و انعقاد قرارداد، قراردادهای دولتی منعقد می‌شود.

کلیدواژه‌ها: ایجاب، قبول، قرارداد تشریفاتی، قراردادهای دولتی، مزایده، مناقصه.

۱. مقدمه

دستگاه‌های دولتی در راستای تحقق اهداف و انجام وظایف خود، نیازمند انعقاد قرارداد با اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی است. و در مواردی که یکی از اشخاص حقوقی حقوق عمومی به منظور تهیه-ی خدمات عمومی، صنعتی و بازرگانی قراردادی منعقد نماید، قرارداد تابع حقوق خصوصی انگاشته شده است. بنابراین استفاده‌ی دستگاه‌های اداری و دولتی از مناقصه، نافی حاکمیت قواعد عام حاکم بر حقوق قراردادها بر نظام حقوق مناقصه نیست و حقوق مناقصات به وضوح شعبه‌ای از حقوق قراردادها تلقی شده است.

قانون مدنی به عنوان قانون حاکم بر قراردادها در ماده‌ی ۱۹۰ شرایط اساسی صحت قراردادها و معاملات را بیان کرده است و این شرایط در همه قراردادهای، جز در موارد استثنایی، الزامی است. علاوه بر شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. که وجود آنها در قراردادهای دولتی نیز مثل سایر قراردادها لازم است قانون محاسبات عمومی در ماده ۷۹ شرط دیگری را برای انعقاد معاملات دولتی مقرر کرده است و آن این که دولت الزاماً قراردادها و معاملات خود را باید تنها در دو قالب مناقصه و مزایده انجام دهد. با وجود این که ضوابط این گونه معاملات در قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه معاملات دولتی مشخص شده است، ولی قانون‌گذار در مورد نقش و تاثیر برخی شرایط در تشکیل قراردادهای دولتی ساکت است. یکی از ابهامات موجود این است که ایجاب در مناقصات و مزایده‌ها چه زمانی صادر می‌گردد و بر کدام عمل می‌توان ایجاب اطلاق کرد. بدیهی است که ابهام در شناسایی ایجاب نیز بر

زمان انعقاد عقد و تعیین آن تاثیر می‌گذارد. از این رو برخی از نویسندگان، فراخوان مناقصه و مزایده را ایجاب و پیشنهاد قیمت را قبول و زمان تعیین برنده را زمان انعقاد عقد می‌دانند و برخی دیگر ارایه پیشنهاد قیمت را ایجاب و اعلام برنده را قبول می‌دانند. بعضی نیز زمان امضای قرارداد را به زمان انعقاد قرارداد تعبیر کرده‌اند. به نظر می‌رسد عمده‌ترین علت تشتت آراء، اختلاف در تعیین ایجاب است که در ادامه تلاش می‌گردد تا این دیدگاه‌ها بررسی می‌شود.

۲. ایجاب در فرآیند مناقصه و مزایده

برخی از حقوقدانان، مجموع فرایند مناقصه را ایجاب می‌دانند. به باور آنان، مناقصه در کنار مزایده و حراج از مصادیق ایجاب شمرده می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص. ۲۱ و قنواتی، ۱۳۸۳، ص. ۲۵۷). این دیدگاه در حقوق غربی نیز طرفدار دارد: «یک مناقصه می‌تواند نوعی ایجاب باشد که بنای یک قرارداد را با قبول شکل می‌دهد» (Judge, ۱۹۹۹, p. ۶۳). با این همه باید توجه داشت که ایجاب به عنوان یکی از ارکان عقد، برای تحقق باید دارای شرایط و خصوصیات از جمله این که کامل، معلوم و معین، قاطع و منجز باشد که اگر یکی از این ویژگی‌ها برای پیشنهادی که شخص ارائه می‌دهد وجود نداشته باشد ایجاب تلقی نمی‌شود.

(corbin ۱۹۱۷ p. ۱۹۶)

ایجاب باید خطاب به طرف معامله و به منظور اعلام به او باشد. (اسماعیلی هریسی، همان) در فقه اسلامی تعیین مخاطبین به عنوان یک رکن در ایجاب مطرح است و بحث‌های مفصلی در خصوص اعتبار و اثر چنین اعلاماتی شده است. اعتبار و لزوم قاعده مخاطب در فقه و عمدتاً در ذیل مباحث مربوط به «تعیین بایع از مشتری» بررسی گردیده است در واقع در مورد اینکه در عقد بیع، ایجاب می‌تواند بدون تعیین مخاطب خاص و خطاب به عموم صادر شود یا خیر، مورد بحث واقع شده است.

این بحث اولین بار در کتاب مقابسات الأنوار (الکاظمی التستری، بی تا، ص. ۲۹۶) مطرح شد و به دنبال آن فقها بخشهای جامع تری از آن ارایه داده‌اند. محقق شوشتری با ذکر اقوال فقها مصادیق مختلفی را ذکر می‌کند. یکی از این موارد، صورتی است که عاقد عقدی را علی‌الاطلاق به کار می‌برد لیکن بنا به دلالت قراین حالیه خطاب منصرف به خریدار و فروشنده معین می‌باشد، در نتیجه براساس قرینه می‌توان خریدار و فروشنده را تشخیص داد. عدم وجود هرگونه قید در این زمینه، ظهور در اصل

بودن بایع دارد اگرچه هنوز مخاطب ایجاب مشخص نیست و عقد معد انعقاد نیست. گاهی نیز عاقد عقد را به صورت مطلق و بدون هیچ قرینه ای جاری می کند و مشخص نیست که موکل او بایع است یا مشتری. این ایجاب به عموم هم علاوه بر مشخص نبودن موجب، به لحاظ عدم مشخص بودن مخاطب ایجاب باطل و بی اثر است. اثر این عقد، لزوم پذیرش بدون مالک بودن ملک و عدم جزمیت در شناسایی متعاقبین است.

صورت دوم جایی است که حتی اگر عاقد، خریدار و فروشنده را مشخص نکند، آنها به طبیعت خود مشخص هستند لذا به لحاظ مشخص بودن مخاطب ایجاب، عقد مذکور صحیح خواهد بود و ایجاب مذکور عام تلقی نمی گردد. البته در این خصوص سه قول متفاوت در بین فقها وجود دارد: (انصاری دزفولی، ۱۴۱۸، ص. ۲۹۸)

اول این که خریدار و فروشنده در هر صورت باید مشخص گردند یا این که اطلاق الفاظ عقود منصرف به آنها باشد.

دوم این که خریدار و فروشنده در عالم واقع مشخص هستند و حتی اگر ضمن عقد، اشخاصی به عنوان بایع و مشتری ذکر شوند که واقعا این گونه نیست باز به صحت عقد لطمه ای نمی زند. مطابق این نظر ایجاب به عموم امکان پذیر است.

در نهایت شیخ شوشتری در این زمینه اعتقاد دارد که در فرض دوم، اگر شخص بر خلاف واقع در ضمن عقد اشخاص دیگری را به عنوان خریدار و فروشنده ذکر کند عقد باطل است و در غیر این صورت عقد از نظر وی، عقدی صحیح و ایجابی که به عموم صادر شده است واجد اثر می باشد. (نوروزی، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۵).

در سایر مذاهب اسلامی نیز در خصوص اثر قاعده تخاطب، بحث در گرفته است. بر خلاف فقه حنبلی و حنفی (السر حسنی، ۱۴۰۶، ص. ۱۰۸) که در آن وجود خطاب یک اصل انگاشته شده است، در فقه مالکی برخی از فقها (الرسوقی، بی تا، ص. ۴) عقیده دارند که ایجاب به عموم برای انعقاد عقد بیع کفایت می کند. یعنی بایع می تواند بدون آن که مخاطب مشخص را مدنظر داشته باشد، ایجاب خود را صادر نماید و عقدی که بدین ترتیب منعقد می شود، لازم و معتبر خواهد بود.

