

NHỮNG VƯỚNG MẮC TRONG VIỆC THỰC HIỆN LUẬT XÂY DỰNG, LUẬT ĐẦU THẦU VÀ NGHỊ ĐỊNH 58/2008/NĐ-CP NGÀY 05/05/2008 CỦA CHÍNH PHỦ: NGUYÊN NHÂN VÀ GIẢI PHÁP

*Trịnh Quang Bắc**

Sự nghiệp đổi mới ở nước ta đã đạt được nhiều thành tựu quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội và tạo nên những thay đổi sâu sắc trong lĩnh vực đầu tư xây dựng. Ngành xây dựng đã thực sự góp phần tạo nên vóc dáng mới của đất nước với nhiều công trình hiện đại, góp phần tích cực vào sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu to lớn đó, trong lĩnh vực này đang tồn tại nhiều vấn đề bức xúc. Một trong những vấn đề đó là nạn tham nhũng, tiêu cực, lãng phí diễn ra phổ biến và phức tạp ở hầu hết các công trình xây dựng, gây ra những hậu quả nghiêm trọng về nhiều mặt, gây bất bình trong dư luận xã hội. Tổng hội Xây dựng Việt Nam báo cáo về 59 công trình xây dựng có biểu hiện lãng phí thất thoát cho thấy, có 27% số công trình chất lượng kém phải bổ sung kinh phí mới sử dụng được; 36% các công trình không sử dụng được do chọn địa điểm xây dựng không thích hợp; 25% các công trình do quyết toán khống làm thất thoát gần 300 tỷ đồng.

Nguyên nhân chính của những thất thoát, lãng phí đó là do những cán bộ công chức, các cơ quan, tổ chức được Nhà nước giao phó trách nhiệm là người quyết định đầu tư, cấp quyết định đầu tư, chủ đầu tư... có quyền quyết định đầu tư, lựa chọn nhà thầu xây dựng đã áp đặt ý muốn chủ quan của mình vào các văn bản, quyết định hành chính nhân danh cơ quan quản lý nhà nước, nhân danh tập thể để chọn các nhà thầu là họ hàng, thân

thích hoặc cùng è kíp cùng nhau ăn chia gây thất thoát lãng phí tài sản nhà nước.

Đứng trước thực trạng như vậy, Quốc hội, Chính phủ, các bộ ngành đã ban hành nhiều văn bản luật, dưới luật nhằm điều chỉnh các hoạt động xây dựng được thực hiện một cách công khai, minh bạch, lành mạnh nhằm hạn chế tối đa tiêu cực, thất thoát lãng phí tài sản nhà nước. Trong số các văn bản luật, dưới luật đã ban hành đang được áp dụng thì Luật Xây dựng, Luật Đầu thầu, Nghị định 58/2008/NĐ-CP ngày 05/05/2008 là các văn bản có đối tượng, phạm vi điều chỉnh xuyên suốt quá trình thực hiện các dự án đầu tư xây dựng cơ bản (XDCCB), góp phần quan trọng làm giảm thiểu tối đa tình trạng tiêu cực thất thoát lãng phí tài sản công. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện và áp dụng các văn bản luật này đã bộc lộ một số vướng mắc, chông chéo, chưa đồng bộ giữa các văn bản luật với nhau gây khó khăn cho quá trình thực hiện quản lý đầu tư xây dựng, một số điều của luật và nghị định hướng dẫn chưa rõ ràng tạo kẽ hở cho chủ đầu tư, cơ quan tư vấn tùy tiện áp dụng nhằm mục đích hạn chế sự tham gia của nhà thầu hoặc nhằm tạo lợi thế cho một hoặc một số nhà thầu gây ra sự cạnh tranh, lựa chọn nhà thầu không lành mạnh, thiếu bình đẳng.

Bài viết này nhằm làm sáng tỏ về mặt lý luận những bất cập trên trong thực tiễn áp dụng pháp luật.

