**LỰA CHỌN NHÀ THẦU TRONG ĐẦU TƯ XÂY DỰNG**

**THEO LUẬT ĐẤU THẦU – KHÓ KHĂN VÀ GIẢI PHÁP**

***TS. Dương Văn Cận***

Luật đấu thầu số 43/2013/QH13 (gọi là Luật đấu thầu số 43) thay thế luật đấu thầu số 61/2005/QH11 đã góp phần nâng cao tính hiệu quả công tác hướng dẫn, kiểm tra, giám sát công tác đấu thầu của các cơ quan nhà nước, các chủ đầu tư, bên mời thầu và nhà thầu, từng bước chuyên nghiệp hóa trong hoạt động đấu thầu. Thực hiện lựa chọn nhà thầu theo luật đấu thầu trong những năm gần đây đã giảm được vốn đầu tư khoảng 7 – 8% là một kết quả đáng ghi nhận. Phải ghi nhận Luật đấu thầu 43 đã có rất nhiều tiến bộ so với Luật đấu thầu số 61/2005 về nhiều mặt, đấu thầu giá thấp hay đấu thầu là cuộc đấu giá mà cả xã hội bức xúc tuy chưa được chấm dứt nhưng đã có nhiều thay đổi, Luật đã có “khắc chế” để các chủ đầu tư lựa chọn áp dụng.

Một điểm đáng ghi nhận Luật đấu thầu 43 đã thể chế hóa về pháp luật được cho gần hết các hoạt động đầu tư, mua sắm, cung cấp các hàng hóa, dịch vụ trong các hoạt động sử dụng vốn nhà nước, trong đó phải kể đến như đấu thầu mua thuốc trong ngành y tế, đấu thầu quyền sử dụng đất, các dịch vụ tư vấn phi tư vấn…

Đấu thầu trong hoạt động xây dựng là để phát huy mặt mạnh của cơ chế cạnh tranh nhằm đạt được các mục tiêu là công trình có chất lượng tốt, giá cả hợp lý và thời gian xây dựng ngắn. Muốn vậy thì công tác đấu thầu phải tuân thủ nghiêm ngặt các nguyên tắc công khai, công bằng, minh bạch. Theo đó pháp luật trong đấu thầu phải hướng dẫn, quy định để các chủ thể hoạt động đấu thầu như chủ đầu tư, nhà thầu, tư vấn lựa chọn nhà thầu… đạt được các nguyên tắc đó – Công khai đối với toàn bộ quá trình đấu thầu từ lập kế hoạch đấu thầu đến khi giao thầu ký kết hợp đồng với nhà thầu; công bằng là thực hiện các thủ tục, triển khai trong suốt quá trình mở thầu, xét chọn thầu; còn bình đẳng là điều kiện mà bên giao thầu phải tạo ra cho các bên dự thầu, đồng thời cũng là mối quan hệ giữa các bên giao thầu với bên nhận thầu. Nguyên tắc chỉ có vậy nhưng thiết chế pháp luật và thực thi trong thực tiễn lại vô cùng khó khăn. Để thực hiện các nguyên tắc này vì vậy mà Luật đấu thầu luôn phải có các chế tài để chống được các hiện tượng thông đồng, móc ngoặc thỏa thuận ngầm giữa bên giao thầu với bên nhận thầu hay giữa các bên dự thầu với nhau để giành được gói thầu, để nâng giá… Theo đánh giá của tôi, Luật đấu thầu số 43 đã tập trung các chế tài để đạt được các mục tiêu đó.

Một ấn tượng đặc biệt đáng ghi nhận trong Luật đấu thầu số 43 còn tiệm cận ngày một gần với các quy định của thông lệ quốc tế (về phương pháp đánh giá, kỹ thuật xét tuyển, hợp đồng…) và tiến tới các dự án sử dụng các nguồn vốn ODA, các nguồn vốn khác sẽ có cùng hay dùng chung một chế tài là Luật đấu thầu Việt nam.

Điểm qua một số nội dung mới quan trọng nhất đạt được về cơ chế đấu thầu của Luật đấu thầu số 43, tuy nhiên sau gần 4 năm thực hiện, ngoài mặt được không phủ nhận cũng còn những nội dụng cần được được điều chỉnh, bổ sung hoàn thiện:

