

کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD

ابوالفتح خالقی* مهدی فضلی**

(تاریخ دریافت: ۹۶/۱/۲۶ تاریخ پذیرش: ۹۶/۴/۲۵)

چکیده

معاملات دولتی یکی از عمده‌های هزینه‌کرد بودجه عمومی هستند و به همین دلیل یکی از ابزارهای قانونی جهت ارتکاب مفاسد اقتصادی نیز به شمار می‌آیند؛ از این رو لازم است که سازوکار قانونی مشخصی بر آن‌ها حکم فرما باشد؛ قوانین کنونی داخلی در زمینه مبارزه با فساد در معاملات دولتی روزآمد و کارا نیستند و از کاستی‌هایی برخوردارند که امکان تحقق فساد در آن‌ها را میسر می‌سازند. سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) طی سال‌ها بررسی قوانین داخلی کشورهای عضو رهنمودهایی را جهت اصلاح قوانین آنان در حوزه معاملات دولتی داخلی ارائه داده است که می‌تواند در راستای اصلاحات تقنینی در کشورمان نیز مفید فایده باشد؛ بنابراین این مقاله با استفاده از روش تحقیق توصیفی و تحلیلی، عمده کاستی‌های تقنینی مزبور را در مراحل پنج‌گانه قراردادهای دولتی شامل مرحله تشخیص نیازمندی‌ها، پیش‌فراخوان و فراخوان، انعقاد قرارداد، اجرای قرارداد و حسابرسی نهایی در پرتو رهنمودهای سازمان مزبور مورد شناسایی قرار داده و تدوین یک قانون جامع کیفری در این حوزه و نیز اصلاح قوانین و مقررات کنونی در مورد مناقصات و مزایده‌ها را جهت پیشگیری از فساد پیشنهاد داده است.

واژه‌های کلیدی: معاملات دولتی، مناقصه، مزایده، پیشگیری، فساد

* استادیار رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم.

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده‌ی مسئول): mrmfazli@yahoo.com

مقدمه

معاملات اشخاص حقوقی دولتی که در کشورهای مختلف و نیز ادبیات حقوقی کشورمان با عناوین متفاوتی همچون قراردادهای پیمان‌های دولتی یاد می‌شوند (اعلایی‌فرد، ۱۳۸۴: ۵۶؛ عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۷۸؛ انصاری، ۱۳۷۷: ۱۵) در قوانین جاری تحت عنوان «معاملات دولتی»^۱ آمده‌اند. در تعریف معاملات دولتی گفته‌اند: «گروهی از قراردادهای است که سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح‌های عمرانی، انجام خدمات عمومی و اداره و بهره‌برداری از منابع، ثروت‌ها و اموال عمومی منعقد می‌کنند که منافع و سود آن عاید اشخاص خاصی نمی‌شود و تأمین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور، هدف اول این قراردادهای می‌باشد» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۷۸؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۰۳).^۲ قراردادهای دولتی را می‌توان به ملی (داخلی) و بین‌المللی تقسیم کرد؛ معاملات دولتی ملی، معمولاً در دو قالب شناخته‌شده‌ی قانونی یعنی «مناقصه»^۳ - جهت خرید کالا و خدمات- و مزایده^۴ - جهت واگذاری کالا و خدمات- (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۰ و ۸۸) و به دلایل متعددی از جمله تصدی امور عمرانی، بهداشتی، نظامی، خدماتی، پژوهشی، خرید و فروش تجهیزات یا نیروی انسانی واقع می‌شوند که دولت خود امکانات کافی برای تهیه یا اجرای آن‌ها را ندارد؛ گاه نیز خود دولت این امکان را دارد، اما سیاست‌های کلان اقتصادی سبب می‌شود دولت در این زمینه از توان بخش خصوصی استفاده نماید (Bovis, 2007: 445)؛ خصوصی‌سازی و کاهش دیوان‌سالاری و تصدی‌گری دولت، حمایت از اقتصاد ملی، افزایش کارایی و کنترل بیشتر، افزایش رقابت، کاهش هزینه‌ها و

1. Public Transactions/ Contracts/ Procurement

۲. اهداف معاملات دولتی را می‌توان به اهداف اولیه که همانا تحویل کالا و خدمات به صورت اقتصادی، کارا و در زمان‌بندی مناسب است و اهداف ثانویه همانند رعایت سیاست‌های محیط زیستی، توسعه بنگاه‌های کوچک و متوسط، نوآوری و غیره تقسیم کرد. بین این اهداف باید تعادل برقرار باشد (OECD, 2015: 6).

3. Tender/Low Bid

4. Auction/High Bid

جلوگیری از هدررفت منابع، افزایش پاسخگویی، کارآفرینی و نهایتاً توسعه ملی از جمله چنین سیاست‌هایی هستند (قرباغی، ۱۳۸۶: ۱۲۴؛ حلاج، ۱۳۹۴: ۱۴۹؛ OECD, 2016: 7)؛ بنابراین در یک اقتصاد آزاد، حجم و میزان این معاملات معمولاً بسیار بالاست (احمدی، ۱۳۹۵: ۴۸) و پربراه نخواهد بود اگر بگوییم دولت «بزرگ‌ترین مجری طرح‌های عمرانی، بزرگ‌ترین کارفرما، بزرگ‌ترین خریدار کالا و خدمات و همچنین در موارد زیادی بزرگ‌ترین عرضه‌کننده آن‌هاست» (اعلایی فرد، ۱۳۸۴: ۵۰). به همین دلیل «در بسیاری از اقتصادهای پیشرفته، دولت‌ها نظام‌های بسیار دقیقی را برای تنظیم بازار مناقصه و مزایده ابداع کرده‌اند. این امر تا حدی از آن‌روست که بازار مزبور به خودی‌خود چیزی پیچیده است و همچنین تا حدی از آن‌روست که بازار مناقصه و مزایده برای کل اقتصادی که در چارچوب آن عمل می‌کند اهمیت بسیار دارد» (سام دلیری، ۱۳۸۰: ۵۱). لذا قواعد و مقررات در حوزه معاملات دولتی به‌عنوان یک ابزار مدیریتی، باید بهره‌وری را در معاملات بالا ببرند و نتایج اجتماعی و اقتصادی سودمندتری را به همراه بیاورند (OECD: 2007-2: 10). وانگهی دولت و بخش عمومی در قراردادهایی که منعقد می‌کنند آزادی اراده چندانی ندارند و برخلاف قراردادهای مدنی، برای جلوگیری از تزلزل قراردادها، باید از احکام قانون تبعیت نمایند تا آن قراردادها واجد اعتبار باشند (سام دلیری، ۱۳۸۰: ۲۲).

علت دیگر اما آن است که معاملات دولتی می‌توانند یکی از بزرگ‌ترین بسترها برای پیشنهادهای غیرقانونی و فساد مالی - خصوصاً ارتشاء و تبانی - را فراهم نمایند (OECD: 2006: 7; TI, 2006: 9; OECD: 2007-2: 4; 2015)؛ از همین رو به هر میزان که دولت و نهادهای عمومی به لحاظ حجم گسترده‌تر باشند امکان تحقق فساد نیز افزایش خواهد یافت (منتی‌نژاد، ۱۳۸۶: ۴۸). در معاملات دولتی معمولاً حجم زیادی از منابع مالی از بخش‌های دولتی و عمومی به بخش خصوصی منتقل می‌شود و همین امر انگیزه‌های فزاینده‌ای به بزه‌کاران یقه‌سفید می‌بخشد (Bovis, 2007: 445)؛ اهمیت این امر به حدی است که بر اساس آمارهای

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD)، فساد در معاملات دولتی از فساد در دیگر بخش‌ها از جمله تسهیلات، مالیات، امور قضایی و حتی سیاسی بالاتر است (OECD: 2007: 9: 2). این سازمان همواره هشدار داده است که فساد در معاملات باعث تبعیض و افزایش هزینه‌های عمومی می‌گردد؛ چراکه در تقلبات مالی که از طریق قراردادهای صورت می‌گیرد، معمولاً قیمتی که پرداخت می‌شود با قیمت واقعی کالاها یا هزینه‌های صورت گرفته اختلافات فاحشی دارد (OECD, 2008: 6). افزون بر این، به‌ویژه در مناقصات که از منابع مالی عمومی و به ویژه مالیات اخذ شده از شهروندان هزینه می‌شود، حقوق شهروندان لطمه می‌بیند و از منظر حقوق اقتصادی شهروندان، ضروری است که دولت‌ها تدابیر جامعی برای مبارزه با فساد در این حوزه اتخاذ کنند (Trepte, 2004: 25).

بر اساس برآوردهای سازمان مزبور و نیز دفتر مبارزه با مواد مخدر و جرم سازمان ملل، معاملات دولتی ۱۲ الی ۳۰ درصد از حجم تولید ناخالص ملی (GDP) را در کشورها در برمی‌گیرد (1: UNODC, 2013; OECD, 2011: 148; OECD, 2007-1: 5) و این آمار آنگاه افزون‌تر می‌شود که اقتصاد دولتی (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۱؛ بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۳۷) یا در حال گذار از دولتی به لیبرال و بازارمحور باشد (Pashev, et.al, 2007: 13). بر اساس گزارش سازمان شفافیت بین‌الملل^۱ نیز، فساد نظام‌مند در معاملات دولتی حدود ۲۰ الی ۲۵ درصد بر هزینه کلی معاملات می‌افزاید (TI, 2006: 13; TI, 2010: 43)؛ بنابراین یک دلیل گستردگی فساد در این بخش، مجموع مبالغی است که ممکن است از معاملات بخش دولتی و عمومی حاصل یا در آن زمینه هزینه گردد. برای نمونه در کشور ما، فقط در سال ۱۳۸۲ سهم مناقصات در اعتبارات هزینه‌ای بودجه، نود هزار میلیارد ریال بوده است (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۹۰). لذا یک نظام قانونی کارا در خصوص معاملات دولتی می‌تواند مؤلفه‌ای تأثیرگذار در هزینه‌کرد بودجه عمومی باشد (OECD, 2007-1: 13). به همین منظور برای کارآمدی و

1. Transparency International

کاهش فساد در معاملات دولتی، برخی اصول پایه‌ای باید بر آن‌ها حاکم باشند؛ اقتصاددانان این اصول ساختاری را رقابت، سلامت، شفافیت، پاسخگویی، کارایی، بهره‌وری، یکپارچگی، رضایت مصرف‌کننده، توزیع ثروت و کاهش ریسک دانسته‌اند (Schooner, 2002: 107). این اصول برخی از جهات اقتصادی و برخی نیز از جهات حقوقی دارای اهمیت هستند و در این میان، چهار اصل نخست از منظر حقوقی از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند، به طوری که یکی، دیگری را تکمیل می‌کند (UNODC, 2013: 1). لذا قوانینی که در این زمینه تصویب می‌شوند نیز باید بتوانند اصول فوق را تضمین کنند.

در کشور ما پیشگیری از فساد در معاملات دولتی داخلی از همان سال‌های آغازین تشکیل مجلس پس از مشروطه مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛^۱ این توجه از دو منظر بوده است: یکی از طریق تصویب قوانین و مقرراتی که تلاش داشته‌اند فرایند انجام معاملات را هر چه بیشتر قانونمند کرده و از تخلفات احتمالی در این حوزه بکاهند؛ و دیگری از طریق وضع قوانینی در راستای مبارزه با جرایم و بزهکاری در این زمینه؛ علی‌رغم اینکه سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی در اصل ۴۴ قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته و علی‌رغم اینکه «کنوانسیون سازمان ملل در مبارزه با فساد (کنوانسیون مریدا)» - که کشورمان بر اساس «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد» مصوب ۸۷/۷/۲۰ به آن پیوسته است - الزاماتی در این زمینه پیش‌بینی کرده است، باین حال مطالعه اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای به‌ویژه رهنمودهای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) نشان می‌دهد که مقررات کنونی کشورمان جهت پیشگیری از فساد در این حوزه کافی و کارا نیست. غالب مقررات کیفری در این حوزه مربوط به دوران قبل از انقلاب

۱. برخلاف بخش دولتی درباره بخش خصوصی چنین مقرراتی وجود ندارد و معاملات آن‌ها به‌طور کلی تابع قوانین مدنی و تجارت است؛ سازمان همکاری و توسعه اقتصادی و سازمان ملل در کنوانسیون مبارزه با فساد (مریدا)، همواره دولت‌ها را به لزوم وضع مقرراتی مشابه در بخش خصوصی رهنمون گشته‌اند (OECD, 2008: 5, OECD, 2005: 30). (UNODC: 2013: 3)

است و قوانین کیفری پس از انقلاب بیشتر بازنویس قوانین قبل از انقلاب هستند. قوانین و مقررات عمومی و غیر کیفری نیز در مورد مزایده‌ها بسیار ناقص و محدود به مقرراتی پراکنده در قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ و برخی مقررات دیگر هستند (احمدی، ۱۳۹۵: ۶۱) و در خصوص مناقصات، قانون مناقصات مصوب ۱۳۸۳ حاکم است^۱ که بیشتر به فرایندها و تشریفات برگزاری مناقصات توجه کرده است که هرچند در جای خود ضروری است، اما برای پیشگیری از فساد کافی نیست. این کاستی‌ها البته منحصر به قوانین کیفری خاص مرتبط با معاملات دولتی نیست و قوانین عمومی کیفری - همچون مقررات مربوط به رشاء و ارتشاء - نیز که از جرایم عمده‌ی مرتبط با معاملات دولتی هستند کاستی‌های فراوانی دارند که باید اصلاح شوند،^۲ چه بر اساس آمار OECD در سال ۲۰۱۴، در ۵۷ درصد از ۴۲۷ پرونده‌ی مربوط به ارتشاء از سال ۱۹۹۹ تا ۲۰۱۳، برای تحصیل امتیاز در یک معامله دولتی رشوه پرداخت شده است (OECD, 2014: 8) که تقریباً دوسوم آن‌ها در بخش‌های پرریسک شامل: استخراج معادن، ساخت و ساز، حمل و نقل و انبارداری بوده است (OECD: 2014: 20; OECD: 2016: 7).

