

CNC Counsel

a boutique law firm



09 ĐIỂM MỚI



LUẬT ĐẦU THẦU 2023



October 2023

<https://cnccounsel.com/>

09 ĐIỂM MỚI CỦA LUẬT ĐẦU THẦU 2023

Luật Đấu thầu số 22/2023/QH15 được Quốc hội khóa XV thông qua tại Kỳ họp lần thứ 5 (“Luật Đấu thầu 2023”) và dự kiến có hiệu lực vào ngày 01/01/2024. Luật Đấu thầu 2023 đã có những điều chỉnh về phạm vi, đối tượng áp dụng luật cũng như sửa đổi về quy trình, thủ tục lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư và đẩy mạnh áp dụng đấu thầu qua mạng. Bên cạnh đó, Luật Đấu thầu 2023 cũng bổ sung nhiều quy định mới nhằm tháo gỡ các vướng mắc về đấu thầu trong lĩnh vực y tế.

Trong bài viết này, CNC sẽ phân tích một số điểm mới quan trọng trong Luật Đấu thầu 2023 so với Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 (“Luật Đấu thầu 2013”).

CNC Counsel

a boutique law firm

NEW POINTS OF

THE LAW ON BIDDING 2023

October 2023

<https://cnccounsel.com/>

NEW POINTS OF THE LAW ON BIDDING 2023

On 17 July 2023, the Office of the President officially announced the President's Order on the Law on Bidding No. 22/2023/QH15 passed by the 15th National Assembly at the fifth Session (**"2023 Law on Bidding"**). Accordingly, the 2023 Law on Bidding contains adjustments to the scope and subjects of the law, as well as amendments to the process and procedures for selecting contractors and investors, and promoting the application of online bidding. Additionally, the 2023 Law on Bidding adds many new regulations to remove problems with bidding in the medical field.

In this article, CNC analyzes some important new points of the 2023 Law on Bidding compared to the Law on Bidding No. 43/2013/QH13 (**"2013 Law on Bidding"**).

The scope of the Law on Bidding 2023 is both narrowed and expanded

Compared to the Law on Bidding 2013, the Law on Bidding 2023 changes the scope of law regarding projects on development investment financed by state-owned enterprises. Specifically, according to the Law on Bidding 2013, projects financed by state-owned enterprises with a level equal to 30% or more, or less than 30% but more than 500 billion VND in total investment of the project must go through the bidding process[1].

Nevertheless, the Law on Bidding 2023 shall be applied to projects on investment of state-owned enterprises (which means 100% of the project's funds shall be managed by the state), besides, projects of enterprises that have 100% of its charter capital to be owned by state-owned enterprises shall fall within the scope of the Law on Bidding 2023[2].

Supplementing some cases of direct contracting and shopping

Compared to the 2013 Law on Bidding, the 2023 Law on Bidding supplements some cases of direct contracting and shopping.

Most notably, direct contracting applies to:

(i) Packages for the procurement of drugs, chemicals, test equipment, medical devices, spare parts, and accessories used in providing emergency aid to patients as prescribed in the Law on Medical Examination and Treatment whenever health facilities lack such drugs, chemicals, test equipment, medical devices, spare parts, accessories; packages for procurement of drugs or medical devices which can be manufactured by the only one manufacturer in the market[3];

[1] Clause 2, Article 1 the 2013 Law on Bidding.

[2] Point a, clause 2 Article 2 the 2023 Law on Bidding.

Point c, clause 1, Article 23 the 2023 Law on Bidding.

(iii) Gói thầu chỉ có duy nhất một nhà thầu thực hiện được trên thị trường do yêu cầu về giải pháp công nghệ[5];

(iv) Gói thầu thuộc dự án quan trọng quốc gia được áp dụng hình thức chỉ định thầu theo nghị quyết của quốc hội khi quyết định chủ trương đầu tư dự án[6].