به هر حال در مذاهب فقهی عامه، برخی فقها تعیین مخاطب را ضروری ندانسته و به صرف وجود تراخی، آن را کافی برای انعقاد عقد می دانند و به نظر برخی دیگر به صرف وجود صیغه (ایجاب و

قبول) و ترازی، عقد منعقد می‌گردد و خطاب خاص لازم نبوده و در صورت الحاق قبول شخص یا اشخاص به ایجاب عام، عقد منعقد می‌گردد. (ابن النووی، بی تا، ص ۱۷۰)

۳. ایجاب عام در مناقصه و مزایده

در یک مناقصه ممکن است که خرید کالایی با ویژگی‌های متعارف از عموم درخواست گردد. در چنین مواردی ممکن است که تلقی ایجاب به عموم یا ایجاب عام از مناقصه گردد. مضاف بر آن مناقصه در کنار جعاله، ارایه فهرست کالا همراه با قیمت، ارایه کالا در فروشگاه‌های بزرگ (ناطق نوری، ۱۳۸۹، ص ۶۰) و... از مصادیق ایجاب عام از طریق آگهی شمرده شده است (محقق داماد و...، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۰). در جعاله عام، جاعل ایجاب خود را خطاب به عموم بیان می‌دارد و برای وی رسیدن به مقصود و مطلوب خود، مهم است و اینکه چه کسی آن را به انجام برساند، مهم نیست (احمدی و...، ۱۳۹۶، ص ۳۹).

در تعریف ایجاب عام گفته شده است که:

ایجاب عام ایجابی است که خطاب به عموم مردم انشا می‌شود (همان، ص ۱۳).

به همین جهت و بیشتر به دلیل نیاز قرارداد به تخاطب انشایی اراده طرفین در صحت انعقاد قراردادی که با ایجاب عام معمول گردیده است، تردید جدی شده است (نوروزی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۶). این در حالی است که در جعاله عام، صحت ایجاب عام پذیرفته شده است و شاید به جهت خلاف قاعده بودن پذیرش ایجاب عام در جعاله عام است که در عقد بودن جعاله عام تردید شده است، چندان که برخی از حقوقدانان جعاله عام را عقد نمیدانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش ۳۰۹). در حالی که برخی دیگر از حقوقدانان جعاله عام را عقد و حکم صحت ایجاب عام در آن را بر خلاف قاعده و مختص به همان دانسته‌اند و به همین جهت، اتفاق فقهای امامیه را بر تعیین موجب و قابل در سایر عقود دانسته‌اند.

در توجیه نظر فوق گفته شده است که در معاملات، انشای عقد خطاب به همه‌ی افراد قابل تصور نیست. زیرا لازمه انشا بر تمام افراد، اشتراک یا استقلال هر یک از آن‌ها است، حال آن که مفروض است که قبول کننده یکی است و عقد نیز با او واقع شده است. در تکمیل نظریه‌ی مذکور و با تفکیک عقود به عقودی که به اعتبار شخصیت طرف منعقد می‌گردد، عقودی که موضوع آن کلی

فی الذمه است و عقودی که در آن ها مورد معامله عین معین است ، تغییر مخاطب را در عقد اخیر لازم و ضروری ندانسته اند، چرا که با توجه به تعیین مورد معامله طرفین نیز معلوم هستند (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص. ۱۵-۱۴).

ایجاب به عام را در مبحث مزایده به عنوان یکی از شیوه های متداول خرید کالا توسط شرکت های بزرگ و بنگاه های دولتی بررسی نموده اند (نوروزی، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۰) ، این در حالی است که در بیشتر موارد در مزایده ، مفروض بیع یا اجاره با بالاترین قیمت است و یکی از عوضین در بیشتر موارد مبیع یا عین مستاجر است، در حین اعلام مزایده موجود است و در واقع مزایده راهکاری جهت تعیین قیمت مبیع یا اجاره بها است. در حالی که در مناقصه ساده که در آن عوض دارای خصوصیت ممتازی نیست و فقط ثمن از طریق مناقصه تعیین میگردد ، قابلیت هایی جهت تشبث به مزایده را دارد و در سایر انواع مناقصات به علت پیچیدگی ماهیت آن، وجود افتراق مناقصه و مزایده بیشتر است. این در حالی است که نویسندگان مذکور اصولاً متعرض ماهیت ایجاب به عام در مناقصه نگردیده اند.

در واقع مناقصه ساده که در آن تخاطب به عام صورت گرفته و قبول پیشنهاد ها به صورت یک مرحله ای انجام می گیرد، نسبت تضاد با مزایده دارد.

با این وصف اطلاق عنوان ایجاب عام به آگهی شرکت در مناقصه ساده یا مزایده ، ناظر به نظریه ی آن دسته از حقوقدانان است که معتقدند مقصود واقعی اعلان کننده منعقد شدن عقد با برنده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش ۱۵۲).

این دسته از حقوقدانان برای توجیه نظر خود از مسایل عرفی و اصل ظهور استفاده کرده و معتقدند که مقصود طرفین انعقاد بیع با اتمام فرآیند مذکور است و با این وصف به نظر می رسد که باید اراده مناقصه (یا مزایده) گزار را یک ایجاب کامل تلقی کرد که با دریافت قیمت مذکور در حقیقت به آن انضمام قبول شده و عقد تمام می شود (نوروزی، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۷).

به هر تقدیر در جزو و کوچکی از مناقصات که بیشتر مناقصات تک مرحله ای هستند، ممکن است در بدو امر تلقی شود که مفاد آگهی دعوت به مناقصه مصداقی از ایجاب عام است.

به نظر می رسد که با عنایت به فرض جزمیت مناقصه گزار در ورود به مناقصه، باید در مواردی از این دست قاعده یا بنایی حقوقی شناسایی شود که بتوان برای آن ترتب آثار نمود .

فقط وجود مخاطب فعلی معین یا اشخاص معین را لازم میدانند و تنها در جماله صیغه ایجاب را به

دو نحو جعله عام و خاص پذیرفته اند که حکم موجود در جعله عام بر خلاف اصل بوده و به همین سبب به آن اطلاق عنوان ایقاع شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ص. ۱۸۹).

در خصوص اثر الزام آور ایجاب، قانون مدنی ساکت است. این سکوت و نیازمندی های اجتماعی ناشی از سکوت قانونگذار، باعث ورود حقوقدانان به نظام حقوقی اسلامی به عنوان تجربه موفق حقوقی شده است.

گفته شده است که طرح مساله عدول از ایجاب به سده نهم هجری و کتاب «شرح القدير» می رسد و نیز گفته اند که در نظام حقوقی اسلام دو نظریه در خصوص ایجاب وجود دارد، ایجاب به تنهایی تعهد ایجاد نمی کند و ایجاب منشاء تعهد بر ایجاب کننده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ش ۱۳۲). با این حال بر حسب ظاهر اجماع فقهای امامیه، دلالت بر پذیرش عدول از ایجاب دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص. ۳۰) در حالی که گفته شده است که برخی از فقیهان بطور ضمنی و غیر مصرح، التزام به ایجاب را لازم و رجوع از آن را ممکن نشمردند (طباطبایی، ۱۴۱۵، به نقل از کاتوزیان، ش ۱۵۷).

بنابراین به عنوان مبنای حقوقی موضوع به مفهوم تراضی در ایجاد حق و تکلیف اشاره شده است و اراده ای که به وجود آورنده ایجاب است، می تواند در هر زمانی پیش از قبول مخاطب از ایجاب رجوع نماید و قید اینکه به مفاد ایجاب ملزم بوده و حق عدول از آن را ندارد، نمی تواند موجد حقی برای مخاطب گردد که بتواند به استناد آن التزامی برای موجب شناسایی کرد.

