

CNC©

Hãng Luật Chuyên Sâu Lĩnh Vực Xây Dựng, Bất Động Sản



## Nhà Thầu Phụ Chỉ Định

### I. Nhà Thầu Phụ

Trong thực tiễn hoạt động xây dựng tại Việt Nam cũng như trên thế giới, Nhà thầu phụ có thể nói là đối tác và là một phần không thể thiếu trong quá trình Nhà thầu chính/Tổng thầu để thực hiện hợp đồng thầu chính/tổng thầu đã ký với Chủ Đầu tư. Với vai trò quan trọng của mình, Nhà thầu phụ có thể hỗ trợ và tạo điều kiện cho nhà thầu chính:

- (i) dễ dàng hơn trong việc kiểm soát chi phí và giảm thiểu tối đa (hoặc phân bổ) các rủi ro trong quá trình triển khai dự án;
- (ii) tiếp cận được với các dự án lớn, phức tạp đòi hỏi kinh nghiệm, kỹ năng, nguồn lực và những hiểu biết chuyên sâu trong một hoặc một số lĩnh vực nhất định được đặt lên hàng đầu;
- (iii) tối ưu hóa việc triển khai các công việc, đảm bảo các phần công việc khác nhau trong một dự án (hoặc gói thầu) là được thực hiện bởi những nhà thầu có chuyên môn và am hiểu trong từng lĩnh vực cụ thể;
- (iv) tiết kiệm các chi phí và giảm thiểu trách nhiệm liên quan đến vấn đề nhân sự như khai báo tạm trú, tạm vắng ; xuất – nhập cảnh; thuế thu nhập cá nhân; bảo hiểm; an toàn lao động.

Tuy nhiên, các quy định của pháp luật Việt Nam về Nhà thầu phụ nói chung và Nhà thầu phụ chỉ định nói riêng vẫn còn nhiều hạn chế, gây khó khăn cho việc thực hiện/triển khai các dự án, từ đó dẫn tới những tranh chấp không đáng có hoặc không thể giải quyết do chưa có cơ chế rõ ràng, phù hợp.

Minh chứng rõ nhất là trong tất cả các quy định của Luật Xây dựng số 50/2014/QH13 ngày 18 tháng 06 năm 2014 ("Luật Xây dựng 2014") thậm chí còn không dành bất kỳ quy định nào để định nghĩa *Nhà thầu phụ*. Định nghĩa Nhà thầu phụ chỉ có thể được tìm thấy trong Luật Xây dựng số 16/2003/QH11 ngày 26 tháng 11 năm 2003 ("Luật Xây dựng 2003"), theo đó:

*"Nhà thầu phụ trong hoạt động xây dựng là nhà thầu ký kết hợp đồng với nhà thầu chính hoặc tổng thầu xây dựng để thực hiện một phần công việc của nhà thầu chính hoặc tổng thầu xây dựng<sup>4</sup>."*

Các quy định hướng dẫn chi tiết thi hành Luật Xây dựng 2003, Luật Xây dựng 2014<sup>5</sup> cũng quy định một cách rất hạn chế về chế định Nhà thầu phụ. Cụ thể:

---

<sup>4</sup> Tham khảo Khoản 12 Điều 2 Nghị định 37/2015/NĐ-CP, quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

<sup>5</sup> Hơn nữa, các quy định hướng dẫn chi tiết, thi hành Luật Xây dựng 2003, Luật Xây dựng 2014 về cơ bản chỉ hạn chế trong phạm vi áp dụng đối với các dự án có sử dụng vốn ngân sách nhà nước và/hoặc chủ thể tham gia các hợp đồng xây dựng đó liên quan đến chủ thể là nhà nước.

"Nhà thầu phụ là nhà thầu ký hợp đồng với Nhà thầu để thi công một phần công việc của Nhà thầu<sup>7</sup>." hoặc "Nhà thầu phụ là nhà thầu ký kết hợp đồng xây dựng với nhà thầu chính hoặc tổng thầu<sup>8</sup>."

## II. Nhà Thầu Phụ Chỉ Định

Tương tự như vậy, cả Luật Xây dựng 2003, Luật Xây dựng 2014 cũng không có nhiều quy định về Nhà thầu phụ chỉ định và chỉ đến khi Nghị định 37/2015/NĐ-CP ngày 22 tháng 04 năm 2015 và sau đó Thông tư 09/2016/TT-BXD ngày 10 tháng 03 năm 2016 được ban hành thì khái niệm "Nhà thầu phụ chỉ định" – Nhà thầu phụ do Chủ Đầu tư chỉ định mới xuất hiện. Theo đó:

*"Nhà thầu phụ do Chủ Đầu tư chỉ định là Nhà thầu phụ được Chủ Đầu tư chỉ định cho Nhà thầu chính hoặc tổng thầu thuê làm Nhà thầu phụ để thực hiện một số phần việc chuyên ngành có yêu cầu kỹ thuật cao hoặc khi thầu chính, tổng thầu không đáp ứng được yêu cầu về an toàn, chất lượng và tiến độ thực hiện hợp đồng sau khi Chủ Đầu tư đã yêu cầu."<sup>9</sup>*

Quy định nêu trên có thể hiểu rằng, về bản chất Nhà thầu phụ chỉ định là một Nhà thầu phụ vì được nhà thầu chính hoặc tổng thầu thuê để thực hiện một phần công việc của dự án, gói thầu. Tuy nhiên, **có ba điểm điểm khác biệt quan trọng/cơ bản (trong định nghĩa) giữa Nhà thầu phụ chỉ định với Nhà thầu phụ**, đó là:

**Thứ nhất**, Nhà thầu phụ chỉ định do Chủ Đầu tư chỉ định (bổ nhiệm/giới thiệu) cho nhà thầu chính hoặc tổng thầu mà không phải do nhà thầu chính hoặc tổng thầu tự lựa chọn, tự quyết định;

**Thứ hai**, Nhà thầu phụ chỉ định chỉ được tham gia ở hai tình huống điển hình khi (i) phần công việc thuộc dự án/gói thầu có yêu cầu kỹ thuật cao; và/hoặc (ii) nhà thầu chính, tổng thầu không đáp ứng được yêu cầu của hợp đồng.

**Thứ ba**, các bên hợp đồng phải thỏa thuận cụ thể về các tình huống Chủ Đầu tư được chỉ định Nhà thầu phụ<sup>10</sup>.

Như vậy, có thể hiểu rằng Chủ Đầu tư không được tự do chỉ định Nhà thầu phụ mà chỉ được chỉ định Nhà thầu phụ trong một số trường hợp nhất định và việc chỉ định đó phải được quy

---

<sup>7</sup> Tham khảo Điều 1.8, Mẫu Hợp Đồng Thi Công Xây Dựng Công Trình, ban hành kèm theo Thông tư 09/2011/TT-BXD ngày 28 tháng 06 năm 2011 của Bộ Xây dựng về việc hướng dẫn mẫu hợp đồng thi công xây dựng công trình.