Đối với chào hàng cạnh tranh, hình thức này sẽ được áp dụng bổ sung cho các gói thầu hỗn hợp cung cấp hàng hóa và xây lắp, trong đó phần xây lắp đã có thiết kế bản vẽ thi công được phê duyệt với giá gói thầu không quá 05 tỷ đồng[7].



[5] Điểm i khoản 1 Điều 23 Luật Đấu thầu 2023.

[6] Điểm k khoản 1 Điều 23 Luật Đấu thầu 2023.

[7] Khoản 4 Điều 24 Luật Đấu thầu 2023.

Phân quyền quyết định áp dụng hình thức lựa chọn nhà thầu trong trường hợp đặc biệt

Theo Luật Đấu thầu 2013, Thủ tướng Chính phủ là người thực hiện xem xét, quyết định phương án lựa chọn nhà thầu, trong tất cả các trường hợp đặc biệt. Tuy nhiên, Luật Đấu thầu 2023 đã sửa đổi quy định này theo hướng phân quyền cho các cơ quan khác cùng Thủ tướng Chính phủ quản lý vấn đề áp dụng hình thức lựa chọn nhà thầu trong trường hợp đặc biệt, cụ thể như sau[8]:

Thủ tướng Chính phủ

Các gói thầu có yêu cầu đảm bảo an ninh quốc phòng, đối ngoại, biên giới lãnh thổ

Bộ trưởng Bộ Y tế

Các gói thầu mua thuốc, vaccine trong quá trình thử nghiệm, có yêu cầu đặc thù về điều kiện mua, thanh toán, bảo lãnh, bảo đảm và điều kiện khác

Các gói thầu mua thuốc, vaccine, thiết bị y tế thông qua các tổ chức quốc tế

Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, cơ quan khác ở Trung ương, Chủ tịch UBND Cấp Tỉnh

Các gói thầu lựa chọn luật sư cung cấp dịch vụ pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích của nhà nước Việt nam, cơ quan nhà nước tại cơ quan tài phán nước ngoài hoặc quốc tế

Các gói thầu đào tạo chuyên sâu cho cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập...

Các gói thầu thực hiện nghiệm vụ chính trị do Đảng và Nhà nước giao...

[8] Khoản 2 Điều 29 Luật Đấu thầu 2023.

Bổ sung một số loại hợp đồng ký kết với nhà thầu

Bên cạnh các loại hợp đồng như hợp đồng trọn gói, hợp đồng theo đơn giá cố định, hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh và hợp đồng theo thời gian, Luật Đấu thầu 2023 đã bổ sung thêm các loại hợp đồng khác như[9]:

- (i) hợp đồng theo chi phí cộng phí;
- (ii) hợp đồng theo kết quả đầu ra;
- (iii) hợp đồng theo tỷ lệ phần trăm;
- (iv) hợp đồng hỗn hợp.

Trong đó, hợp đồng theo chi phí cộng phí và hợp đồng hỗn hợp là những loại hợp đồng đã được quy định trong Luật Xây dựng 2014[10], nhưng chưa được quy định trong Luật Đấu thầu 2013 trước đây.

Một số đặc điểm của các loại hợp đồng được bổ sung theo luật mới bao gồm:

Hợp đồng theo chi phí cộng phí	Hợp đồng theo kết quả đầu ra	Hợp đồng theo tỷ lệ phần trăm	Hợp đồng hỗn hợp
Áp dụng cho công việc, dịch vụ mà tại thời điểm lựa chọn nhà thầu chưa có đủ cơ sở xác định phạm vi công việc, nhu cầu cần thiết về các yếu tố, chi phí đầu vào để thực hiện các công việc dự kiến của hợp đồng	Áp dụng cho công việc, dịch vụ mà việc thanh toán căn cứ vào kết quả thực hiện hợp đồng được nghiệm thu về chất lượng, số lượng và các yếu tố khác	Áp dụng cho gói thầu bảo hiểm công trình mà giá trị hợp đồng được xác định chính xác trên cơ sở giá trị công trình thực tế được nghiệm thu	Là loại hợp đồng có nội dung kết hợp của các hợp đồng như hợp đồng trọn gói, hợp đồng theo đơn giá cố định, hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh, hợp đồng theo thời gian, hợp đồng theo chi phí cộng phí, hợp đồng theo kết quả đầu ra, hợp đồng theo tỷ lệ phần trăm

[8] Khoản 2 Điều 29 Luật Đấu thầu 2023.

