**HỘI THẢO GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT ĐẤU THẦU (SỬA ĐỔI)**

**GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT ĐẤU THẦU**

**Vấn đề về lựa chọn nhà đầu tư**

*Luật Sư Nguyễn Hồng Chung – Chuyên gia. Chính sách đầu tư*

*Chủ tịch HĐQT - DVL VENTURES*

1. ***Về phạm vi điều chỉnh***

Dự thảo luật đang quy định

*“3. Hoạt động lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư kinh doanh gồm:*

*a) Dự án đầu tư có sử dụng đất thuộc trường hợp phải tổ chức đấu thầu theo quy định của pháp luật về đất đai;*

*b) Dự án đầu tư thuộc trường hợp phải tổ chức đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư theo quy định của pháp luật quản lý ngành, lĩnh vực.”*

Dự thảo không quy định dự án mà có phần diện tích đất do nhà nước quản lý có trong dự án nhưng không thuộc trường hợp thu hồi theo Luật Đất đai. Do vậy để xuất bổ sung để một số địa phương có hành lang pháp lý khi kêu gọi đầu tư phát triển kinh tế xã hội.

(Phần này cũng không rõ là Luật Đất đai sẽ quy định thế nào vói trường hợp đấu thầu.)

Tình huống:

Tại địa phương X có dự án thương mại, du lịch, dịch vụ, dự án phù hợp với quy hoạch nông thôn mới của địa phương 1/2000 (dự án không có nhà ở), diện tích khoảng 50ha trong đó có 30% diện tích là giao đất ở, đất lúa..còn lại 70% diện tích đất do nhà nước quản lý gồm đất giao thông, kênh mương, nghĩa trang và đất công ích (5%). *Dự án không tách dược thành dự án độc lập.*

Hiện tại Nhà đầu tư làm thủ tục nhận chuyển nhượng góp vốn bằng quyền sử dụng đất đối với phần diện tích đất đã dược giao theo quy định của pháp luật về đất đai.

Phần diện tích đất còn lại là đất do nhà nước quả lý và chiếm phần lớn (70%) cần phải thực hiện thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất thì mới thực hiện được dự án. Theo quy định của pháp luật vê đất đai hiện hành thì dự án khu du lịch, sinh thái và thương mại dịch vụ không thuộc trường hợp thu hồi đất theo điều 62 luật Đất đai.

Vậy với quy định như trên thì không thể xác định được là dự án có thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Đấu thầu hay không?.

***Do vậy phần này cần nêu rõ những dự án thương mại dịch vụ mà có phần đất do nhà nước quản lý thì thuộc phạm vi điều chỉnh của luật đấu thầu để tạo điều kiện cho một số dự án có cơ sở pháp lý để thực hiện (hoặc quy định tỷ lệ đất do nhà nước quả lý từ bao nhiêu % trở lên).***

1. ***Về Quy trình, thủ tục lựa chọn nhà đầu tư***
   1. ***Về quy trình công bố dự án (điều 48 dự thảo)***

Điểm b khoản 1 Điều 48 dự thảo quy định về công bố dự án đầu tư có sử dụng đất Đối với dự án thuộc diện chấp thuận chủ trương đầu tư, nội dung công bố gồm:

*“a) Quyết định chấp thuận chủ trương đầu tư gồm những nội dung theo quy định của pháp luật về đầu tư;*

*b) Tên bên mời thầu; hình thức và phương thức lựa chọn nhà đầu tư; thời gian bắt đầu tổ chức lựa chọn nhà đầu tư;*

*c) Yêu cầu sơ bộ về năng lực, kinh nghiệm của nhà đầu tư (nếu có).*

Theo quy định trên thì sẽ không còn hình thức đăng ký do đã xác định luôn hình thức đấu thầu, tuy nhiên tại điểm c lại yêu cầu là có bao gồm “*Yêu cầu sơ bộ về năng lực, kinh nghiệm của nhà đầu tư”* ,

mặt khác điểm a khoản 1 Điều 47 Dự thảo quy định *“Công bố dự án đầu tư và thông báo mời quan tâm*;” như vậy là có bước mời quan tâm tại bước công bố dự án.