<sup>8</sup> Tham khảo Điều 2.12, Nghị định 37/2015/NĐ-CP, quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

<sup>9</sup> Thực tế, quy định về Nhà thầu phụ này được tiếp thu từ Thông tư 09/2011/TT-BXD: Tham khảo Điều 14.2.a, Mẫu Hợp Đồng Thi Công Xây Dựng Công Trình, ban hành kèm theo Thông tư 09/2011/TT-BXD ngày 28 tháng 06 năm 2011 của Bộ Xây dựng về việc hướng dẫn mẫu hợp đồng thi công xây dựng công trình.

<sup>10</sup> Tham khảo Khoản 2 Điều 9, Thông tư 09/2016/TT-BXD, hướng dẫn hợp đồng thi công xây dựng công trình.



định trong hợp đồng giữa Chủ Đầu tư và Nhà thầu chính/Tổng thầu. Nói cách khác, quyền chủ động của Chủ Đầu tư trong việc chỉ định Nhà thầu phụ, lên kế hoạch triển khai dự án sao cho phù hợp nhất, tốt nhất với đặc thù và bối cảnh của dự án: bị hạn chế.

Hơn nữa, các quy định nêu trên thì đồng nghĩa việc chỉ định Nhà thầu phụ của Chủ Đầu tư chỉ có thể diễn ra sau hợp đồng chính giữa Chủ Đầu tư và Nhà thầu chính/tổng thầu đã được ký kết và không thể có trường hợp nào mà ở đó việc chỉ định có thể diễn ra trước khi hợp đồng chính được ký kết.

Ngoài ra, việc Chủ Đầu tư chỉ định Nhà thầu phụ để thực hiện các công việc của Nhà thầu chính/Tổng thầu khi Nhà thầu chính/Tổng thầu không đáp ứng được yêu cầu của hợp đồng có thể không có ý nghĩa thực tiễn hoặc nếu được áp dụng sẽ dẫn tới nhiều rủi ro cho việc phát triển dự án, bởi vì:

- (i) Một khi Nhà thầu chính/Tổng thầu đã không đáp ứng được yêu cầu của hợp đồng thì Chủ Đầu tư nên được dùng quyền chấm dứt (cắt bỏ) một phần công việc của Nhà thầu chính/Tổng thầu và chuyển giao công việc đó cho nhà thầu khác. Khi đó, nhà thầu khác sẽ ký hợp đồng trực tiếp với Chủ Đầu tư để triển khai các công việc được cắt bỏ nhằm hạn chế các rủi ro của việc tiếp tục triển khai Dự án bởi Nhà thầu chính/Tổng thầu.
- (ii) Ngược lại, nếu Dự án vẫn tiếp tục được triển khai dưới danh nghĩa của Nhà thầu chính/Tổng thầu và chỉ bổ nhiệm Nhà thầu phụ - người sẽ trực tiếp thực hiện công việc đó của Dự án thì cũng có nghĩa nguy cơ Nhà thầu chính/Tổng thầu tiếp tục không tuân thủ các quy định của hợp đồng vẫn hiện hữu hoặc rủi ro từ việc Nhà thầu phụ chỉ định không nhận được những khoản thanh toán từ Chủ Đầu tư thông qua Nhà thầu chính/Tổng thầu là rất tiềm tàng và trực tiếp ảnh hưởng tới việc triển khai Dự án.

### III. Lợi Ích Của Việc Chỉ Định Nhà Thầu Phụ

Ngược lại với hướng tiếp cận khá hạn chế và mang tính ràng buộc nói trên về Nhà thầu phụ chỉ định của các quy định pháp luật Việt Nam, thực tiễn đã ghi nhận những lợi ích tích cực từ việc sử dụng chế định Nhà thầu phụ chỉ định và do vậy việc bổ nhiệm Nhà thầu phụ chỉ định trong quá trình triển khai các dự án không phải là hiếm.

Những lợi ích mà Chủ Đầu tư có thể nhận được từ việc sử dụng cơ chế chỉ định thầu phụ bao gồm:

#### ***Thứ nhất, thuận tiện trong việc thu xếp và lên kế hoạch triển khai dự án***

Dù các nguồn lực và cơ sở của Chủ Đầu tư cho Dự án chưa được thiết lập đầy đủ, chẳng hạn việc hoàn thiện thiết kế, các yêu cầu kỹ thuật hoặc chi tiết tiến độ thi công tổng thể trước khi Chủ Đầu tư mời thầu, nhưng với quy định về việc Chủ Đầu tư sẽ chỉ định Nhà thầu phụ trong thời gian phù hợp và chỉ rõ một hoặc một số phần công việc của dự án sẽ được thực hiện bởi

Nhà thầu phụ chỉ định ngay tại hồ sơ thầu sẽ giúp cho Chủ Đầu tư vừa sớm triển khai dự án, vừa có thể hoàn hiện các thủ tục/vấn đề liên quan.

Các hạng mục công việc nhất định mà Nhà thầu phụ chỉ định thực hiện sẽ được xác định trên cơ sở của một "tổng tạm tính" ("Provisional Sum") hoặc sẽ được triển khai trên cơ sở "giá gốc" ("Prime Cost Sum") và cho phép Nhà thầu chính/tổng thầu có thể được hưởng chi phí quản lý, điều hành và lợi nhuận định mức (Profit & Attendane" – P&A). Khi đó, nhiệm vụ của nhà thầu chính/tổng thầu là tính toán giá trị (hoặc tỷ lệ phần trăm) cho P&A.

Trong một số trường hợp khác khi những hạng mục công việc cần thời gian thực hiện dài hơn thời gian để thực hiện những công việc chính của dự án thì việc chỉ định một Nhà thầu phụ trước khi chọn Nhà Thầu chính/Tổng thầu sẽ giúp triển khai các hạng mục đó được thực hiện kịp tiến độ, không bị gián đoạn, trễ nãi.

#### ***Thứ hai, việc chỉ định giúp Chủ Đầu tư có thể lựa chọn được nhà thầu phụ tốt nhất***

Việc chỉ định/bổ nhiệm Nhà thầu phụ giúp chủ đầu tư có cơ hội tham khảo, tham vấn, sử dụng và tận dụng được những kinh nghiệm, kỹ năng, và sự hiểu biết cần thiết của Nhà thầu phụ cho lĩnh vực/công việc đặc thù mà một tổng thầu hoặc nhà thầu chính không thể có được.

Trong một số trường hợp, Nhà thầu phụ chỉ định sẽ làm việc với các đơn vị thiết kế, quản lý và vận hành/khai thác dự án (như các đơn vị quản lý khách sạn, đơn vị quản lý tòa nhà, đơn vị quản lý tài sản) để định ra được các tiêu chuẩn sử dụng, tiêu chuẩn thiết kế, giảm thiểu chi phí (ngân sách) hoặc tạo các điểm nhấn cho công trình/dự án.

