

ĐỪNG LÀM “MÉO MÓ” LUẬT ĐẦU THẦU VIỆT NAM

Tô Văn Trường

Dự án trọng điểm đường cao tốc Bắc-Nam thời gian gần đây, gây nên “con bão” tranh luận về việc lựa chọn nhà thầu nhưng ít người để ý đến “lỗ hổng” và việc vi phạm luật đấu thầu có lợi cho nhà thầu nước ngoài, nhất là Trung Quốc.

Bị được lỗ hổng này thì ngay lập tức hàng chục lỗ hổng khác mọc ra như nấm sau mưa rào. Về lâu dài, phải tìm các lỗ hổng to hơn, đó là “cha đẻ” của vô số lỗ hổng trong các luật hay lỗ hổng mang tính hệ thống.

Luật đấu thầu Việt Nam chủ yếu là nhằm bảo đảm tuyển chọn công bằng, tìm ra những nhà thầu cho Việt Nam có chất lượng cao nhất và giá thầu thấp nhất. Tuy nhiên, Luật có hai điều khoản liên quan đến vai trò của thầu nước ngoài: đó là Điều 3 và Điều 15. Hai điều này đã được một số người có trách nhiệm sử dụng để cho rằng Việt Nam không có quyền hạn chế nước ngoài tranh thầu trong các dự án hợp tác công tư (PPP). Hiểu như vậy có đúng không?

Luật Việt Nam về đấu thầu

Điều 3. Áp dụng Luật đấu thầu, điều ước quốc tế, thỏa thuận quốc tế

1. Hoạt động đấu thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này phải tuân thủ quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan.
2. Trường hợp lựa chọn nhà thầu cung cấp nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, vật tư, dịch vụ tư vấn, dịch vụ phi tư vấn để bảo đảm tính liên tục cho hoạt động sản xuất, kinh doanh và mua sắm nhằm duy trì hoạt động thường xuyên của doanh nghiệp nhà nước; thực hiện gói thầu thuộc dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư, dự án đầu tư có sử dụng đất của nhà đầu tư được lựa chọn thì doanh nghiệp phải ban hành quy định về lựa chọn nhà thầu để áp dụng thống nhất trong doanh

nghiệp trên cơ sở bảo đảm mục tiêu công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế.

3. Đối với việc lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư thuộc dự án có sử dụng vốn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA), vốn vay ưu đãi phát sinh từ điều ước quốc tế, thỏa thuận quốc tế giữa Việt Nam và nhà tài trợ thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế và thỏa thuận quốc tế đó.

4. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định về lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư khác với quy định của Luật này thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế đó.

Điều 15. Đấu thầu quốc tế

1. Việc tổ chức đấu thầu quốc tế để lựa chọn nhà thầu chỉ được thực hiện khi đáp ứng một trong các điều kiện sau đây:

- a) Nhà tài trợ vốn cho gói thầu có yêu cầu tổ chức đấu thầu quốc tế;
- b) Gói thầu mua sắm hàng hóa mà hàng hóa đó trong nước không sản xuất được hoặc sản xuất được nhưng không đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật, chất lượng, giá. Trường hợp hàng hóa thông dụng, đã được nhập khẩu và chào bán tại Việt Nam thì không tổ chức đấu thầu quốc tế;
- c) Gói thầu cung cấp dịch vụ tư vấn, dịch vụ phi tư vấn, xây lắp, hỗn hợp mà nhà thầu trong nước không có khả năng đáp ứng yêu cầu thực hiện gói thầu.

2. Dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư, dự án đầu tư có sử dụng đất, trường hợp hạn chế đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư.

3. Chính phủ quy định chi tiết Điều này.

Giải thích luật đấu thầu Việt Nam

Điều 3, khoản 3 chỉ ra là cần có đấu thầu quốc tế ở những dự án đầu tư có mượn vốn ODA mà hợp đồng vay vốn có qui định nước cho vay có quyền đấu thầu. Điều 15 khoản 1(a) nhấn mạnh thêm điểm này.

Điều 3, khoản 4: Việt Nam phải thực hiện điều ước quốc tế nếu điều ước quốc tế đòi hỏi đấu thầu quốc tế. Như vậy, từ điều khoản 3 này có thể hiểu Việt Nam có toàn quyền dành riêng đấu thầu cho nhà thầu Việt Nam, trừ khi Việt Nam ký mượn vốn ODA và chấp thuận quyền đấu thầu của chủ nợ.