**1. Tăng cường các chế tài sử lý các chủ thể trong đấu thầu:**

Sau gần 4 năm thực hiện Luật đấu thầu đến nay cho thấy còn những bất cập trong đó nổi lên các quy định về chế tài sử lý các chủ thể chủ đầu tư, nhà thầu, tư vấn và kể cả các cơ quan có thẩm quyền trong việc thực thi chức năng theo quy định của Luật đấu thầu. Chúng ta hy vọng Luật đấu thầu 43 sẽ khắc phục các tồn tại Luật đấu thầu 61 về sự chặt chẽ, về tính cụ thể chi tiết sử lý các hành vi làm sai luật, tuy nhiên thế vẫn chưa đủ. Lâu nay xã hội vẫn nhìn nhận và gắn các lỗi sai phạm là của nhà thầu, nhưng mấy năm gần đây các sai phạm thấy rõ hơn, nhiều hơn tập trung ở phía chủ đầu tư, đặc biệt các chủ đầu tư các gói thầu ở các địa phương. Tình trạng nhà thầu không mua được hồ sơ mời thầu với các chiêu cướp hồ sơ của nhà thầu, hết hồ sơ chưa in kịp, không tìm được nơi và người bán hồ sơ đang diễn ra khá phổ biến với nghìn lẻ một lý do. Khái niệm “quây thầu” không để chỉ hành vi của các nhà thầu dự thầu mà nay đang là các hành vi khá phổ biến của chủ đầu tư.

Mặc dù trong Luật đã có các chế tài sử phạt (Mục 1 chương XIII Luật 43) chế tài kiểm tra, giám sát (Mục 2 chương XII) và Thủ tướng Chính phủ có chỉ thị số 47/CT-TTg ngày 27/12/2017 nhưng vẫn chưa đủ mạnh nên các hành vi bất chấp pháp luật như trên vẫn tràn lan không có hồi kết.

**2. Vấn đề chỉ định thầu cũng chưa được khắc phục**:

Chúng ta rất hy vọng những quy định khá cụ thể, đủ chi tiết để không ai dám lạm dụng chính sách để chỉ định thầu nhằm mục đich của họ, nhưng tình trạng chỉ định thầu tràn lan đang diễn ra đáng lo ngại, có địa phương có đến 75% gói thầu được chỉ định thầu, chắc chắn trong đó không phải có điều kiện đúng như các trường hợp như quy định tai Điều 22 của Luật đấu thầu 43. Để tiếp tục khắc phục tình trạng chỉ định thầu tràn lan cần phải có chế tài mạnh hơn nữa với chủ đầu tư và người có thẩm quyền chịu trách nhiệm phê duyệt kế lựa chọn nhà thầu.

 **3.** **Chồng chéo quy định pháp luật về hợp đồng giữa luật đấu thầu và luật Xây dựng**

 Hiện nay cả Luật đấu thầu số 43 và Luật xây dựng đều hướng dẫn cùng nội dung về Hợp đồng. Trong đó lại có những nội dung hướng dẫn lại khác nhau, tình hình đó đang gây nhiều vướng mắc khi thực hiện. Kiến nghị: chỉ nên quy định ở một luật mà nên quy định ở Luật xây dựng. Riêng công tác đấu thầu quốc tế thì thực hiện theo hướng dẫn của FIDIC.

 Luật phải quy định bắt buộc chủ đầu tư phải tuân thủ các quy định về hợp đồng, tình trạng lựa chọn bỏ các quy định bất lợi cho chủ đầu tư (ví dụ: sử phạt, đền bù, tiến độ giao mặt bằng, kéo dài thời gian…) đang diễn ra khá phổ biến.

 ***Kiến nghị:*** Nghị định hướng dẫn Luật thì trong đó cần có những nội dung quy định bắt buộc và các nội dung theo điều kiện cụ thể của từng gói thầu.

**4.** **Vấn đề bảo lãnh hợp đồng:**

Trong quan hệ hợp đồng, phía nhà thầu phải thực hiện bảo lãnh hợp đồng, bảo lãnh thanh toán nhưng chủ đầu tư lại không chịu trách nhiệm gì. Tình hình đó là không bình đẳng và đây là nguyên nhân dẫn đến nợ đọng đã kéo dài nhiều năm nay. Vì vậy để hạn chế tình trạng nợ đọng XDCB cần có chế tài đối với chủ đầu tư theo nguyên tắc: chủ đầu tư phải thực hiện bảo lãnh để đảm bảo vốn cho nhà thầu thực hiện gói thầu. **Khi thanh toán còn 30% giá trị hợp đồng thì chủ đầu tư phải thực hiện bảo lãnh giá trị thanh toán cho nhà thầu,** Nghị định số: 37/2015/NĐ-CP cũng có đề cập vấn đề này nhưng chưa có cơ sở và chưa cụ thể, đề nghị chế tài này cần được đưa vào Luật xây dựng. Nhà thầu được quyền dừng thi công nếu chủ đầu tư không cam kết có vốn thanh toán khi nhà thầu đã hoàn thành khối lượng và thực hiện đủ thủ tục thanh toán theo quy định và gây nợ đọng XDCB.

 **5. Bổ sung thêm mô hình “Nhà thầu quản lý” vào Luật:**

 Đây là hình thức đang khá phổ biến theo thông lệ quốc tế và hình thức này cũng đang được áp dụng hiện nay ở Việt nam. Hình thức này đang khá phổ biến ở các dự án nhà thầu nước ngoài ở Việt nam: nhà thầu nước ngoài chỉ có bộ máy quản lý dự án, còn lại họ đi thuê các nhà thầu tại Việt nam.

