

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ HOẠT ĐỘNG ĐẤU THẦU VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

HUỲNH THỊ NGỌC DIỄM*

Luật Đấu thầu năm 2023 là cơ sở pháp lý quan trọng để thực hiện hoạt động đấu thầu. Thực tiễn áp dụng quy định về hoạt động đấu thầu đã cho thấy những hạn chế, bất cập làm ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể. Bài viết phân tích một số bất cập trong quy định của Luật Đấu thầu năm 2023 và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng Luật này trong thực tiễn.

Từ khóa: Luật Đấu thầu năm 2023; đấu thầu; hợp đồng thầu; nhà thầu; hoạt động đấu thầu. The 2023 Bidding Law, a crucial legal framework for conducting bidding activities, has practical limitations that directly affect stakeholders' rights and interests. This article analyzes these issues and proposes recommendations for improvement to enhance the Law's practical application.

Keywords: 2023 Bidding Law; bidding; bidding contracts; contractors; bidding activities.

NGÀY NHẬN: 10/8/2024 NGÀY PHẢN BIỆN, ĐÁNH GIÁ: 12/9/2024 NGÀY DUYỆT: 16/10/2024

DOI: <https://doi.org/10.59394/qlnn.345.2024.986>

1. Đặt vấn đề

Đấu thầu được quy định là quá trình lựa chọn nhà thầu để ký kết, thực hiện hợp đồng cung cấp dịch vụ tư vấn, dịch vụ phi tư vấn, mua sắm hàng hóa, xây lắp, lựa chọn nhà đầu tư để ký kết, thực hiện hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh, hoạt động đấu thầu được thực hiện trên cơ sở bảo đảm cạnh tranh, công bằng, minh bạch, hiệu quả kinh tế và trách nhiệm giải trình (khoản 8 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2023). Thông qua hoạt động đấu thầu, các nhà thầu có điều kiện để tăng khả năng cạnh tranh và chủ động trong việc tham dự, ký kết các hợp đồng thầu nhằm nâng cao năng lực trên thị trường. Luật Đấu thầu và các văn bản liên quan đã tạo cơ sở pháp lý hữu hiệu để các chủ thể thực hiện

hoạt động đấu thầu trong thực tiễn.

Luật Đấu thầu năm 2023 ra đời đã sửa đổi, bổ sung, khắc phục những vướng mắc trong quy định về đấu thầu của Luật Đấu thầu năm 2013 và là công cụ hiệu quả để Nhà nước thực hiện công tác quản lý, giám sát hoạt động đầu tư. Tuy nhiên, quy định Luật Đấu thầu năm 2023 khi áp dụng trong thực tiễn vẫn còn một số điểm chưa hợp lý, vướng mắc, bất cập. Do vậy, việc rà soát, phát hiện những khó khăn, vướng mắc trong quy định của Luật Đấu thầu năm 2023 và đề xuất kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định pháp luật là vấn đề cấp thiết được đặt ra.

* NCS của Trường Đại học Luật Hà Nội

2. Một số bất cập của quy định pháp luật về hoạt động đấu thầu

Thứ nhất, tư cách hợp lệ của nhà thầu.

Khoản 26 Điều 4 *Luật Đấu thầu* năm 2023 quy định: “Nhà thầu là tổ chức, cá nhân hoặc kết hợp giữa các tổ chức hoặc giữa các cá nhân với nhau theo hình thức liên danh trên cơ sở thỏa thuận liên danh tham dự thầu, đứng tên dự thầu và trực tiếp ký, thực hiện hợp đồng nếu được lựa chọn”. Theo đó, nhà thầu được hiểu là chủ thể tham gia việc ký hợp đồng với chủ đầu tư và thông qua hợp đồng đó, nhà thầu sẽ thực hiện toàn bộ hoặc là một phần các công việc, dự án đầu tư có liên quan đến công việc mà nhà thầu đó được mời thầu.

Nhà thầu khi tham gia dự án thầu phải đáp ứng các điều kiện, tiêu chí theo quy định tại Điều 5 *Luật Đấu thầu* năm 2023. So với *Luật Đấu thầu* năm 2013, *Luật Đấu thầu* năm 2023 đã bổ sung quy định một số điều kiện về tư cách hợp lệ của nhà thầu đối với tổ chức, như: có tên trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia trước khi phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu; không đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự; có tên trong danh sách ngắn đối với trường hợp đã lựa chọn được danh sách ngắn...