منشا این التزام همان اراده موجب است که می تواند آن را اسقاط کند. استناد به نظریاتی چون تعهد ایقاعی علیه خود و له مخاطب ایجاد نموده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ش ۵۹) با این ایراد مواجه است که اگر التزام و تعهدی برای موجب قابل تصور باشد، ناگزیر باید ارادی و ناشی از قصد موجب باشد و حال آنکه دلیلی بر اراده التزام به مفاد ایجاب از طرف موجب وجود ندارد.

آنچه از ایجاب استنباط می گردد، بیش از این نیست که موجب با ایجاب خود، اراده همکاری و مشارکت در ایجاد ماهیت حقوقی عقد از راه ترکیب ایجاب و قبول طرف و التزام به مفاد عقد، در صورت تحقق آن را دارد نه پای بند کردن یک طرفه خود تاصدور قبول. به علاوه اگر هم موجب، اراده التزام به ایجاب را داشته باشد، باز هم نمی توان تعهدی را بر عهده او ثابت دانست. زیرا برای تعهد یک طرفه نمی توان اعتباری شناخت (شهیدی، ۱۳۸۰، ش ۱۱۲) و با در نظر گرفتن قواعد و اصول، مانند اصل عدم تاثیر ایجاب در تحقق تعهد و

التزام، ایجاب می تواند پیش از انضمام قبول به آن با همان اراده ای که آن را انشا کرده است از بین برود (همان، ش ۱۶۷).

به عنوان یک قاعده فقهی باید گفت که در مذاهب امامیه، شافعی و حنبلی، اصولا ایجاب از سوی موجب قابل رجوع است و دلیلی بر ملزم بودن وی بر ایجاب، حتی در صورت تصریح، وجود ندارد (قنواتی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۷) و در نظام حقوقی ایران نیز الزام موجب به مفاد ایجاب شناسایی نشده است.

۴. دیدگاه تقدم قبول بر ایجاب: مناقصه گزار با انتشار آگهی مناقصه، قبول خود را مقدم بر ایجاب می دارد. بنابراین، در مناقصه ابتدا اراده مناقصه گزار به قبول به منصف ظهور می رسد و با اعلام برنده، ایجاب به قبول مقدم ملحق می شود. این حالت در فقه شیعه، تحت عنوان «استیجاب» مطرح که به معنای تقدم قبول بر ایجاب است.

امام خمینی در کتاب البیع نظر منحصری دارد:

امام خمینی برای قبول، شانی در حد تشکر قایل است. بر اساس این تحلیل، تقدیم قبول بر ایجاب مطلقا جایز است؛ چه در عقود اذنیه و چه در عقود معاوضیه و غیر اذنیه، چه با «رضیت» و «قبلیت»، چه با ایجاب و استیجاب، چه با «ملکت» و «اشتریت»، و «شریت». مطلقا می توان قبول را بر ایجاب مقدم داشت و دلیل جواز آن این است که قبول در حقیقت عقود معتبر نیست، بلکه صدق عقد عرفا و عقلا بر این است که رضایت طرفین باشد؛ یعنی رضایت موجب به ایجاب به مضمون ایجاب، و رضای مشتری به همان مضمون، رضای مشتری به مضمون ایجاب، منتها رضایتی که مبرز باشد. آنچه ما در باب عقود می خواهیم این است که رضایت به این عقد از طرف موجب انشا شود و دیگری رضایتش را به آن مضمون ابراز کند. برای آنکه عقد به حمل شایع تحقق یابد، وجود انشای آن کافی است و برای حصول این امر، رضایت قابل به تسبیب موجب، کافی است؛ مثلا آنگاه که موجب، موجود انشایی مالکیت را با ایجاب خود ایجاد می کند، نیازی به ایجاب آن به وسیله ی انشای مالکیت از طرف قابل نیست، بلکه انشای او لغو است (کاویار، آقشهیدی، ایزدی فر، ۱۳۹۵، ص. ۷). این نظریه را می توان بدین صورت تصحیح کرد که مناقصه گزار با انتشار آگهی استیجاب خود را مطرح و به همراه شرط ضمنی گذارده است مبنی بر این که با حسن نیت پیشنهادها را بررسی و بالاترین قیمت را برگزیند و از استیجاب خود تخلف نکند همچنین مناقصه گزار با استیجاب خود، از مناقصه گر می خواهد که جهت

ورود در فرآیند مناقصه با پرداخت مبالغی ثبت نام نموده و اقدام به خرید اسناد مناقصه نمایند. همین فعل و انفعال حداقلی، موجب تکالیفی لاقبل برای مناقصه گزار خواهد بود تا نتواند از اعتماد عمومی به صحت جریان مناقصه سوء استفاده نموده و به بهانه فقدان رابطه حقوقی یا تعهد خاص، هر زمان که خواست فرآیند مناقصه را با عدول از دعوت خود متوقف ساخته یا با سوء استفاده از موقعیت حقوقی خود اقدام به وطنی تشریفات مناقصه خارج از چهارچوب متعارف نماید.

۵. دیدگاه تعهد یک طرفه: نظریه تعهد یک طرفه تا حد زیادی در تفسیر و تشریح مبانی حقوق مناقصه کارا است به این مفهوم که به موجب آگهی و فراخوان مناقصه گزار، مناقصه گزار خود را به صورت یک طرفه متعهد به برگزاری مناقصه در چهارچوب ضوابط مندرج در دستور العمل برگزاری مناقصه و یا محدوده متعارف نموده و به استناد این تعهد حقوقی، در صورت تخلف از این تعهد مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود.

نظریه تعهد یک طرفه از حیث مبنای حقوقی بر ملزم بودن ایقاعات استوار است که در نظام حقوقی ایران به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته نشده است و در خلاف اعتبار بخشی به ایقاعات بر خلاف اصل و معدود به موارد معینی شرعی و قانونی است و در خارج از موارد مذکور نمیتوان آن هارا به عنوان یک قاعده کلی شناسایی کرد.

۶. تبیین دیدگاه‌های مربوط به ایجاب در فرآیند مناقصه و مزایده

یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی، الزامی بودن رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در انعقاد آنها است. رعایت این تشریفات در معاملات دولتی موجب شده که در مورد زمان انعقاد قرارداد اختلاف نظر وجود داشته باشد. علت عمده‌ی این تفاوت آراء هم اختلاف در تشخیص ایجاب است. تشخیص ایجاب در معاملات بایبچیدگی‌هایی همراه است. این وضع در مورد معاملات دولتی بسیار پیچیده‌تر 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 تشریفات تا زمان امضای قرارداد سه مرحله طی می‌شود: آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ پیشنهاد مناقصه‌گران؛ امضای قرارداد (یا به تعبیر قانون انعقاد قرارداد). لازم به ذکر است مراحل فوق‌الذکر، هم در مناقصه و هم در مزایده وجود

دارد بنابراین هر آنچه در این قسمت بیان می شود در مورد هر دو نوع آن‌ها صادق خواهد بود. برای اینکه مشخص شود قرارداد چه زمانی منعقد می شود باید دید کدام یک از این مراحل، ایجاب محسوب می شود و با پذیرش آن، عقد منعقد می شود.

۶-۱. آگهی فراخوان مناقصه به عنوان دعوت به معامله

عمدتاً فرآیند مناقصه با یک آگهی عمومی برای دعوت مناقصه‌گران جهت شرکت در فرآیند مناقصه یا ارسال دعوتنامه برای آن‌ها شروع می شود (Poole, ۲۰۰۵, P۲۹). شناسایی و استخراج ماهیت حقوقی فرآیند مناقصه از لحظه نخست شروع شده و با اعلام برنده‌ی مناقصه از سوی مناقصه‌گزار خاتمه می یابد. دعوت به معامله یا دعوت به انعقاد قرارداد در واقع پیشنهادی است که شخص برای ایجاد یک قرارداد الزام آور و معتبر، مخاطب خود را فرا می‌خواند (نوروزی، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۵). در هر یک از روش‌های برگزاری مناقصه، از عموم افراد یا افراد خاص برای شرکت در مناقصه، دعوت به عمل می‌آید که در این دو حالت ممکن است مناقصه‌گزار جهت شناسایی و ارزیابی کیفی متقاضیان جهت ارائه اسناد مرتبط با توانایی‌های موردنظر مناقصه‌گزار، آن‌ها را دعوت کند.