#### ***Thứ ba, việc chỉ định giúp Chủ Đầu tư có thể duy trì được mối quan hệ hữu hảo và kiểm soát được giao dịch***

Không ít trường hợp mà ở đó Chủ Đầu tư và một (hoặc một số) Nhà thầu phụ chỉ định có mối quan hệ hữu hảo trong việc phát triển nhiều dự án khác nhau. Thông qua cơ chế chỉ định (i) Chủ Đầu tư và Nhà thầu phụ chỉ định vẫn sẽ duy trì được các cơ hội để hợp tác, hỗ trợ lẫn nhau; (ii) Chủ Đầu tư có thể đặt ra các yêu cầu và điều kiện mà Nhà thầu phụ cần tuân thủ, đổi lại Nhà thầu phụ chỉ định sẽ nhận được các lợi ích này thông qua nhà thầu chính/tổng thầu.

#### ***Thứ tư, việc chỉ định có thể giúp Chủ Đầu tư tiết kiệm các chi phí và hạn chế các rủi ro trong việc phát triển dự án***

Việc Chủ Đầu tư đánh giá năng lực, kinh nghiệm của Nhà thầu phụ chỉ định có thể được nhà thầu chính/tổng thầu kiểm tra, rà soát lại một lượt nữa trong quá trình chỉ định (như được phân tích tại phần *Thủ Tục Chỉ Định Nhà Thầu Phụ* dưới đây). Trong trường hợp có cơ sở cho thấy Nhà thầu phụ được chỉ định có thể không đáp ứng được các yêu cầu của công việc (xuất phát từ hồ sơ, năng lực, kinh nghiệm, và những nguồn lực cần thiết của Nhà thầu phụ chỉ định), khi đó, nhà thầu chính/tổng thầu hoàn toàn có cơ sở để thực hiện việc phản đối chỉ

định và nhiệm vụ của Chủ Đầu tư là cần xem xét lại việc chỉ định, từ đó giúp hạn chế các rủi ro.

Mặt khác, sau khi chấp thuận việc chỉ định/bổ nhiệm thì nhà thầu chính/tổng thầu được xem như chấp nhận trách nhiệm quản lý, giám sát, điều phối các công việc khác nhau của dự án/gói thầu. Và do vậy, các chi phí vận hành, quản lý, giám sát của Chủ Đầu tư đối với các nhà thầu phụ tại dự án được giảm thiểu tối đa.

**Cuối cùng**, Chủ Đầu tư có thể (thông qua một thỏa thuận trước với nhà thầu chính/tổng thầu) cung cấp các tiện ích công trường cho Nhà thầu phụ chỉ định. Việc sử dụng, chi trả các chi phí phát sinh (nếu có) sẽ do nhà thầu chính/tổng thầu tự thu xếp và thống nhất với Nhà thầu phụ chỉ định. Chủ Đầu tư can dự vào vấn đề này một cách ít nhất.

Tất nhiên, bên cạnh nhiều lợi ích mà Chủ Đầu tư có thể nhận được, thì việc lạm dụng cơ chế chỉ định có thể gây ra những rủi ro nhất định cho việc phát triển dự án như khả năng kiểm soát, điều phối và quản lý của nhà thầu chính/tổng thầu, chất lượng của những Nhà thầu phụ được chỉ định cũng như khả năng chia tách các gói thầu khác nhau của Chủ Đầu tư.

#### IV. Những Khác Biệt Cơ Bản Giữa Nhà Thầu Phụ Chỉ Định và Nhà Thầu Phụ

Stt	Tiêu Chí	Nhà Thầu Phụ	Nhà Thầu Phụ Chỉ Định
1	Cơ chế tham gia vào việc triển khai dự án	<p>Thông qua việc lựa chọn của Nhà thầu chính/Tổng thầu.</p> <p>Trong một số trường hợp, Chủ Đầu tư có thể phê duyệt hoặc buộc phải phê duyệt các lựa chọn này.</p>	<p>Được Chủ Đầu tư lựa chọn và chỉ định.</p> <p>Nhà thầu chính/Tổng thầu chấp thuận (hoặc không chấp thuận) việc chỉ định.</p>
2	Mức độ tham dự của Chủ Đầu tư đối với các điều kiện của hợp đồng thầu phụ	<p>Chủ Đầu tư hầu như không can dự đến các điều khoản, điều kiện trong Hợp đồng thầu phụ.</p> <p>Tuy nhiên, trong hợp đồng chính có thể có quy định để Chủ Đầu tư được quyền yêu cầu nhà thầu chính nhượng lại các lợi ích của hợp đồng thầu phụ hoặc một số nghĩa vụ nhất định phải được Nhà thầu phụ tuân thủ<sup>15</sup>.</p>	<p>Chủ Đầu tư sẽ (trực tiếp hoặc thông qua đơn vị tư vấn) thảo luận và định ra những vấn đề cơ bản của hợp đồng thầu phụ như giá trị, thời hạn thực hiện, các biện pháp bảo đảm, thanh toán, và những điều khoản quan trọng khác.</p> <p>Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể tham vấn hoặc xin ý kiến của Chủ Đầu tư về một số phát sinh (nếu có) trong quá trình triển khai chỉ thị bổ nhiệm.</p>
3	Thanh toán	<p>Trong hầu hết các trường hợp, Nhà thầu phụ chỉ được yêu cầu Nhà thầu chính/Tổng thầu thanh toán các khoản đến hạn theo Hợp đồng thầu phụ mà không có liên quan tới Chủ Đầu tư.</p> <p>Trong rất ít các trường hợp (và hoàn cảnh đặt ra rất đặc thù), chẳng hạn khi có nguy cơ phá sản, vỡ nợ rõ ràng đối với Nhà thầu chính/Tổng thầu thì Chủ Đầu tư có thể can dự việc thanh toán trực</p>	<p>Việc thanh toán về cơ bản vẫn được thực hiện từ Nhà thầu chính/Tổng thầu cho Nhà thầu phụ chỉ định.</p> <p>Tuy nhiên, nghĩa vụ thanh toán của Nhà thầu chính/Tổng thầu cho Nhà thầu phụ trong thời hạn nhất định là bắt buộc, trừ khi Nhà thầu chính/Tổng thầu có lý do rõ ràng cho việc chậm trễ (hoặc không thanh toán) đó.</p>

<sup>15</sup> Tham khảo thêm tại Khoản 4.4(d) [Nhà Thầu Phụ], Khoản 4.5 [Nhượng Lại Lợi Ích Của Hợp Đồng Thầu Phụ], FIDIC Red Book 1999.