۱. بر اساس تبصره ماده ۱ این قانون تنها نیروهای مسلح از شمول این قانون مستثنی هستند و بقیه دستگاه‌های حکومتی همگی مشمول این قانون می‌باشند (قراباغی، ۱۳۸۶: ۱۲۸).

۲. برای نمونه موضوع بزه ارتشاء در قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ «وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مال» است لکن شامل امتیاز یا انجام دادن خدمات برای مرتشی نمی‌گردد. حتی افزایش موارد مذکور طی ماده ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) به انتقال مالی بلاعوض یا به مقدار فاحش ارزان‌تر از قیمت معمولی به مستخدمین دولتی و خریداری مالی به مقدار فاحشی گران‌تر از قیمت از مستخدمین دولتی نتوانسته این کاستی را جبران نماید. شاید به همین دلیل است که در اسناد بین‌المللی و در قوانین بسیاری از کشورها به جای موارد فوق عبارت «هر چیز با ارزش» به کار رفته است. واژه «نفع» در ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی تقریباً در همین معنای کلی به کار رفته است (آذری‌متین، ۱۳۸۶: ۹۱). همچنین جرم‌انگاری ارتشاء کارگزاران خارجی که همواره مورد تأکید سازمان‌های بین‌المللی است (OECD: 2014: 6) یکی از نقایص قانون داخلی است.

بر اساس رهنمودهای OECD و سازمان شفافیت بین‌الملل، فرایند معاملات دربرگیرنده ۵ مرحله: برنامه‌ریزی و تشخیص نیازمندی‌ها، پیش‌فراخوان و فراخوان، انعقاد، اجرا و نظارت (حسابرسی) پس از آن می‌گردد^۱ (Szymanski, 2006: 17; TI, 2006: 6; OECD: 2015: 5: 2007). فساد در معاملات و واگذاری‌ها می‌تواند در تمامی مراحل پنج‌گانه فوق وجود داشته باشد.^۲ ذیلاً رهنمودهای OECD که بیشترین و کاربردی‌ترین مطالعات و توصیه‌ها را در میان سازمان‌های بین‌المللی در این زمینه داشته است و رهنمودهایش برخاسته از بررسی کاستی‌های قوانین کشورهای عضو آن طی دو دهه‌ی گذشته بوده را مورد بررسی قرار داده و به عمده کاستی‌های قوانین کیفری کشورمان در هر یک از مراحل فوق نیز اشاره کرده‌ایم.^۳ برای فهم بهتر موضوع، هر یک از ۵ مرحله فوق را ذیل دو مبحث، یکی از مرحله تشخیص

۱. دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل این مراحل را سه‌گانه و شامل مراحل پیش از معامله، حین معامله و پس از معامله دانسته است (UNODC: 2013: 4). با این حال به نظر می‌رسد که تقسیم‌بندی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی دقیق‌تر باشد.

۲. لازم به توضیح است که فساد در معاملات دولتی در سه سطح زیرساختی، ساختاری و فرایندی قابل بررسی است. در مقاله حاضر این مطالعه از منظر فرایندی (کاستی‌ها در فرایند معاملات در قوانین موجود) به بحث گذارده شده و کاستی‌های زیرساختی همچون افزایش دستمزدها جهت کاهش فساد، ضعف آموزش، اطلاعات و سواد کارمندان نسبت به قانون، فقدان اخلاق و کدهای حرفه‌ای و نظایر آن‌ها و نیز کاستی‌های ساختاری همچون اقتصاد دولتی رانت‌محور، ساختارهای بوروکراتیک ناکارا و ضعف‌های ساختاری قوانین موجود و نظایر آن‌ها نیازمند بحثی مفصل و جداگانه است.

۳. لازم به ذکر است که در نگارش مقاله حاضر از مدل مرسوم در رهنمودهای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که این کاستی‌ها را در مراحل پنج‌گانه معاملات دولتی (سه مرحله تا انعقاد و دو مرحله پس از انعقاد) بررسی کرده‌اند استفاده شده و ساختار مقاله در دو بخش مجزا به بررسی نواقص کیفری و غیرکیفری پرداخته است. این امر از آن سو است که بسیاری از این کاستی‌ها در بخش‌های کیفری و غیرکیفری یکسان‌اند و بررسی آن‌ها در هر دو بخش به تکرار مکررات می‌انجامد. وانگهی نحوه واکنش به این کاستی‌ها که کیفری یا غیرکیفری باشد نمی‌تواند مبنای صحیحی برای تفکیک باشد و چه‌بسا یک کاستی نیازمند هر دو واکنش باشد؛ بنابراین بررسی نواقص بر اساس مراحل فرایند معاملات دولتی روشی استاندارد در بررسی این کاستی‌ها است.

ضرورت تا مرحله انعقاد قراردادها (که شامل خود مرحله انعقاد قرارداد نیز می‌گردد) و دوم مرحله پس از انعقاد قرارداد مورد بررسی قرار داده‌ایم.

۱. کاستی‌های تقنینی تا انعقاد قرارداد

کاستی‌هایی که در این مبحث مورد بررسی قرار خواهند گرفت در سه مرحله شامل: مرحله‌ی تشخیص ضرورت برگزاری معاملات دولتی، مرحله‌ی پیش فراخوان و فراخوان که مربوط به مقدمات و تشریفات شکلی برگزاری معاملات دولتی هستند و نیز مرحله‌ی انعقاد قرارداد که به اصول لازم برای نحوه‌ی انعقاد معاملات اشاره دارد، خواهند بود. ذیلاً به ترتیب به آن‌ها پرداخته‌ایم.

۱-۱. در مرحله‌ی تشخیص نیازمندی‌ها

در این مرحله، مهم‌ترین اصلی که بر معاملات و واگذاری‌ها حکومت می‌کند، «اصل لزوم نیاز واقعی» به معامله یا واگذاری است (OECD, 2009: 53)؛ این اصل مبین آن است که تشخیص یک دستگاه اجرایی برای انجام معامله باید برحسب نیازهای واقعی دستگاه و نهاد مربوطه و باهدف ارتفاع نیازهای عمومی صورت گیرد (Szymanski, 2006: 18; TI, 2007: 7)؛ این امر بیشتر از منظر مصرف بودجه و ضرورت هزینه کرد آن و کارایی طرح‌های پیشنهادی اهمیت دارد (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۳). اگر جایگزینی از طریق منابع موجود ممکن باشد بطوری که نیازی به معامله نباشد، معامله نباید صورت گیرد (OECD, 2009: 54)؛ تشخیص نیازمندی‌ها ممکن است با اعمال نفوذ یک مقام بالاتر و یا با اغراض سیاسی – همچون اخذ آراء عمومی در انتخابات بعدی به نفع یک فرد یا گروه خاص – صورت گیرد (OECD, 2007-2: 23؛ OECD, 2009: 53؛ OECD, 2016: 8)؛ بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۳۸)؛ تشخیص نیازمندی‌ها صرفاً به مقوله اصل برگزاری معامله محدود نمی‌شود و ممکن است اصل این تشخیص صحیح باشد، اما جزئیات آن همچون روش برگزاری مناقصه، برنامه‌ریزی صحیح، انتخاب پیمانکار

واجد شرایط، بودجه‌بندی لازم برای انجام معامله یا زمان‌بندی لازم برای اجرای موضوع معامله به‌درستی صورت نگیرد (OECD, 2015: 8, OECD, 2009: 55; OECD, 2007-2: 21; OECD, 2016: 8). همچنین ممکن است به دلیل برآوردهای نادرست، معامله اساساً خروجی و نتایج مورد انتظار را نداشته و سبب ورود ضررهای اقتصادی فراوان به جامعه - از جمله آسیب‌های محیط زیستی - گردد (TI, 2006: 18).

در قوانین کنونی کشورمان مرجع تشخیص نیاز برای اصل معامله و خصوصیات آن، خود دستگاه اجرایی است و در این باره سازوکار قانونی مشخصی در نظر گرفته نشده است. این امر به‌ویژه در مناقصه‌ها مشاهده می‌شود و در موارد متعددی دیده شده که مدیران دستگاه‌های اجرایی بدون نیاز واقعی اقدام به برگزاری معاملات برای خرید کالا یا خدمات نموده‌اند (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲). این تشخیص بی‌ضابطه مدیریتی در مواقعی که مدیران یک معامله بزرگ را به معاملات متوسط و خرد تقسیم می‌کنند افزایش می‌یابد؛ چراکه نظارت‌های قانونی بر معاملات کوچک و خرد کمتر و بالتبع شفافیت در آن‌ها کمتر است (Palguta, 2013: 4). وانگهی یکی از ایرادات اساسی قوانینی که مبتنی بر روش پلکانی (غیرخطی)؛ یعنی طبقه‌بندی معاملات به بزرگ و متوسط و خرد هستند^۲ آن است که تشخیص اینکه معامله به چه مبلغی صورت گیرد، مبتنی بر نظرات کارشناسی و احتمالات برآورد شده توسط آن‌هاست (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲) که اولاً مدیران در مرحله کارشناسی دخالت کرده و کارشناسان موردنظر خود را برای ارزیابی ارزش معاملات برمی‌گزینند که معامله را به‌دلخواه

1. Nonlinear

۲. به‌طور کلی برای طبقه‌بندی معاملات چهار روش (یا ترکیبی از آن‌ها) اعمال می‌شود؛ روش اول که معمول‌تر است روش پلکانی بر اساس ارزش مالی معاملات است؛ روش دوم مبتنی بر موضوع معامله (کالا، خدمات و ساخت‌وساز)، روش سوم مبتنی بر مرجع برگزارکننده معامله و روش چهارم مبتنی بر شیوه اجرای معامله (آزاد یا باز، محدود، مذاکره‌ای و گزینشی) است (Palguta, 2013: 10؛ فاتح، ۱۳۸۶: ۲۹). در کشور ما روش مذاکره‌ای در قوانین و مقررات موجود که برای اجرای طرح‌های عظیم صنعتی - همچون توسعه میادین نفت و گاز - ضروری است و در آن به شرایط شرکت‌کنندگان پرداخته می‌شود پیش‌بینی نشده است (شیروی: ۱۳۸۵: ۷۵).

آنان ارزیابی می‌کند؛ ثانیاً در عمل ممکن است هزینه واقعی معاملات کمتر یا بیشتر از ارزیابی‌ها حاصل آید که خود مشکلات متعاقبی را به همراه دارد (Palguta, 2013: 10؛ بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۳۸؛ زمانی، ۱۳۸۸: ۱۰۹).

بدین ترتیب اختیارات وسیع مدیریتی می‌تواند بستری کلان برای فساد فراهم نماید و لذا لازم است که قوانین و مقررات در این حوزه اصلاح شوند و مراجع بیشتری بر معاملات نظارت داشته باشند (OECD, 2009: 54). لذا از این رو بهتر است در کشور ما تشخیص نیازمندی‌ها در معاملات بسیار بزرگ توسط مجلس^۱، در معاملات بزرگ، در یک فرایند دو سطحی (در سطح اول توسط خود دستگاه اجرایی و در سطح دوم توسط وزارتخانه یا بالاترین سازمان مربوطه) و در معاملات متوسط در یک فرایند یک سطحی، بر عهده کمیته یا کمیسیونی - ترجیحاً خارج از دستگاه مربوطه - باشد (OECD, 2009: 66)، به نحوی که قانون‌گذار اعضاء و شرایط آن‌ها را پیش‌بینی نماید و برای آنان مسؤلیت قانونی در نظر گیرد و در صورتی که روشن گردد به نحوی متقلبانه و بدون احساس ضرورت اقدام به تشخیص معامله نموده‌اند برای آنان مسؤلیت کیفری مقرر نماید. همچنین این امر می‌تواند در خصوص معاملات بزرگ به کمیته مخصوصی ارجاع شود، به نحوی که در آن حداقل یک مقام قضایی و نمایندگانی از جامعه (در قالب نمایندگان سازمان‌های مردم‌نهاد) حضور داشته باشند (OECD, 2007-2: 75). این امر از آن رو مهم است که در فرایندهای کنونی در معاملات دولتی بر کاهش نقش تصمیم‌گیری‌های خودسرانه دولتی در هزینه‌کرد منابع بودجه تأکید می‌شود (Pashev, et.al, 2007: 9; UNODC, 2013: 2, OECD, 2007-2: 21؛ وانگهی در خصوص هزینه‌ها، بودجه و زمان لازم، میزان ریسک و نتایج مورد انتظار حتی‌الامکان از مشاوران حائز صلاحیت استفاده گردد (OECD, 2009: 55).

۱. در برخی کشورها تصویب نصاب معاملات در طرح‌های ملی بسیار کلان با مجلس آن کشورهاست (OECD, 2007-2: 114).