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng quy định này còn có một số điểm bất cập, điển hình như quy định nhà thầu là tổ chức có tư cách hợp lệ khi đáp ứng điều kiện “Có tên trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia trước thời điểm trình duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu” (điểm d khoản 1 Điều 5 *Luật Đấu thầu* năm 2023) còn chưa hợp lý. Bởi lẽ, thực tiễn xảy ra trường hợp trước thời điểm trình duyệt kết quả lựa chọn thầu và nhà thầu được lựa chọn nhưng lại không có tên trên hệ thống mạng đấu thầu. Khi đó, nhà thầu này không đủ điều kiện hay tư cách hợp lệ để tham gia dự án mặc dù đã được lựa chọn. Đồng thời, việc tổ chức, xem xét chấm thầu lại cũng mất nhiều thời gian, chưa kể đến việc thời gian

chấm thầu đã kết thúc mà chưa có nhà thầu khác có tư cách hợp lệ tham gia thay thế vào dự án thầu.

Bên cạnh đó, thực tiễn cũng xảy ra trường hợp các gói thầu được tổ chức với nhà thầu đáp ứng đủ các điều kiện về tư cách hợp lệ của nhà thầu theo quy định nhưng khi tiến hành hoạt động đấu thầu thì nhà thầu lại không đủ năng lực để thực hiện gói thầu. Điều này làm ảnh hưởng đến tiến độ của hoạt động thầu và ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể. Đối chiếu với quy định trong *Luật Xây dựng* hiện hành cho thấy, quy định tổ chức, cá nhân có đủ điều kiện năng lực hoạt động xây dựng, năng lực hành nghề xây dựng khi tham gia quan hệ hợp đồng trong hoạt động đầu tư xây dựng¹. Như vậy, năng lực hành nghề là điều kiện cần thiết mà nhà thầu phải đáp ứng khi tham gia dự án đầu tư xây dựng. Do đó, *Luật Đấu thầu* cũng cần bổ sung điều kiện về năng lực hành nghề tham gia dự án đấu thầu để phù hợp, thống nhất với *Luật Xây dựng*, bảo đảm cho nhà thầu có đủ năng lực để thực hiện đấu thầu trong các lĩnh vực cụ thể.

Khoản 4 Điều 5 *Luật Đấu thầu* năm 2023 còn quy định: “Nhà thầu, nhà đầu tư có tư cách hợp lệ theo quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này được tham dự thầu với tư cách độc lập hoặc liên danh”. Cùng với quy định về tư cách hợp lệ của nhà thầu, *Luật* còn quy định về các hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu (Điều 1). Theo đó, điều kiện về tư cách hợp lệ của nhà thầu cần được ghi nhận cụ thể là không thuộc các trường hợp cấm theo quy định của *Luật Đấu thầu*. Quy định này nhằm thể hiện sự bảo đảm các hoạt động nhà thầu phù hợp với pháp luật và hạn chế trường hợp vi phạm quy định cấm trong hoạt động đấu thầu.

Thứ hai, kế hoạch lựa chọn nhà thầu.

Kế hoạch lựa chọn nhà thầu là bản kế hoạch được lập ra với các thông tin, yêu cầu, điều kiện về nhà thầu để lựa chọn nhà thầu

đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật và đáp ứng các nhu cầu của bên mời thầu để thực hiện hoạt động thầu². *Luật Đấu thầu* năm 2023 có những quy định cụ thể về kế hoạch lựa chọn nhà thầu, tuy nhiên, một số quy định khi áp dụng trong thực tiễn còn có những vướng mắc, bất cập và cần được hoàn thiện. Chẳng hạn: Điều 36 *Luật Đấu thầu* năm 2023 quy định về kế hoạch tổng thể lựa chọn nhà thầu cho dự án, theo đó, “căn cứ quy mô, tính chất công tác đấu thầu của dự án, chủ đầu tư hoặc cơ quan chuẩn bị dự án có thể trình người có thẩm quyền xem xét, quyết định việc tổ chức lập, phê duyệt kế hoạch tổng thể lựa chọn nhà thầu”. Với quy định này, chủ đầu tư hoặc cơ quan chuẩn bị dự án đầu tư căn cứ vào quy mô, tính chất công tác đấu thầu của dự án để trình người thẩm quyền xem xét, việc tổ chức, phê duyệt kế hoạch tổng thể lựa chọn nhà thầu được thực hiện bởi người có thẩm quyền đó.

Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, sau khi chủ đầu tư trình người có thẩm quyền xem xét, phê duyệt kế hoạch lựa chọn nhà thầu thì khi tiến hành trong thực tiễn thường có sự thay đổi, việc thực hiện lựa chọn thầu hầu như không còn giống như kế hoạch đã trình trước đó³. Điều này dẫn đến phát sinh các thủ tục hành chính liên quan đến việc lựa chọn nhà thầu cũng như ảnh hưởng đến tiến độ thực hiện dự án.

Bên cạnh đó, theo *Luật Xây dựng* hiện hành thì thẩm quyền báo cáo nghiên cứu về dự án xây dựng do cơ quan chuyên môn về xây dựng thực hiện⁴, còn việc đưa ra kế hoạch lựa chọn nhà thầu thì thuộc thẩm quyền của cơ quan quản lý đấu thầu thực hiện theo quy định về pháp luật đấu thầu. Do đó, quy định chủ đầu tư hoặc cơ quan chuẩn bị dự án người có thẩm quyền kế hoạch tổng thể lựa chọn thầu là không cần thiết và cần thể hiện rõ quy định: người có thẩm quyền có trách nhiệm phê duyệt kế hoạch lựa chọn thầu cùng với báo cáo

nghiên cứu khả thi để xem xét và hoàn thiện kế hoạch lựa chọn thầu.

Điều 37, 38 *Luật Đấu thầu* năm 2023 quy định về lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu đối với dự án và dự toán mua sắm, tuy nhiên, quy định đối với dự án không phải dự án đầu tư công thì pháp luật hiện nay chưa có quy định cụ thể. Do đó, thực tiễn áp dụng căn cứ lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu hay phê duyệt kế hoạch bố trí vốn cho dự án các gói thầu thuộc dự án không phải dự án đầu tư công không có cơ sở để thực hiện. Điều 39 *Luật Đấu thầu* quy định về giá gói thầu là giá trị của gói thầu được phê duyệt trong kế hoạch lựa chọn nhà thầu, theo đó, *Luật* chưa thể hiện cụ thể cơ sở xác định giá gói thầu là tổng mức đầu tư hay dự toán được phê duyệt đối với dự án; dự toán mua sắm tuyệt đối mua sắm thường xuyên nhằm tuân thủ nguyên tắc phê duyệt kế hoạch lựa chọn nhà thầu. Việc sửa đổi, bổ sung quy định về lựa chọn nhà thầu sẽ góp phần tạo sự hoàn thiện, thống nhất đối với các quy định khác trong *Luật Đấu thầu* năm 2023 và bảo đảm để các chủ thể áp dụng dễ dàng áp dụng trong thực tiễn.

Thứ ba, hợp đồng thầu.

Luật Đấu thầu năm 2023 có những sửa đổi, bổ sung về hợp đồng thầu, trong đó có hợp đồng trọn gói là loại hợp đồng thầu phổ biến nhất, được nhiều chủ thể áp dụng. Tuy nhiên, việc thực hiện hợp đồng trọn gói trong hoạt động đấu thầu còn chưa hiệu quả do chưa có quy định cụ thể về hạn mức cũng như thời gian thực hiện hợp đồng đấu thầu. Điều này dẫn đến việc các chủ thể áp dụng không thống nhất trong quá trình thực hiện hợp đồng thầu. Bên cạnh đó, quy định trách nhiệm của người có thẩm quyền trong hoạt động đấu thầu cũng chưa có sự thống nhất.

Trách nhiệm của người có thẩm quyền được quy định tại Điều 77 *Luật Đấu thầu* năm 2023, trong đó có trách nhiệm ký kết hợp đồng trên cơ sở chấp thuận của cơ quan

có thẩm quyền; tổ chức quản lý hợp đồng với nhà đầu tư được lựa chọn. Tuy nhiên, khi quy định về ký kết hợp đồng đấu thầu, *Luật* không dùng “người có thẩm quyền” mà dùng “cơ quan có thẩm quyền”. Điều này là không thống nhất với quy định về trách nhiệm của người có thẩm quyền tại Điều 73 *Luật Đấu thầu* năm 2023, đồng thời có thể dẫn đến những khó khăn khi các chủ thể khi thực hiện hoạt động đấu thầu hay xảy ra tranh chấp giữa các bên, cụ thể về người có thẩm quyền và cơ quan có thẩm quyền.