Stt	Tiêu Chí	Nhà Thầu Phụ	Nhà Thầu Phụ Chỉ Định
		tiếp cho các Nhà thầu phụ, hoặc sẽ được thanh toán cho Nhà thầu chính/Tổng thầu nhưng tài khoản sẽ được phong tỏa để sử dụng vì mục đích thanh toán cho Nhà thầu phụ.	<p>Trước khi đệ trình hồ sơ đề nghị thanh toán, Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể sẽ phải trình bằng chứng cho việc đã thanh toán cho Nhà thầu phụ chỉ định<sup>16</sup>.</p> <p>Ngoài ra, thực tiễn cũng ghi nhận một số trường hợp việc thanh toán khoản tạm ứng sẽ được thực hiện trực tiếp từ Chủ Đầu tư cho Nhà thầu phụ chỉ định và các bên sẽ thực hiện thủ tục cản trừ trong những kỳ thanh toán kế tiếp – thanh toán tạm hàng kỳ.</p> <p>Trong trường hợp việc thanh toán được thực hiện trực tiếp từ Chủ Đầu tư cho Nhà thầu phụ chỉ định thì các bên phải có thỏa thuận cụ thể hoặc phải được Nhà thầu chính/Tổng thầu đề xuất<sup>17</sup>.</p>
4	Thu Xếp Các Bảo Đảm	Nhà thầu phụ trực tiếp thu xếp và trình nộp Bảo Lãnh Tạm Ứng và Bảo Lãnh Thực Hiện cho Nhà thầu chính/Tổng thầu.	<p>Bảo Lãnh Tạm Ứng có thể được Nhà thầu phụ chỉ định đệ trình cho Chủ Đầu tư hoặc sẽ nêu tên Chủ Đầu tư với tư cách là đơn vị thụ hưởng.</p> <p>Trong rất ít trường hợp, Bảo Lãnh Thực Hiện hợp đồng sẽ được Nhà thầu phụ chỉ định cung cấp cho Chủ Đầu tư bởi nhu cầu quản lý, điều phối của Nhà thầu chính/Tổng thầu đối với Nhà thầu phụ chỉ định.</p>

<sup>16</sup> Tham khảo thêm tại Khoản 5.4 [Bằng Chứng Thanh Toán], FIDIC Red Book 1999.

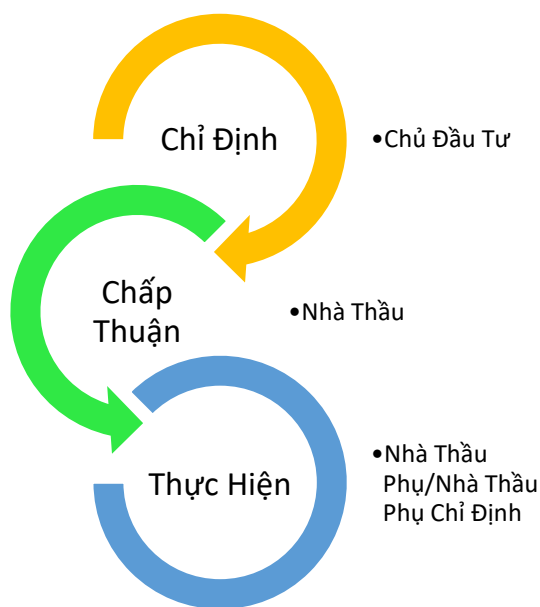
<sup>17</sup> Tham khảo thêm tại Điều 14.3, Mẫu Hợp Đồng Thi Công Xây Dựng Công Trình, ban hành kèm theo Thông tư 09/2016/TT-BXD ngày 10 tháng 03 năm 2016 của Bộ Xây dựng về việc hướng dẫn mẫu hợp đồng thi công xây dựng công trình.



Stt	Tiêu Chí	Nhà Thầu Phụ	Nhà Thầu Phụ Chỉ Định
5	Trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu	Nhà thầu chính/Tổng thầu phải chịu trách nhiệm đối với lỗi của các Nhà thầu phụ mà mình đã chọn <sup>18</sup> .	<p>Chưa rõ liệu Nhà thầu chính/Tổng thầu có phải chịu trách nhiệm cho các lỗi, sai sót thuộc về Nhà thầu phụ chỉ định (sau khi Nhà thầu chính/Tổng thầu đã chấp thuận việc chỉ định) hay không.</p> <p>Tuy nhiên, trong hầu hết các trường hợp, giới hạn trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu là những gì mà Nhà thầu phụ chỉ định có thể phải chịu theo hợp đồng thầu phụ chỉ định và Nhà thầu chính/Tổng thầu sẽ cố gắng loại trừ hoặc từ chối trách nhiệm của mình nếu đó là lỗi của Nhà thầu phụ chỉ định.</p>

<sup>18</sup> Tham khảo Điều 4.4 [*Nhà thầu phụ*], FIDIC Red Book 1999. Tham khảo Điều 77.2(c), Điều 86.2(c), Điều 113.2(l), Luật Xây dựng 2014.

## V. Thủ Tục Chỉ Định Nhà Thầu Phụ



## VI. Chủ Đầu Tư Chỉ Định

Thủ tục chỉ định Nhà thầu phụ được bắt đầu bằng việc Chủ Đầu tư tổng hợp các thông tin, thỏa thuận giữa Chủ Đầu tư và Nhà thầu phụ và gửi cho Nhà thầu chính/Tổng thầu một Thư Chỉ Định/Bổ Nhiệm kèm theo đó là những vấn đề cơ bản mà dựa vào đó Nhà thầu chính/Tổng thầu cần thực hiện hoặc tuân thủ. Những nội dung chính trong một Thư Chỉ Định/Bổ Nhiệm có thể bao gồm:



## VII. Chấp Thuận Chỉ Định

Nhà thầu chính/Tổng thầu, sau khi nhận được Thư Chỉ Định/Bổ Nhiệm sẽ có hai lựa chọn, hoặc là thực hiện các công việc được nêu trong Thư Chỉ Định/Bổ Nhiệm bằng việc gửi cho Nhà thầu phụ chỉ định một Thư Trao Thầu trong đó quy định rõ về các điều kiện mà Nhà thầu chính/Tổng thầu chấp thuận Nhà thầu phụ tham gia vào dự án với tư cách là Nhà thầu phụ chỉ định bởi Chủ Đầu tư, hoặc Nhà thầu chính/Tổng thầu từ chối việc chỉ định và nêu rõ lý do.

Việc chấp thuận chỉ định nên được thực hiện trong khoảng thời gian hợp lý (nếu không nói là ngắn) bởi bất kỳ sự chậm trễ nào từ phía Nhà thầu chính/Tổng thầu trong việc chính thức chấp thuận Nhà thầu phụ được đề cử đều có nguy cơ dẫn tới việc trễ hạn các công việc của Dự án.

Song song với việc gửi Thư Trao Thầu cho Nhà thầu phụ chỉ định, Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể sẽ phải có các điều/tu chỉnh một số nội dung trong hợp đồng chính liên quan đến chi phí P&A, gia hạn thời gian thực hiện (nếu có), các chi phí phát sinh và các nghĩa vụ được loại trừ (nếu có) từ việc chấp thuận việc chỉ định từ Chủ Đầu tư.