یکی از موارد شایع در مرحله تشخیص ضرورت معاملات تبانی است^۱ (OECD, 2007-2: 72؛ خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲)؛ هرچند در کشورمان قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ به‌طور کلی موضوع تبانی در تشخیص ضرورت در برگزاری معاملات را هم پوشش می‌دهد، اما از آنجا که اولاً احراز و اثبات تبانی بسیار دشوار است و ثانیاً راهکارهای غیرکیفری کافی برای کاهش تبانی نیز پیش‌بینی نشده است، همچنان ریسک ناشی از فساد ناشی از تبانی در معاملات دولتی و عمومی به میزان زیادی بالاست و قانون کیفری به‌تنهایی نمی‌تواند در مبارزه با تبانی در این زمینه کافی باشد؛ بنابراین چندسطحی شدن تشخیص نیازمندی‌ها که حتی‌الامکان خارج از دستگاه مربوطه صورت گیرد می‌تواند تا حد زیادی امکان تبانی در معاملات دولتی را کاهش دهد.

اصل مهم دیگری که باید در مرحله‌ی اخذ تصمیم رعایت گردد، اصل «محرمانگی و سرّی بودن» تصمیمات اتخاذی برای معامله تا زمان اعلام رسمی آن است؛ بدین معنی که اعضای تصمیم‌گیرنده تا زمانی که موضوع از طریق وسایل اطلاع‌رسانی عمومی به اطلاع همگان نرسیده باشد باید اطلاعات، تصمیمات و جزئیات مربوط به معامله را محفوظ نگاه داشته و از افشای آن‌ها جلوگیری کنند (OECD, 2009: 65؛ خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲)؛ چراکه افزون بر اینکه این امر به رقابت سالم صدمه می‌زند (فاتح، ۱۳۸۶: ۲۹). تجربه نشان داده است

۱. تبانی ممکن است به روش‌های مختلفی همچون ارائه قیمت یا شروط مشابه، ارائه قیمت‌های بالا و پایین جهت برنده شدن ارائه‌دهنده قیمت پایین، عدم شرکت در معاملات جهت برنده شدن دیگری، رقابت دروغین، تقسیم معاملات بین یکدیگر، تشکیل کنسرسیوم یا بنگاه جدید جهت ارائه پیشنهاد واحد (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳: ۳۶۳)، شرکت در معاملات جهت احراز حد نصاب شرکت کنندگان و انصراف بعدی به نفع شرکت‌کننده‌ی دیگر، ارائه پیشنهادهای مبهم و مشروط، خارج از مهلت و بدون سپرده جهت برنده شدن دیگری یا شرکت دادن چنین پیشنهادهایی در فرایند معاملات، عدم ارائه رسید برای پاکت‌های پیشنهادی و در نتیجه نگشودن آن‌ها جهت برنده نشدن آنان و برنده شدن یک شرکت‌کننده خاص، انصراف برنده اول جهت برنده شدن نفر دوم، انتشار فراخوان در زمان‌هایی که دیگران امکان شرکت نداشته باشند، دادن اطلاعات خاص فقط به یک شرکت‌کننده خاص، ارزیابی نادرست شرکت‌کنندگان، تبانی در عدم برگزاری مناقصه یا مزایده یا ترک آن‌ها، معیوب جلوه دادن کالا برای برگزاری مزایده و غیره صورت گیرد (احمدی، ۱۳۹۵: ۵۱؛ زمانی، ۱۳۸۸: ۱۰۹).

که بسیاری از رانت‌ها و مفاسد به خاطر آگاهی یافتن زود هنگام عده‌ای خاص از تصمیمات و اطلاعاتی ناشی شده است که قبل از آگاهی یافتن عموم بر آن اطلاعات و تصمیمات، امکان سوء استفاده‌ی آن‌ها را فراهم آورده است (OECD, 2007-2: 22; OECD, 2015: 7). نقض محرمانگی تا قبل از علنی شدن برگزاری مزایده یا مناقصه جزو مواردی است که خلأ جرم‌انگاری آن به‌طور خاص در قوانین کیفری کنونی محسوس است.^۱

۲-۱. در مرحله‌ی پیش‌فراخوان و فراخوان

اولین اصل در این مرحله، «اصل حداکثری روش‌های رقابتی» است؛ زیرا رقابتی‌تر شدن فرایند معاملات، راه را برای سوء استفاده و نفوذ کمتر می‌سازد و کسی که پیشنهاد مناسب (حداقل در مناقصات یا حداکثر در مزایده‌ها) را ارائه کند برنده می‌شود (OECD, 2016: 8; OECD, 2007-2: 55). بر اساس این اصل نباید در اتخاذ تصمیم برای معاملات از روش‌هایی سود جست که رقابت را از بین برده یا کاهش داده یا موجب تبعیض گردد (OECD, 2015: 7)؛ بنابراین مواردی چون عدم ارائه سهام فروش در واگذاری‌ها از طریق بورس، اتخاذ تصمیمات فاقد توجیه مبنی بر ترک تشریفات مناقصه و مزایده، اتخاذ تصمیم مبنی عدم برگزاری مناقصات و مزایده‌ها بدون دلایل توجیهی منطقی یا با استناد به دلایل واهی، سوء استفاده از موارد عدم الزام به برگزاری مناقصه توسط دستگاه‌های اجرائی، افزایش برگزاری روش‌هایی چون روش مناقصه محدود به‌جای مناقصه عمومی و خرد کردن معاملات بزرگ به صورتی که از شمول

۱. ممکن است گفته شود که ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) که در مورد تکلیف حفظ اسرار توسط کسانی است که به مناسبت شغل یا حرفه‌ی خود محرم اسرار مردم می‌شوند، این مورد را پوشش می‌دهد، با این حال اولاً ظاهر این ماده در مورد اسرار شخصی مردم است و نه راجع به اطلاعات مربوط به معاملات دولتی که اسرار شخصی محسوب نمی‌شوند؛ ثانیاً در قوانین مربوط به معاملات دولتی به سرّی بودن این اطلاعات اشاره‌ای نشده است تا ماده‌ی موصوف آن‌ها را پوشش دهد.

فرایند مناقصه خارج و به روش معاملات کوچک یا متوسط برگزار شوند^۱ (Palguta, 2013: 12؛ احمدی، ۱۳۹۵: ۵۴؛ محمدزاده و اسکندری، ۱۳۹۱: ۱۰۷؛ OECD, 2016: 8) و تمامی اشکال سوق دادن عمدی جریان معامله (با دادن اطلاعات یا بدون آن) به نحوی که برخی شرکت کنندگان قادر به شرکت نشده، منصرف یا مناقصه‌گر خاصی برنده شود (TI, 2006: 64؛ OECD, 2009: 18)، همچون تحدید کالای مورد نیاز به علامت تجاری خاص (شیروی: ۱۳۸۵: ۶۸) یا اینکه فقط شرکت خاصی توانایی انجام موضوع معامله را دارد (OECD, 2016: 8). باید حذف یا به حداقل ممکن کاهش یابند. همچنین شرایط شرکت در معامله باید حتی الامکان ساده، روشن و شفاف بوده و برای همه شرکت کنندگان اعم از ایرانی و خارجی یکسان باشد (OECD, 2015: 8).

به همین دلیل در برخی کشورها برای جلوگیری از سوءاستفاده از مواردی مانند مناقصه، قانون‌گذار خود حداقل تعداد شرکت کنندگان برای رسمیت یافتن مناقصه یا مزایده را اعلام کرده و این امر را به تشخیص مقامات اجرایی واگذار نکرده است (Palguta, 2013: 12). همچنین، در این مرحله ممکن است برای حذف هرگونه مناقصه یا مزایده به بهانه‌هایی چون اضطراری و اورژانسی بودن شرایط و نیز دلایل امنیتی، دفاعی، بحرانی و جنگی که ضرورت چنین امری را توجیه می‌کنند استناد شود. چنین مواردی معمولاً معاذیری غیرموجه برای پرهیز یا به حداقل رساندن فضای رقابتی است (TI, 2008: 51؛ OECD, 2016: 8; OECD, 2006: 20).

البته بر رقابتی بودن معاملات چند ایراد وارد شده است: اولاً اینکه در فرایند کمترین پیشنهاد قیمت در مناقصات، لزوماً کیفیت بالا در تحویل کالا و خصوصاً انجام خدمات تأمین نمی‌شود.

۱. تبصره ۳ ماده ۳ قانون مناقصات مصوب ۱۳۸۳ با توجه به همین موضوع عنوان داشته که «مبلغ یا برآورد معاملات مشمول هر یک از نصاب‌های فوق نباید با تفکیک اقلامی که به‌طور متعارف، یک مجموعه واحد تلقی می‌شوند به نصاب پایین‌تر برده شود». مع‌ذلک ضمانت اجرایی برای نقض آن در نظر نگرفته است.

در این فرایند ممکن است شرکت‌هایی حضور یابند که هرچند قیمت پایین‌تر را پیشنهاد می‌دهند، اما صلاحیت‌های لازم را ندارند (Koike, 2014: 154). در پاسخ به این ایراد بیان شده که اولاً دستگاه‌های دولتی برای تعیین شرایط قراردادی، اخذ تضمین برای کیفیت کار، نظارت در طول انجام پروژه و تعیین حداقل شرایط شرکت‌کنندگان از اختیارات لازم برخوردارند (Maranhao Costa, et.al, 1998: 16). ثانیاً دولت‌ها برای رفع این مشکل تلاش کرده‌اند با وضع مقرراتی، صلاحیت‌های لازم برای ورود شرکت‌ها به عرصه رقابت را احراز نمایند و علی‌الاصول پیش‌بینی مناقصات دو مرحله‌ای به همین منظور بوده است. ثالثاً در برخی کشورها به دستگاه‌های اجرایی این امکان داده شده است که در صورت غیرمعقول بودن قیمت‌های پیشنهادی از انجام معامله خودداری ورزند (فاتح، ۱۳۸۶: ۳۰). قید عبارت «کمترین قیمت متناسب» در بند الف ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ در کشورمان نیز به همین دلیل بوده است (شیروی، ۱۳۸۵: ۵۸).

ایراد دوم رقابتی شدن این است که هزینه‌ها برای دستگاه‌های دولتی افزایش می‌یابد؛ برای نمونه برگزاری مناقصه نیازمند تشریفات چون نشر آگهی در مطبوعات و تارنماهای اینترنتی، دعوت از مناقصه‌گران، ارزیابی کیفی آنان، برگزاری جلسه بازگشایی پاکت‌ها و مواردی نظیر آن‌هاست. برای پرهیز از این هزینه‌ها، با توجه به «اصل تناسب» میان شفافیت و هزینه‌ها، معمولاً قانون‌گذاران برگزاری مناقصه و مزایده را محدود به معاملات قابل توجه یا بزرگ کرده‌اند (Maranhao Costa, et.al, 1998: 16)، لکن از سوی دیگر پاسخگویی و نظارت بر معاملات خرد و متوسط را افزایش داده‌اند (OECD, 2007-2: 33).

بر اساس ماده ۱۱ قانون مناقصات، خرید (مناقصه) در معاملات کوچک و متوسط با تحقیق کارپرداز یا مأمور خرید و در معاملات بزرگ به یکی از روش‌های برگزاری مناقصه عمومی از طریق انتشار فراخوان در روزنامه‌های کثیرالانتشار یا برگزاری مناقصه محدود صورت می‌گیرد.

1. Proportionality principle

در مورد مزایده‌ها نیز بر اساس ماده ۸۲ قانون محاسبات عمومی، معاملات جزئی به بیشترین بهای ممکن به تشخیص و مسئولیت مأمور فروش، معاملات متوسط با حراج و معاملات عمده با انتشار آگهی مزایده عمومی صورت می‌گیرد؛ بنابراین در مورد مناقصات در مورد معاملات کوچک و متوسط که به تحقیق و تشخیص کارپردازان و مأمورین خرید انجام می‌شود، در مجموع ارقام کلانی از بودجه عمومی هزینه می‌شود، بدون اینکه اساساً رقابتی وجود داشته باشد؛ لذا اگر در سطح کلان بنگریم در مجموع معاملات کوچک و متوسط بستر کلانی برای فساد فراهم می‌کنند و لازم است سازوکار دقیق‌تری برای نظارت بر این معاملات در نظر گرفته شود، به نحوی که اولاً معاملات متوسط نیز با توجه به حجم و میزان آن‌ها از طریق تشریفات فراخوان صورت گیرند؛ ثانیاً در مورد معاملات کوچک، علاوه بر استفاده از روش‌های الکترونیک برای دریافت پیشنهادها به‌جای روش‌های سنتی، مسئولیت کیفری کارپردازان و نیز کارشناسان رسمی که معمولاً به نظرات آنان در ارزیابی معاملات کوچک استناد می‌شود پررنگ‌تر شده و ارزیابی در معاملات خُرد نیز به تشخیص آنان واگذار نشود و کمیسیون یا هیأتی در دستگاه مربوطه عهده‌دار این امر گردد.