آگهی مناقصه‌گزار در صورتی که هیچ تصریحی دال بر تقیید دامنه حضور مناقصه‌گران نداشته باشد، فقط دعوت برای یک مناقصه ساده است که خطاب به عموم بوده و در آن اساساً شخصیت یا توانایی متقاضیان، موضوعیت نخواهد داشت. بنابراین از حیث نظری شناسایی مفهوم مناقصه از حیث این که فرآیند مناقصه و اعلام آن از سوی مناقصه‌گزار یک دعوت به ایجاب است یا خود یک ایجاب مستقل است، بسیار حایز اهمیت است؛ زیرا عقد از امتزاج ایجاب و قبول به وجود می‌آید و با الحاق قبول به ایجاب، عقد منعقد و در نتیجه، عدول از پیشنهادها از سوی طرفین مناقصه منطقی‌تر است و فرد ذی نفع حسب مقررات حاکم می‌تواند از کسی که اقدام به نقض تعهد نموده است، اجرای تعهدات قراردادی را بخواهد و یا مطالبه خسارات نماید.

پس به موجب مناقصه، مناقصه‌گزار از دیگران می‌خواهد که بهترین پیشنهاد را برای خرید کالا و یا خدمات مورد نیاز وی ارائه دهند و پس از اتمام فرآیند مناقصه، عقد بین طرفین کامل و اسناد مربوطه به امضای طرفین می‌رسد. به باور برخی از حقوقدانان، اعلان مناقصه، حاوی یک شرط ضمنی است که در آن، اعلان‌کننده خود را متعهد به انعقاد قرارداد با برنده کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش ۱۵۳).

در نظام های حقوقی مختلف دو رویکرد اصلی نسبت به ایجاب و دعوت به ایجاب وجود دارد؛ رویکرد اول عدم تمایز بین ایجاب و دعوت به ایجاب است که در بلژیک حاکم است و رویکرد دوم تمایز بین ایجاب و دعوت به ایجاب که در کشورهای انگلستان، آلمان، فرانسه و سوییس حاکم است. نظام حقوقی ایران نیز در عمل از رویکرد دوم تبعیت نموده است و حقوقدانان نیز چنین رویکردی را به عنوان مبانی شناسایی ایجاب، طرح نموده اند (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۶۹۰). بنابراین نمی توان یک ضابطه کلی جهت تفکیک ایجاب از دعوت به ایجاب ارائه کرد؛ زیرا اصولاً هم افراد به جز در موارد بسیار نادر اقدام به چنین تفکیکی نمی نمایند و هم شناسایی ایجاب از دعوت به ایجاب عملاً به دست دستگاه قضایی است که با انطباق احکام خاص، بتواند ایجاب را از دعوت به ایجاب شناسایی کند.

ایجاب باید چنان باشد که اگر قبول به آن ملحق شود، قرارداد تشکیل گردد. در نتیجه یک ایجاب موثر فقط زمانی انشاء می شود که به حد کافی قطعی باشد و همچنین بر قصد التزام موجب به ایجاب دلالت کند. تقریباً تمام حقوقدانان فرانسوی، «قصد التزام» را به عنوان رکن اصلی ایجاب می دانند. از جمله ویژگی هایی که در تعریف آنها از ایجاب وجود دارد، عدم ضرورت وجود یک یا چند شخص معین برای ایجاب می باشد (کوتس هاین، ۱۳۸۵، ص ۲۵).

بند اول ماده ۲۰۴ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری (UCC) تعریفی از ایجاب ارائه داده که تقریباً مشابه تعریف مذکور در بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا است: «قرارداد بیع کالا می تواند به هر شکلی که برای نشان دادن توافق کافی است منعقد گردد از جمله با ایجاب و قبول، اقدام عملی طرفین (معاطات) که بر وجود قرارداد دلالت کند، مبادلات واسطه های الکترونیک و مبادلات یک واسطه الکترونیکی و یک فرد». از این ماده استنباط می گردد ایجاب عبارت است از: «بیان قصد التزام در فرضی که مخاطب این اظهار را قبول نماید»^۱.

۱,۲,۲۰۴. Formation in General: (۱) A contract for sale of goods may be made in any manner

sufficient to show agreement, including offer and acceptance, conduct by both parties which recognizes the existence of a contract, the interaction of electronic agents, and the interaction of an electronic agent and an individual.

در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی نیز قصد انشاء که به معنای قصد بر ایجاد و تأسیس اثر حقوقی خاص است به عنوان ضابطه و شرط اصلی ایجاب شمرده شده است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۸، ص ۱۰) و ملاک اعتبار قصد و اراده در آن، چنان ملحوظ و واضح است که وجود لفظ در آن موضوعیت نداشته و ممکن است که انشاء با معاطات نیز معمول گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش ۱۴۴). در حقوق انگلستان "قصد طرفین به ایجاد رابطه حقوقی" همانند رویکردی است که حقوق اسلامی چنین اراده ای دارد (قنواتی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۶). در حقوق انگلیس، در اصل انتشار آگهی یا تبلیغات، ایجاب تلقی نمی گردد، زیرا یکی از ارکان اساسی برای انعقاد قراردادها «قصد حقوقی برای التزام» می باشد (نوروزی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸).

ایجاب به لحاظ ماهیت پیشنهادی است که حاوی اراده انشایی موجب بوده و قابلیت آن را دارد تا با پیوستن قبول به آن، تبدیل به عقد گردد و به همین سبب به آن عمل یک طرفه عقدی گفته شده است. با این وصف صرف نظر از این که زمان ترتب اثر بر عقد از لحظه انشای ایجاب باشد یا لحظه قبول آن، این مسأله از حیث حقوق ایران و فقه اسلامی بسیار حایز اهمیت است که ایجاب با ضوابطی خاص، حدود و ثغور قرارداد را تعیین کند.

این ضوابط در حقوق ایران به کامل بودن و مشخص بودن، قطعی و منجز بودن و مخاطب (البته علاوه بر ضابطه مندرج در قسمت قبلی) تحدید شده اند (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۰). به طور خلاصه، چکیده تمام این ضوابط تعیین حدود و ثغور ایجاب به عنوان نطفه عقد است، چندان که اگر حدود و ثغور تعهدات موجب معلوم و معین نباشد، اصولاً ایجاب واجد اوصاف مقتضی نبوده و قادر به حیات نیست و با این ضابطه، هر پیشنهادی که فاقد این اوصاف باشد، قابلیت مقتضی جهت اتصاف به عنوان ایجاب را ندارد.

۶-۱-۱ - تحلیل فقهی ایجاب در مزایده و مناقصه

گفته‌های برخی از فقها (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۵۹ و شیخ طوسی به نقل از قنواتی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۸) صراحت دارد که برگزار کننده مناقصه، ملزم به پیشنهاد خود نیست و نمی توان او را به انعقاد عقد با ارایه کننده بالاترین قیمت اجبار کرد و بنابراین، از دیدگاه این دسته از فقها، آثاری که برای ایجاب متصور است برای اعلان مزایده و بالتبع مناقصه موجود نیست.