[9] Khoản 5, 6, 7, 8 Điều 64 Luật Đấu thầu 2023.

[10] Điểm đ khoản 3 Điều 140 và điểm e khoản 3 Điều 140 Luật Xây dựng 2014.

Ngoài ra, đối với các biện pháp nhằm bảo đảm trách nhiệm thực hiện hợp đồng của nhà thầu, Luật Đấu thầu 2023 đã bỏ đi biện pháp ký quỹ và đồng thời bổ sung một loại biện pháp mới – giấy chứng nhận bảo hiểm bảo lãnh của doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ trong nước hoặc chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam (sau đây gọi chung là “**công ty bảo hiểm**”)[11]. Theo đó, công ty bảo hiểm (bên bảo lãnh) sẽ dùng năng lực tài chính, uy tín của mình cam kết bằng văn bản với bên có quyền (hay bên nhận bảo lãnh) về việc khách hàng của công ty bảo hiểm (bên được bảo lãnh) sẽ thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng, nếu không thì công ty bảo hiểm sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh.

Về bản chất, bảo hiểm bảo lãnh khá tương đồng với bảo lãnh ngân hàng, tuy nhiên bên bảo lãnh trong trường hợp này sẽ là công ty bảo hiểm (thay vì tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài như trong bảo lãnh ngân hàng).

Bổ sung phương thức lựa chọn nhà đầu tư

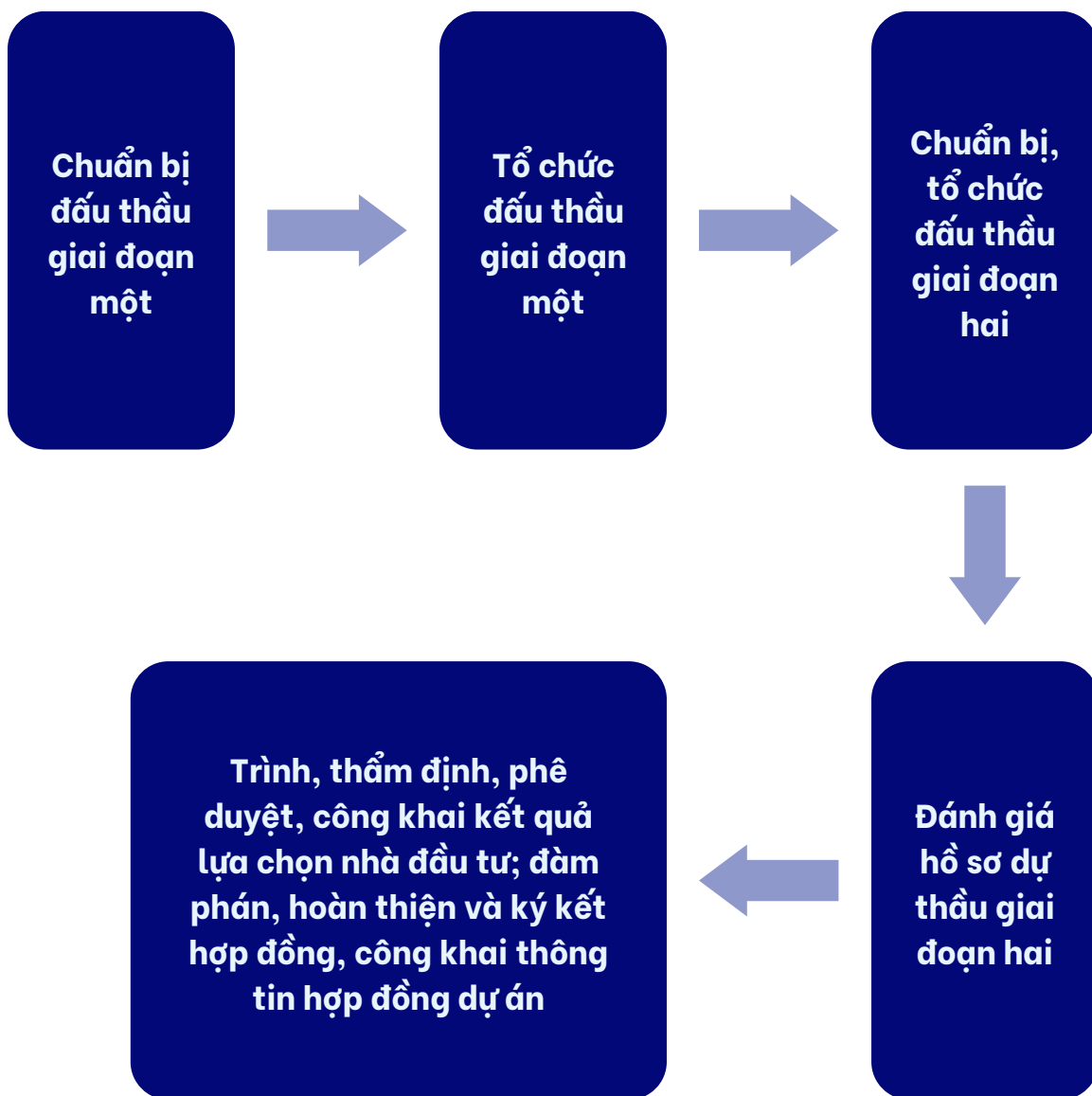
Theo Luật Đấu thầu 2013, các phương thức lựa chọn nhà đầu tư sẽ bao gồm (i) phương thức một giai đoạn một túi hồ sơ và (ii) phương thức một giai đoạn hai túi hồ sơ.