افزون بر موارد فوق، یکی از عمده‌موارد خلأ قانونی در مقررات کنونی کشور ما آنجاست که اصل حداکثری روش‌های رقابتی با استثنائاتی مواجهه می‌شود: نخستین استثناء در مورد شرکت‌های کسب‌وکار مانند کارکنان، مدیران و بعضاً بستگان نزدیک آن‌ها (پدر و مادر، همسر و فرزندان) در معاملات است که خود در فرایند تصمیم‌گیری یا اجرای معاملات یا واگذاری‌ها نقش دارند؛ در نظر گرفتن چنین منع و استثنایی بدان جهت است که قانون‌گذار خواسته با اعمال این استثنائات، محدودیت‌هایی را تحمیل کند تا افراد مزبور برای پیشگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی وارد فرایند معاملات یا واگذاری‌ها نشوند یا اطلاعاتی را که تحصیل کرده‌اند محرمانه نگاه داشته و افشاء نکرده یا به نفع خود از آن‌ها بهره‌برداری نکنند؛ «قانون راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری» مصوب ۱۳۳۷ نمونه بارز

قوانینی است که بر اساس این اصل تدوین شده‌اند؛ این محدودیت در اولین قوانین مربوط به معاملات دولتی یعنی در ماده ۳۴ «قانون دیوان محاسبات» مصوب ۱۲۸۹ نیز آمده بود که اعضاء دیوان محاسبات را از دخالت یا واسطه شدن در معاملات دولتی منع می‌کرد.^۱ خوشبختانه دایره اشخاص مشمول قانون راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری آنقدر وسیع است که تقریباً راه نفوذ غالب اشخاص ذی‌نفع که احتمال می‌رفت با اعمال نفوذ آن‌ها در دستگاه‌های اجرایی، قراردادی به نفع خود یا اقوام درجه اولشان منعقد گردد را بسته است. لکن بر اساس بند ۵ ماده ۱ قانون مزبور، این قانون شامل کارکنان بازنشسته و بازریدی و از کارافتاده و مانند آن‌ها نمی‌گردد، حال آنکه لازم بود قانون کارکنان مزبور - که معمولاً به لحاظ قدمت خدمت، از آشنایان بیشتری برای نفوذ در دستگاه‌های دولتی برخوردار هستند - را نیز دربرمی‌گرفت.^۲ چنین ممنوعیتی در قوانین برخی کشورها چون ایالات متحده برای معاملات بزرگ وضع شده است (OECD, 2007-2: 82). همچنین بر

۱. این ممنوعیت در برخی قوانین دیگر برای برخی افراد همچون اعضای مندرج در ماده ۲۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز آمده است.

۲. در همین راستا سوءاستفاده از موقعیت اداری، سیاسی و نظامی جهت انعقاد قراردادهای دولتی (OECD, 2005: 52) در ماده ۱ «قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد» مصوب ۱۳۹۰ نیز در تعریف فساد نیز به‌طور کلی به آن اشاره کرده است - رفتاری است که خلأ جرم‌انگاری مناسب آن در قوانین کنونی احساس می‌شود؛ هرچند ممکن است گفته شود قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۱۳۱۵ این امر را پوشش می‌دهد، اما ماده ۲ قانون اخیر که مرتبط با این موضوع است قیودی دارد که لزوماً همه حالات سوءاستفاده از موقعیت را پوشش نمی‌دهد؛ زیرا ماده موصوف اشعار می‌دارد: «هر کس از روابط خصوصی که با مأمورین یا مستخدمین مذکوره در ماده یک دارد سوءاستفاده نموده و در کارهای اداری که نزد آن‌ها است به نفع یا ضرر کسی برخلاف حق و مقررات قانونی اعمال نفوذ کند از یک ماه الی یک سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد». سوءاستفاده از موقعیت می‌تواند به‌صورت یک‌سویه و آمرانه اتفاق افتد و به داشتن «روابط خصوصی» منوط نباشد؛ وانگهی اعمال نفوذ در این ماده منوط به آن است که «به نفع یا ضرر کسی» باشد و لذا بزه، مقید است، در حالی که به‌عنوان یک بزه اقتصادی بهتر است سوءاستفاده از موقعیت به‌صورت مطلق جرم‌انگاری گردد.

اساس برخی قوانین موجود در خصوص مزایده‌ها کارکنان دولت حق شرکت در آن‌ها را دارند که این امر خود باب نفوذ را باز می‌گذارد.^۱

دومین استثناء اما در مورد عدم شرکت اشخاص فاقد صلاحیت در قراردادهایی است که اجرای موضوع آن‌ها نیازمند احراز توانایی‌های خاص است (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲)؛ مناقصات دومارحله‌ای و محدود از همین رو پیش‌بینی شده‌اند تا اشخاصی که دارای ویژگی‌ها و توانایی‌های خاص در اجرای موضوع قرارداد هستند، امکان شرکت در فرایند مناقصه را داشته باشند. هرچند مناقصه محدود لزوماً به معنای عدم شفافیت و فساد در این مناقصات نیست (OECD, 2007-2: 45)، لکن چون استثنایی بر مناقصه عمومی است، این مناقصات امکان بیشتری برای فساد فراهم می‌آورند و در صورت افزایش موارد مناقصات محدود باید در سلامت آن دستگاه شک کرد (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۳؛ احمدی، ۱۳۹۵: ۴۹). بر اساس فراز ۲ بند ب ماده ۴ قانون مناقصات مصوب ۱۳۸۳ مناقصه محدود «مناقصه‌ای است که در آن به تشخیص و مسؤولیت بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار محدودیت برگزاری مناقصه عمومی با ذکر ادله تأیید شود». مناقصات محدود صرفاً در مورد معاملات بزرگ بوده و بدون انتشار آگهی و با انتخاب مناقصه‌گزار از میان فهرست‌های مناقصه‌گران صلاحیت‌دار معرفی شده توسط مراجع ذیصلاح به عمل می‌آید. معمولاً تهیه چنین فهرست‌هایی معیار قانونی مشخصی ندارد (OECD, 2016: 8)؛ اعطاء و نیز احراز صلاحیت‌ها - اعم از فنی و مالی - برخلاف واقع نیز جزو مواردی است که خلأ آن‌ها در قوانین کنونی کشورمان مشاهده می‌شود، چه، این امر اگر با تبانی واقع شود قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی آن را پوشش می‌دهد (زمانی، ۱۳۸۸: ۱۰۹)، اما اگر بدون تبانی و از روی عمد یا حتی تقصیر واقع شود، قوانین کنونی آن را

۱. از جمله ماده واحده‌ی قانون فروش خانه‌های سازمانی مصوب ۱۳۸۵ و آیین‌نامه اجرایی آن، بند الف ماده ۶۳ قانون بودجه سال ۱۳۶۴ و ماده ۱ لایحه قانونی نحوه‌ی استفاده از اتومبیل‌های دولتی و فروش اتومبیل‌های زائد مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب (احمدی، ۱۳۹۵: ۶۱).

پوشش نمی‌دهند.^۱ وانگهی، در تشخیص صلاحیت‌ها نباید تبعیضی بی‌دلیل صورت گیرد؛ اعمال تبعیض در این مرحله نیز جزء مواردی است که خلأ آن در قوانین کشورمان احساس می‌شود (فاتح، ۱۳۸۶: ۲۹؛ محمدزاده و اسکندری، ۱۳۹۱: ۱۰۶).

سومین استثناء مربوط به موارد ترک تشریفات مناقصه است؛ ترک مناقصه در مواردی صورت می‌گیرد که امکان برگزاری مناقصه عملاً ممکن نیست یا اینکه قانون‌گذار آن را اقتصادی و به صرفه و صلاح نمی‌داند (منتی‌نژاد، ۱۳۸۶: ۴۹). ترک مناقصه باید با دلایل توجیهی -همچون عدم کارایی یا هزینه‌بر بودن مناقصه یا شرایط اضطراری- صورت گیرد. بر اساس ماده ۲۷ قانون مناقصات در مواردی که انجام مناقصه بر اساس گزارش توجیهی دستگاه مناقصه‌گزار به تشخیص یک هیئت مرکب از مقامات مذکور در ماده ۲۸ آن قانون میسر نباشد، می‌توان معامله را به طریق دیگری انجام داد و در این صورت هیئت ترک تشریفات مناقصه با رعایت صرفه و صلاح دستگاه، ترتیب انجام این‌گونه معاملات را با رعایت سایر مقررات مربوط در هر مورد فقط برای یک نوع کالا یا خدمت تعیین و اعلام خواهد نمود. ماده ۲۸ قانون مزبور ترکیب این هیئت‌های سه‌نفره را در دستگاه‌های مختلف معین نموده است. هرچند این ماده در خصوص نصاب معاملات سطح‌بندی نموده و ترکیب هیئت موصوف در مورد معاملات بیش از پنجاه برابر و بیش از دویست برابر نصاب معاملات کوچک را ارتقاء داده است، لکن در خصوص معاملات بزرگ با نصاب‌های پایین‌تر از پنجاه و دویست برابر نصاب

۱. لزوم جرم‌انگاری چنین مواردی به آن علت است که انجام امور تخصصی توسط شرکت‌های فاقد صلاحیت یا دارای صلاحیت‌های ناکافی می‌تواند منجر به خسارات هنگفتی گردد و لذا باید به‌عنوان یک بزه مانع و به‌صورت مطلق (به‌صرف تأیید صلاحیت) جرم‌انگاری گردد. ممکن است ایراد شود که حالت غیر عمد چنین امری توسط قسمت انتهایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) که تزییع وجوه و اموال دولتی بر اثر اهمال یا تفریط را جرم‌انگاری کرده پوشش داده می‌شود؛ با این حال بزه مندرج در این ماده بزه‌ی مقید به نتیجه است و نه مطلق، درحالی که هدف از جرم‌انگاری چنین بزه‌ی مانع بودن آن است تا اشخاص فاقد صلاحیت لازم از همان ابتدا نتوانند توسط کارکنان بخش‌های دولتی و عمومی در قراردادهای منعقد طرف معامله واقع شوند تا اساساً خسارات هنگفت احتمالی بعدی -که ممکن است هرگز جبران نگردند- وارد نگردد.

معاملات کوچک، همچنان هیئت‌هایی که در دستگاه‌های موصوف مستقر هستند اختیارات بالایی دارند. متأسفانه در این خصوص که این هیئت‌ها از اختیارات خود سوءاستفاده نموده (احمدی ۱۳۹۵: ۴۸؛ شیروی، ۱۳۸۵: ۵۵) و در مورد ترک مناقصه بدون دلایل توجیهی یا دلایل توجیهی نادرست -از جمله شرایط اضطراری- لازم تصمیم بگیرند نیز ضمانت‌اجرایی پیش‌بینی نشده است، در حالی که در عمل سوءاستفاده از این راهکار کم نبوده است (OECD, 2007-2: 5؛ خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۳؛ OECD, 2016: 8).

چهارمین استثناء نیز مربوط به موارد عدم الزام به برگزاری مناقصه است؛ بر اساس ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، عدم برگزاری مناقصه شامل مواردی چون خرید اموال منقول و خدمات و حقوقی که منحصر به فرد (انحصاری) بوده و دارای انواع مشابه نباشد، خرید و اجاره به شرط تملیک یا اجاره گرفتن اموال غیرمنقول، خرید اموال، کالا و خدمات با قیمت تعیین شده یا کمتر که نرخ‌های آن‌ها از طرف مراجع قانونی ذی‌صلاح تعیین شده باشد، خرید قطعات یدکی، تأمین و تعمیر تجهیزات و ماشین‌آلات صرفاً جایگزین و مرتبط با تداوم تولید در واحدهای تولیدی به نحوی که شامل توسعه واحد نگردد، خرید خدمات مشاوره، طراحی و یا مدیریت بر طرح و اجرا و نظارت و یا هر نوع خدمات مشاوره‌ای و کارشناسی و خدمات فرهنگی و هنری، آموزشی و ورزشی و نظایر آن و خرید سهام و تعهدات ناشی از اجرای احکام قضائی می‌باشد. در غالب موارد مذکور عبارت «تشخیص و مسؤولیت وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرائی در مرکز و یا استان و یا مقامات مجاز از طرف آن‌ها» قید انجام معامله است و عملاً تشخیص عدم برگزاری مناقصه را به یک فرد که ممکن است شخص وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی هم نباشد واگذار نموده است. بدیهی است که همگی موارد فوق که به تشخیص خود دستگاه‌های اجرایی واگذار شده و مقید به نصاب نیز نیست، می‌تواند بستری عمده برای تبانی و فساد فراهم نماید (منتی نژاد، ۱۳۸۶: ۴۷؛ بختیاری، ۱۳۹۲: ۴۵). هرچند بر اساس ماده موصوف معاملات محرمانه -که می‌تواند معاملات برای دلایل امنیتی و دفاعی را

دربگیرد و در برخی کشورها از آن به عنوان مستمسکی برای فرار از شرایط رقابتی استفاده می‌شود- (OECD, 2007-2: 51) به تشخیص هیئت وزیران واگذار شده بود، اما بر اساس تبصره (۱) بند (ب) ماده (۳) قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، تعیین موارد مربوط به محرمانه بودن معاملات حسب مورد بر عهده کارگروهی مرکب از معاونین وزرا اطلاعات، امور اقتصادی و دارایی و معاون برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور و معاون دستگاه مربوطه قرار گرفت. بدین ترتیب مرجع تعیین قراردادهای محرمانه - که قلمرو آن‌ها نیز مبهم است- محدودتر گردید که قطعاً این امر با اصل شفافیت در معاملات دولتی سازگار نیست.