یکی از شیوه‌های رایج برای انجام معامله در فقه اسلامی، مزایده یا "بیع من یزید" است. این نوع

تعامل غالباً برای انجام عقد بیع مورد استفاده قرار می‌گیرد و بعضاً اجاره نیز از این طریق انجام می‌گیرد. ممکن است گفته شود در بیع مذکور، «مومن در معامله برادر خود وارد شده»^۱ که چنین کاری مشمول نهی و حرمت است (نجفی، ۱۴۰۴، ص. ۴۵۸ و جبل عاملی، ۱۴۱۳، ص. ۱۸۷) و از امام صادق (ع) نقل شده که پیامبر (ص) فردی را از این که در سوم - داد و ستد - برادرش وارد شود نهی نموده است. بنابراین بیع مزایده به دلیل نهی مذکور ممنوع باید باشد، در حالی که اولارویات ناظر به ممنوعیت دخول در معامله دیگران، ناظر به مزایده نیست. در این نوع معامله که ناشی از تحولات روز است قرارداد با کسی منعقد می‌شود که قیمت بالاتری پیشنهاد دهد. در واقع مزایده ماهیتاً بیعی است که با دهنده بالاترین پیشنهاد منعقد می‌گردد و وارد شدن در معامله دیگران و ایجاد رقابت طبیعی است (نوروزی، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۱).

ثانیاً به عقیده فقها زمانی که مزایده پایان یافت، ورود در معامله دیگری جایز نیست. پس چنانچه بعد از حصول تراضی و توافق، شخصی وارد در معامله دیگری شود، حرمت جریان پیدا می‌کند، ولی اگر عدم رضایت فروشنده ظاهر باشد و نظر به قیمت بالاتری داشته باشد یا این که رضا یا عدم رضایت او را نتوان کشف کرد، همه علما به اتفاق حرمت را منتفی می‌دانند. البته اگر کسی که وارد معامله می‌شود از فرد در حال معامله بخواهد که به نفع وی دست از معامله بکشد، برخی آن را مکروه می‌دانند و اگر از وی ملتزمانه بخواهد که معامله را ترک کند در اینجا کراهت هم وجود ندارد، علاوه بر آن برخی از فقها قایل به استحباب اجابت خواسته او شده اند مشروط به آن که متقاضی مومن باشد (جبل عاملی، ۱۴۱۳، ص. ۱۸۷).

این مصادیق در واقع توجیه کننده این دیدگاهند که در فقه اسلامی به عنوان سلف و منبع حقوق ایران، در مزایده عقد با اتمام آن تمام شده محسوب خواهد شد و به اعتبار لزوم مخاطب انشایی در ایجاب به عنوان یکی از عناصر عقد، پیشنهادهای ارایه شده در مزایده ایجاب بوده و دعوت به مزایده در مفهوم، دعوت به ایجاب است.

^۱ لا یسوم الرجل علی سوم اخیه

۶-۲- پیشنهاد قیمت به عنوان ایجاب

در حقوق ما با توجه به صراحت قانون گذار در بند (ط) ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات: «ایجاب تنها یک متقاضی برای انجام معامله» پیشنهاد مناقصه گر به فراخوان مناقصه «ایجاب» تلقی می شود. مطابق بند(ط) ماده ۲ قانون پیش گفته: «ط - انحصار: انحصار در معامله عبارت است از: یگانه بودن متقاضی شرکت در معامله که به طرق زیر تعیین می شود:

۱- اعلان هیأت وزیران برای کالاها و خدماتی که در انحصار دولت است.

۲- انتشار آگهی عمومی و ایجاب تنها یک متقاضی برای انجام معامله». بر این اساس در صورت انحصار در معامله، ایجاب تنها یک مناقصه گر برای انجام معامله وجود دارد. در نتیجه از نظر قانون- گذار، ارائه پیشنهاد قیمت ایجاب تلقی می شود.

افزون بر این، مطابق بند ۳ ماده ی ۱۰ آیین نامه ی معاملات دولتی، «دستگاه مزایده گزار مجاز نیست به پیشنهادات مبهم و مشروط و بدون سپرده ترتیب اثر دهد». آن چه از این ماده به ذهن متبادر می شود تاکید بر شرایط ایجاب است؛ یعنی قانونگذار خواسته است پیشنهادی که ارائه می شود شرایط ایجاب را داشته باشد و مشخص و منجز باشد تا قابلیت انعقاد قرارداد را داشته باشد. اطلاق برگزاری مناقصه، دلالت بر انتخاب مناسب ترین قیمت را دارد، چرا که معنای لفظی و عرفی مناقصه همین دلالت را دارد. در اوصافی که مناقصه گزار اقدام به تعیین چهارچوب دیگری مانند روش قیمت، روش کیفیت می نماید، وی باید ضوابط امتیاز دهی به مخاطبین را تعیین و تنصیص نماید. در غیر این صورت ابهام موجود در قضیه باعث سرایت جهل به موضوع و بطلان مناقصه خواهد شد. در غیر این فرض، ضابطه اصلی این است که به موجب اعلام مناقصه، مناقصه گزار قصد انشایی خود را برای ایجاب قرارداد اصلی نسبت به برنده مناقصه به نحو صریح یا ضمنی اعلام می دارد. مناقصه گر نیز با اعلام پیشنهاد قیمت خود خطاب به مناقصه گزار تعهد بر قبول قرارداد اصلی را به شرطی که ایجاب منطبق با شرایطی باشد که وی در پیشنهاد خود آورده است، ابراز می نماید و غالباً به منظور تضمین انعقاد قرارداد اصلی، اقدام به ارایه تضمینی می نماید که در بیشتر موارد یک ضمانت نامه بانکی، منطبق با ارزش و شرایط اعلام شده مناقصه گزار است. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۳۹۴).

همان طوری که گفته شد، فراخوان مناقصه از نظر حقوق ایران نه ایجاب است و نه عقد بلکه دعوت برای انجام معامله است. برعکس، پیشنهاد مناقصه گران در برابر فراخوان مناقصه، ایجاب است. این

ایجاب، اولاً دارای مهلتی است که «مدت اعتبار پیشنهادها»^۱ نام دارد. ثانیاً مناقصه گران باید مبلغی بابت تضمین شرکت در مناقصه پرداخت نمایند (بند ۲ ماده ۱۴ قانون). ثالثاً، آنان می‌توانند پیشنهاد (ایجاب) خود را در مهلت مقرر در اسناد مناقصه مسترد دارند، (بند «د» ماده ۱۶ قانون) رابعاً، در صورت عدول برنده مناقصه از ارائه اسناد تکمیلی یا انعقاد قرارداد اصلی، این ضمانت به نفع مناقصه گزار ضبط می‌گردد. (هنیزی، ۱۳۸۵، ص. ۱۵۳). بنابراین ملاحظه می‌شود که به طور صریح بین مناقصه گزار و مناقصه گر تعهد شده که مناقصه گر ایجاب خود را تا مدتی نگاه دارد و به پیشنهاد خود پای بند باشد. چون در واقع یک نوع توافق بین دو طرف است، بی‌گمان باید آن را محترم شمرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۳۲۸). چنین ایجابی قابل رجوع نیست مگر در ظرف مهلت مقرر، وگرنه قبول آن در مهلت مذکور، آن را به ایجاد معامله تبدیل می‌کند (اسماعیلی هریمی، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۹).

۳-۶. زمان تشکیل قرارداد در مزایده و مناقصه

تعیین زمان تشکیل قرارداد نتایج حقوقی متعددی را در بردارد. لذا از دو لحاظ اهمیت دارد: اولاً تشخیص زمان جریان آثار عقد؛ ثانیاً تعیین قانون حاکم به عقد و روابط طرفین. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۲). همان طور که بیان شد، یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی، الزامی بودن رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در انعقاد آن‌ها است.

