HIỆP HỘI CÁC NHÀ THẦU XÂY DỰNG VIỆT NAM

---------------------------------------------------------------------------------

**MỘT SỐ Ý KIẾN GÓP Ý**

**DỰ THẢO LUẬT ĐẤU THẦU (SỬA ĐỔI)**

Để dự thảo luật đấu thầu được Chính Phủ trình Quốc Hội thông qua đưa vào áp dụng có hiệu quả, thời gian qua Hiệp hội các nhà thầu xây dựng Việt Nam đã nhiều lần góp ý kiến trực tiếp hoặc bằng văn bản. Với bản dự thảo đã được chỉnh sửa lần này (05/4/2023) tuy cũng đã có nhiều thay đổi, thêm một số những nội dung khác so với luật 43 nhưng từ những vướng mắc thực tiễn phát sinh thời gian qua, Hiệp hội các nhà thầu xây dựng Việt Nam xin có một số đóng góp để Luật đấu thầu (sau đây gọi là dự thảo) hoàn thiện hơn:

1. **Tiêu chí tư cách hợp lệ của nhà thầu phải là nhà thầu có năng lực hoạt động phù hợp:**

Thực tiễn thời gian qua rất nhiều các gói thầu mặc dù tổ chức đấu thầu rất đúng quy trình theo luật định, đáp ứng cả 8 tiêu chí về tư cách hợp lệ của nhà thầu trong luật đấu thầu theo Điều 5 luật đấu thầu 63/2014. Trong giai đoạn thực hiện gói thầu thì mới xẩy ra tình trạng nhà thầu không đủ năng lực hoạt động thi công thực hiện gói thầu. Ngoài các tư cách khác quy định tại Điều 5, đề nghị bổ sung về tư cách hợp lệ: nhà thầu được chọn tham gia dự thầu phải là doanh nghiệp có năng lực hành nghề, năng lực hoạt động (Chứng chỉ hành nghề). Luật xây dựng quy định: Tại thời điểm ký kết hợp đồng bên nhận thầu phải đáp ứng điều kiện năng lực hành nghề, năng lực hoạt động theo quy định của pháp luật về xây dựng thì khi lựa chọn nhà thầu cũng phải đáp ứng tiêu chí này.

Vì vậy, Hiệp hội kiến nghị bổ sung hoặc thay thế quy định *“Có tên trong Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia trước khi phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư”* (**Điểm d khoản 1 Điều 5** dự thảo): “*d. Nhà thầu phải đáp ứng năng lưc hoạt động phù hợp với từng lĩnh vực của gói thầu*”.

1. **Điều 36. Kế hoạch tổng thể lựa chọn nhà thầu cho dự án**: Đây là quy định mới chưa có tiền lệ quy định tại luật đấu thầu 43, vì vậy đề nghị cần có các quy định cụ thể về phạm vi dự án có quy mô, tính chất như thế nào thì phải lập kế hoạch tổng thể, trường hợp nào thì không phải lập; pháp luật không thể quy định “ …chủ đầu tư hoặc cơ quan chuẩn bị dự án **có thể** trình người có thẩm quyền xem xét …” như quy định tại khoản 1 Điều 36 trong dự thảo (Nghĩa là có thể trình hoặc không trình đều được). Công tác lập kế hoạch đấu thầu đối với dự án có kế hoạch tổng thể lựa chọn nhà thầu do chủ dầu tư phê duyệt nên dễ có nhiều sơ hở bị lợi dụng trong việc phân chia gói thầu, hình thức, phương thức lựa chọn nhà thầu. Đề nghị, Khoản 1 Điều 38 bổ sung Căn cứ lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu đối với dự án điểm h) : “Kế hoạch tổng thể tổng thể lựa chọn nhà thầu”
2. **Về hình thức chỉ định thầu ngày càng nới rộng thêm làm giảm bớt tính cạnh tranh trong đấu thầu**