Về các trường hợp được chỉ định thầu nhưng không có dự toán duyệt trước khi chỉ định thầu

* UBND huyện Cẩm Giàng, tỉnh Hải Dương

Khoản 3, Điều 20 của Luật Đấu thầu quy định: "Trường hợp chỉ định thầu thì trước khi chỉ định dự thầu dự toán đối với gói thầu đó phải được phê duyệt theo quy định". Quy định trên không thể thực hiện được đối với các gói thầu sau đây:

- Theo quy định tại văn bản số 1751/BXD - VP ngày 14/8/2007 của Bộ Xây dựng về định mức chi phí quản lý và tư vấn đầu tư xây dựng công trình thì các công việc tư vấn bao gồm: Tư vấn lập dự án đầu tư xây dựng công trình, tư vấn thiết kế kỹ thuật hoặc bản vẽ thi công (*được gọi chung là tư vấn thiết kế*), tư vấn thẩm tra thiết kế, tư vấn quản lý dự án được tính theo tỷ lệ % của chi phí xây dựng công trình. Chi phí xây dựng công trình chỉ được xác định sau khi có thiết kế kỹ thuật, dự toán công trình được duyệt. Do đó, nếu chưa lựa chọn được các tư vấn thực hiện hợp đồng lập dự án, thiết kế, thẩm tra thiết kế và dự toán xây dựng công trình thì chưa có dự toán cho các công tác tư vấn nói trên để duyệt. Do vậy, trường hợp chỉ định thầu đối với các công việc nêu trên là không thể thực hiện đúng theo cả pháp luật về đấu thầu và pháp luật về xây dựng. Trường hợp các gói thầu tư vấn nói trên có giá trị nhỏ, nếu tổ chức đấu thầu sẽ kéo dài thời gian làm ảnh hưởng tới nhiệm vụ, yêu cầu và hiệu quả đầu tư.

Về công tác rà phá bom, mìn, vật nổ

Đây là ngành nghề đặc biệt và hoạt động có điều kiện, đến nay chỉ các đơn vị thuộc Bộ Quốc phòng mới được thực hiện. Thủ tướng Chính phủ đã có Quyết định số 96/2006/QĐ-TTg ngày 04/5/2006 quy định về công tác rà phá bom mìn, vật nổ để xây dựng các công trình, trong đó giao Bộ Quốc phòng chịu trách nhiệm. Bộ Quốc phòng đã có Thông tư 146/2007/TT-BQP để hướng dẫn quyết định trên của Thủ tướng Chính phủ, theo đó hình thức lựa chọn là chỉ định thầu (*Bộ Quốc phòng áp dụng hình thức giao nhiệm vụ*) cho các đơn vị trực thuộc để lập phương án và dự toán cho công trình này, nếu chỉ định thầu cho các đơn vị của Bộ

Quốc phòng mà chưa có dự toán rà phá bom, mìn, vật nổ thì vi phạm khoản 3 Điều 20 của Luật Đấu thầu.

Hiện nay Văn phòng Chính phủ đã có văn bản số 2464/VPCP-KTTH ngày 18/4/2008 về việc quản lý công tác rà phá bom, mìn, vật nổ, trong đó yêu cầu Bộ Quốc phòng sửa đổi Thông tư số 146/2007/TT-BQP ngày 11/9/2007 theo hướng cho phép tách công tác rà phá bom, mìn, vật nổ thành hạng mục riêng. Tuy nhiên đến nay Bộ Quốc phòng vẫn chưa ban hành thông tư sửa đổi, bổ sung, gây khó khăn cho các chủ đầu tư triển khai thực hiện dự án.

Về hình thức lựa chọn nhà thầu trong xây dựng

Luật Xây dựng và Luật Đấu thầu đều có các nội dung về *lựa chọn nhà thầu* nhưng có những quy định chưa thống nhất, trong khi thực hiện lựa chọn nhà thầu trong xây dựng lại phải tuân thủ cả 2 luật trên.