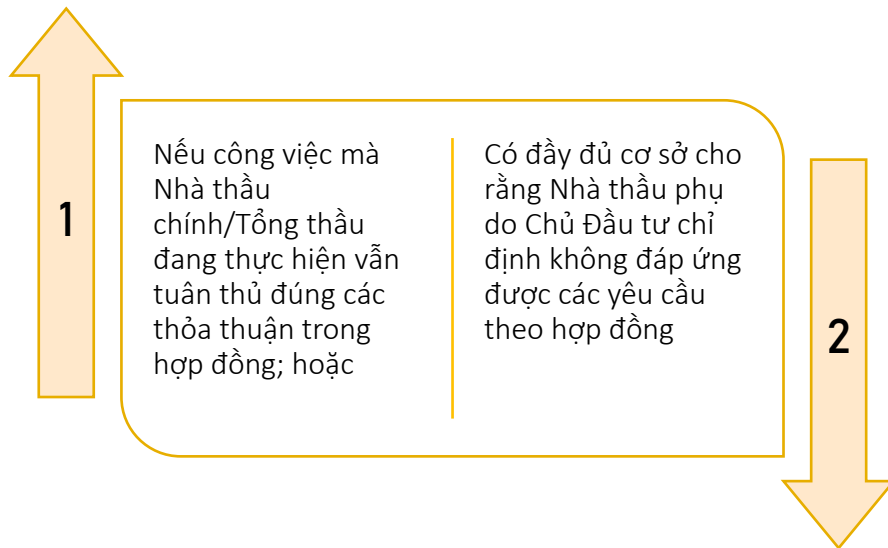
## VIII. Thực Hiện

Sau khi nhận được Thư Trao Thầu từ Nhà thầu chính/Tổng thầu, Nhà thầu phụ chỉ định thông thường sẽ chấp thuận các điều kiện và điều khoản đã được thiết lập nếu như chúng phản ánh trung thực những trao đổi, đồng thuận giữa Nhà thầu phụ chỉ định và Chủ Đầu tư trước đó.

Tuy nhiên, cũng không loại trừ khả năng Nhà thầu phụ chỉ định, sau khi nhận được Thư Trao Thầu của Nhà thầu chính/Tổng thầu, từ chối việc ký kết và thực hiện Thư Trao Thầu nếu như (i) các điều kiện được thiết lập đã không phản ánh đúng các thỏa thuận mà Nhà thầu phụ đã có trước đó; hoặc (ii) các điều kiện được thiết lập trong Thư Trao Thầu là không khả thi – vì các cơ sở cho việc chào giá, thi công, và hoàn thành công việc thầu phụ đã bị thay đổi và cần một thu xếp khác. Trong những tình huống đó, Nhà thầu chính/Tổng thầu sẽ phải chủ động trong việc thu xếp và đạt được sự đồng thuận của Chủ Đầu tư, Nhà thầu phụ chỉ định.

## IX. Phản Đối Việc Chỉ Định

Quyền từ chối (phản đối) việc chỉ định/bổ nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu theo quy định của pháp luật Việt Nam là rất hạn chế và chỉ giới hạn ở hai trường hợp, cụ thể:



Tuy nhiên, để đảm bảo các lợi ích của Nhà thầu chính/Tổng thầu trong việc tiếp nhận, quản lý và điều phối các Nhà thầu phụ chỉ định, hoặc cũng để tạo điều kiện cho Nhà thầu chính/Tổng thầu có cơ sở hạn chế việc lạm dụng quyền chỉ định của Chủ Đầu tư, thực tiễn còn ghi nhận những trường hợp khác nhau mà theo đó Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể thực hiện quyền phản đối của mình, chẳng hạn<sup>23</sup>:

- (a) Có lý do để tin rằng Nhà thầu phụ chỉ định không đủ khả năng, nguồn lực hoặc năng lực tài chính;
- (b) Hợp đồng thầu phụ không quy định rõ Nhà thầu phụ chỉ định phải bảo đảm cho Nhà thầu tránh khỏi và không phải gánh chịu những hậu quả phát sinh từ sự sơ suất hoặc việc sử dụng hàng hóa không đúng bởi Nhà thầu phụ chỉ định, các đại lý hoặc nhân viên của Nhà thầu phụ chỉ định; hoặc
- (c) Hợp đồng thầu phụ không nêu rõ rằng, đối với công việc của hợp đồng thầu phụ (gồm cả thiết kế, nếu có), Nhà thầu phụ chỉ định phải:
  - (i) cam kết với Nhà thầu những trách nhiệm và nghĩa vụ pháp lý mà giúp cho Nhà thầu được miễn trừ các nghĩa vụ và trách nhiệm theo hợp đồng, và
  - (ii) bảo đảm cho Nhà thầu tránh khỏi tất cả các trách nhiệm và nghĩa vụ pháp lý phát sinh từ hợp đồng hoặc có liên quan đến hợp đồng và từ bất kỳ lỗi nào của Nhà thầu phụ trong việc thực hiện các trách nhiệm hoặc hoàn thành các nghĩa vụ đó.

Thách thức luôn đặt ra đối với Nhà thầu chính/Tổng thầu trong việc đánh giá về khả năng, nguồn lực hoặc năng lực tài chính của Nhà thầu phụ chỉ định bởi nó có thể dẫn tới bất đồng với Chủ Đầu tư, Nhà thầu phụ chỉ định.

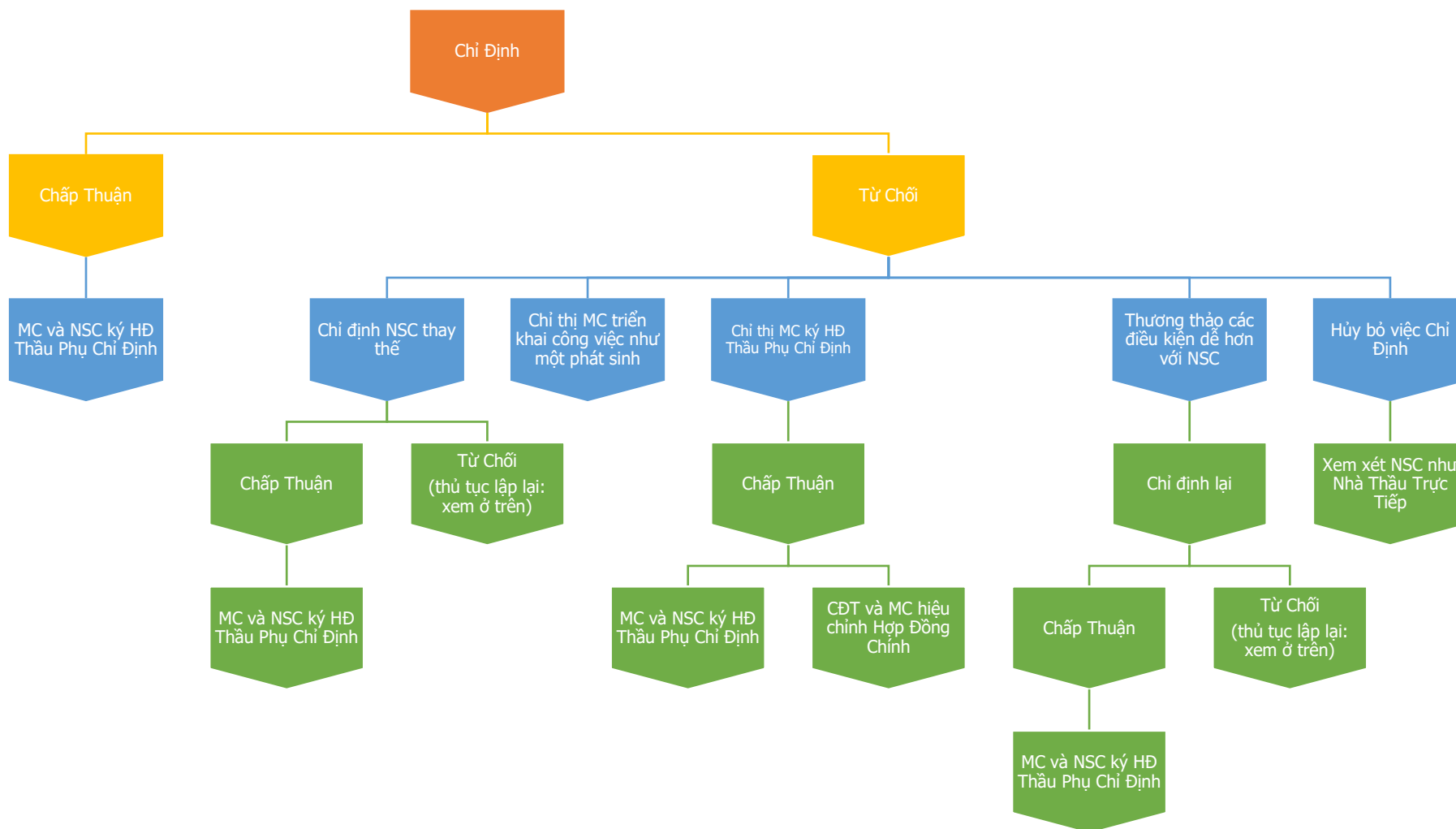
<sup>23</sup> Tham khảo Khoản 5.2 [*Phản Đối Việc Chỉ Định*], FIDIC Red Book 1999.