Trong bản dự thảo mới nhất ngày 05 tháng 4 năm 2023 (Điều 23) đưa ra 12 trường hợp chỉ định thầu so với 10 trường hợp ở bản cũ ngày 13/3/2023 trước đó và 6 trường hợp tại luật đấu thầu 43/2013. Hình như là chúng ta đang đi ngược lại với xu hướng phải tăng cường tổ chức đấu thầu để đảm bảo tính cạnh tranh, chống lãng phí tiêu cực. Đề nghị Ban soạn thảo nghiên cứu hạn chế bớt các trường hợp chỉ định thầu, chỉ các trường hợp thật cần thiết như quy định tại các điểm a, b, c và d Điều 23, các trường hợp khác đề nghị chuyển sang các hình thức lựa chọn khác. Ví dụ một số trường hợp gói thầu như: Gói thầu tư vấn lập báo cáo nghiên cứu khả thi, thiết kế xây dựng được chỉ định cho tác giá của phương án kiến trúc trúng tuyển ...,Gói thầu cung cấp dịch vụ tư vấn dưới 500 triệu đồng; gói thầu phi tư vấn, hàng hóa, xây lắp, hỗn hợp trong hạn mức không quá 01 tỷ đồng; Gói thầu tư vấn, thi công di dời các công trình hạ tầng kỹ thuật, rà phá bom, mìn, vật nổ; hay Gói thầu có tính chất nghiên cứu, thử nghiệm, mua bản quyền sở hữu trí tuệ,v..v. Đề nghị Ban soạn thảo nghiên cứu một số trường hợp nêu trên có thể chuyển sang hình thức lựa chọn khác như đàm phán giá, chào hàng cạnh tranh hay có thể đấu thầu rút gọn để tránh tình trạng chạy chọt, tiêu cực tràn lan như hiện nay.

1. **Cần làm rõ khái niệm bất khả kháng đối với hợp đồng trọn gói để quy định này có thể áp dụng được**

Khái niệm bất khả kháng là khái niệm được quy định trong luật Xây dựng và trong dự thảo luật đấu thầu (điểm c khoản 1 Điều 64, điểm b khoản 2 Điều 70), tuy nhiên khái niệm này chưa có luật nào hay văn bản dưới luật nào hướng dẫn và thực tế quy định bất khả kháng không đi vào cuộc sống. Tình trạng vật liệu xây dựng như xi măng, sắt thép tăng đột biến 40- 45%, hay tình hình dịch COVID-19 vừa qua đã ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp xây dựng không được xem là bất thường hay bất khả kháng là không công bằng với người sản xuất. Hiệp hội cũng đã nhiều lần kiến nghị với các Bộ có liên quan kể cả với Chính Phủ, Ủy ban của Quốc Hội, tuy nhiên cũng không có trả lời phản hồi. Vì vậy nếu quy định này thật sự không có tính khả thi, không thể hướng dẫn cụ thể được thì không nên đưa vào luật hoặc là dùng khái niệm khác có thể định tính, định lượng được. Hiệp hội kiến nghị: **cần làm rõ khái niệm bất khả kháng trong từng trường hợp quy định trong luật.**

1. **Giá Hợp đồng trọn gói gây nhiều bất lợi cho nhà thầu:**

Điểm b khoản 1 Điều 64 quy định “*Giá dự thầu phải bao gồm tất cả các chi phí cho các yếu tố rủi ro về khối lượng công việc và trượt giá có thể phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng tương ứng với trách nhiệm của nhà thầu trong việc thực hiện gói thầu”* . Đây là quy định tính toán giá gói thầu để xét thầu, tuy nhiên chưa phải quy định các yếu tố đưa vào giá gói thầu trong hợp đồng để A-B ký kết thực hiện theo nguyên tắc “lời ăn lỗ chịu”.