در بند (الف) و (ب) ماده ۲۱ قانون برگزاری مناقصه و مزایده، مقرر شده قرارداد با برنده‌ی مناقصه باید پیش از پایان مدت اعتبار پیشنهادها و در مهلت تعیین شده در اسناد منعقد شود و ضمانت اجرای امتناع از آن را ضبط تضمین در مناقصه تعیین کرده است. البته در قراردادهای دولتی با توجه به مقتضیات خاص این ادارات بعضاً ممکن است تنظیم قرارداد 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 (انصاری، ۱۳۸۰، ص. ۱۴۴). 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.

۱. بند (۵) ماده ۱۴ قانون برگزاری مناقصات

در عقد از طریق مزایده نیز این توافق وقتی حاصل می شود که بالاترین قیمت در مزایده معلوم شود. بنابراین، عقد در زمانی منعقد می شود که برنده مزایده معلوم شود. با وجود این مزایده گزار می تواند اعلام کند که در رد یا قبول پیشنهادات آزاد است در این صورت عقد زمانی واقع می شود که او یکی از پیشنهادات را قبول کند (رضایی، ۱۳۹۶، ۵۸، به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۲۹۱).

۷- نقد و ارزیابی دیدگاهها

۷-۱- نقد و بررسی نظریه دعوت به معامله و استیجاب:

از حیث تحلیلی در یک مناقصه ساده سه مرحله وجود دارد: اول آگهی مناقصه، دوم اخذ پیشنهادات و مناقصه گران و سوم اعلام برنده و امضای قرارداد. البته در یک مناقصه پیچیده در بین آگهی مناقصه و اخذ پیشنهادات مناقصه گران یک مرحله دیگر اضافه می گردد که آن، اخذ اسناد مناقصه است. اخذ اسناد مناقصه که در بیشتر موارد با دریافت وجه از مناقصه گران همراه است، جهت تشریح بیشتر خواسته های مناقصه گزار، در ضمن فروش اسناد تولید شده توسط مناقصه گزار به منظور هدایت مناقصه گران جهت ارایه پیشنهاد دقیق است و همین مرحله باعث می شود که در عمل، مناقصه در بین ثبت نام کنندگان در آن به عنوان افراد معین جریان یافته و به جهت خاص بودن کار یا خدمت موضوع مناقصه، اثر حقوقی مترتب بر آگهی مناقصه در مناقصات ساده بر همین مرحله بار شود. ایجاب باید مبین این نکته باشد که چنانچه قبول شود موجب قصد دارد که متعهد گردد. در صورت فقدان قصد التزام از حیث حقوقی، به هیچ وجه ایجابی وجود ندارد، آنچه هست فقط دعوت مخاطب به انشای ایجاب یا در صورتی که حاضر به معامله باشد، اعلام آمادگی است (کوتس، ۱۳۸۵، ص. ۲۷).

همین مبنا در ماده ۲۰۱-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپایی منعکس شده است: « یک پیشنهاد ایجاب محسوب می شود، اگر: الف- طرف دیگر معامله قبول کند، منتهی به انعقاد قرارداد می شود. ب- شامل شرایط معین و قطعی (کافی) برای تشکیل قرارداد باشد». اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز در ماده ۲-۲ به صراحت بیان می دارد: « پیشنهاد برای انعقاد قرارداد، در صورتی موجد ایجاب است که به حد کافی، قطعی و بیانگر قصد ایجاب دهنده برای التزام در صورت قبول ایجاب باشد». در بند ۱-۱۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا نیز مشخص بودن و قصد التزام از اوصاف ایجاب به یک یا چند شخص معین شمرده شده است.

بنابراین و با توجه به این که اگر آگهی مناقصه در مناقصات ساده و ارایه اسناد به ثبت نام کنندگان در مناقصات، از این جهت که متعاقد و ثمن معلوم و معین نیست، نمی‌توان آن را ایجاب دانست. در نتیجه به آگهی فراخوان مناقصه باید عنوان استیجاب را اطلاق نمود؛ زیرا با وصول پیشنهادهای مناقصه گران، عقد اصلی حتی به مفهوم اعتباری خود منعقد نمی‌گردد و برای انعقاد قرارداد اصلی هنوز یک مرحله دیگر به نام "اعلام برنده مناقصه" نیاز است. به همین جهت، دعوت به مناقصه تنها درخواست مناقصه گر جهت دریافت پیشنهادها و استیجاب تلقی و ایجاب، اسناد مورد نیاز مناقصه گزار دانسته شده است که از سوی مناقصه گران و داخل در مهلت مقرر تسلیم مناقصه گزار می‌گردد (هنیزی، ۱۳۸۵، ص. ۵۶). به عبارت دیگر در فراخوان مناقصه، ویژگی‌های مورد انتظار مناقصه گزار به صورت استیجاب به اطلاع مناقصه گران می‌رسد و مناقصه گر ایجابی را انجام می‌دهد که ممکن است در سند فراخوان یا آگهی فراخوان شکل گرفته باشد.

اگر مناقصه، دعوت به ایجاب باشد، باز طرفین می‌توانند دوباره با تراضی یکدیگر توافقاتی جدید معمول داشته و مفاد قرارداد منعقد از این حیث کالا یا جزئا با مفاد مندرجات مناقصه متفاوت باشد در این صورت پایه اصلی مناقصه که مستنبط از اصول نظری آن است، متزلزل شده و دیگر مناقصه مفهومی نخواهد داشت. عرف و رویه مسلم مناقصه گران این است که شرایط برابر مناقصه گران تا اتمام مناقصه و حتی انعقاد قرارداد اصلی ادامه یافته و دلیل عقلایی از برگزاری مناقصه چنین اراده‌ای است.

پس پذیرش نظریه‌ی دعوت به ایجاب این احتمال را مطرح می‌کند که طرفین در انعقاد قرارداد اصلی و تعیین حدود و ثغور آن آزادی داشته و می‌توانند بر خلاف اطلاعات صورت گرفته در دعوت به ایجاب اقدام کنند. دادگاه عالی آلمان در رای مهم و دعوی پلاس علیه والبورگ این اندیشه را تقویت نمود که طرفین قرارداد می‌توانند برخلاف اعلان اقدام کنند؛ در این دعوا علی رغم برگزاری مناقصه و اعلام برنده مناقصه گزار، موضوع مناقصه به فرد ثالثی سپرده شد، در حالی که خواهان قیمتی کمتر از سایر شرکت کنندگان ارایه کرده بود و با اعلام وی به عنوان برنده فقط امضای یکی از اعضای شورای شهر که برگزارکننده مناقصه بود، جهت طی تشریفات قانونی لازم بود. در این حین یکی از اعضای شورای شهر، پیشنهاد دیگری از سازنده دیگر که در مناقصه شرکت نکرده بود دریافت کرد و با موافقت شورای شهر کار به این فرد ثالث واگذار شده بود. پس از اقامه دعوا، دادگاه چنین رای صادر

کرد که عمل شورای شهر با حسن نیت و رفتار منصفانه مغایرت دارد و خسارت به برنده اصلی تعلق گرفت. در این مورد خاص، مذاکرات ناشی از مناقصه به مرحله‌ای رسیده بود که در ظاهر، انعقاد قرارداد ممکن بود چندان که سازنده (خواهان) حق مطالبه خسارت مورد انتظار را پیدا کرده است. دیوان عالی آلمان نیز رای داد که اگر آیین و ترتیبات مناقصه به درستی برگزار شده است با اثبات این امر از سوی خواهان که اگر تشریفات درست ادامه پیدا می‌کرد با وی انعقاد قرارداد می‌شد وی حق دریافت خسارت را خواهد داشت، در حالی که تئوری دعوت به ایجاب از حیث مبنایی چنین قابلیت را به وضوح ندارد.