دومین اصل مهم در این مرحله، «اصل عدم تبعیض» است؛ به این معنا که همگی افراد - جز آنان که مشمول اصل محدودیت می‌شوند- می‌توانند به طور یکسان در قراردادها و معاملات دولتی وارد شوند، به طور یکسان طرف معامله قرار گیرند (فاتح، ۱۳۸۶: ۲۹؛ شیروی، ۱۳۸۵: ۵۵) و به طور یکسان به اطلاعات لازم دسترسی داشته باشند^۱ (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲). این اصل البته خود از نتایج اصول رقابت پذیری و شفافیت است (Pashev, et.al, 2007: 56). در قوانین کنونی اعمال تبعیض و محروم کردن افراد از شرکت در معاملات به دلایل واهی -همچون نداشتن صلاحیت‌های لازم (TI, 2006: 18) و...- از پاسخ کیفری یا غیر کیفری برخوردار نمی‌باشد.^۲

۱. البته بر اساس بند «د» ماده ۲۰ قانون برگزاری مناقصات «در مناقصات بین‌المللی، مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی ترجیح دارند». بر اساس بند «د» ماده ۱۳ نیز در صورتی که نیاز به برگزاری مناقصه بین‌المللی باشد یا استفاده از تسهیلات اعتباری خارجی مطرح باشد، باید با کسب مجوزهای مربوط و با رعایت موازین قانون حداکثر استفاده از توان فنی، مهندسی، تولیدی و صنعتی و اجرائی کشور مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ آگهی مربوط در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار و حداقل یک نوبت در یکی از روزنامه‌های انگلیسی‌زبان داخل و یک مجله یا روزنامه بین‌المللی مرتبط با موضوع مناقصه، منتشر شود». این امر مغایر با رویکردهای بین‌المللی است (شیروی، ۱۳۸۵: ۶۳).

۲. شاید عنوان شود که در چنین مواردی می‌توان به ماده ۶۰۵ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) استناد کرد که اظهار نظر یا اقدام هر یک از مأمورین ادارات و مؤسسات مذکور در ماده (۵۹۸) از روی غرض و برخلاف حق درباره یکی

سومین اصل مهم که باید در مرحله‌ی فراخوان معاملات و واگذاری‌ها رعایت گردد «اصل شفافیت» است؛ این اصل - که البته باید در همه مراحل وجود داشته باشد - در این مرحله به این معنی است که اطلاع‌رسانی دقیق و صحیحی از جزئیات معامله و فرایند اجرای معاملات یا واگذاری‌ها به عموم به عمل آید^۱ (OECD, 2007-2: 8; OECD, 2015: 8; TI, 2006: 18; OECD, 2009: 56)؛ این امر شامل قوانین و مقررات مربوط به معاملات دولتی و آراء قضایی در این خصوص نیز می‌گردد (OECD, 2009: 56)؛ فاتح، ۱۳۸۶: ۳۱؛ محمدزاده و اسکندری، ۱۳۹۱: ۱۰۶؛ شیروی: ۱۳۸۵: ۶۵؛ لزوم نشر اطلاعات یا اطلاع‌رسانی، آن‌هم به طرق قانونی از جمله از طریق فراخوان در روزنامه‌های کثیرالانتشار - و نه محدود و محلی - به‌ویژه در شبکه‌های رایانه‌ای که مخاطبان گسترده باشند (احمدی، ۱۳۹۵: ۵۲؛ OECD, 2016: 8)، قابلیت دسترسی آسان به اطلاعات، دقیق بودن اطلاعات (به نحوی که ارائه‌ی اطلاعات به صورت کامل و با بیان دقیق جزئیات آن باشد)، ارائه امکان پرسش توسط شرکت‌کنندگان و ایضاح موضوع، نشر فراخوان در زمان‌های مناسب و ارائه مهلت‌های مناسب زمانی از اعلام تا اقدام (به نحوی که شرکت‌کنندگان در مناقصه مهلت کافی برای ثبت نام داشته باشند) (احمدی، ۱۳۹۵: ۵۲؛ شیروی: ۱۳۸۵: ۷۱؛ OECD, 2009: 64)؛ فراهم آوردن امکان ثبت نام برای همه، صحیح و واقعی بودن اطلاعات (به نحوی که اطلاعات دروغین، کذب و گمراه‌کننده نباشند) و نیز کتمان نکردن اطلاعات (به نحوی که در ارائه‌ی اطلاعات مخفی‌کاری صورت نگیرد) از نتایج چنین اصلی است (TI, 2006: 21). این اطلاعات باید به صورت مستمر در دسترس باشد تا اگر کسی بخواهد از آن جهت در مراجع ذی‌صلاح نسبت به فرایند برگزاری معاملات شکایت کند چنین امکانی داشته باشد (OECD, 2007-2: 24 & 36).

از طرفین را جرم‌انگاری کرده است. با این همه روشن نبودن عبارت «طرفین» در این ماده و این ابهام که آیا شرکت‌کنندگان در معاملات دولتی را نیز دربرمی‌گیرد یا نه، اعمال این ماده را در چنین مواردی با تردید مواجه می‌سازد.

۱. شفافیت لزوماً به معنای عدم فساد نیست؛ فساد می‌تواند در عین شفافیت اتفاق بیفتد، اما قطعاً شفافیت امکان فساد را کاهش خواهد داد (OECD: 2005: 11).

همچنین در برخی موارد این اطلاعات باید به صورت گزارشی دقیق، کامل و صحیح جهت اطلاع مقامات مربوطه به آنان ارائه گردد؛ در این گزارش‌ها نیز باید اصول مزبور مورد رعایت قرار گیرد (9: Szymanski, 2007). لزوم نشر اطلاعات البته قراردادهای حساس و سری همچون قراردادهای مربوط به حوزه‌های نظامی و امنیتی را دربرنمی‌گیرد و در این خصوص مشمول محدودیت می‌گردد؛ لکن این امر به آن معنا نیست که بتوان از این مسأله به عنوان بهانه‌ای برای عدم انتشار اطلاعات مربوط به قراردادها بهره جست (30: OECD, 2007-2). اسامی برندگان در معاملات دولتی و همچنین دلایل برنده شدن آن‌ها و نیز دلایل رد شدن باقی آنان در برخی کشورها منتشر می‌شود، اما این امر شامل اسرار تجاری شرکت‌ها نمی‌گردد (39: OECD, 2007-2). البته لزوم نشر اطلاعات نباید این گونه تفسیر شود که اطلاعات مربوط به شرکت‌کنندگان به ویژه پیشنهادهای مالی شرکت‌کنندگان در مناقصه و مزایده قبل از برگزاری مزایده یا مناقصه افشاء گردد؛ چرا که این امر می‌تواند به نوعی اسباب تبانی و پیشنهادهای خدعه‌آمیز^۱ را در بین آن‌ها فراهم آورد (24: OECD, 2007-2).

در برخی کشورها معاملات با ارزش پایین^۲ نیز باید در شبکه‌های رایانه‌ای، اطلاع‌رسانی شوند (49: OECD, 2007-2). بر اساس ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ دولت موظف شده بود ظرف مدت یک سال بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات را ایجاد و اطلاعات و اسناد مندرج در آن ماده را ثبت و نگهداری کند. تکلیف مشابهی در بند «ب» ماده ۳ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد مصوب ۱۳۹۰ مقرر گردید؛ بر اساس این بند، متن قراردادهای مربوط به معاملات متوسط و بالاتر موضوع قانون برگزاری مناقصات که به روش مناقصه، مزایده، ترک تشریفات و غیره توسط دستگاه‌های مشمول بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده (۲) این قانون منعقد می‌گردد و همچنین اسناد و ضامنه آن‌ها و هرگونه الحاق، اصلاح، فسخ، ابطال و خاتمه قرارداد پیش از موعد و تغییر آن و

1. Bid rigging
2. Low Value Contracts

نیز کلیه پرداخت‌ها، باید به پایگاه اطلاعات قراردادها وارد گردد». متعاقب آن، بر اساس تبصره ۵ ماده ۱۶۹ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴ نیز وزارت صنعت، معدن و تجارت موظف گردید سامانه انجام معاملات وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی را برای مدیریت انجام کلیه مراحل مناقصات و مزایده‌ها راه‌اندازی کند و امکان دسترسی برخط (آنلاین) سازمان امور مالیاتی را فراهم آورد. کلیه دستگاه‌های اجرایی موضوع بند (ب) ماده (۱) قانون برگزاری مناقصات نیز موظف گشتند حداکثر ظرف مدت سه ماه پس از راه‌اندازی سامانه مذکور، کلیه معاملات خود - به غیر از معاملات محرمانه - را بدون رعایت نصاب‌های قانونی سالانه از طریق این سامانه به ثبت برسانند.^۱

هرچند قانون اخیرالذکر ضمانت اجرای کیفری برای دستگاه‌های اجرایی و کارمندان متخلف از این تکلیف پیش‌بینی نکرده است، مع‌ذک تبصره ۲ ماده ۳ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد مقرر داشته که «تأخیر در ورود اطلاعات مذکور در بندهای فوق یا ورود ناقص اطلاعات یا ورود اطلاعات برخلاف واقع در پایگاه‌های مذکور تخلف محسوب می‌شود و متخلف به شش ماه تا سه سال انفصال موقت از خدمت در دستگاه‌های موضوع بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده ۲ این قانون محکوم می‌گردد». مع‌ذک کیفر مزبور کیفر چندان شدیدی تلقی نمی‌شود و لذا کارا و بازدارنده نخواهد بود. همچنین در قانون مزبور الزامی برای نشر اطلاعات مربوط به برنده مناقصه و علل برنده شدن او و نیز علل رد شدن سایر شرکت‌کنندگان و همچنین آوردن دلایل مربوط به اصلاح و فسخ و ابطال قراردادها مشاهده نمی‌شود که بایسته است در اصلاح قانون مدنظر قرار گیرد؛ زیرا بسیاری از فسادها در اصلاحیه‌ها و تمدیدیه‌های قراردادها رخ می‌دهد (OECD, 2016: 8; OECD, 2009: 69).

۱. تصویب‌نامه شماره ۱۶۱۴۵/ت/۵۳۵۲۵-هـ مصوب ۹۶/۲/۱۶ هیئت‌وزیران با موضوع «انجام کلیه معاملات دستگاه‌های اجرایی اعم از خرید، مناقصه و مزایده در سامانه تدارکات الکترونیکی دولت» در همین راستا تصویب گردیده است.

و لازم است که تشریفات سخت گیرانه‌ای بر اصلاح قراردادها حاکم باشد و اصلاح قراردادها موضوع و مبالغ مندرج در آن را تغییر ندهند (OECD, 2009: 71).

۱-۳. در مرحله انعقاد قراردادها

اولین و مهم‌ترین اصلی که در هنگام انعقاد قراردادها لازم است مورد توجه قرار گیرد، اصل «شفافیت» در تبیین موضوع قراردادهاست؛ این امر به آن معنی است که انعقاد متن قراردادها به نحوی باشد که تعهدات طرفین در آن‌ها به روشنی معلوم، اهداف اجتماعی-اقتصادی حاصله از قراردادها به روشنی تبیین و نتایج و کارایی حاصله از آن معین باشد؛ بنابراین باید از انعقاد قراردادهایی که موضوع آن‌ها به درستی روشن نیست و مشخص نیست که چه نتایج روشنی دارند اجتناب گردد. متأسفانه در بسیاری مواقع در عمل مشاهده شده که موضوع قراردادها آن‌چنان مبهم و نامشخص است که نمی‌توان نتیجه خاصی از آن‌ها انتظار داشت؛ این امر به‌ویژه در قراردادهای ارائه خدمات همچون نگهداری و سرویس بیشتر مشهود است. در چنین مواردی معمولاً قراردادها باید شامل ضمایمی باشند که شرایط اختصاصی قراردادها و تعهداتی که پیمانکار باید انجام دهد را تبیین نمایند (فاتح، ۱۳۸۶: ۳۲). همچنین در مناقصات، باید مبالغی که برنده‌ی مناقصه هزینه خواهد نمود به صورت شفاف قید شود تا در هنگام تصفیه حساب با حساب‌سازی بر مبلغ کل افزوده نشود (OECD, 2016: 8). در چنین قراردادهایی شائبه آنکه کارکنان دستگاه اجرایی که دخیل در امر قراردادها هستند نفعی برای خود منظور کرده یا با اخذ رشوه چنین قراردادی منعقد شده باشد فراوان است؛ به همین منظور OECD پیشنهاد داده تا از کارکنان و مشاوران دخیل در امر معاملات اقرارنامه‌ای مبنی بر عدم وجود نفع شخصی و نیز از شرکت کنندگان مبنی بر عدم دخالت در اقدامات مجرمانه مرتبط با معامله اخذ گردد و در صورت داشتن سابقه کیفری یا انتظامی در این رابطه از شرکت یا مداخله در فرایند معامله منع

شوند (OECD, 2009: 58). این امر می‌تواند به‌عنوان یک کیفر تکمیلی یا تبعی در قوانین کشورمان گنجانده شود.^۱

همچنین بر مبنای این اصل زمان اجرای قرارداد باید مشخص باشد و نه آن‌قدر کم باشد که تحقق نتایج حاصله از قرارداد در آن زمان محدود، ممکن نباشد و نه آن‌قدر فراخ باشد که اجرای قرارداد با تأنی و اطاله مواجه شود (OECD, 2007-2: 22). اصل شفافیت همچنین در مورد اصلاحیه‌ها و متمم‌های قراردادها نیز حاکم است و در برخی کشورها مقررات سختی برای اصلاح قراردادها در نظر گرفته شده است (OECD, 2007-2: 37). همچنین هرگونه واریز وجوه باید به‌صورت الکترونیکی و شفاف باشد تا از ابتدا تا ختم قرارداد جریان پول قابل ردگیری باشد (OECD, 2015: 7).

