

Số:116/2010/CV-CQHH
v/v: *Đảm bảo cạnh tranh trong
đấu thầu*

Hà Nội, ngày 02 tháng 8 năm 2010

Kính gửi: Các đơn vị thành viên Hiệp hội

Để giúp các đơn vị thành viên Hiệp hội quán triệt nội dung liên quan đến đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu đã được Luật hóa trong hệ thống văn bản pháp quy, Hiệp hội xin gửi tới các đơn vị thành viên toàn bộ các nội dung liên quan tại các văn bản trước đây và hiện nay.

1. Hệ thống Luật:

Điều 11 Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11 ngày 29 tháng 11 năm 2005 và chính thức có hiệu lực từ ngày 01 tháng 4 năm 2006 quy định:

“.....

Điều 11. Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu

1. Nhà thầu khi tham gia đấu thầu các gói thầu thuộc dự án quy định tại Điều 1 của Luật này phải bảo đảm các yêu cầu về tính cạnh tranh sau đây:

a) Nhà thầu tư vấn lập báo cáo nghiên cứu khả thi không được tham gia đấu thầu cung cấp dịch vụ tư vấn lập thiết kế kỹ thuật của dự án, nhà thầu tư vấn đã tham gia thiết kế kỹ thuật của dự án không được tham gia đấu thầu các bước tiếp theo, trừ trường hợp đối với gói thầu EPC;

b) Nhà thầu tham gia đấu thầu phải độc lập về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập về tài chính với nhà thầu tư vấn lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu;

c) Nhà thầu tư vấn giám sát thực hiện hợp đồng phải độc lập về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập về tài chính với nhà thầu thực hiện hợp đồng;

d) 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 và độc lập về tài chính với chủ đầu tư của dự án.

2. Các quy định tại khoản 1 Điều này phải được thực hiện chậm nhất là ba năm theo lộ trình do Chính phủ quy định, kể từ khi Luật này có hiệu lực.

Chính phủ quy định chi tiết về bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu.”

Để giải quyết các vướng mắc trong Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11, Khoản 2 Điều 2 Luật số 38/2009/QH12 ngày 19 tháng 6 năm 2009 của Quốc hội

khóa XII, Kỳ họp thứ 5 sửa đổi, bổ sung một số điều của các Luật liên quan đến Đầu tư xây dựng cơ bản đã sửa đổi bổ sung Điều 11 của Luật Đấu thầu như sau:

“2. Điều 11 được sửa đổi, bổ sung như sau:

“Điều 11. Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu

1. Nhà thầu khi tham gia đấu thầu các gói thầu thuộc dự án quy định tại Điều 1 của Luật này phải bảo đảm các yêu cầu sau đây về tính cạnh tranh:

a) Nhà thầu tham gia đấu thầu phải độc lập về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập về tài chính với nhà thầu tư vấn lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu;

b) Nhà thầu tư vấn giám sát thực hiện hợp đồng phải độc lập về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập về tài chính với nhà thầu thực hiện hợp đồng;

c) 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 và độc lập về tài chính với chủ đầu tư dự án.

2. Chính phủ quy định cụ thể về bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu.”

Như vậy những nội dung về đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu được quy định tại Điểm a Khoản 1 Điều 11 Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11 ngày 29 tháng 11 năm 2005 đã bãi bỏ hoàn toàn.

2. Đảm bảo cạnh tranh trong đấu thầu quy định tại các Nghị định của Chính phủ:

Quá trình thực hiện những quy định về đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu theo Luật đấu thầu đã được Chính phủ hướng dẫn thực hiện trong các Nghị định:

- Nghị định 111/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 9 năm 2006
- Nghị định số 58/2008/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 05 tháng 5 năm 2008 thay thế Nghị định 111/2006/NĐ-CP
- Nghị định số 85/2009/NĐ-CP ngày 15 tháng 10 năm 2009 Nghị định số 58/2008/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 05 tháng 5 năm 2008.

Theo trình tự, nội dung về đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu lần lượt được Chính phủ quy định như sau:

Tại Nghị định 111/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 9 năm 2006,

“Điều 3. Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu

Thủ tướng Chính phủ quy định cụ thể lộ trình phù hợp để thực hiện bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu theo quy định tại Điều 11 của Luật Đấu thầu.”

Tại Nghị định số 58/2008/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 05 tháng 5 năm 2008:

“Điều 3. Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu

Nội dung về bảo đảm cạnh tranh và lộ trình thực hiện được quy định như sau:

1. Yêu cầu về bảo đảm cạnh tranh theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 11 của Luật Đấu thầu được thực hiện như sau:

a) Nhà thầu lập báo cáo nghiên cứu khả thi (dự án đầu tư) được tham gia đấu thầu lập thiết kế kỹ thuật, thiết kế bản vẽ thi công, thiết kế công nghệ cho đến trước ngày 01 tháng 4 năm 2009. Trong trường hợp này, bên mời thầu phải cung cấp hồ sơ mời thầu với đầy đủ các thông tin, tài liệu liên quan bao gồm cả báo cáo nghiên cứu khả thi (dự án đầu tư) và phải bảo đảm đủ thời gian để các nhà thầu có điều kiện như nhau trong quá trình chuẩn bị hồ sơ dự thầu bảo đảm tính công bằng trong đấu thầu;

b) Nhà thầu đã lập thiết kế kỹ thuật, thiết kế bản vẽ thi công, thiết kế công nghệ cho gói thầu không được tham gia đấu thầu xây lắp, cung cấp hàng hoá cho gói thầu đó kể từ ngày Nghị định này có hiệu lực thi hành, trừ trường hợp đối với gói thầu EPC. 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.