Luật Đấu thầu 2023 đã bổ sung thêm phương thức hai giai đoạn một túi hồ sơ, được áp dụng cho trong trường hợp đấu thầu rộng rãi lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư kinh doanh có yêu cầu đặc thù phát triển kinh tế, xã hội của ngành, vùng, địa phương nhưng chưa xác định được cụ thể tiêu chuẩn về kỹ thuật, kinh tế, xã hội, môi trường[12].

[11] Khoản 1 Điều 14 Luật Đấu thầu 2023.

[12] Khoản 3 Điều 35 Luật Đấu thầu 2023.

Quy trình và thủ tục lựa chọn nhà đầu tư trong trường hợp này sẽ được hướng dẫn chi tiết tại Nghị định quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư. Theo dự thảo lần 1 của Nghị định này (ban hành theo Công văn số 7254/BKHĐT-QLĐT ngày 05/09/2023 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư), trình tự và thủ tục lựa chọn nhà đầu tư theo phương thức hai giai đoạn một túi hồ sơ hiện tại được thực hiện như sau:



Bỏ quy định về lựa chọn nhà đầu tư trong trường hợp đặc biệt

Luật Đấu thầu 2023 đã loại bỏ quy định về lựa chọn nhà đầu tư trong trường hợp đặc biệt như được quy định tại Điều 26 Luật Đấu thầu 2013. Một trong những lý do cho việc loại bỏ quy định này là bởi trong dự thảo mới nhất đang chuẩn bị trình Quốc Hội, Luật Đất đai 2023 sẽ điều chỉnh cả vấn đề đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án có sử dụng đất, tuy nhiên không có quy định về đấu thầu để lựa chọn nhà đầu tư trong các trường hợp đặc biệt.

Vì vậy, việc loại bỏ trường hợp lựa chọn nhà đầu tư trong trường hợp đặc biệt sẽ đảm bảo được tính thống nhất giữa quy định của pháp luật đấu thầu và pháp luật đất đai.