**Do vậy đã có sự không thống nhất ngay trong quy định tại điều 47 và 48 này.**

Khoản 3 Điều 29 Luật đầu tư quy định *“3. ... trường hợp tổ chức đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư mà chỉ có một nhà đầu tư đăng ký theo quy định của pháp luật về đấu thầu, cơ quan có thẩm quyền thực hiện thủ tục chấp thuận nhà đầu tư khi nhà đầu tư đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật có liên quan*”

**Do vậy quy định tại điều này cần làm rõ là có hay không bước yêu cầu sơ bộ năng lực tức là bước công bố dự án đẻ nhà đầu tư đăng ký. Hay là tổ chức đấu thầu luôn. Trường hợp đấu thầu luôn thì có cần sửa khoản 3 điều 29 luật đầu tư không? và nếu đấu thầu luôn thì cần thiết phải có bước Công bố dự án đầu tư và thông báo mời quan tâm tại điểm a khoản 1 điều 47 dự thảo không?**

**> Cho đấu luôn thì khỏi mời quan tâm.**

**(***hiện trạng: Một số địa phương hiện nay có một số địa phương đang áp dụng rất khác nhau: như Bắc Giang thì bỏ qua bước yêu cầu sơ bộ năng lực mà tổ chức đấu thầu luôn dự án; Thái Bình thì công bố dự án, kết quả có một nhà đầu tư đăng ký thì vẫn cho đấu thầu rộng rãi sau đó*).

* 1. ***Về thủ tục đàm phán, ký kết hợp đồng giữa nhà đầu tư và cơ quan nhà nước có thẩm quyền***

Luật cần bổ sung trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong việc tổ chức *giám sát đánh giá dự án đầu tư* của nhà đầu tư, *Việc giám sát và đánh giá đầu tư* có ý nghĩa rất quan trọng để đồng vốn đầu tư được sử dụng đúng mục tiêu và đảm bảo sự tăng trưởng chung của nền kinh tế.

***> Dự thảo luật chưa đề cập, có việc này sẽ tránh được dự án chậm tiến độ, chậm đưa vào sử dụng.***

Thực trạng hiện nay:

Theo quy định của pháp luật về Đấu thầu hiện nay về năng lực thực hiện các dự án tương tự của NĐT khi tham gia đấu thầu đang mở cho các NĐT chưa có kinh nghiệm thực hiện dự án đầu tư hay thi công xây dựng bằng việc sử dụng năng lực của đối tác thi công xây dựng. Theo đó, có những nhà đầu tư vừa mới thành lập, chưa có kinh nghiệm thực hiện dự án đầu tư kinh doanh được lựa chọn.

Nghị định 25/2020 hiện hành chỉ quy định hợp đồng dự án đối với trường hợp lựa chọn NĐT thông qua hình thức đấu thầu rộng rãi mà không quy định hợp đồng dự án đối với trường hợp có 01 NĐT đăng ký và đáp ứng yêu cầu sơ bộ năng lực thực hiện của dự án.

*Hiện nay*, có rất nhiều dự án đang bị chậm tiến độ do nhà đầu tư đang loay hoay không biết thực hiện các bước tiếp theo như thế nào do chưa có kinh nghiệm và cũng chưa rõ quy định của pháp luật chuyên ngành và pháp luật liên quan, họ tìm đến các cơ quan nhà nước nhưng không tìm đúng bởi không thuộc nhiệm vụ quyền hạn. Các dự án này không thuộc trường hợp phải ký hợp đồng dự án đầu tư theo quy định. Do đó, NĐT không hiểu được được quyền và nghĩa vụ của mình đến đâu theo quy định của pháp luật. Thậm chí, cơ quan nhà nước cũng có rất nhiều vướng mắc trong quá trình thực thi pháp luật.