Bên cạnh đó, quy định về trách nhiệm của người có thẩm quyền cũng chưa cụ thể, theo đó, đối với lựa chọn nhà đầu tư, *Luật* quy định các trách nhiệm, như: đình chỉ cuộc thầu, không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư, xử lý vi phạm pháp luật về đấu thầu theo quy định; tổ chức kiểm tra, giám sát công tác đấu thầu, thực hiện hợp đồng. Người có thẩm quyền còn có trách nhiệm theo quy định tại khoản 9 Điều 77 *Luật Đấu thầu* năm 2023. Tuy nhiên, quy định này còn chung chung, chưa rõ ràng, chưa xác định được thẩm quyền cụ thể, dẫn đến khó khăn cho chủ thể trong quá trình áp dụng.

Cùng với trách nhiệm của người có thẩm quyền, *Luật* quy định trách nhiệm của bên mời thầu tại Điều 79 *Luật Đấu thầu* năm 2023, trong đó có trách nhiệm đàm phán hợp đồng với nhà đầu tư; ký kết và quản lý hợp đồng với nhà đầu tư trong trường hợp được ủy quyền. Thực tiễn cho thấy, việc thực hiện quy định này còn khó khăn, làm phát sinh thời gian và thủ tục hành chính dẫn đến sự phức tạp trong quá trình áp dụng. Do đó, quy định này cần được xem xét và sửa đổi, bổ sung để bên mời thầu có cơ sở thực hiện một cách hiệu quả và bảo đảm quyền lợi của mình trong hợp đồng thầu.

3. Kiến nghị hoàn thiện

Một là, về tư cách hợp lệ của nhà thầu.

Luật Đấu thầu năm 2023 cần sửa đổi quy định về điều kiện nhà thầu có tên trên hệ

thống mạng đấu thầu quốc gia theo hướng: không bắt buộc nhà thầu phải có tên trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia trước thời điểm trình duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu. Bên cạnh đó, cần bổ sung điều kiện về năng lực hành nghề tham gia dự án đấu thầu để phù hợp, thống nhất với *Luật Xây dựng* cũng như bảo đảm cho nhà thầu có đủ năng lực để thực hiện đấu thầu trong các lĩnh vực cụ thể. Vì vậy, cần bổ sung quy định về tư cách hợp lệ của nhà thầu tại Điều 5 *Luật Đấu thầu* năm 2023 theo hướng: “Nhà thầu được chọn tham gia dự thầu phải là cá nhân, tổ chức, có năng lực hành nghề, năng lực hoạt động theo quy định pháp luật đối với từng ngành nghề”.

Bên cạnh đó, để tăng tính toàn diện và phù hợp với quy định pháp luật về tư cách hợp lệ của nhà thầu thì cần bổ sung quy định nhà thầu có tư cách hợp lệ không thuộc một trong các trường hợp cấm đấu thầu theo quy định tại Điều 16 *Luật Đấu thầu* năm 2023. Cụ thể, quy định về tư cách hợp lệ của nhà thầu tại Điều 5 *Luật Đấu thầu* cần được sửa đổi như sau: “... Nhà thầu, nhà đầu tư có tư cách hợp lệ theo quy định tại các khoản 1, 2 và 3”. Điều này có năng lực hành nghề, năng lực hoạt động phù hợp với quy định pháp luật và không thuộc một trong các trường hợp cấm đấu thầu thì được tham dự thầu với tư cách độc lập hoặc liên danh.

Hai là, về kế hoạch lựa chọn nhà thầu.

Quy định về kế hoạch lựa chọn nhà thầu tại Điều 36 *Luật Đấu thầu* năm 2023 cần được sửa đổi theo hướng bỏ yêu cầu “trình người có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch tổng thể”, việc sửa đổi này nhằm bảo đảm không phát sinh những vướng mắc khi lựa chọn nhà thầu và phù hợp với thực tiễn khi lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu và không làm phát sinh thủ tục hành chính ảnh hưởng đến tiến độ dự án đấu thầu.