Ngoài ra, việc từ chối Nhà thầu phụ do Chủ Đầu tư chỉ định nhằm loại bỏ trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu đối với các sai sót của Nhà thầu phụ chỉ định hoặc đối với những cảnh báo rõ ràng của Nhà thầu chính/Tổng thầu vẫn còn bỏ ngỏ.

#### **X. Các Lựa Chọn Khác Nhau Của Chủ Đầu Tư**

Tùy thuộc vào việc Nhà thầu chính/Tổng thầu chấp thuận hay phản đối việc chỉ định, Chủ Đầu tư sẽ có những lựa chọn khác nhau để đảm bảo rằng những mục tiêu khác nhau của dự án vẫn được đảm bảo, cụ thể (xem lưu đồ dưới đây):

## Các Lựa Chọn Khác Nhau Của Chủ Đầu Tư Khi Bổ Nhiệm Nhà Thầu Phụ Chỉ Định



## XI. Trách Nhiệm Đối Với Nhà Thầu Phụ Chỉ Định

Trong khi đối với Nhà thầu phụ, trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu được quy định cụ thể, theo đó: "*Nhà thầu sẽ chịu trách nhiệm cho hành động hoặc lỗi của bất kỳ Nhà thầu phụ nào, người đại diện hoặc nhân viên của họ **như thể** đó là hành động hoặc lỗi của Nhà thầu chính/Tổng thầu.*"<sup>24</sup> và "*Tổng thầu thi công xây dựng chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Chủ Đầu tư về chất lượng, tiến độ thực hiện công việc theo hợp đồng đã ký kết, kể cả phần việc do Nhà thầu phụ thực hiện và phải bồi thường vật chất cho những thiệt hại do lỗi của mình gây ra.*"<sup>25</sup>, thì trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu đối với Nhà thầu phụ chỉ định là chưa rõ ràng.

Tính chưa rõ ràng trong trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu đối với Nhà thầu phụ chỉ định thể hiện ở các câu hỏi:

- (a) Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể có quyền phản đối việc chỉ định sau khi đã ký Thư Trao Thầu chấp thuận hay không?
- (b) Nhà thầu chính/Tổng thầu có phải chịu trách nhiệm cho trường hợp mà Nhà thầu phụ chỉ định không đáp ứng được các điều kiện chỉ định, chẳng hạn Nhà thầu phụ chỉ định lâm vào tình trạng phá sản, mất khả năng thanh toán, hoặc lý do khác thuộc về Nhà thầu phụ chỉ định?
- (c) Nhà thầu chính/Tổng thầu có phải chịu trách nhiệm cho các sai sót do lỗi của Nhà thầu phụ chỉ định gây ra?
- (d) Giới hạn (nếu có) trong trường hợp Nhà thầu chính/Tổng thầu phải chịu trách nhiệm cho các sai sót của Nhà thầu phụ chỉ định là gì?

## XII. Hai Công Cụ Bảo Vệ Trách Nhiệm Hữu Hiệu

Để hạn chế các rủi ro, trách nhiệm của Nhà thầu chính/Tổng thầu liên quan đến/xuất phát từ lỗi của Nhà thầu phụ nói chung và Nhà thầu phụ chỉ định nói riêng, Nhà thầu chính/Tổng thầu thường sử dụng hai công cụ (biện pháp) quan trọng, bao gồm Nghĩa Vụ Giáp Lưng (back-to-back) và Chỉ Thanh Toán Sau Khi Đã Nhận Được Thanh Toán (pay upon paid).

### 1. Nghĩa Vụ Giáp Lưng (“back – to – back”) trong Hợp đồng thầu phụ

Tại Việt Nam, nghĩa vụ giáp lưng có thể được xem như là phổ biến và được áp dụng ở hầu hết các dự án phát triển bất động sản hay dự án hạ tầng có quy mô lớn. Tuy nhiên, mỗi bên, tùy

---

<sup>24</sup> Tham khảo Khoản 4.4 [*Nhà Thầu Phụ*], FIDIC Red Book 1999.

<sup>25</sup> Tham khảo Khoản 3 Điều 11, Thông tư 09/2016/TT-BXD, hướng dẫn hợp đồng thi công xây dựng công trình.

theo vị trí, năng lực, và quyền lợi của mình lại có cách hiểu không giống nhau về “nghĩa vụ giáp lưng”. Lấy ví dụ dưới đây:

Nhà thầu chính/Tổng thầu ký hợp đồng với Chủ Đầu tư để thi công và hoàn thành một khách sạn có tiêu chuẩn 5 sao. Trong quá trình Nhà thầu chính/Tổng thầu ký các hợp đồng thầu phụ với các Nhà thầu phụ cho các gói thầu: thang máy, mặt dựng, chiếu sáng và âm thanh, cảnh quan, cơ – điện – kỹ thuật, và hoàn thiện nội thất. Những cách hiểu sau đây về nghĩa vụ giáp lưng được các bên nêu ra và không tìm được tiếng nói chung, cụ thể:

**Thứ nhất**, nghĩa vụ giáp lưng có nghĩa là (các) Nhà thầu phụ phải tuân thủ hoàn toàn yêu cầu của hợp đồng chính, dù những quy định đó có áp dụng với Nhà thầu phụ hay không;

**Thứ hai**, nghĩa vụ giáp lưng có nghĩa là Nhà thầu chính/Tổng thầu chỉ có nghĩa vụ thanh toán cho (các) Nhà thầu phụ sau khi Nhà thầu chính/Tổng thầu đã nhận được khoản thanh toán từ Chủ Đầu tư;

**Thứ ba**, nghĩa vụ giáp lưng có nghĩa là áp dụng tương ứng/tương tự như hợp đồng giữa Nhà thầu chính/Tổng thầu với Chủ Đầu tư. Chẳng hạn, hợp đồng giữa Nhà thầu chính/Tổng thầu với Chủ Đầu tư quy định “*Chủ Đầu tư có nghĩa vụ thanh toán cho Nhà thầu chính/Tổng thầu trong thời hạn (x) ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ yêu cầu thanh toán*”, thì Nhà thầu chính/Tổng thầu cũng có nghĩa vụ phải thanh toán cho (các) Nhà thầu phụ “*trong thời hạn (x) ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ yêu cầu thanh toán*”.