در صورتی که مبهم بودن موضوع قرارداد ناشی از تبانی کارکنان دستگاه‌های اجرایی با برندگان مناقصه‌ها باشد، قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ تا حدود زیادی خلأها در زمینه را پوشش می‌دهد؛^۲ با این حال باید توجه داشت که چنانچه پیش‌تر بیان شد اثبات

۱. بر اساس بند ب ماده ۱۰۹ و تبصره‌ی ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تبانی در معاملات دولتی، مداخله کارکنان در معاملات دولتی و اخذ پورسانت در معاملات خارجی جزو جرایم اقتصادی و بالتبع مشمول سیاست‌های افتراقی سخت‌گیرانه‌تری هستند؛ مع‌هذا صرف‌نظر از اینکه مشخص نیست چرا جرایم دیگر مرتبط با معاملات دولتی - همچون تدلیس یا اخذ پورسانت یا منظور داشتن نفعی در معاملات داخلی - جرم اقتصادی شناخته نشده‌اند، ممنوعیت از مداخله یا شرکت در معاملات دولتی برای کارکنان یا شرکت‌کنندگان یا اشخاص ذی‌نفع نیز جزء موارد محرومیت از حقوق اجتماعی مشمول مجازات تبعی مندرج در ماده ۲۶ یا مجازات‌های تکمیلی مندرج در ماده ۲۳ آن قانون نیامده است، مگر اینکه با تفسیر موسع عبارت «منع از اشتغال به کار معین» مندرج در ماده ۲۳، قائل به اعمال آن به‌عنوان مجازات تکمیلی در خصوص معاملات دولتی نیز باشیم.

۲. باید توجه داشت که قانون مزبور هم در خصوص تبانی شرکت‌کنندگان در معامله (اعم از خریداران و فروشندگان) با یکدیگر است (احمدی، ۱۳۹۵: ۵۰) و هم در خصوص تبانی کارکنان دستگاه‌های اجرایی مندرج در آن قانون با شرکت‌کنندگان در معامله (احمدی، ۱۳۹۵: ۵۱)؛ تبانی در عین حال می‌تواند ناشی از تشکیل یک کارتل - که اقدامی ضد رقابتی است - توسط شرکت‌کنندگان در معامله برای برنده شدن یک شرکت‌کننده باشد (TI, 2006: 16)؛ با این حال این قانون اقدامات ضد رقابتی اشخاصی را که به‌طور انحصاری شرکت در معاملات دولتی را در اختیار می‌گیرند دربرنمی‌گیرد.

تبانی دشوار است و لذا در این خصوص نباید صرفاً به پاسخ‌های کیفری بسنده کرد و لزوماً باید مراجعی بر تهیه متن قراردادها نظارت داشته باشند. ارتشاء و منظور داشتن نفعی برای خود در معاملات که در ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) آمده نیز در چنین مرحله‌ای واقع می‌شوند؛^۱

دومین اصلی که در این مرحله حاکم است اصل اخذ «تضامین معتبر» است؛ اخذ تضمین‌های معتبر از این جهت است که در مرحله نظارت پایانی، در صورت تخلف مقاطعه‌کاران، دولت بتواند زیان‌های وارده را جبران نماید (OECD, 2015: 7). اخذ تضمین مناسب ارتباط مستقیمی با برآورد نصاب معاملات در ابتدای امر دارد و چنانچه در برآورد نصاب معاملات تقلبی صورت گرفته باشد، به تبع آن تضمین اخذشده نیز متناسب نخواهد بود (بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۳۸). در ماده ۱۴ این قانون به اخذ تضمین حسن انجام کار از مناقصه‌گران - آن‌هم صرفاً در مورد اسناد مناقصه - اشاره شده است. مع‌ذلک در ماده ۶ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» مصوب ۱۳۸۰ به دولت اجازه داده شد که بر اساس پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، برای انجام معاملات دولتی سایر ضمانت‌های معتبر را تعیین

و به نظر می‌رسد تشخیص این موضوع با شورای رقابت مقرر در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی است (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳: ۳۳۶). نکته مهم آنکه تبانی ممکن است نه بین شرکت برنده‌ی مزایده، بلکه بین اشخاص حقیقی یا حقوقی که شرکت برنده تمام یا قسمتی از اجرای معامله را به آن‌ها ارجاع می‌دهد رخ دهد؛ بنابراین لازم است که برندگان در معاملات، نام و مشخصات دقیق اشخاصی را که انجام کار را به آن‌ها واگذار می‌کنند نیز به مناقصه‌گر اطلاع دهند (OECD; 2009: 78).

۱. باید توجه داشت که این جرایم با بزه ارتشاء مندرج در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری تفاوت ظریفی دارد و در واقع این دو مکمل یکدیگر هستند (فرهمندفر، ۱۳۸۸: ۹۰). در واقع ماده ۶۰۳ را باید ناظر به اخذ پورسانت در معاملات داخلی دانست و در خصوص معاملات داخلی قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی حاکم خواهد بود (آذری متین، ۱۳۸۶: ۹۰). لازم به ذکر است که این امر اگر با تبانی واقع شود، مشمول مقررات تعدد جرم نخواهد بود؛ چراکه در این صورت بزه شامل بوده و در متن ماده توافق و تفاهم که شامل تبانی نیز می‌شود از ارکان مادی تشکیل‌دهنده جرم است.

نماید. هرچند دولت بر اساس ماده اخیر آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی را مصوب و به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ نمود،^۱ لکن ضمانت اجرایی کیفری برای تخلف از مقررات اخذ تضمین پیش‌بینی نشده است^۲ و برای نمونه، اگر مدیری تضمینی نامعتبر اخذ نماید و از این راه خساراتی کلان به دولت وارد شود، ممکن است من‌باب تخلفی انتظامی تحت تعقیب قرار گیرد.^۳ البته می‌توان بر این باور بود که در این‌باره ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) قابل اعمال باشد که برای اهمال یا تفریط کارکنانی که موجب تضییع اموال و وجوه دولتی گردند، جبران خسارت و شلاق تا ۷۴ ضربه را در نظر گرفته است، مع‌ذلک اولاً این بزه، یک بزه غیر عمدی است و جرایم عمدی را در برنمی‌گیرد؛ ثانیاً مقید به تضییع وجوه و اموال دولتی است، درحالی‌که عدم اخذ تضمین باید بزه‌ی مطلق باشد؛ ثالثاً ضمانت اجرای مقرر در این ماده نیز کافی و کارا به نظر نمی‌رسد.

۲. کاستی‌های تقنینی پس از انعقاد قرارداد

این مرحله ناظر به کاستی‌های نظارتی تقنینی پس از مرحله‌ی انعقاد معاملات دولتی است که خود شامل دو بخش است: یکی نظارت در مرحله‌ی اجرای قراردادها و دوم نظارت پس از خاتمه قراردادها و تفریغ مالی است. ذیلاً هر دو مرحله را مورد بررسی قرار داده‌ایم.

۱. آخرین آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۸ هیئت‌وزیران است.

۲. اگر عدم اخذ تأمین یا عدم اخذ تأمین متناسب بر اساس تبانی با کارکنان دستگاه مناقصه‌گر باشد قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی حاکم خواهد بود (زمانی، ۱۳۸۸: ۱۱۱).

۳. البته اخذ تضمین محدود به مرحله انعقاد معاملات نیست. برای نمونه در مرحله فراخوان نیز شرکت‌کنندگان در مناقصه بر اساس بند ب ماده ۱۶ قانون مناقصات مصوب ۱۳۸۳ باید تضمین (من‌باب عدم انصراف از معامله پس از برنده شدن) را تحت عنوان پاکت الف ارائه نمایند. برای عدم اخذ یا اخذ غیرمتناسب چنین تضمینی نیز ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است.

۲-۱. در مرحله اجرای قراردادها

مهم‌ترین اصلی که در مرحله اجرای قراردادها از نقطه نظر دستگاه‌های اجرایی اهمیت دارد، اصل «نظارت مستمر» است (TI, 2006: 20)؛ بنابر یک پژوهش میدانی در این زمینه، ضعف مراکز نظارتی اصلی‌ترین عامل وقوع فساد در معاملات دولتی شناخته شده است (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۸۴). نظارت می‌تواند از منظر مرجع نظارت، داخلی و خارجی، از منظر زمان نظارت، پیشینی،^۱ هم‌زمان یا پسینی و از منظر شیوه به‌صورت کلی یا مرحله‌ای باشد. آنچه مهم است آن است که برای کاهش فساد در مورد معاملات دولتی، اولاً باید نظارت مراجع خارجی بیشتر شود؛ ثانیاً نظارت پیشینی و هم‌زمان حتی‌الامکان جای نظارت پسینی را بگیرند و ثالثاً نظارت به‌صورت مرحله‌ای انجام شود.

نظارت مرحله‌ای باید بر اساس مراحل معاملات دولتی باشد؛ در برخی کشورها، مراکز اصلی خاص تعیین شده‌اند تا در معاملات بزرگ انطباق جریان وضعیت معاملات دولتی را از مرحله پیش‌فراخوان و فراخوان تا مرحله انعقاد بررسی و در صورتی که تخلف فاحشی مشاهده نمایند، شرکت‌کنندگان در قرارداد را مجدداً مورد ارزیابی قرارداد یا حتی قرارداد را فسخ نمایند. برای نمونه در لهستان «دفتر معاملات دولتی»^۲ پیش از اجرای قرارداد، قراردادهای بالای بیست میلیون یورو در مورد خدمات عمومی را مورد بررسی قرار داده و درباره تطبیق آن‌ها با قانون معاملات عمومی تصمیم می‌گیرد (OECD, 2007-2: 33). در مجارستان این تکلیف بر عهده «شورای معاملات عمومی»^۳ قرار دارد (OECD, 2007-2: 36)؛ بنابراین بهتر است در کشور ما نیز مرجعی به‌طور خاص (مشابه سازمان بازرسی کل کشور) برای نظارت بر قراردادها و واگذاری‌ها تعیین گردد تا پس از انعقاد معاملات و واگذاری‌ها در مورد قانونی بودن یا نبودن آن‌ها اعمال نظر نماید، به‌گونه‌ای که بدون تأیید این مرجع، قرارداد وارد مرحله اجرا نگردد.

1. Ex-ante
2. Public Procurement Office
3. Public Procurement Council

«تعدد مراجع نظارتی» یکی دیگر از اصول دیگر در قراردادهای دولتی در مرحله اجرا – و حتی پیش از آن – است (OECD, 2009: 57)؛ افزایش مراجع تصویب‌کننده و نظارتی که از آن تحت عنوان «قاعده‌ی چهارچشم»^۱ یاد می‌شود مبین آن است که افزایش نهادهای نظارتی و بازرسی‌های متقاطع^۲ یکی از ضروریات حاکم ناشی از اصل پاسخگویی در معاملات دولتی است (OECD, 2016: 8; OECD, 2007-2: 75) و بدیهی است که به هر میزان که مراجع بیشتری برای قراردادهای نظارت کنند، فساد کاهش خواهد یافت. نظارت درونی بر مرحله اجرای قراردادها در کشور ما عمدتاً بر عهده خود دستگاه اجرایی منعقدکننده‌ی معامله است که همین امر خود می‌تواند بستری برای تبانی و فساد فراهم نماید، اما تفکیک مراجع مالی، قراردادی و فنی می‌تواند ریسک فساد را کاهش دهد (OECD, 2016: 8) افزون بر این فقدان یک بدنه کارشناسی قوی در امر نظارت در اجرای قراردادها می‌تواند نتایج زیانباری به همراه داشته باشد (بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۴۱). لازم به توضیح نیست که برای کاهش فساد در قراردادهای دولتی، تخصصی و حرفه‌ای شدن مدیران و کارشناسانی که در این زمینه فعالیت دارند و شایسته‌سالاری تا چه میزان مؤثر خواهد بود (OECD, 2015: 11; OECD, 2007-2: 62). همچنین بسیار مهم است که کسانی که در فرایند معامله تا مرحله‌ی انعقاد آن حضور داشته‌اند در امر نظارت دخالتی نداشته باشند (OECD, 2009: 72).