Có những dự án nhà đầu tư và cơ quan nhà nước không biết thực hiện tiếp như thế nào, lùi không được nhưng tiến thì có đường đi.

**Tình huống:**

* Dự án được cơ quan nhà nước chấp thuận với tiến độ thực hiện đến năm 2017. Theo tiến độ này, NĐT đã hoàn thành phần lớn các công trình. Trong đó chỉ còn lại 1 khối công trình đã thi công đến phần móng nhưng do quy mô dự án thay đổi cộng với nền kinh tế gặp khó khăn do ảnh hưởng của covid 19 nên NĐT đã tạm dừng thì công từ 2017 đến nay.
* Đến thời điểm hiện nay, NĐT mong muốn tiếp tục thực hiện dự án. Tuy nhiên, theo quy định pháp luật hiện hành, cơ quan nhà nước chưa có cơ sở để NĐT tiếp tục thực hiện dự án.

Trong khoảng thời gian nhà đầu tư dừng dự án, không có bất cứ văn bản nào giữa *cơ quan nhà nước* và *nhà đầu tư đối với việc NĐT* tự tạm dừng dự án. Cho thấy chưa có sự ràng buộc phù hợp về trách nhiệm và quyền hạn giữa NĐT và cơ quan nhà nước.

Các dự án trên làm thiệt hại về tài sản cũng như hiệu quả sử dụng đất không được như mong muốn trong giai đoạn hiện nay.

* 1. ***Sự cần thiết của hợp đồng dự án đầu tư***

Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ, trong đó nội dung hợp đồng ràng buộc nghĩa vụ và trách nhiệm cũng như quyền lợi của mỗi bên trong việc thực hiện dự án đầu tư kinh doanh.

Phạm vi điều chỉnh của pháp luật đối với các dự án đầu tư quá lớn, đôi khi đọc chưa đến hiểu chưa đúng dẫn đến sự hiểu lầm trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của NĐT. Bởi vậy, cần có một văn bản quy định cụ thể về nghĩa vụ, trách nhiệm cũng như quyền lợi của nhà đầu tư như một bản hợp đồng được ký kết giữa NĐT và cơ quan nhà nước.

Điều này cũng phù hợp với chính sách tăng cường thu hút NĐT.

***Ý kiến chuyên gia:* Dự thảo luật đấu thầu đang kế thừa quy định việc ký kết hợp đồng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư được lựa chọn theo quy định của pháp luật hiện hành là hoàn toàn phù hợp.**

***\* Nội dung về sự phù hợp với Luật Đầu tư***

Đề nghị xem xét bổ sung quy định về lập danh mục dự án đầu tư đối với dự án không thuộc trường hợp chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư.

1. ***Quy định về điều khoản chuyển tiếp***

Hiện nay quy định của pháp luật về đấu thầu đang chưa giải quyết được tắc nghẽn đối với các dự án đã thực hiện sơ tuyển theo quy định của nghị định 30/2015/NĐ-CP bởi sự xuất hiện của công thức xác định giá sàn nộp ngân sách nhà nước m3.

Thực tế khi quan tâm đề xuất dự án (tham gia sơ tuyển), phương án tài chính của NĐT chưa tính toán đến giá sàn nộp ngân sách nhà nước m3 tăng đột biến theo quy định của pháp luật tương lai (rủi ro về mặt chính sách). Bởi vậy hiện nay có rất nhiều dự án đã có kết quả sơ tuyển nhưng chưa tổ chức thực hiện đấu thầu, có những dự án nhà đầu tư chủ động gửi đơn về bên mời thầu để huỷ kết quả sơ tuyển.