Thực tế xuất hiện có nhiều yếu tố rủi ro được xem là bất khả kháng ví dụ như giá vật liệu tăng đột biến 30-40%, dịch bệnh COVID 19, lũ lụt xẩy ra thời gian vừa qua …Hiệp hội kiến nghị những đột biến như trên phải được coi là bất khả kháng như vậy phải được điều chỉnh hợp đồng cho nhà thầu. Theo đó khái niệm bất khả kháng về giá vật liệu tăng đột biến, ngừng thi công do dịch bệnh … cần được xem bất khả kháng ngoài khả năng kiểm soát của nhà thầu.

Đề nghị Ban soạn thảo sửa đổi nội dung quy định tại điểm d khoản 1 Điều 64. : **Việc thanh toán được thực hiện theo giá công trình, hạng mục công trình**…là không đúng với bản chất của gói thầu hợp đồng trọn gói. Điểm d khoản 1 đề nghị sửa lại: “d). Việc thanh toán được thực hiện theo tỷ lệ phần trăm giá hợp đồng tương ứng khối lượng phù hợp với giai đoạn thanh toán được các bên thỏa thuận trong hợp đồng; *khi thanh toán không yêu cầu phải có xác nhận khối lượng hoàn thành chi tiết* ***và đơn giá chi tiết*** “ như quy định tại Nghị định 63 hướng dẫn luật đấu thầu 43 đã đi vào cuộc sống.

1. **Quy định về sửa đổi hợp đồng (Điều 70) trái với một số luật:**

* Liên quan đến nội dung này Luật xây dựng quy định tại Điều 143. Điều chỉnh hợp đồng xây dựng không có khái niệm Sửa đổi hợp đồng xây dựng. Theo luật dân sự 2015 và luật Xây dựng thì khi có điều chỉnh về khối lượng, tiến độ, đơn giá hợp đồng và các nội dung khác do các bên thỏa thuận trong hợp đồng thì thực hiện theo phụ lục hợp đồng
* Theo đó Luật xây dựng quy định 4 trường hợp được điều chỉnh hợp đồng và Nghị định 37 và nghị định 50 cũng đã hướng dẫn cụ thể về điều chỉnh giá, thanh toán, quyết toán đối với từng loại hợp đồng rồi, luật đấu thầu không nên hướng dẫn khác đi: luật xây dựng gọi là *Điều chỉnh hơp đồng (Điều 143)*, luật đấu thầu gọi là *Sửa đổi hợp đồng (Điều 70);* Luật xây dựng quy định các trường hợp được điều chỉnh hợp đồng: “d) Các trường hợp bất khả kháng theo quy định của pháp luật”, Dự thảo luật đấu thầu: “ Trường hợp bất khả kháng hoặc hoàn cảnh thực hiện hợp đồng có **thay đổi cơ bản** theo quy định của pháp luật dân sự”

Và rất nhiều các quy định không thống nhất khác.

**Kiến nghị:** Bỏ Điều 70 vì hướng dẫn nhiều nội dung không rõ, trùng lặp và không thống nhất với luật chuyên nghành

1. **Cơ chế bảo lãnh bất bình đẳng với các chủ thể tham gia hợp đồng:**

Nợ đọng trong xây dựng vẫn đang gây khó khăn, nhức nhối cho nhà thầu, có gói thầu nợ đọng tới gần 20% sau 7 năm công trình đưa vào khai thác sử dụng vẫn chưa được thanh toán. Theo Luật đấu thầu quá trình lựa chọn nhà thầu và thực hiện gói thầu, nhà thầu phải có 4 lần bảo lãnh rất chặt chẽ (bảo lãnh dự thầu, bảo lãnh hợp đồng, bảo lãnh thanh toán và bảo lãnh tạm ứng) nhưng không có một chế tài nào với chủ đầu tư, vốn đảm bảo thanh toán cho nhà thầu thì không được chủ đầu tư đảm bảo (kể cả trong quy định về trách nhiệm của chủ đầu tư tại Điều 80 của luật dự thảo này) nên dẫn đến tình trạng không có vốn thanh toán cho nhà thầu. Để giải quyết vấn đề này đề nghị bổ sung vào luật đấu thầu cơ chế **bảo lãnh thanh toán của chủ đầu tư.** Vì vậy Hiệp hội kiến nghị**:** *“Khi thực hiện xong 60 - 65% giá trị khối lượng gói thầu thì chủ đầu tư phải cam kết thực hiện bảo lãnh để đảm bảo đủ vốn thanh toán cho gói thầu”. Mức bảo lãnh là số tiền còn phải thanh toán giá trị khối lượng còn lại của gói thầu*