عمده نظارت برون‌سازمانی اما با سازمان بازرسی کل کشور است که بر اساس اصل ۱۷۴ قانون اساسی و «قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور» مصوب ۱۳۶۰ (با اصلاحات بعدی) از جانب قوه قضاییه وظیفه نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اجرایی را عهده‌دار است؛ هرچند چنانچه بیان شد بهتر بود در مورد قراردادهای بزرگ و مهم تأیید این سازمان شرط ورود به مرحله اجرا قرار داده می‌شد. این در حالی است که در برخی کشورها از وجود حسابرسان و کارشناسان قسم‌خورده خارج از بخش دولتی برای تطبیق فرایند

-
1. Four Eyes Principle
 2. Cross Checking

معاملات دولتی با قانون نیز استفاده می‌شود (OECD, 2007-2: 101). همچنین استفاده از مخبرین نیز در برخی کشورهای خارجی در این باره رایج است (OECD, 2007-2: 104). هدف از نظارت در این مرحله آن است که اجراکنندگان قراردادهای دولتی در اجرای قرارداد، تقلبی نکرده و در ارائه اطلاعات و موضوعی که در قرارداد انجام آن را تعهد کرده‌اند و نیز مبالغ هزینه شده شفافیت داشته باشند (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۱؛ OECD, 2016: 8; OECD, 2009: 69). از نقطه نظر کیفری در کشور ما، قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی در این مرحله نیز حاکم است، چراکه ممکن است در ارائه محصول یا خدمات بین طرف قرارداد و کارگزاران دستگاه اجرایی در کمیت و کیفیت کالا یا خدمات تبانی صورت گیرد (خضری و دیگران، ۱۳۹۰: ۷۲؛ زمانی، ۱۳۸۸: ۱۰۹)؛ همچنین در خصوص تدلیس در معاملات دولتی راجع به افرادی که عهده‌دار معامله هستند و نیز ناظران و آمران از جهت تعیین مقدار یا صفت یا قیمت بیش از حد متعارف مورد معامله و نیز تقلب در ساختن در این مرحله ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) حاکم خواهد بود؛ باین حال اولاً این ماده بیشتر ناظر به قراردادهای خرید کالا و ساخت است و کمتر در مورد قراردادهای خرید و ارائه خدمات قابلیت اعمال دارد (بختیاری، ۱۳۹۲: ۱۰۴)؛ ثانیاً این موضوع که آیا مراد از افراد عهده‌دار معامله در این ماده، کارکنان دستگاه‌های دولتی هستند یا اشخاص خصوصی طرف قرارداد، بر ابهام این ماده افزوده است؛ زیرا تدلیس در معاملات معمولاً توسط فروشنده یا ارائه‌کننده کالا یا خدمات صورت می‌گیرد و نه توسط طرف خریدار یا ناظرین و آمر (بختیاری، ۱۳۹۲: ۱۰۴)؛ ثالثاً این بزه جرایم مرتبط با آن همچون ارائه اطلاعات نادرست، حساب‌سازی، استفاده از امکانات و تجهیزات دولتی در راستای قرارداد، عدم تخصیص و صرف بودجه در قسمت‌های لازم و نظایر آن را در برنمی‌گیرد (OECD, 2007-2: 72؛ OECD, 2016: 6)؛ بنابراین لازم است ماده مزبور که عیناً از قوانین پیش از انقلاب در متون قانونی کنونی راه یافته و با واقعیت‌های موجود سازگار نیست، اصلاح و مسؤولیت هر یک از طرفین معامله – یعنی

کارکنان دستگاه‌های اجرایی از یک سو و ارائه‌دهندگان کالا و خدمات - به‌درستی روشن گردد.

همچنین باید توجه داشت که ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) و مواد ۱۳ و ۱۵ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد مصوب ۱۳۹۰ برای این مرحله مقرر شده‌اند؛ بر اساس مواد موصوف کلیه مسئولان دستگاه‌های مشمول قانون اخیر موظف شده‌اند در صورت اطلاع از شروع یا وقوع جرائم مربوط به ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری، تبانی در معاملات دولتی، اخذ درصد (پورسانت) در معاملات داخلی یا خارجی، اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، دخالت در معاملات دولتی در مواردی که ممنوعیت قانونی دارد، تحصیل مال به طریق نامشروع، استفاده غیرمجاز یا تصرف غیرقانونی در وجوه یا اموال دولتی یا عمومی و یا تضييع آنها، تدليس در معاملات دولتی، اخذ وجه یا مال به طریق غیرقانونی یا امر به اخذ آن، منظور نمودن نفعی برای خود یا دیگری تحت هر عنوان اعم از کمیسیون، پاداش، حق‌الزحمه یا حق‌العمل در معامله یا مزایده یا مناقصه و سایر جرائم مرتبط با مفاسد اقتصادی در حوزه مأموریت خود بلافاصله مراتب را به مقامات قضائی و اداری رسیدگی‌کننده به جرائم و تخلفات گزارش نمایند، در غیر این صورت به کیفر مقرر در ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) محکوم خواهند شد.

بر اساس ماده ۱۲ «قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور» مصوب ۱۳۹۳ نیز «چنانچه بازرسان قانونی مؤسسات و شرکت‌های مشمول بازرسی، مسئولان سازمان حسابرسی دولتی، حفاظت و اطلاعات و حراست و نظارت و بازرسی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های مشمول بازرسی، به سوء جریانی در رسیدگی به عملکرد مالی و اداری دستگاه‌های اجرایی و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت برسند که مربوط به وظایف سازمان بازرسی است، باید مراتب را به اطلاع سازمان بازرسی کل کشور برسانند. مستکف به مجازات مقرر در ماده (۶۰۶) کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی «تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» مصوب

۱۳۷۵/۳/۲ محکوم خواهد شد». ماده مزبور در تکمیل ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) و مواد ۱۳ و ۱۵ «قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد» وضع شده است و لازم است که مقرر مشابیهی برای سایر دستگاه‌های نظارتی نیز وضع شود.

۲-۲. در مرحله حسابرسی و نظارت پایانی

مهم‌ترین اصل حاکم بر این مرحله، «اصل پاسخگویی» است؛ بدین معنی که هم مدیران و مسئولان نهادها و هم اشخاص ناظر اعم از بازرسان و ممیزان و حساب‌رسان باید فرایند چهارگانه پیشین در مورد معاملات را به‌دقت مورد رصد قرار دهند و از انجام قانونی آن‌ها همچون هزینه کردن بودجه در محل‌های مشخص به میزان لازم، عدم وجود نقص یا ایراد اساسی در پروژه‌ها، کیفیت آن‌ها و رفع نواقص، اخذ تضامین و مواردی از این قبیل اطمینان حاصل نمایند و در صورت مشاهده‌ی تخلف علت آن را جویا شده و آن را به مراجع قانونی اعلام نمایند (OECD, 2007-2: 25). در این راستا ثبت و ضبط اطلاعات صحیح - به‌ویژه اطلاعات مالی راجع به هزینه‌کرد بودجه مربوط به معاملات دولتی - که به‌طور هم‌زمان و از طریق شبکه‌های اطلاع‌رسانی الکترونیکی توسط کارشناسان و ممیزان و حتی عموم قابل دسترس باشد یکی از ابزارهای ضروری برای نظارت مالی بر پروژه است (OECD, 2009: 7; OECD, 2015: 89; OECD, 2007-2: 56). مراجع نظارتی باید در پرتو اصولی که قبلاً بیان شد قانونی بودن اجرای مقررات مربوط به تشریفات معاملات و واگذاری‌ها، همچون نبود تقلب، تدلیس، تبانی، عدم اخذ تضمینات یا تأمینات مالی و عدم نظارت بر تحویل به‌موقع پروژه و سایر تخلفات را رصد کرده و از قانونی بودن برگزاری فرایند معاملات اطمینان یابند (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۴-۱۸۳؛ قراباغی، ۱۳۸۶: ۱۲۴). ناگفته پیداست که الکترونیکی شدن فرایندها تا چه میزان کارایی و امکان نظارت را افزایش داده و سبب افزایش شفافیت و کاهش فساد در این حوزه می‌گردد (صالحی و زرندی، ۱۳۹۲: ۲۹؛ احمدی، ۱۳۹۵: ۶۳).

«اصل تعدد نهادهای نظارتی» یکی از اصول حاکم در این مرحله نیز هست؛ مراجع نظارت بر سلامت قراردادهای دولتی، به مراجع درونی و بیرونی قابل تقسیم‌اند (OECD, 2015: 12)؛ مراجع نظارتی درونی در خود دستگاه‌های اجرایی هستند که معمولاً بخش‌های مالی-اداری آن‌ها می‌باشند؛ با این حال ضروری است که دفاتر مخصوصی در دستگاه‌های اجرایی برای نظارت و حسابرسی بر قراردادهای دولتی اختصاص یابند (OECD, 2015: 12; OECD, 2007-2: 92)؛ در کشور ما مراجع نظارتی بیرونی علاوه بر دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری که در این زمینه صلاحیت عمومی دارند، کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی (موسوی بایگی، ۱۳۸۹: ۱۲۸-۱۲۷)، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، سازمان حسابرسی و هیئت رسیدگی به شکایات مربوط به مناقصات می‌باشند که هیئت مزبور، تخصصی‌ترین مرجع برای رسیدگی به این شکایات است. البته این امر مانع از نظارت عمومی و نظارت رسانه‌ها نیست و در این میان دولت باید امکان نظارت عمومی بر روند معاملات و واگذاری‌ها -به‌ویژه معاملات بزرگ- را در تمامی مراحل برای نهادهای مردم‌سالار، رسانه‌ها و مطبوعات فراهم آورد (OECD, 2009: 61; OECD, 2008: 9; احمدی، ۱۳۹۵: ۵۶).

نظارت در معنای حسابرسی مالی بیشتر بر عهده دیوان محاسبات کشور و سازمان حسابرسی می‌باشد؛ از آنجا که معاملات دولتی روزه‌ای برای خروج منابع بودجه دولتی -که عمدتاً از راه مالیات مردمی تحصیل شده‌اند- به سمت بخش خصوصی و غیردولتی است، لذا باید اطمینان یافت که این بودجه در مسیر درستی تخصیص یافته و به نحو مطلوبی هزینه شده است تا اهداف اجتماعی روشنی را تأمین نماید (OECD, 2007-2: 19)؛ نظارت بر هزینه کرد صحیح بودجه و تفریغ آن بر عهده دیوان محاسبات کشور است؛ بر اساس «قانون دیوان محاسبات کشور» مصوب ۱۳۶۱ (با اصلاحات بعدی)، این دیوان وظیفه حسابرسی و رسیدگی به کلیه حساب‌ها، درآمد و هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی دستگاه‌ها از نظر مطابقت

با قوانین و مقررات مالی و غیرمالی را دارد؛ بنابراین این سازمان می‌تواند از وجود فساد و تدلیس در معاملات دولتی و حساب‌سازی‌ها آگاهی یابد. همچنین سازمان حسابرسی که زیر نظر وزارت امور اقتصادی و دارایی است بر اساس «قانون تشکیل سازمان حسابرسی» مصوب ۱۳۶۲ و «قانون اساسنامه سازمان حسابرسی» مصوب ۱۳۶۶ انجام وظایف بازرسی قانونی و امور حسابرسی کلیه دستگاه‌های اجرایی را بر عهده دارد و در کنار دیوان محاسبات کشور اهرم نظارتی مؤثری در این زمینه به شمار می‌آید. البته باید اذعان داشت که چون فساد در معاملات دولتی - برخلاف سایر جرایم مرتبط با فساد همچون ارتشاء و اختلاس - با شکل و ظاهری قانونی ارتکاب می‌یابند، کشف آن‌ها بسیار دشوار است. در واقع، فساد ناشی از معاملات دولتی و عمومی در زمره‌ی مفاسدی قرار می‌گیرد که استفاده از پوشش معاملات می‌تواند قالبی قانونی و مشروع به آن‌ها بدهد و به خاطر همین مسئله، کشف فساد در آن‌ها بسیار دشوار می‌گردد (TI, 2006: 13؛ زمانی، ۱۳۸۸: ۹۶). شاید از همین رو است که برخی فساد در معاملات دولتی و عمومی را ذیل عنوان «فساد قانونی»^۱ - در معنای فساد که با استفاده از پوششی قانونی اتفاق می‌افتد - قرار داده‌اند (Kaufmann, et.al, 2005: 7). تبانی و فقدان شاکی خصوصی در این معاملات نیز پوشیده ماندن آن‌ها مضاعف می‌سازد (زمانی، ۱۳۸۸: ۹۶؛ OECD: 2005: 10). در قوانین مربوط به نهادهای فوق، به‌طور اختصاصی به تکلیف آنان در نظارت بر قراردادها و معاملات دولتی اشاره‌ای نشده است، مع‌ذلک این امر در راستای وظایف کلی آن‌ها قرار دارد و به نظر می‌رسد بهتر باشد نهادهای مزبور به لحاظ گستردگی بخش معاملات دولتی، بخشی از زیرمجموعه خود را به نظارت بر این حوزه اختصاص دهند؛ زیرا هرچند سیاست قانون‌گذار در نظارت بر معاملات دولتی موازی‌کاری و تعدد مراجع نظارتی بوده است، لکن تجربه نشان داده که تعدد نمی‌تواند جایگزین تخصص شود و لازم است به لحاظ پیچیدگی و اهمیت موضوع، تنوع مقررات و قوانین، عدم تخصص و آشنایی دستگاه‌ها، ناکارایی روش‌های نظارتی و نبود

هماهنگی بین دستگاه‌ها، سازمان یا بخشی مخصوص برای این کار ایجاد شود (زمانی، ۱۳۸۸: ۱۲۰)، کما اینکه در برخی کشورها پلیس خاصی مخصوص نظارت بر قراردادهای دولتی ایجاد شده است که در امور مالیاتی و حسابرسی نیز تخصص دارند (OECD, 2007-2: 56). این امر ضروری نیز است که در پایان گزارش‌های مربوط به ممیزی و حسابرسی به معاملات منتشر گردند (Szymanski, 2007: 9).