Giữa các văn bản Luật Xây dựng, Luật Đấu thầu, Thông tư số 146/2007/TT-BQP ngày 11/9/2007 của Bộ Quốc phòng hướng dẫn thực hiện Quyết định số 96/2006/QĐ-TTg ngày 04/5/2006 của Thủ tướng Chính phủ về quản lý và thực hiện công tác rà phá bom, mìn, vật nổ có quy định các hình thức lựa chọn nhà thầu có sự khác nhau. Điển hình là hình thức lựa chọn nhà thầu khác nhau (với Luật Xây dựng là 4 hình thức (Điều 97) và quy định chủ đầu tư có thể tự thực hiện một số công việc khi có đủ điều kiện năng lực, với Luật Đấu thầu là 7 hình thức và quy định chủ đầu tư có thể thực hiện khi có đủ điều kiện năng lực, nhưng tư vấn giám sát việc thực hiện gói thầu phải độc lập với chủ đầu tư về tổ chức và tài chính - Điều 23 Luật Đấu thầu) nên trong quá trình thực hiện gặp không ít khó khăn khi cùng lúc phải tuân thủ quy định đấu thầu của cả 2 luật này. Cụ thể sự khác nhau được thể hiện dưới bảng sau:

Thống kê các hình thức lựa chọn nhà thầu theo các văn bản quy phạm pháp luật hiện nay			Tổng hợp thành 09 hình thức lựa chọn nhà thầu trong các văn bản pháp luật hiện hành
Luật Đấu thầu có 7 hình thức lựa chọn nhà thầu	Luật Xây dựng có 4 hình thức lựa chọn và được tự thực hiện một số công việc khi có đủ năng lực	Thông tư số 146/2007/TT-BQP có 01 hình thức lựa chọn nhà thầu.	
1. Đấu thầu rộng rãi (Điều 18)	1. Đấu thầu rộng rãi (Điều 97)	0	1. Đấu thầu rộng rãi
2. Đấu thầu hạn chế (Điều 19)	2. Đấu thầu hạn chế (Điều 97)	0	2. Đấu thầu hạn chế
3. Chỉ định thầu (Điều 20)	3. Chỉ định thầu (Điều 97)	0	3. Chỉ định thầu
4. Mua sắm trực tiếp (Điều 21)	0	0	4. Mua sắm trực tiếp
5. Chào hàng cạnh tranh trong mua sắm hàng hoá (Điều 22)	0	0	5. Chào hàng cạnh tranh trong mua sắm hàng hoá
6. Tự thực hiện (Điều 23)	4. Các điều 41, 50, 57, 75, 89	0	6. Tự thực hiện
7. Lựa chọn nhà thầu trong trường hợp đặc biệt	0	0	7. Lựa chọn nhà thầu trong trường hợp đặc biệt
0	5. Lựa chọn nhà thầu thiết kế kiến trúc công trình xây dựng	0	8. Lựa chọn nhà thầu thiết kế kiến trúc công trình xây dựng
0		1. Giao nhiệm vụ cho các đơn vị công binh, doanh nghiệp quốc phòng thực hiện công tác rà phá bom, mìn, vật nổ	9. Giao nhiệm vụ

Như vậy, giữa Luật Đấu thầu, Luật Xây dựng và Thông tư số 146/2007/TT-BQP có các hình thức lựa chọn các nhà thầu khác nhau. Đặc biệt hình thức giao nhiệm vụ trong công tác khảo sát, lập phương án và tổ chức thực hiện rà phá bom, mìn, vật nổ quy định trong Thông tư 146/2007/TT-BQP nói

trên trái với quy định trong Nghị định số 58/2008/NĐ-CP ngày 05/5/2008 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Đấu thầu và lựa chọn nhà thầu xây dựng theo Luật Xây dựng, do vậy, các chủ đầu tư áp dụng khác nhau (có chủ đầu tư yêu cầu thực hiện theo trình tự chỉ định thầu tại Điều 41 của Nghị định

số 58/2008/NĐ-CP, có chủ đầu tư để Bộ Quốc phòng hoặc Bộ Tư lệnh quân khu quyết định). Đây là vướng mắc trong việc thực hiện các hình thức lựa chọn nhà thầu hiện nay.