به دیگر سخن اگر مناقصه یک دعوت به ایجاب باشد، باز دست طرفین پس از اتمام مناقصه همچنان باز است تا دوباره با تراضی یکدیگر توافقاتی جدید معمول داشته و مفاد قرارداد منعقد شده از این حیث کلا یا جزئا با مفاد مندرجات مناقصه متفاوت باشد در این صورت پایه اصلی مناقصه که مستنت از اصول نظری آن است، متزلزل شده و دیگر مناقصه مفهومی نخواهد داشت.

عرف و رویه مسلم مناقصه گران این است که شرایط برابر مناقصه گران تا اتمام مناقصه و حتی انعقاد قرارداد اصلی ادامه یافته و دلیل عقلایی از برگزاری مناقصه چنین اراده ای است .

به هر تقدیر، قایل شدن به نظریه ی دعوت به ایجاب این احتمال را همیشه خواهد داشت که مناقصه صرفا یک دعوت به ایجاب بوده است و با اخذ ایجاب و پذیرش آن توسط مناقصه گزار اکنون طرفین در ورود به قرارداد اصلی و تعیین حدود و ثغور آن آزادی داشته و میتوانند رفتاری بر خلاف اعلامات به عمل آمده در دعوت به ایجاب را معمول دارند در حالی که عرف و عادت و حتی ارتکاز عقلایی طرفین چنین الزامی را پذیرا نیست و دادگاه چنین رفتاری را در ماهیت بر خلاف قصد ملحوظ در مناقصه دانسته و نخواهد پذیرفت. بنابراین با استیجاب فراخوان مناقصه، مناقصه گزار دیگر حق انکار مناقصه را نخواهد داشت و نسبت به مناقصه گر و اجرای مناقصه متعهد خواهد بود.

۷-۲- نقد نظریه تعهد یک طرفه:

نظریه تعهد یک طرفه نیز در نظام حقوقی ایران به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته نشده است و نمی‌توان تصور کرد که صرفا بر مبنای تعهد یک طرفه مناقصه گزار یا مناقصه گر عقد واقع می‌شود و با واقع هماهنگی ندارد به ویژه که در بند(ط) ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات که به صراحت به

اصطلاح «ایجاب» اشاره دارد معارض است.

۸- نتیجه گیری

۱- یکی از ویژگی های قراردادهای دولتی، الزامی بودن رعایت تشریفات مناقصه و مزایده در انعقاد آنها است. رعایت این تشریفات در معاملات دولتی موجب شده که در مورد زمان انعقاد قرارداد اختلاف نظر وجود داشته باشد. علت عمده‌ی این تفاوت آراء هم اختلاف در تشخیص ایجاب است. تشخیص ایجاب در معاملات با پیچیدگی‌هایی همراه است. این وضع در معاملات دولتی بسیار پیچیده‌تر است؛ زیرا در در معاملات دولتی با توجه به قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ رعایت تشریفات مناقصه و مزایده الزامی است. به عبارت دیگر از زمان آغاز تشریفات تا زمان امضای قرارداد مناقصه یا مزایده سه مرحله طی می شود: آگهی فراخوان مناقصه و مزایده؛ پیشنهاد مناقصه گران و انعقاد قرارداد. ایجاب به عنوان یکی از ارکان عقد، برای تحقق باید ضوابطی داشته باشد که اگر این ضوابط برای پیشنهادی که شخص ارائه می دهد، وجود نداشته باشد، ایجاب تلقی نمی شود. این ضوابط در حقوق ایران به کامل بودن و مشخص بودن، قطعی و منجر بودن و تخاطب تحدید شده اند. ممکن است این ضوابط در قراردادهای دولتی که در قالب مناقصه و مزایده منعقد می شود پیچیده باشد، ولی به معنای آن نیست که قراردادهای دولتی تابع شرایط اساسی صحت قراردادها نیست و یا وضعیت استثنایی دارد. درست است که تشریفات خاصی بر تشکیل آن حاکم است ولی تخلف از شرایط عمومی قراردادها نیازمند نص و تصریح است که چنین نصی نیز وجود ندارد.

۲- فراخوان مناقصه از نظر حقوق ایران و منابع فقهی، ایجاب تلقی نمی شود؛ زیرا بر حسب ماهیت و ارکان ممکن است فراخوان فاقد قصد التزام به عنوان یکی از ارکان موثر ایجاب تلقی گردد. با این اوصاف و با توجه به این که آگهی مناقصه در مناقصات ساده و آرایه اسناد به ثبت نام کنندگان در مناقصات معلوم و معین نیست و مجهول است نمی تواند ایجاب به شمار آید زیرا با وصول پیشنهادهای مناقصه گران، عقد اصلی حتی به مفهوم اعتباری خود منعقد نمی گردد و جهت انعقاد قرارداد اصلی هنوز یک مرحله دیگر به نام «اعلام برنده مناقصه» نیز باید طی شود. اگر فراخوان مناقصه، دعوت به ایجاب باشد، باز طرفین می توانند دوباره با تراضی یکدیگر توافقاتی جدید معمول

داشته و مفاد قرارداد منعقد از این حیث کالا یا جزئا با مفاد مندرجات مناقصه متفاوت باشد در این صورت پایه اصلی مناقصه که مستنبط از اصول نظری آن است، متزلزل شده و دیگر مناقصه مفهومی نخواهد داشت. عرف و رویه مسلم مناقصه گران این است که شرایط برابر مناقصه گران تا اتمام مناقصه و حتی انعقاد قرارداد اصلی ادامه یافته و دلیل عقلایی از برگزاری مناقصه چنین اراده‌ای است. پس پذیرش نظریه‌ی دعوت به ایجاب این احتمال را مطرح می‌کند که طرفین در انعقاد قرارداد اصلی و تعیین حدود و ثغور آن آزادی داشته و می‌توانند بر خلاف اعلامات صورت گرفته در دعوت به ایجاب اقدام کنند. بنابراین بهتر آن است که مطابق نظر منحصر امام خمینی که تقدیم قبول بر ایجاب مطلقاً جایز است؛ فراخوان مناقصه، استیجاب تلقی شود.

۳- مناقصه گزار با انتشار آگهی مناقصه، قبول خود را مقدم بر ایجاب می‌دارد. بنابراین، در مناقصه ابتدا اراده مناقصه گزار به قبول به منصفه ظهور می‌رسد و با اعلام برنده، ایجاب به قبول مقدم ملحق می‌شود. این حالت در فقه شیعه، تحت عنوان «استیجاب» مطرح که به معنای تقدم قبول بر ایجاب است. این دیدگاه می‌تواند تا اندازه‌ای انتقاد ممنوعیت ورود در معامله برادر را برطرف کند. این نظریه را می‌توان بدین صورت تصحیح کرد که مناقصه گزار با انتشار آگهی استیجاب خود را مطرح و به همراه شرط ضمنی گذارده است مبنی بر این که با حسن نیت پیشنهادها را بررسی و بالاترین قیمت را برگزیند و از استیجاب خود تخلف نکند همچنین مناقصه گزار با استیجاب خود، از مناقصه گر می‌خواهد که جهت ورود در فرآیند مناقصه با پرداخت مبالغی ثبت نام نموده و اقدام به خرید اسناد مناقصه نمایند. همین فعل و انفعال حداقلی، موجد تکالیفی لاقبل برای مناقصه گزار خواهد بود تا نتواند از اعتماد عمومی به صحت جریان مناقصه سوء استفاده نموده و به بهانه فقدان رابطه حقوقی یا تعهد خاص، هر زمان که خواست فرآیند مناقصه را با عدول از دعوت خود متوقف ساخته یا با سوء استفاده از موقعیت حقوقی خود اقدام به وطنی تشریفات مناقصه خارج از چهارچوب متعارف نماید. بنابراین با استیجاب فراخوان مناقصه، مناقصه گزار دیگر حق انکار مناقصه را نخواهد داشت و نسبت به مناقصه گر و اجرای مناقصه متعهد خواهد بود.