همچنین دستگاه‌های نظارتی باید در صورتی که شخصی نسبت به فرایند معاملات یا واگذاری‌ها اعتراض داشته باشد، معترض را به حق شکایت و نحوه‌ی طرح آن آگاه کرده (OECD, 2009: 68) شکایت وی را دریافت و آن را برای رسیدگی به هیئت‌های خاص یا مراکز قضایی ارائه نمایند. البته پیشنهاد شده که برای کاستن اعتراضات و دعاوی قضایی در این خصوص از روش‌های حل اختلاف استفاده گردد (OECD, 2009: 6; OECD, 2008: 6). بر اساس ماده ۷ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، اکنون هیئت رسیدگی به شکایات، مسئولیت رسیدگی به دعاوی بین مناقصه‌گر و مناقصه‌گزار را بر عهده دارد و می‌تواند در مورد رسیدگی به اعتراضات مربوط به اجرا نشدن هر یک از موارد آن قانون و نیز صدور رأی تجدید یا لغو مناقصه، تصمیم‌گیری نماید^۱، لکن این امر اولاً اختصاص به مناقصات دارد و ثانیاً بیشتر در خصوص مواردی است که اشخاص از دستگاه‌ها در این باره شکایت می‌کنند و این هیئت بر فساد حاکم بر معاملات دولتی نظارت ندارد. همچنین بر اساس تبصره ۱ ماده موصوف، معیارها و روش‌های ارزیابی پیشنهادها، قابلیت رسیدگی در آن مرجع را ندارد. از نقطه نظر کیفری در این مرحله در مورد کارکنان دستگاه‌های اجرایی، افزون بر قسمت انتهایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) در مورد هزینه کرد صحیح بودجه در معاملات دولتی، ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۲ «قانون اصلاح موادی از قانون

۱. برخی کشورها از روش‌های سریع و کارآتر دیگری همچون هیئت‌های حل اختلاف برای پایان دادن به شکایات بازندگان در معاملات دولتی سود جسته‌اند (OECD, 2007-2: 109).

تشکیل سازمان بازرسی کل کشور» حاکم خواهند بود. همچنین، جهت حمایت از دسترسی عموم مردم به این اطلاعات، ماده ۲۲ قانون دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۹ اعمال می‌شود. با این حال، در مورد نقض تکلیف برندگان معاملات دولتی در ثبت، مدت نگهداری و نیز ارائه اطلاعات صحیح جهت نظارت و حسابرسی و نیز مصرف بودجه تخصیص یافته در محل‌های تعیین شده مقرر کیفری روشنی وجود ندارد که باید در خصوص رفع این کاستی کوشیده شود.

برآمد

حجم قابل توجه فساد در حوزه معاملات دولتی که در زمره بزه‌های اقتصادی قرار می‌گیرد ضرورت اتخاذ سیاست جنایی کاراتری را در این بخش هر روز بیش‌ازپیش می‌نمایاند. پیشگیری از فساد در حوزه معاملات دولتی از طریق کیفری و غیرکیفری میسر است، مع‌ذلک عمده تدابیر کنونی در کشورمان در هر دو حوزه مربوط به دوران پیش از انقلاب بوده و چندان کارا تلقی نمی‌شوند. البته در حوزه غیرکیفری، تلاش شده با تصویب قوانین و مقرراتی در زمینه مناقصات، این خلأهای قانونی کاهش یابد، اما این اقدامات کافی به شمار نمی‌آیند؛ در بخش کیفری نیز قوانین روزآمد نشده و با توجه به ضرورت‌های اجتماعی تحول نیافته‌اند؛ بنابراین بایسته است با توجه به گستردگی معاملات دولتی و هماهنگی با تحولات جهانی و به‌ویژه با توجه به اسناد بالادستی همچون اصل ۴۹ قانون اساسی و کنوانسیون مبارزه با فساد (مریدا)، تدابیر کیفری و غیرکیفری در پنج مرحله تشخیص نیازمندی‌ها، پیش‌فراخوان و فراخوان، انعقاد قراردادها، اجرای قراردادها و نظارت و حسابرسی در پرتو رهنمودهای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که برگرفته از تجارب عملی کشورهای عضو آن سازمان است تحول یابند تا خلأهای موجود را پوشش دهند. در این راستا تدوین یک قانون جامع کیفری در زمینه معاملات دولتی که کاستی‌های قوانین پیشین را نداشته و نشانگر عزم قانون‌گذار در اتخاذ یک سیاست جنایی افتراقی برای مبارزه با جرایم اقتصادی مرتبط در این حوزه باشد، برطرف نمودن

کاستی‌های قوانین مربوط به مناقصات جهت پیشگیری وضعی از فساد و نیز تصویب مقرراتی جامع در مورد مزایده‌ها، ضروری می‌نماید.

منابع

- آذری‌متین، افشین (۱۳۸۶) «جرم پورسانت در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۱: صص ۱۰۴-۸۷.
- احمدی، علی (۱۳۹۵) «آسیب‌شناسی فرایند مناقصه و مزایده و شناسایی فسادهای آن»، فصلنامه دانش ارزیابی، سال هشتم، شماره ۲۸: صص ۶۴-۴۷.
- اعلایی‌فرد، محمدعلی (۱۳۸۴) «اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی»، مجله حقوقی عدالت‌آرا، شماره ۱: صص ۶۹-۵۶.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷) «کلیات حقوق قراردادهای اداری»، تهران، نشر حقوقدان.
- بختیاری، محسن (۱۳۹۲) «تدلیس و فساد در معاملات دولتی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی دکتر حسین غلامی دون، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز.
- بهرامی، سهراب (بهار ۱۳۹۲) «بسترهای وقوع تبانی و فساد در مناقصات و راهکارهای مقابله با آن»، مجله کارآگاه، دوره دوم، سال ششم، شماره ۲۲: صص ۱۴۵-۱۳۲.
- حلاج، شهرام (بهار ۱۳۹۴) «پیشنهاد روشی برای ارزیابی قوانین و مقررات با مطالعه موردی مقررات برگزاری مناقصات»، مجلس و راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۸۱: صص ۱۷۰-۱۲۷.
- خضری، محمد؛ تربتی مقدم، فرهاد؛ نظری، محمدرضا (۱۳۹۰) «شناسایی زمینه‌های فساد اقتصادی در مناقصه‌های دولتی»، اقتصاد تطبیقی، سال دوم، شماره ۱: صص ۸۶-۶۳.
- زمانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸) «تبانی و تقلب در برگزاری مناقصه‌های دولتی، موانع و راهکارهای پلیس در مبارزه با آن»، مجله کارآگاه، دوره دوم، سال سوم، شماره ۹: صص ۱۲۳-۹۶.
- سام‌دلیری، یونس (۱۳۸۰) «ضرورت اصلاح مقررات برای برگزاری مناقصه و مزایده در کشور»، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۲۲: صص ۵۳-۵۱.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۵) «مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت‌نامه ناظر بر خریدهای دولتی در سازمان تجارت جهانی»، مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، شماره ۳ (پیاپی ۴۷)، ویژه‌نامه حقوق: صص ۴۹-۷۸.
- صالحی، مهسا؛ زرنندی، سعید (۱۳۹۲) «نقش تأمین و تدارکات الکترونیک در مبارزه با فساد اداری»، فصلنامه رسالت مدیریت دولتی، سال چهارم، شماره ۱۱ و ۱۲: صص ۲۷-۳۸.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴) «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال چهارم، شماره ۷: صص ۹۹-۱۲۷.
- عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸) «قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخص‌ها»، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵: صص ۷۷-۱۰۲.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳) «حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن»، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فاتح، علی (۱۳۸۶) «ارزیابی قوانین و مقررات ایران در زمینه معاملات دولتی در پرتو موافقت‌نامه تدارکات دولتی سازمان تجارت جهانی»، فصلنامه پژوهش‌های تجارت جهانی، شماره ۶ و ۷: صص ۲۵-۴۳.
- فرهمندفر، حیدر (۱۳۸۸) «الزامات قانون‌گذار ایران پس از الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد»، مجله کارآگاه، دوره دوم، سال دوم، شماره ۷: صص ۸۰-۹۷.
- قراباغی، علیرضا (۱۳۸۶) «نقش قانون مناقصات در روند تحول از الگوی سنتی اداره‌ی امور دولتی به مدیریت دولتی نوین در ایران»، پیام مدیریت، شماره ۲۳ و ۲۴: صص ۱۲۱-۱۳۸.
- محسنی، عباس (۱۳۸۲) «تاریخچه معاملات دولتی در ایران»، مجله مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره ۳۹: صص ۱۹۲-۱۸۳.
- محمدزاده، امیر؛ اسکندری، یونس (۱۳۹۱) «تحلیل موانع اجرای قانون برگزاری مناقصات در بخش دولتی»، مطالعات کمی در مدیریت، دوره سوم، شماره ۲: صص ۹۶-۱۱۱.

- متنی نژاد، صادق (۱۳۸۶) «شیوه‌ها و زمینه‌های تبانی در معاملات دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱: صص ۶۲-۴۷.
- موسوی بایگی، سیدعلی (۱۳۸۹)، «بررسی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران پیرامون فساد مالی در قراردادهای دولتی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی دکتر سیدحسین حسینی، دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده امور اداری و اقتصادی.
- Bovis, Christopher H. (2007) *“EU Public Procurement Law”*, Edward Elgar publication, Massachusetts. Maranhao Costa, Arthur; Pedone, Luiz; Fleischer, David (1998) *“Brazil: Targeting Corruption in Public Bidding”*, Economic Reform Today, No. 2.
- Kaufmann, Daniel; Vicente, Pedro C. (2005) *“Legal Corruption”*, Second Draft, available at:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=829844
- Koike, Osamu (2010) *“Public Procurement Reforms in Japan: Local Challenges for Social Outcomes”*, Yokohama Journal of Social Sciences, Vol. 19, No. 3, available at:
https://ynu.repo.nii.ac.jp/?action=repository_uri&item_id=3181&file_id=20&file_no=1.
- OECD (2005) *“Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement”*, OECD Publishing, available at:
- OECD (2007-1) *“Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures”*, OECD Publishing, Paris, available at:
https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti_briberyconvention/44956834.pdf
- OECD (2007-2) *“Integrity in Public Procurement; Good Practice from A to Z”*, OECD Publishing, Paris, available at:
<http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>
- OECD (2008) *“Keeping Government Contracts Clean, Policy Brief”*, OECD Publishing, available at:
<http://transparency.hu/uploads/docs/oecd.145.pdf>
- OECD (2009) *“OECD Principles for Integrity in Public Procurement”*, OECD Publishing, available at:
<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>

- OECD (2011) "*Transparency in Public Procurement*", Government at a Glance 2011, OECD Publishing, available at: [10.1787/gov_glance-2011-47-en](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-47-en)
- OECD (2014) "*Foreign Bribery Report: An Analysis of the crime of Bribery of Foreign Public Officials*", available at: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814011e.pdf?expires=1498728908&id=id&accname=guest&checksum=D28F5DA4494DFF40FBEBE46B48313233>
- OECD (2015) "*OECD Recommendation of the Council on Public Procurement*", OECD Publication, available at: <https://www.slideshare.net/OECD-GOV/oecd-recommendation-on-public-procurement2015>
- OECD (2016) "*Preventing Corruption in Public Procurement*", OECD Publishing available at: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf>
- Palguta, Jan (2013) "*Nonlinear Incentive Schemes and Corruption in Public Procurement: Evidence from the Czech Republic*", Charles University, Center for Economic Research and Graduate Education, Prague, Czech Republic.
- Pashev, Konstantin; Dyulgerov, Assen; Kaschiev, Georgi (2007), "*Corruption in Public Procurement; Risks and Reform Policies*", center for the study of democracy, Sofia, Bulgaria.
- Schooner, S.L (2002) "*Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*", PPLR.
- Szymanski, Suzanne (2007) "*How to Fight Corruption Effectively in Public Procurement in SEE Countries*", Paris.
- TI (Transparency International) (2006) "*Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*", Transparency International publication, available at: http://www.transparency.org/whatwedo/publication/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement
- TI (Transparency International), International Council on Human Rights Policy (2010) "*Integrating Human Rights in the Anti-corruption Agenda. Challenges, Possibilities and Opportunities*", available at: http://www.ichrp.org/files/reports/58/131b_report.pdf

- Trepte, P. (2004) *“Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation”*, Oxford University Press.
- UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) (2011), *“UNCITRAL Model Law on Public Procurement”*, available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>
- UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) (2013) *“Guidebook on Anti-corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances”*, available at: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf



Legislative Failures in Prevention of Corruption Concerning Public Transactions in the Light of Recommendations of OECD

Abolfath Khaleghi¹ – Mahdi Fazli²

(Received: 16/ 7/ 2017 - Accepted: 25/ 9/ 2017)

Abstract

Public transactions are one of the main ways of spending public budget, and therefore, are one of legal means for committing economic corruption; accordingly, applying a legal mechanism on them seems to be necessary. Current laws in curbing corruption in public transactions are not up-to-date and efficient yet and are facing with flaws causing the possibility of committing corruption through them. During the years of research on laws of the member countries, the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) has provided recommendations for amendment of their laws which also could be useful for legal amendments in Iran. Using a descriptive-analytical method, this article recognizes such flaws in quintuple steps of public transactions (including assessment of necessities, pre-bidding and bidding, conclusion of contracts, implementation of contracts and final audit) in the light of OECD recommendations and recommends the enactment of an exhaustive criminal Act in this field and amendment of current laws on tenders and auctions for curbing corruption.

Keywords: Public Transactions, Bid, Auction, Prevention, Corruption.

1. Assistant Professor in Criminal Law and Criminology, Qom University, Qom.

2. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Qom University, Qom
(Corresponding Author): mrmfazli@yahoo.com.