2. Nhà thầu tham gia đấu thầu và nhà thầu tư vấn lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu; nhà thầu thực hiện hợp đồng và nhà thầu tư vấn giám sát thực hiện hợp đồng được coi là độc lập với nhau về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập với nhau về tài chính theo quy định tại điểm b và c khoản 1 Điều 11 của Luật Đấu thầu khi đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Không cùng thuộc một cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân ra quyết định thành lập, trừ các nhà thầu là doanh nghiệp đã chuyển đổi và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2005;

b) Không có cổ phần hoặc vốn góp trên 30% của nhau.

Quy định tại khoản này được thực hiện kể từ ngày 01 tháng 4 năm 2009.

3. Chủ đầu tư và nhà thầu tham gia đấu thầu gói thầu thuộc cùng một dự án được coi là độc lập với nhau về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập với nhau về tài chính theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 11 của Luật Đấu thầu khi đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Không có cổ phần hoặc vốn góp trên 50% của nhau;

b) Hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 đối với nhà thầu là tổ chức.

Quy định tại khoản này được thực hiện kể từ ngày 01 tháng 4 năm 2009”.

Tại Nghị định số 85/2009/NĐ-CP ngày 15 tháng 10 năm 2009:

“Điều 3. Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu

Nội dung về bảo đảm cạnh tranh và lộ trình áp dụng được thực hiện như sau:

1. Nhà thầu tham gia đấu thầu và nhà thầu tư vấn lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu; nhà thầu thực hiện hợp đồng và nhà thầu tư vấn giám sát thực hiện hợp đồng được coi là độc lập với nhau về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập với nhau về tài chính theo quy định tại khoản 2 Điều 2 của Luật sửa đổi khi đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Nhà thầu là doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp hoặc không cùng thuộc một cơ quan, đơn vị trực tiếp ra quyết định thành lập;

b) Không có cổ phần hoặc vốn góp trên 30% của nhau.

2. Chủ đầu tư và nhà thầu tham gia đấu thầu gói thầu thuộc cùng một dự án được coi là độc lập với nhau về tổ chức, không cùng phụ thuộc vào một cơ quan quản lý và độc lập với nhau về tài chính quy định tại khoản 2 Điều 2 của Luật sửa đổi theo quy định sau đây:

a) Đối với nhà thầu hoạt động theo Luật Doanh nghiệp: không có cổ phần hoặc vốn góp trên 50% của nhau.

b) Đối với nhà thầu là đơn vị sự nghiệp: không cùng thuộc một cơ quan, đơn vị trực tiếp ra quyết định thành lập và phải là đơn vị tự chủ, tự chịu trách nhiệm về tài chính khi tham gia cung cấp dịch vụ, hàng hóa.

c) Đối với nhà thầu là doanh nghiệp nhà nước thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 thuộc diện phải chuyển đổi theo Luật Doanh nghiệp: không có cổ phần hoặc vốn góp trên 50% của nhau kể từ thời gian phải hoàn thành việc chuyển đổi theo quyết định của cấp có thẩm quyền.

Đối với nhà thầu là doanh nghiệp nhà nước thuộc lĩnh vực đặc thù, chuyên ngành đặc biệt mà Nhà nước cần nắm giữ phần vốn chi phối thì thực hiện theo quy định của Thủ tướng Chính phủ.”

Như vậy trong hệ thống Nghị định của Chính phủ đã ban hành khẳng định thêm về những hạn chế trong nội dung đảm bảo tính cạnh tranh trong đấu thầu quy định tại Điểm a Khoản 1 Điều 11 Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11 đã được bãi bỏ hoàn toàn.

Trong cung cấp dịch vụ tư vấn, công tác tư vấn giám sát thi công xây dựng được quy định tại hệ thống văn bản Luật Xây dựng vẫn hạn chế sự tham gia của các tư vấn đã thực hiện dịch vụ tư vấn thiết kế của công trình đó, tuy nhiên những quy định chỉ mang tính hạn chế chứ không phải là cấm hoàn toàn. Cụ thể tại Nghị định 12/2009/NĐ-CP tại Khoản 7 Điều 36 quy định:

“Điều 36. Quy định chung về điều kiện năng lực của tổ chức, cá nhân

.....

7. 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 lập thiết kế kỹ thuật hoặc thiết kế bản vẽ thi công thì không được ký hợp đồng tư vấn giám sát thi công xây dựng công trình với chủ đầu tư đối với công trình do mình thiết kế, nhà thầu giám sát thi công xây dựng không được ký hợp đồng với nhà thầu thi công xây dựng thực hiện kiểm định chất lượng công trình xây dựng đối với công trình do mình giám sát, trừ trường hợp được người quyết định đầu tư cho phép.”

Nội dung trên được hiểu chỉ mang tính hạn chế mà không cấm hoàn toàn các nhà thầu thiết kế tham gia công tác giám sát thi công xây dựng công trình đó. Như vậy, trong trường hợp cụ thể, nếu Chủ đầu tư xét thấy việc mời Nhà thầu thiết kế đảm nhiệm công tác giám sát thi công xây dựng công trình đó là cần thiết thì điều này hoàn toàn đảm bảo tuân thủ pháp luật.

Hiệp hội hy vọng những nội dung trên đây sẽ được các đơn vị quán triệt để tháo gỡ những vướng mắc trong hoạt động doanh nghiệp mình liên quan đến nội dung này.

Trân trọng gửi tới các đơn vị thành viên lời chào tốt đẹp nhất.

TM.HIỆP HỘI TƯ VẤN XÂY DỰNG VIỆT NAM

KT. Chủ tịch Hiệp hội

Phó Chủ tịch kiêm Tổng Thư ký

Nơi nhận:

- Như trên.

- Lưu văn phòng.

(Đã ký)

Nguyễn Văn Châu