Khoản 4 điều 3 không áp dụng hoặc bị quan chức Việt Nam hiểu sai, vì cho đến nay thỏa ước thương mại quốc tế WTO không có điều khoản mở rộng đấu thầu cho mọi nước (điểm này sẽ bàn rõ hơn ở phần dưới đây khi diễn giải về cam kết WTO)).

Nhưng một số quan chức Việt Nam lại hiểu sai về thỏa ước thương mại quốc tế WTO cho rằng WTO đòi hỏi mở rộng đấu thầu cho quốc tế, và cho rằng ngay luật đấu thầu Việt Nam ở điều 15 khoản 2 cũng đòi hỏi phải mở rộng mọi dự án đầu tư dưới hình thức đối tác công tư phải mở cho người nước ngoài (nếu như phía người Việt Nam không có khả năng đáp ứng) vì Luật đấu thầu VN viết là đấu thầu quốc tế áp dụng cho: Dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư, dự án đầu tư có sử dụng đất, trừ trường hợp hạn chế đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư.

Đúng là điều 15 khoản 2 có thể hiểu là bất cứ dự án đầu tư có sử dụng đất thì đều phải mở ra cho đấu thầu quốc tế, nếu như phía Việt Nam không có khả năng đáp ứng. Mà ở Việt Nam thì dự án nào mà chẳng có sử dụng đất? Và hiểu như thế thì rõ ràng là nước ngoài có quyền đấu thầu ở bất cứ dự án theo hình thức dự án có đối tác công tư. Không lẽ nếu đối tác người Việt Nam chưa đủ khả năng thầu, thì đất nước Việt Nam phải nhượng lại quyền này cho nước ngoài, trừ trường hợp đặc biệt cần hạn chế, mà hạn chế này lại phải có qui định? Như hiện nay chưa có qui định thì Việt Nam phải mở cho đấu thầu quốc tế ư? Tôi chưa thấy nước nào viết luật như vậy vì luật quốc gia lại bảo đảm “ưu tiên” quyền hoạt động của doanh nghiệp nước ngoài.!?

Nếu đọc kỹ, thấy đúng là khoản 2 Điều 15 Luật Đấu thầu không hề có nội dung nào quy định rằng khoản 2 chỉ dành cho việc lựa chọn nhà đầu tư. Nhưng nếu giả sử, khoản 2 cũng áp dụng cho việc lựa chọn nhà thầu thì lúc này lại quay trở lại việc áp dụng quy định tại khoản 1 Điều 15 Luật Đấu thầu. Điều này, dẫn đến việc không cần thiết áp dụng khoản 2 Điều 15 cho việc lựa chọn nhà thầu nữa. Thật ra, thì khoản 2 Điều 15

Luật Đấu thầu đã quy định không rõ ràng nên người ta dễ suy luận khi áp dụng có lợi cho quan điểm của mình.

Xin lưu ý: Ngay ở Mỹ mọi đầu tư với nước ngoài, Bộ Tài chính vẫn có quyền can thiệp, cấm, khi thấy có liên quan đến an ninh quốc gia. Các dự án đầu tư hay hợp tác với nước ngoài (kể cả ở nước ngoài) phải được doanh nghiệp nộp xin ý kiến của Ủy ban Đầu tư nước ngoài ở Mỹ - Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS or the Committee). Có thể tham khảo ở đây:

<https://www.lw.com/thoughtLeadership/overview-CFIUS-process>

Diễn giải khác nhau về cam kết WTO

Trả lời câu hỏi của VietnamFinance về việc dư luận đang quan ngại về việc có rất nhiều nhà đầu tư Trung Quốc quan tâm đến dự án cao tốc Bắc - Nam, ông Nguyễn Danh Huy Vụ trưởng Vụ Đối tác công tư Bộ Giao thông vận tải cho rằng chúng ta đang sống trong một đất nước pháp quyền và chúng ta phải làm theo luật. Theo ông Huy, Việt Nam có Luật Điều ước quốc tế, trong đó quy định nếu Việt Nam là thành viên của bất kể một tổ chức quốc tế nào thì phải làm theo quy định điều ước quốc tế đã ký.