Đồng thời, theo quy định của thông tư 09/2021/TT-BKHĐT hiện nay quy định rõ trường hợp 01 NĐT đăng ký thực hiện dự án thì không phải tính m3 nhưng lại không chuyển tiếp cụ thể đối với trường hợp 01 NĐT trúng sơ tuyển mà bản chất quá trình sơ tuyển và đăng ký thực hiện dự án lại có sự tương đồng.

Các địa phương hiện nay cũng rất muốn thực hiện lựa chọn được NĐT thực hiện dự án bởi liên quan đến chính sách phát triển kinh tế, xã hội của địa phương, liên quan đến quy hoạch, kế hoạch sử đụng đất, chương trình kế hoạch phát triển nhà ở, … Tuy nhiên vẫn phải dậm chân tại chỗ bởi chính sách chưa có hướng mở cho các trường hợp này.

**Tại điều khoản chuyển tiếp dự thảo luật chưa đề xuất các trường hợp:**

* Dự án đã có kết quả sơ tuyển lựa chọn nhà đầu tư nhưng chưa thực hiện chỉ định nhà đầu tư theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
* Dự án đã có kết quả sơ tuyển lựa chọn nhà đầu tư nhưng chưa thực lựa chọn nhà đầu tư theo danh sách ngắn theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
* Dự án đã có kết quả lựa chọn nhà đầu tư đang trong quá trình thương thảo hợp đồng theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
* Dự án đã có kế hoạch lựa chọn nhà đầu tư và đang lập hồ sơ mời thầu mà chưa phê duyệt theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
* Dự án đã phê duyệt hồ sơ mời thầu theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
* Dự án đã tổ chức lựa chọn nhà đầu tư nhưng phải huỷ thầu theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.

***Chuyên gia đề xuất nội dung điều khoản chuyển tiếp như sau:***

1. *Dự án phải điều chỉnh chủ nhưng đầu tư nhưng đang trong quá trình lựa chọn nhà đầu tư theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.*
2. Dự án phải thực hiện thủ tục chấp thuận điều chỉnh chủ trương đầu tư (đối với dự án thuộc diện chấp thuận chủ trương đầu tư) hoặc điều chỉnh quyết định phê duyệt danh mục dự án (đối với dự án không thuộc diện chấp thuận chủ trương đầu tư) mà đã phát hành hồ sơ mời thầu trước ngày luật này có hiệu lực thi hành thì thực hiện chuyển tiếp theo một trong các trường hợp sau:
3. Trường hợp thay đổi mục tiêu, quy mô, địa điểm, vốn đầu tư của dự án thì thực hiện theo quy định của Luật này.
4. Trường hợp khác thực hiện theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
5. *Dự án đã có kết quả sơ tuyển theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13* *nhưng chưa lựa chọn được nhà đầu tư thực hiện dự án.*
6. Dự án đã phê duyệt kết quả sơ tuyển theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 mà chưa lựa chọn được nhà đầu tư thực hiện dự án thì thực hiện theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
7. *Dự án đã có kế hoạch lựa chọn nhà đầu tư và đang lập hồ sơ mời thầu mà chưa phê duyệt.*
8. Dự án đã phê duyệt kế hoạch lựa chọn nhà đầu tư theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 thì thực hiện chuyển tiếp theo một trong các trường hợp sau:
9. Trường hợp dự án đã phê duyệt hồ sơ mời thầu trước ngày luật này có hiệu lực thi hành thì tiếp tục thực hiện theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.
10. Trường hợp dự án chưa phê duyệt hồ sơ mời thầu kể từ ngày Luật này có hiệu lực thi hành thì thực hiện lựa chọn nhà đầu tư theo quy định của Luật này.
11. *Dự án đã tổ chức lựa chọn nhà đầu tư nhưng phải huỷ thầu theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.*

Dự án đã tổ chức lựa chọn nhà đầu tư nhưng thuộc các trường hợp huỷ thầu theo quy định của Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 thì thực hiện lựa chọn nhà đầu tư theo quy định của Luật này.