1. **Vấn đề chuyển nhượng thầu và khái niệm bán thầu không rõ ràng**

Chuyền nhượng thầu là hành vi bị cấm trong đấu thầu (khoản 8 Điều 16), chúng tôi hiểu hành vi chuyển nhượng thầu có thể xem là hành vi bán thầu, tuy nhiên nhiều người vẫn có sự nhầm lẫn giữa nhà thầu phụ với chuyển nhượng thầu hay gọi là bán thầu. Tuy nhiên trong quá trình thực hiện gói thầu xuất hiện nhiều yếu tố mà nhà thầu không thể lường trước được, vì vậy luật có thể cho áp dụng hình thức nhà thầu phụ ngoài danh mục nhà thầu phụ đã đăng ký ở giai đoạn đấu thầu hoặc hình thức nhà thầu phụ của nhà thầu phụ được chủ đầu tư và tư vấn giám sát chấp thuận một phần khối lượng đã nhận thầu để tránh tình trạng tổng thầu hay nhà thầu chính giao thầu không đúng luật.

1. **Vấn đề quản lý thực hiện sau kết quả đấu thầu không được pháp luật quy định:**

Hệ thống pháp luật về đấu thầu đối với các gói thầu sử dụng vốn nhà nước theo quy định đang bị đứt đoạn giữa giai đoạn đấu thầu và giai đoạn thực hiện hợp đồng. **Luật đấu thầu không có phần chế tài quy định quản lý thực hiện kết quả sau đấu thầu.** Dự thảo ngày 05/4/2023 mới đưa thêm Điều 69. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng – đưa ra 3 nguyên tăc còn rất sơ sài không có nội dung mang tính pháp lý. Những quy định pháp lý với chủ đầu tư, bên mời thầu, tư vấn, nhà thầu thực hiện gói thầu là những chế tài cần được quy định trong nội dung của Điều này.

Trong dự thảo quy định nội dung công tác “Giám sát, theo dõi hoạt động đấu thầu” (Điều 89) cũng chỉ quy định công tác giám sát hồ sơ, đánh giá hồ sơ, quy trình tổ chức lựa chọn nhà thầu… Những nội dung này không phải là các quy định liên quan đến công tác giám sát thực hợp đồng. Không có hướng dẫn, không có chế tài nên khi thực hiện nhà thầu có thể không đáp ứng được những cam kết trong hồ sơ dự thầu, kết quả là chậm tiến độ, chất lượng không đáp ứng, … Đây chính là tình trạng làm “Hồ sơ đẹp” trong giai đoạn đấu thầu. Chúng tôi kiến nghị Luật đấu thầu **cần có những điều quy định về quản lý thực hiện đấu thầu và các chế tài kiểm soát công tác sau đấu thầu** để công tác đấu thầu thực sựcó hiệu quả.

1. **Làm rõ trách nhiệm của các chủ thể trong đó đặc biệt chủ đầu tư /bên mời thầu và nhà thầu trong đấu thầu.**

Một số trách nhiệm quan trọng bậc nhất của chủ đầu tư và của nhà thầu không được quy định đối với chủ đầu tư (Điều 78), đối với nhà thầu (Điều 82). Đề nghị bổ sung thêm một khoản 14 vào Điều 78: *“ 14)Thanh toán cho nhà thầu theo quy định trong hợp đồng đã ký kết”*; Thêm khoản 3 vào Điều 82: *“3) Thực hiện các nội dung quy định đã ký kết trong hợp đồng”.*

Trên đây là một số ý kiến đóng góp, đề nghị Ban soạn thảo tiếp thu hoàn thiện, Trân trọng cảm ơn./.