Quy định chi tiết về hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh ký với nhà đầu tư

Trong Luật Đấu thầu 2023, các vấn đề liên quan đến hợp đồng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư được lựa chọn thực hiện dự án (được gọi là **“hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh”** theo quy định của Luật Đấu thầu 2023) đã được quy định chi tiết và rõ ràng hơn. Theo đó, Điều 74 Luật Đấu thầu 2023 đã hướng dẫn về các nội dung cơ bản của hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh, bao gồm:

(i) Thông tin về các bên;

(ii) Thông tin về dự án đầu tư kinh doanh;

(iii) Trách nhiệm thực hiện thủ tục bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và tổ chức xây dựng công trình phụ trợ (nếu có); giao đất, cho thuê đất (nếu có);

(iv) Nghĩa vụ của nhà đầu tư trong việc thực hiện các cam kết đã đề xuất trong hồ sơ dự thầu; việc thành lập doanh nghiệp để quản lý dự án đầu tư kinh doanh (nếu có);

(v) Bảo đảm thực hiện hợp đồng; các nguyên tắc, điều kiện sửa đổi, chấm dứt hợp đồng; chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ của các bên;

(vi) Pháp luật điều chỉnh hợp đồng và cơ chế giải quyết tranh chấp.

Nội dung của hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh còn được hướng dẫn cụ thể tại Phụ lục II của dự thảo lần 1 của Nghị định hướng dẫn về lựa chọn nhà đầu tư.

Bên cạnh đó, Điều 74 Luật Đấu thầu 2023 quy định cụ thể về thời hạn hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh được tính từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực cho đến khi nhà đầu tư hoàn thành nghĩa vụ thực hiện các cam kết đã đề xuất trong hồ sơ dự thầu và các nghĩa vụ khác theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh. Hết thời hạn hợp đồng, nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư kinh doanh theo quy định của pháp luật về đầu tư và pháp luật có liên quan.

Nội dung hợp đồng

Cụ thể hóa các nội dung trong hợp đồng

Hướng dẫn chi tiết cách triển khai nội dung hợp đồng tại Nghị định quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư

Bổ sung quy định về thời hạn của hợp đồng

Đối với các biện pháp nhằm bảo đảm trách nhiệm thực hiện hợp đồng của nhà đầu tư, tương tự như quy định trong hợp đồng với nhà thầu, Luật Đấu thầu 2023 đã bỏ đi biện pháp ký quỹ, thay vào đó đã bổ sung biện pháp giấy chứng nhận bảo hiểm bảo lãnh.

Ngoài ra, Luật Đấu thầu 2023 cũng đã quy định cụ thể trong trường hợp nhà đầu tư chuyển nhượng dự án đầu tư thì các bên có thể thực hiện sửa đổi hợp đồng dự án đầu tư kinh doanh, thay vì phải ký kết hợp đồng mới với nhà đầu tư nhận chuyển nhượng dự án.

Một số thay đổi về kiến nghị trong đấu thầu

Nếu theo quy định của Luật Đấu thầu 2013 chỉ có nhà thầu và nhà đầu tư là các chủ thể được quyền kiến nghị trong hoạt động đấu thầu, thì Luật Đấu thầu 2023 đã mở rộng phạm vi về chủ thể được hưởng quyền này. Cụ thể, các cơ quan, tổ chức quan tâm đến gói thầu, dự án đầu tư kinh doanh vẫn có thể nộp đơn kiến nghị đối với hồ sơ mời thầu[13].

Ngoài ra, nội dung kiến nghị theo Luật Đấu thầu 2023 cũng có sự điều chỉnh. Cụ thể, Luật Đấu thầu 2013 cho phép nhà thầu, nhà đầu tư tham dự thầu kiến nghị đối với toàn bộ kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư. Trong khi đó, Luật Đấu thầu 2023 đã thu hẹp phạm vi đối với nội dung kiến nghị, theo đó, nhà thầu, nhà đầu tư chỉ có thể kiến nghị nội dung liên quan đến kết quả đánh giá hồ sơ dự thầu của chính nhà thầu, nhà đầu tư có đơn kiến nghị[14].