Về đảm bảo cạnh tranh trong đấu thầu

Quy định tại Điều 11 của Luật Đấu thầu và Điều 3 của Nghị định số 58/2008/NĐ-CP chưa phù hợp với tình hình thực tế hiện nay ở nước ta. Đặc biệt quy định tư vấn lập dự án không được tham gia đấu thầu thiết kế kỹ thuật; quy định nhà thầu tham gia đấu thầu các gói thầu thuộc dự án phải độc lập về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý (hiện nay phần lớn Nhà nước nắm cổ phần chi phối ở các doanh nghiệp nhà nước ngành giao thông vận tải) rất khó thực hiện, làm hạn chế các doanh nghiệp trong nước tham gia đấu thầu thực hiện các dự án đầu tư xây dựng cơ bản sử dụng vốn nhà nước.

Ngoài ra, quy định tại khoản 6: Điều 48 Nghị định 16/2005/NĐ-CP quy định: "*Các dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước, vốn tín dụng do Nhà nước bảo lãnh, vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước, nhà thầu thiết kế xây dựng công trình không được ký hợp đồng tư vấn giám sát với chủ đầu tư công trình do mình thiết kế*". Quy định này trái với mục b khoản 1 Điều 3 Nghị định 58/2008/NĐ-CP: "*Nhà thầu đã lập thiết kế kỹ thuật, thiết kế bản vẽ thi công, thiết kế công nghệ cho gói thầu, có thể tham gia đấu thầu cung cấp dịch vụ tư vấn lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu, giám sát thực hiện hợp đồng đối với gói thầu đó*". Đề nghị điều chỉnh lại theo quy định tại Nghị định 58/2008/NĐ-CP.

Về đánh giá hồ sơ dự thầu

Có thể nói rằng trong suốt quá trình chuẩn bị đầu tư, thực hiện đầu tư thì việc đánh giá hồ sơ dự thầu là hết sức quan trọng, nó quyết định việc một nhà thầu có được trúng thầu hay không trúng thầu. Trong khuôn khổ bài viết này xin được phân tích việc đánh giá hồ sơ dự thầu đối với gói thầu xây lắp, phần đánh giá kinh nghiệm năng lực

kỹ thuật được quy định tại khoản 1, Điều 28, Điều 29 Luật Đấu thầu, và khoản 1 điểm a, b của Điều 26 Nghị định 58/CP/2008/NĐ-CP ngày 05/5/2008 không quy định cụ thể do vậy chủ đầu tư, cơ quan tư vấn lựa chọn nhà thầu có thể chủ động thông đồng với nhau để đưa các tiêu chí có lợi thế cho nhà thầu xây lắp mà chủ đầu tư đã "*nhắm*" vào hồ sơ mời thầu và việc đánh giá hồ sơ, dự thầu của nhà thầu xây lắp đó chắc chắn đã theo ý của chủ đầu tư mặc dù hình thức lựa chọn nhà thầu là đấu thầu công khai rộng rãi. Thực tế, khi đưa ra các tiêu chí có lợi cho nhà thầu, chủ đầu tư, cơ quan tư vấn đã tính đến mặt bằng của địa phương hầu hết các nhà thầu khác tại địa phương có một số tiêu chí không đạt như yêu cầu của hồ sơ mời thầu, họ đã tùy tiện đưa vào những yêu cầu lớn gấp nhiều lần giá trị của gói thầu xây lắp.

Ví dụ: Cơ quan tư vấn thường đưa điều kiện tiên quyết vào hồ sơ mời thầu những tiêu chí lớn gấp nhiều lần giá trị gói thầu xây lắp hoặc yêu cầu kỹ thuật của gói thầu như:

- Về kinh nghiệm thi công gói thầu tương tự: Bắt buộc về hồ sơ dự thầu phải có nhiều hợp đồng tương tự với tổng giá trị lớn gấp nhiều lần (có trường hợp gấp 4 lần).

- Về năng lực tài chính:

- + Doanh thu bắt buộc hồ sơ dự thầu phải có doanh thu 03 năm liền và tổng cộng trung bình 03 năm phải lớn hơn giá trị gói thầu rất nhiều lần (có trường hợp tới 15 lần);

- + Khả năng ứng vốn: Bắt buộc nhà thầu phải có cam kết tự ứng vốn 100% không tính lãi để thực hiện xong gói thầu.

- Về năng lực kỹ thuật: Bắt buộc nhà thầu phải có kỹ sư chỉ huy trưởng công trường phải có thời gian tối thiểu ≥ 05 năm.