<https://vietnamfinance.vn/nha-dau-tu-trung-quoc-quan-tam-cao-toc-bac-nam-chung-ta-khong-duoc-phan-biet-doi-xu-20180504224223616.htm>

Nếu “mỏ xẻ” thấy quan điểm của ông Huy có chỗ nhầm lẫn bởi vì Việt Nam không có luật bắt buộc phải mở ra mọi dự án cho mọi nước, và luật quốc tế cũng không bắt buộc. Luật quốc tế về nhà thầu liên quan đến mua sắm chính phủ của WTO thì chỉ áp dụng cho một số nước ký kết, VN lại chưa phải là thành viên của hiệp định này.

Cho nên, đơn giản là VN dù có đưa dự án PPP thì vẫn có thể loại một số nước không cho phép tham gia nếu dự án đó có liên quan đến an ninh quốc phòng. Tuy nhiên, Việt Nam nếu thấy có nước nào đáng tin cậy, muốn tham gia, thì có thể vay ngân hàng nước đó (nếu không là ODA có ưu đãi hơn).

Nếu không mượn tiền nước ngoài, và tự mình làm bằng cách phát hành trái phiếu, mà không đủ chuyên môn, thì vẫn có thể thuê những công ty nước ngoài nào mà mình đánh giá là tốt. Ở đây, vấn đề chính là hệ thống có trong sạch đủ để chọn nhà thầu tốt không. Lên một danh sách các nhà thầu về nhiều ngành, có thể nhờ tổ chức quốc tế có ý kiến cũng là một cách làm.

WTO là hiệp ước đa phương đòi hỏi không phân biệt đối xử với các pháp nhân là thành viên trong thương mại quốc tế, tức là xuất nhập khẩu. Ngay ở đây, WTO cũng cho phép các nước có biện pháp đặc biệt với hàng hóa cũng như pháp nhân (đánh thuế cao, cấm) nếu liên quan đến an ninh quốc gia.

WTO chưa có hiệp ước đa phương về đầu tư nước ngoài hay mua sắm chính phủ GPA (Government Procurement Agreement) có liên quan đến đầu thầu các dự án hợp tác công tư. (Mời coi ở đây: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm)

Việt Nam cũng chưa ký GPA nên hoàn toàn có quyền phân biệt đối xử. GPA (Government Procurement Agreement) là một hiệp ước plurilateral của WTO (chỉ ràng buộc những thành viên nào đồng ý tham gia) chứ không phải là một hiệp ước multilateral (ràng buộc tất cả mọi thành viên). Cho nên có quan chức nói "các quốc gia đều có một bộ quy chế ..." là sai. Hiện GPA chỉ quy tụ 20 thành viên của WTO, trong đó có Mỹ và EU được tính là một thành viên nên số quốc gia tham gia chỉ là 48 trên tổng số 164.

Tất nhiên, không phân biệt đối xử là quy tắc căn bản của WTO nhưng cả WTO và GPA cũng như các hiệp ước khác có những qui định cho phép ngoại lệ (waiver).

Điều III của GPA "Security and General Exceptions" liệt kê những ngoại lệ cho phép nước tham gia không áp dụng các quy tắc của GPA. Ngoài những ngoại lệ thường thấy như an ninh quốc phòng, bảo vệ thuần phong mỹ tục, an ninh xã hội (public morals, order or safety), bảo vệ sức khỏe và đời sống của người, súc vật và cây cỏ, bảo vệ quyền sở hữu tri tuệ, còn có qui định về hàng hoá hay dịch vụ liên quan đến người khuyết tật, cơ quan tù thiện hay lao động trong tù (prison labour).

Lời kết: Dự án đường cao tốc Bắc Nam lâu nay Bộ giao thông viện dẫn vì luật đấu thầu nên phải mời quốc tế tham gia kể cả Trung Quốc là không chuẩn xác. Bất cứ thứ luật nào “trói tay” nhà cầm quyền, có lợi cho nhà đầu tư nước ngoài hơn là nhà đầu tư trong nước cần phải xem xét lại.

Trong gọi thầu, mọi quốc gia đều có một nguyên tắc tối thượng: Nước chủ nhà có quyền không cho các công ty nước ngoài tham gia đấu thầu, nếu Chính phủ hay nước họ có tranh chấp lãnh thổ hay có những mâu thuẫn liên quan đến an ninh quốc gia của bên có dự án gọi thầu! Thiết nghĩ chỉ cần vận dụng một điều này là đủ để bảo vệ lợi ích quốc gia và yên lòng dân.