۴- با توجه به جزء ۲ بند (ط) قانون برگزاری مناقصات پیشنهاد قیمت مناقصه گران در برابر فراخوان مناقصه، ایجاب محسوب می‌شود در صورت انحصار در معامله، ایجاب تنها یک مناقصه گر برای انجام معامله وجود دارد. در نتیجه از نظر قانون‌گذار، ارائه پیشنهاد قیمت ایجاب تلقی می‌شود.

افزون بر این، مطابق بند ۳ ماده ۱۰ آیین نامه ی معاملات دولتی، «دستگاه مزایده گزار مجاز نیست به پیشنهادات مبهم و مشروط و بدون سپرده ترتیب اثر دهد». آن چه از این ماده به ذهن متبادر می شود تاکید بر شرایط ایجاب است؛ یعنی قانونگذار خواسته است پیشنهادی که ارائه می شود شرایط ایجاب را داشته باشد و مشخص و منجز باشد تا قابلیت انعقاد قرارداد را داشته باشد. این ایجاب، اولاً دارای مهلتی است که مدت اعتبار پیشنهادها نام دارد ثانیاً مناقصه گران باید مبلغی بابت تضمین شرکت در مناقصه پرداخت نماید؛ ثالثاً آنان می توانند پیشنهاد (ایجاب) خود را در مهلت مقرر در اسناد مناقصه مسترد دارند، رابعاً در صورت انصراف و عدول مناقصه گر از ایجاب و انعقاد قرارداد، تضمین وی به نفع مناقصه گزار ضبط می گردد.

۵- تعیین زمان تشکیل قرارداد نتایج حقوقی متعددی را در بردارد. لذا از دو لحاظ اهمیت دارد: اولاً تشخیص زمان جریان آثار عقد؛ ثانیاً تعیین قانون حاکم به عقد و روابط طرفین. ایجاب فقط زمینه و اقتضای تحقق عقد را شکل می دهد و با قبول است که وجود اقتضایی ایجاب، به وجود نهایی عقد تبدیل می گردد. در بند (الف) و (ب) ماده ۲۱ قانون برگزاری مناقصه و مزایده، مقرر شده است قرارداد با برنده ی مناقصه باید پیش از پایان مدت اعتبار پیشنهادها و در مهلت تعیین شده در اسناد منعقد شود و ضمانت اجرای امتناع از آن را ضبط تضمین در مناقصه تعیین کرده است.

بنابراین، در قراردادهای دولتی با توجه به تشریفات بودن آن ها، زمان انعقاد قرارداد، زمان امضای اسناد قراردادی است و قبل از آن، توافقات طرفین، اعتبار قرارداد اصلی را ندارند. در عقد از طریق مزایده نیز این توافق وقتی حاصل می شود که بالاترین قیمت در مزایده معلوم شود. بنابراین، عقد در زمانی منعقد می شود که برنده مزایده معلوم شود. با وجود این مزایده گزار می تواند اعلام کند که در رد یا قبول پیشنهادات آزاد است در این صورت عقد زمانی واقع می شود که او یکی از پیشنهادات را قبول کند.

منابع و مأخذ

الف - فارسی و عربی

۱. العالمی، زین الدین ابن علی، (۱۴۱۰)، روضه البهیة فی شرح اللعنه دمشقیه، جلد سوم، چاپ اول، قم، نشر کتابفروشی داوری.
۲. العالمی، محمدابن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، جلد اول، نشر مکتبه المفید، قم.
۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، (۱۳۹۳)؛ حقوق صنعت احداث؛ شرح قانون برگزاری مناقصات، چاپ اول، دادگستر، تهران.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۸ق)، مکاسب، ج ۳، مؤسسه الهادی، اول، قم.
۵. انصاری، ولی الله، (۱۳۸۷)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، حقوقدان، چهارم، تهران.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۰)، مکاسب، ج ۳ و ۴، بیروت، چاپ مؤسسه نعمان.
۷. ابن النووی، محی الدین؛ (۱۴۱۳ق)، المجموع فی شرح المذهب، ج ۹، دار الفکر، لبنان - بیروت، الاسلامیه، اول، قم - ایران.
۸. الکاظمی التستری، الشیخ اسداله؛ (بی تا)، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار فی أحكام النبی المختار و عترته الأطهار، ج ۱، مؤسسه آل البيت، اول، قم.
۹. الرسوقی، شمس الدین محمد بن عننه؛ (بی تا)، حاشیه الدوقی، ج ۳، داراحیاء الکتب العربیه، بیروت - لبنان.
۱۰. السرحسنی، شمس الدین؛ (۱۴۰۶ق)، المبسوط، المعرفه، ج ۱۲، بیروت - لبنان.

۱۱. احمدی، فرزانه، امینی، علیرضا، آیتی، سید محمد رضا، (۱۳۹۶)، ماهیت جعاله، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره چهل و نه.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، گنج دانش، اول، تهران.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ (۱۳۸۹)، حقوق تعهدات، گنج دانش، چهارم، تهران.
۱۴. جبل عاملی، زین الدین (شهیدثانی)؛ (بی تا)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۳، معارف.
۱۵. رضایی، علی، (۱۳۹۶)، زمان وقوع معامله در حراج (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و غرب)، فصلنامه دانش حقوق و مالیه، سال اول، شماره ۱.
۱۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، اول، تهران.
۱۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، مجد، تهران.
۱۸. صفایی، سید حسین؛ (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، میزان، سوم، تهران - ایران.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲؛ المکتبۃ المرتضویۃ الإحیاء الآثار الجعفریه، سوم، تهران.
۲۰. قنوتی، جلیل (۱۳۸۶)؛ "نظریه ایجاب ملزم در آیین تطبیق"، مطالعات اسلامی، ۷۷
۲۱. قنوتی، جلیل، (۱۳۸۳)، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، بوستان کتاب، قم، چاپ اول. ۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴)، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، اول، تهران.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشار، چهارم، تهران.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، انتشار، چهارم، تهران.
۲۴. کوتس، هاین؛ حقوق قراردادها در اروپا، ترجمه؛ احمدوند، ولی اله و ...، جهان جام جم، اول، ۱۳۸۵، تهران.
۲۵. کاویار، حسین، آقمشهدی، فخرالدین اصغری، ایزدی فر، علی اکبر، (۱۳۹۶)، ماهیت ایجاب، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۵.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی - قنوتی، جلیل - وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۸۹)؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، سمت، اول، تهران.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، اول، تهران.
۲۸. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، دارالاحیاء التراث العربی، هفتم، بیروت - لبنان.

۲۹. نوروزی، حسین، (۱۳۸۶)، ایجاب در انعقاد قرارداد، پایان نامه دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

۳۰. ناطق نوری، سوده، (۱۳۸۷)، زمان انعقاد قرارداد در فروشگاههای بزرگ، دانشنامه حقوق و سیاست، ۸، ۴.

۳۱. هینزی، جیمی، (۱۳۸۵)، قراردادهای ساختمانی، ترجمه بانکی، محمدتقی؛ اطلاعات، دوم، تهران.

ب- فرانسه و انگلیسی

۱. Corbix, A.L. (۱۹۷): offer and Acceptante and some of the Resulting legal Relatins. Yale law Journal, ۱۶۹-۲۰۶.

۲. Curtis, Henry. B. (۱۹۲۲); Offer and Acceptance. Loy.LJ.۳ (New Or Leans)۲۳ .

۳. Judge, Stepen; Business Law, Macmillan, ۲nd, ۱۹۹۹, wiltshir- Uk.

۴. Poole, Jill; Case Book on contract law, Oxford University press, ۱۷^{ih}, ۲۰۰۵, Oxford-UK

۵. Poole, Jill; CaseBook on contract Law, Oxford university Press, ۱۷th, ۲۰۰۶, Oxford- Uk.