Cần bổ sung quy định về kế hoạch lựa chọn nhà thầu như thể hiện rõ trách nhiệm của người có thẩm quyền trong việc phê

duyet kế hoạch lựa chọn nhà thầu cùng với báo cáo nghiên cứu khả thi để xem xét và hoàn thiện kế hoạch lựa chọn thầu; đối với việc lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu tại Điều 38 *Luật Đấu thầu* năm 2023, cần bổ sung quy định về căn cứ lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu với các dự án không phải dự án đầu tư công, trong đó thể hiện rõ về nguồn vốn, kế hoạch bố trí vốn được duyệt trước khi lập kế hoạch lựa chọn nhà thầu,...; đối với giá gói thầu tại Điều 39, cần thể hiện rõ giá gói thầu là tổng mức đầu tư hay dự toán được phê duyệt đối với dự án; dự toán mua sắm tuyệt đối mua sắm thường xuyên nhằm tuân thủ nguyên tắc phê duyệt kế hoạch lựa chọn nhà thầu tại quy định về gói thầu của *Luật Đấu thầu* năm 2023 nhằm hạn chế những vướng mắc phát sinh và tạo cơ sở để các chủ thể thực hiện hoạt động đấu thầu một cách hiệu quả.

Ba là, về hợp đồng thầu.

Quy định này cần sửa đổi, bổ sung phù hợp nhằm tạo cơ sở pháp lý để các bên giao kết, thực hiện hợp đồng thầu và là cơ sở để cơ quan có thẩm quyền giải quyết hiệu quả khi có tranh chấp phát sinh. Theo đó, quy định về hợp đồng trọn gói cần thể hiện rõ về hạn mức và thời gian cụ thể được áp dụng thống nhất trong quá trình thực hiện hợp đồng thầu và quy định về ký kết hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh, cần được sửa đổi và thể hiện rõ chủ thể là người có thẩm quyền. Cụ thể, Điều 71 cần được sửa đổi như sau:

“... 3. Người có thẩm quyền hoặc bên mời thầu (trong trường hợp được ủy quyền) ký kết hợp đồng với nhà đầu tư được lựa chọn. Đối với nhà đầu tư liên danh, tất cả các thành viên liên danh phải trực tiếp ký, đóng dấu (nếu có) vào văn bản hợp đồng”.

Đồng thời, quy định về trách nhiệm của người có thẩm quyền trong việc ký kết hợp đồng cần được sửa đổi, hướng dẫn cụ thể quy định “cơ sở chấp thuận của cơ quan có thẩm quyền” để khi áp dụng trong thực tiễn, các bên dễ dàng có cơ sở xác định nội dung,

thẩm quyền để chấp thuận theo quy định. Cùng với đó, về trách nhiệm của bên mời thầu cũng cần xem xét và quy định cụ thể trách nhiệm của bên mời thầu trong việc đàm phán với nhà đầu tư để phát sinh những vướng mắc như kéo dài thời gian thực hiện hay việc thực hiện các thủ tục hành chính phức tạp.

Bốn là, khi giao kết, thực hiện hợp đồng thầu.

Các bên cần thể hiện các điều khoản rõ ràng, cụ thể, sử dụng từ ngữ rõ ràng để tránh các bên lợi dụng thực hiện các hành vi vi phạm *Luật Đấu thầu* để trục lợi cá nhân. Đồng thời, các bên phải lường trước những phát sinh tranh chấp có thể xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng để có những điều chỉnh hợp lý. Bên cạnh đó, công tác quản lý, giám sát hoạt động đấu thầu cần được tăng cường để kịp thời phát hiện và xử lý nghiêm minh các hành vi vi phạm, đặc biệt là hành vi của những cán bộ, người có thẩm quyền trong hoạt động đấu thầu. Qua đó, góp phần tạo môi trường an toàn, ổn định, lành mạnh để chủ thể thực hiện hoạt động đấu thầu hiệu quả, bảo đảm quyền lợi của chủ thể và hướng đến sự phát triển chung của nền kinh tế đất nước □

Chú thích:

1, 2. Chủ Ngọc Linh (2017). *Pháp luật Việt Nam về đấu thầu xây dựng - Thực trạng và phương hướng hoàn thiện*. Luận văn thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 25, 27.

3. Lê Hoàng Anh (2023). *Một số bất cập của pháp luật về trình tự, thủ tục đấu thầu xây lắp và giải pháp hoàn thiện*. Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 375, tr. 14.

4. *Luật Đấu thầu và những quy định chồng chéo, mâu thuẫn với Luật Đất đai, Luật Xây dựng và Luật Doanh nghiệp*. <https://phaply.net.vn>, ngày 16/3/2024.

Tài liệu tham khảo:

- Quốc hội (2013, 2023). *Luật Đấu thầu* năm 2013 (sửa đổi, bổ sung năm 2023).
- Quốc hội (2014). *Luật Xây dựng* năm 2014.