**Thứ tư**, nghĩa vụ giáp lưng có nghĩa là Nhà thầu chính/Tổng thầu chỉ ký duyệt các phát sinh, gia hạn thời gian hoàn thành công việc, hoặc ký biên bản nghiệm thu, bàn giao cho (các) Nhà thầu phụ sau khi Nhà thầu chính/Tổng thầu đã nhận được các chấp thuận, chỉ dẫn, phê duyệt, biên bản tương ứng từ Chủ Đầu tư.

**Thứ năm**, nghĩa vụ giáp lưng có nghĩa là cùng có nghĩa vụ để thi công, hoàn thành công việc và sửa chữa các sai sót theo đó với mục đích chung là mang lại cho Chủ Đầu tư một công trình/dự án hoàn chỉnh, trọn vẹn. Tất cả những vấn đề về quyền, lợi ích hay trách nhiệm của các bên cho mỗi/từng vấn đề khác nhau trong hợp đồng không phải là yếu tố hay cơ sở để đánh giá về bản chất của “nghĩa vụ giáp lưng”.

CNC ủng hộ quan điểm cuối cùng bởi vì nó thể hiện đúng bản chất mối quan hệ giữa các bên. Khi một yêu cầu được đặt ra bởi Chủ Đầu tư thì tất cả các bên sẽ cùng có nỗ lực, nghĩa vụ như nhau (chung) để hoàn thành/đáp ứng các yêu cầu đó của Chủ Đầu tư. Việc mỗi bên được hưởng quyền hay gánh các nghĩa vụ trong quá trình thực hiện những yêu cầu của Chủ Đầu tư sẽ được thực hiện trên cơ sở của những mối quan hệ, hoàn cảnh, bối cảnh cụ thể mà không thể dựa vào việc bên đó đã nhận được các quyền hay đã được miễn các nghĩa vụ đó hay chưa.

Nói cách khác, khi Chủ Đầu tư chỉ có một Dự án/Công việc duy nhất để hoàn thành thì tất cả những chủ thể tham gia theo đó sẽ cùng có nghĩa vụ để hoàn thành. Những quyền lợi hay nghĩa vụ mà họ gánh chịu chính là từ mức độ tham gia và những thỏa thuận giữa họ với chủ



thể còn lại. Chỉ như vậy thì mối quan hệ giữa các bên trong từng hợp đồng mới được độc lập và hạn chế được các tranh chấp tiềm tàng xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng.

Tuy nhiên, dù hiểu và vận dụng theo bất kỳ cách nào thì “nghĩa vụ giáp lưng” không được là cơ sở, quy định làm cho một bên phải chịu thiệt hại, gánh chịu quá nhiều rủi ro, hoặc làm gia tăng các chi phí khi thực hiện bởi khi “nghĩa vụ giáp lưng” được áp dụng triệt để (từ Chủ Đầu tư tới Nhà thầu chính/Tổng thầu, tới Nhà thầu phụ, và tới các Nhà thầu phụ sau đó) thì nguy cơ gây ra các tranh chấp là rất cao. Khi đó, ý nghĩa và mục đích của “nghĩa vụ giáp lưng” là để phục vụ cho lợi ích của Chủ Đầu tư sẽ không thể được duy trì.

Do vậy, khi soạn thảo hợp đồng (đặc biệt là các hợp đồng thầu phụ) cần phải đảm bảo được tính mạch lạc, dự liệu được nhiều nhất các tình huống xấu có thể xảy ra và có cơ chế xử lý phù hợp. Chẳng hạn:

Vấn đề về thời hạn thực hiện các công việc, nghĩa vụ của hợp đồng: Cần lưu ý về thời hạn để Nhà thầu phụ thực hiện nghĩa vụ thường ngắn hơn so với thời hạn mà Nhà thầu chính/Tổng thầu phải thực hiện bởi khi đó Nhà thầu chính/Tổng thầu mới có thời gian kiểm tra, yêu cầu sửa chữa những sai sót (nếu có).

Vấn đề về giải quyết tranh chấp: Trong quá trình thực hiện, nếu có sai sót hoặc trách nhiệm pháp lý phát sinh thì Chủ Đầu tư sẽ luôn muốn quy trách nhiệm cho Nhà thầu chính/Tổng thầu – người trực tiếp tham gia vào quan hệ hợp đồng thầu chính với mình. Tương tự, Nhà thầu chính/Tổng thầu sẽ đẩy trách nhiệm này cho Nhà thầu phụ – người trực tiếp thực hiện/triển khai công việc. Do vậy, Nhà thầu chính/Tổng thầu sẽ ở trong mối quan hệ ràng buộc với hai hợp đồng khác nhau và có thể phải tham gia vào hai hoặc nhiều vụ tranh chấp đối với cùng một vấn đề phát sinh.

Vấn đề tạm ngừng và chấm dứt hợp đồng: Một tình huống rất điển hình khi hợp đồng giữa Chủ Đầu tư và Nhà thầu chính/Tổng thầu bị tạm ngừng hoặc chấm dứt thì hợp đồng thầu phụ cũng sẽ bị tạm ngừng hoặc chấm dứt theo. Khi đó, Nhà thầu phụ sẽ không thể yêu cầu Nhà thầu chính/Tổng thầu phải tiếp tục thực hiện hợp đồng thầu phụ hoặc bồi thường thiệt hại, trừ khi việc tạm ngừng hoặc chấm dứt hợp đồng thầu chính là do lỗi của Nhà thầu chính/Tổng thầu.

## **2. Nghĩa Vụ Thanh Toán Sau Khi Đã Nhận Được Khoản Thanh Toán (“pay upon paid”) Trong Hợp Đồng Thầu Phụ**

Đúng như tên gọi của nó, nghĩa vụ thanh toán cho Nhà thầu phụ chỉ xuất hiện khi Nhà thầu chính/Tổng thầu đã nhận được khoản thanh toán từ Chủ Đầu tư. Điều khoản này có nghĩa rủi ro không được nhận thanh toán từ Chủ Đầu tư của Nhà thầu chính/Tổng thầu nay chuyển sang cho Nhà thầu phụ. Tất nhiên, không Nhà thầu phụ nào mong muốn đưa vào hợp đồng thầu phụ những quy định như vậy, bởi lẽ tất cả nhà thầu đều mong muốn được thanh toán

ngay lập tức khi các phần công việc của mình đã được thực hiện mà không phụ thuộc vào bất kỳ chủ thể thứ ba hay điều kiện, yếu tố nào khác.