Đề nghị: Đây là mô hình tiên tiến nhưng Luật đấu thầu và Luật xây dựng đều chưa có quy quy định, đề nghị đưa mô hình này vào Luật xây dựng và Luật đấu thầu để nhà thầu Việt Nam có thêm một hình thức nhằm phát huy hết năng lực nhà thầu Việt Nam và phù hợp với thông lệ quốc tế.

 **6. Vấn đề năng lực và chứng chỉ hành nghề**

 Vấn đề năng lực nhà thầu đã được bàn, trao đổi rất nhiều qua hội thảo, qua những hội nghị chuyên môn khi dự thảo Luật nhưng vẫn còn nhiều ý kiến khác nhau. Năng lực nhà thầu và năng lực hoạt động của doanh nghiệp là hai hay là một. Do chưa hiểu thống nhất nên Luật đấu thầu yêu cầu nhà thầu phải có năng lực đáp ứng yêu cầu gói thầu và yêu cầu nhà thầu phải đăng tải trên mạng đấu thầu quốc gia; Còn Luật xây dựng lại quy định doanh nghiệp hoạt động xây dựng phải có đủ năng lực hoạt động theo quy định của pháp luật và phải *“có trách nhiệm đăng ký thông tin về năng lực hoạt động xây dựng của mình với Bộ Xây dựng, Sở Xây dựng”*. Xét cho cùng thì năng lực để phù hợp với gói thầu mới là quan trọng đối với một doanh nghiệp. Vì vậy cần giảm bớt thủ tục để doanh nghiệp khó khăn, giảm bớt chi phí.

 Luật doanh nghiệp quy định Xây dựng là một loại nghề được thực hiện với các điều kiện hay nói cách khác, đây là hành nghề có điều kiện. Luật xây dựng quy định Cơ quan chuyên môn thuộc Bộ Xây dựng có thẩm quyền, Sở Xây dựng sát hạch, cấp chứng chỉ hành nghề hoạt động xây dựng là việc làm mang tính hành chính chưa phản ánh bản chất của vấn đề năng lực nhà thầu xây dựng. Hiệp hội kiến nghị cần thay đổi hình thức tiền kiểm này bằng hình thức hậu kiểm. Theo đó, Nhà thầu có trách nhiệm đăng ký và chịu trách nhiệm tính trung thực thông tin, cơ quan có thẩm quyền của Bộ Xây dựng hay các Sở xây dựng có trách nhiệm tiếp nhận thông tin và cấp cho họ giấy chứng nhận đã đăng ký năng lực (Thực hiện trên hệ thống mạng). Trên cơ sở đó cơ quan quản lý nhà nước xem xét, kiểm tra và đăng tải để công bố năng lực. Cách làm này sẽ đảm bảo rằng tất cả các doanh nghiệp. Chủ đầu tư sẽ kiểm tra tất cả các điều kiện năng lực của các nhà thầu phù hợp với gói thầu, của các tổ chức đã đăng ký. Việc này tạo điều kiện để tất cả nhà thầu khi tham gia đấu thầu sẽ không vi phạm Luật xây dựng.

 **7.** **Công tác đào tạo nhân lực để năng cao năng lực nhà thầu**

Chất lượng nguồn nhân lực là yếu tố quyết định đến năng suất lao động, tiến độ, giá thành, chất lượng của dự án góp phần quan trọng vào hiệu quả đầu tư xây dựng. Các doanh nghiệp đều có chung nhận định lực lượng nguồn nhân lực chưa đáp ứng được nhu cầu của thị trường xây dựng, các công trình phức tạp, công trình nhà cao trên 67- 70 tầng, công trình ngầm phức tạp… doanh nghiệp trong nước khó cạnh tranh nổi với nhà thầu nước ngoài do nguồn nhân lực bao gồm cả cán bộ kỹ thuật lẫn công nhân lành nghề không đáp ứng khi cạnh tranh đấu thầu. Trong đấu thầu ngoài các tiêu chí như vốn, kinh nghiệm, thiết bị thì nhân lực là tiêu chí quan trọng bậc nhất, cái yếu của nhiều nhà thầu hiện nay ngoài kinh nghiệm thì thiếu nguồn nhân lực là vấn đề đáng lo ngại nhất. Vì vậy ngành xây dựng cần có chiến lược về chính sách đào tạo nguồn nhân lực theo hướng phù hợp với chế thị trường kết hợp với cơ chế chính sách lương cho lực lượng cán bộ, kỹ sư, kỹ thuật, cán bộ lãnh đạo chủ chốt như chỉ huy trưởng công trình, đốc công, kỹ sư trưởng v.v...