Ở đây chúng tôi lấy một ví dụ thực tiễn về đấu thầu công khai tại một dự án của tỉnh Hải Dương để minh chứng cho nhận định trên.

*** Dự án đầu tư xây dựng hệ thống hạ tầng kỹ thuật - Khu trung tâm văn hoá thể thao tỉnh Hải Dương**

Gói thầu số 4: Thi công xây dựng tuyến đường N1-N7 và N12-N15.

Chủ đầu tư: Ủy ban nhân dân thành phố Hải Dương.

Nguồn vốn: Từ nguồn thu chuyển quyền sử dụng đất khu dân cư ven tuyến đường N1-N7 (ngân sách nhà nước).

Cơ quan tư vấn đấu thầu: Công ty cổ phần tư vấn công nghệ, thiết bị và kiểm định xây dựng - coninco quận Đống Đa, thành phố Hà Nội.

Giá chào thầu gói thầu số 4: 16.404.136.000d.

(Mười sáu tỷ, bốn trăm không bốn triệu một trăm ba sáu ngàn đồng).

Thời gian đóng thầu: 9^h00 phút, ngày 08/9/2008.

Thời gian mở thầu: 9^h15 phút, ngày 08/9/2008.

Yêu cầu của hồ sơ mời thầu đặt ra:

- Thời gian hoạt động tối thiểu 05 năm;
- Kinh nghiệm thi công gói thầu tương tự: 05 hợp đồng x 13 tỷ = 65 tỷ gấp 4 lần giá trị gói thầu.

* Doanh thu trung bình trong 3 năm: 2005, 2006, 2007:

* Tối thiểu = 240 tỷ gấp 15 lần giá trị gói thầu.

* Năng lực kỹ thuật: Kỹ sư chỉ huy công trình phải có thời gian công tác tối thiểu ≥ 5 năm.

Như vậy, một số tiêu chí do tư vấn áp đặt là quá cao so với yêu cầu thi công của gói thầu xây lắp đơn giản thông thường đã khiến hầu hết các nhà thầu của tỉnh Hải Dương không đạt, qua hai cuộc đấu thầu trên chỉ có 1 nhà thầu có các tiêu chí tương

ương như vậy và đã trúng thầu. Về nội dung này xin đề nghị Bộ Kế hoạch và Đầu tư có thông tư hướng dẫn thực hiện Điều 26 của Nghị định 58/CP theo hướng:

Tiêu chuẩn đánh giá về năng lực và kinh nghiệm của nhà thầu áp dụng đối với gói thầu không tiến hành sơ tuyển gồm:

a. Kinh nghiệm:

- Kinh nghiệm chung về thi công xây dựng: Số năm hoạt động trong lĩnh vực thi công xây dựng tối thiểu 01 năm trở lên là đạt;

- Kinh nghiệm thi công gói thầu tương tự: Số lượng các hợp đồng xây lắp tương tự là 01 hợp đồng có giá trị bằng 1/2 giá trị gói thầu là đạt (không phân biệt việc đã thực hiện hợp đồng đó nhà thầu với tư cách là chính hay nhà thầu phụ).

b. Năng lực kỹ thuật:

- Chỉ huy trưởng công trường: Là kỹ sư đúng chuyên ngành với gói thầu xây lắp, có tối thiểu 01 năm kinh nghiệm, đã chỉ huy tối thiểu 01 công trình tương tự là đạt.

c. Năng lực tài chính:

- Doanh thu 01 năm thực hiện của nhà thầu ≥ giá trị gói thầu là đạt.

Việc có một thông tư qui định rõ ràng, cụ thể như vậy sẽ tránh cho việc các chủ đầu tư, cơ quan tư vấn tùy tiện áp đặt ý muốn chủ quan của mình vào hồ sơ mời thầu theo tiêu chí có lợi cho một số nhà thầu mà chủ đầu tư dự định sẽ "bắt tay làm ăn" và cũng giúp cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ mới được thành lập có được cơ hội tham gia cạnh tranh đấu thầu một cách bình đẳng, lành mạnh; tránh cho một số doanh nghiệp lớn độc quyền thao túng trong lĩnh vực đầu tư xây dựng bằng nguồn vốn nhà nước.