Để giảm thiểu rủi ro mà Nhà thầu phụ có thể gặp phải khi việc thu xếp tài chính của Chủ Đầu tư có vấn đề và vẫn đảm bảo Dự án được thực hiện bởi Nhà thầu phụ, một số hợp đồng sẽ quy định Nhà thầu chính/Tổng thầu sẽ vẫn thanh toán cho Nhà thầu phụ trong một số trường hợp kể cả khi Nhà thầu chính/Tổng thầu chưa nhận được thanh toán từ Chủ Đầu tư. Tuy nhiên trong tình huống này, Nhà thầu chính/Tổng thầu cũng phải nỗ lực rất nhiều để dàn xếp tài chính của mình trước khi tham gia vào dự án để đảm bảo có thể linh hoạt ứng biến khi bất kỳ tình trạng xấu nào diễn ra.

Ngoài ra, để đảm bảo chắc chắn rằng Nhà thầu chính/Tổng thầu không thiếu trách nhiệm (không thiên chí, trung thực trong việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà thầu phụ), hợp đồng thầu phụ có thể sẽ phải quy định về (i) khả năng tham gia của Nhà thầu phụ trong việc cùng hỗ trợ Nhà thầu chính/Tổng thầu chuẩn bị và đệ trình các yêu cầu thanh toán cho Chủ Đầu tư; (ii) về tính chất rõ ràng, minh bạch, kịp thời của Nhà thầu chính/Tổng thầu trong suốt quá trình làm việc với Chủ Đầu tư.

Ở vị trí của Nhà thầu phụ, nên tránh sử dụng điều khoản “chỉ thanh toán sau khi đã nhận được thanh toán” trong hợp đồng thầu phụ. Những lý do (hay cơ sở) để Nhà thầu phụ từ chối áp dụng cơ chế này xuất phát từ tính chất phức tạp, chông chéo trong việc áp dụng; làm giảm đi nghĩa vụ của Nhà thầu chính/Tổng thầu trong việc truy đòi các lợi ích của Nhà thầu phụ từ Chủ Đầu tư, và quan trọng hơn, mỗi hợp đồng được chuẩn bị và thực thi dựa trên những nền tảng, cơ sở chào giá khác nhau. Nghĩa vụ thanh toán của Nhà thầu chính/Tổng thầu cho Nhà thầu phụ không thể phụ thuộc vào việc Nhà thầu chính/Tổng thầu được hưởng các khoản thanh toán từ Chủ Đầu tư.

Ở vị trí của Chủ Đầu tư, điều quan trọng nhất là đảm bảo rằng không có bất kỳ mối quan hệ hợp đồng nào (kể cả trong trường hợp chỉ định/bổ nhiệm thầu phụ) giữa Chủ Đầu tư và Nhà thầu phụ, và do vậy nghĩa vụ thanh toán của Chủ Đầu tư cho Nhà thầu chính/Tổng thầu là tách biệt và không phải là thanh toán cho Nhà thầu phụ. Nhà thầu phụ không có bất kỳ quyền hay cơ sở nào để yêu cầu Chủ Đầu tư thanh toán trực tiếp, trừ khi xảy ra những trường hợp đặc thù hoặc liên quan đến một vi phạm nghiêm trọng của Nhà thầu chính/Tổng thầu.

### **XIII. Một Số Mẫu Hợp Đồng Thầu Phụ Tham Khảo**

Hiện nay, Việt Nam chưa ban hành mẫu hợp đồng thầu phụ dùng cho hoạt động xây dựng, lắp đặt. Do vậy, các Nhà thầu chính/Tổng thầu thường phải tự chuẩn bị một (hoặc một số) mẫu hợp đồng thầu phụ phục vụ cho các mục đích riêng của mình và phù hợp cho từng trường hợp cụ thể.

Trong trường hợp Nhà thầu phụ chỉ định được sử dụng, Chủ Đầu tư thường có xu hướng sử dụng một (số) mẫu hợp đồng thầu phụ được các tổ chức uy tín trên thế giới, chẳng hạn FIDIC ấn hành.

Hai mẫu hợp đồng thầu phụ ấn hành năm 1994 và năm 2011 được FIDIC kiến nghị dùng chung với mẫu hợp đồng thầu chính được phát hành năm 1987 và năm 1999, là hai mẫu hợp đồng phổ biến nhất hiện nay và được áp dụng rộng rãi trên thế giới.

Trên cơ sở áp dụng hai mẫu hợp đồng thầu phụ do FIDIC phát hành và thực tiễn tham gia tư vấn cho một số Nhà thầu chính/Tổng thầu danh tiếng tại Việt Nam, CNC đã đúc kết và soạn thảo hoàn chỉnh mẫu hợp đồng thầu phụ dựa trên các chuẩn mực, ý định được Hiệp Hội Các Kỹ Sư Tư Vấn truyền tải và với mục tiêu khắc phục các rủi ro, tranh chấp của các bên mà CNC đã giải quyết trong thực tiễn hành nghề. Chúng tôi hy vọng mẫu hợp đồng thầu phụ này Nhà thầu chính/Tổng thầu có thể tham khảo sử dụng để đảm bảo chắc chắn rằng tất cả những vấn đề quan trọng của hợp đồng thầu phụ sẽ được đề cập và được cấu trúc tốt nhất để bảo vệ các lợi ích, phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam.

## LIÊN HỆ

Luật sư Lê Thế Hùng | Luật sư Điều hành

T: (+84-28) 6276 9900

E: [hung.le@cncounsel.com](mailto:hung.le@cncounsel.com)

Luật sư Nguyễn Thị Kim Ngân | Cộng Sự Cấp Cao

T: (+84-28) 6276 9900

E: [ngan.nguyen@cncounsel.com](mailto:ngan.nguyen@cncounsel.com)

## CNC® | A Boutique Property Law Firm

63B Đường Calmette, Phường Nguyễn Thái Bình, Quận 1,

Tp. Hồ Chí Minh, Việt Nam

T: (+84-28) 6276 9900 | F: (+84-28) 2220 0913

[cncounsel.com](http://cncounsel.com) | [contact@cncounsel.com](mailto:contact@cncounsel.com)

### Miễn trừ:

*Bản tin này được chuẩn bị hoặc được sử dụng vì mục đích giới thiệu hoặc cập nhật cho khách hàng những thông tin về những vấn đề và/hoặc sự phát triển các quan điểm pháp lý tại Việt Nam. Các thông tin được trình bày tại bản tin này không tạo thành ý kiến tư vấn thuộc bất kỳ loại nào và có thể được thay đổi mà không cần phải thông báo trước.*