Quy định chặt chẽ hơn về các hành vi bị cấm trong đấu thầu

Liên quan đến các hành vi bị cấm trong đấu thầu, Luật Đấu thầu 2023 đã có những quy định mang tính chặt chẽ hơn. Một số thay đổi đáng chú ý như sau:

Thứ nhất, đối với hành vi **Thông thầu**, Luật Đấu thầu 2013 chỉ dừng lại ở biểu hiện “thỏa thuận” (chẳng hạn thỏa thuận về việc rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu đã nộp trước đó để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu, hoặc thỏa thuận để một hoặc nhiều bên chuẩn bị hồ sơ dự thầu cho các bên tham dự thầu để một bên thắng thầu...)[15]. Tuy nhiên, Luật Đấu thầu 2023 đã mở rộng theo hướng ngoài việc “thỏa thuận”, nếu các chủ thể thực hiện hành vi thông thầu dưới dạng “ép buộc”, “dàn xếp” để một hoặc các bên rút hồ sơ

[13] Điểm a khoản 1 Điều 90 Luật Đấu thầu 2023.

[14] Điểm a khoản 1 Điều 90 Luật Đấu thầu 2023.

[15] Khoản 3 Điều 89 Luật Đấu thầu 2013

dự thầu để một bên trúng thầu hoặc không thỏa thuận nhưng cố ý không thực hiện một nghĩa vụ nào đó để tạo điều kiện cho một bên trúng thầu thì vẫn được xem là hành vi thông thầu[16].

Thứ hai, đối với hành vi **Gian lận**, Luật Đấu thầu 2023 không còn xem trường hợp “*cá nhân trực tiếp đánh giá hồ sơ quan tâm, hồ sơ dự tuyển, hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất, thẩm định kết quả lựa chọn danh sách ngắn, kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư cố ý báo cáo sai hoặc cung cấp thông tin không trung thực làm sai lệch kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư*” như quy định tại điểm b Điều 89.4 Luật Đấu thầu 2013 là hành vi **Gian lận**[17]. Bên cạnh đó, hành vi “*làm giả hoặc làm sai lệch thông tin, hồ sơ, tài liệu trong đấu thầu*” thì mặc nhiên được xem là hành vi **Gian lận** [18] mà không cần có mục đích thu được lợi ích tài chính hoặc lợi ích khác hoặc nhằm trốn tránh bất kỳ một nghĩa vụ nào đó như quy định của Luật Đấu thầu 2013.

Thứ ba, đối với hành vi **Cản trở** trong đấu thầu, bên cạnh các trường hợp như quy định tại Luật Đấu thầu 2013, Luật Đấu thầu 2023 đã mở rộng phạm vi ngăn cấm thực hiện hành vi cản trở liên quan đến các hoạt động (i) lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư, (ii) hoạt động đấu thầu, và (iii) đấu thầu qua mạng[19].

Thứ tư, đối với hành vi **Không đảm bảo công bằng, minh bạch**, Luật Đấu thầu 2023 đã mở rộng phạm vi quan hệ gia đình giữa bên dự thầu với cá nhân thuộc bên mời thầu hoặc với người có thẩm quyền, người đứng đầu chủ đầu tư, bên mời thầu so với Luật Đấu thầu 2013[20]. Theo đó, Luật Đấu thầu 2023 không còn tiếp cận theo hướng liệt kê một số trường hợp mà tại đó bên dự thầu được xem là có mối quan hệ gia đình đối với bên mời thầu, thay vào đó, luật mới đã dẫn chiếu đến các trường hợp được xem là có mối quan hệ gia đình theo quy định của Luật Doanh nghiệp hiện hành.

[16] Khoản 3 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.

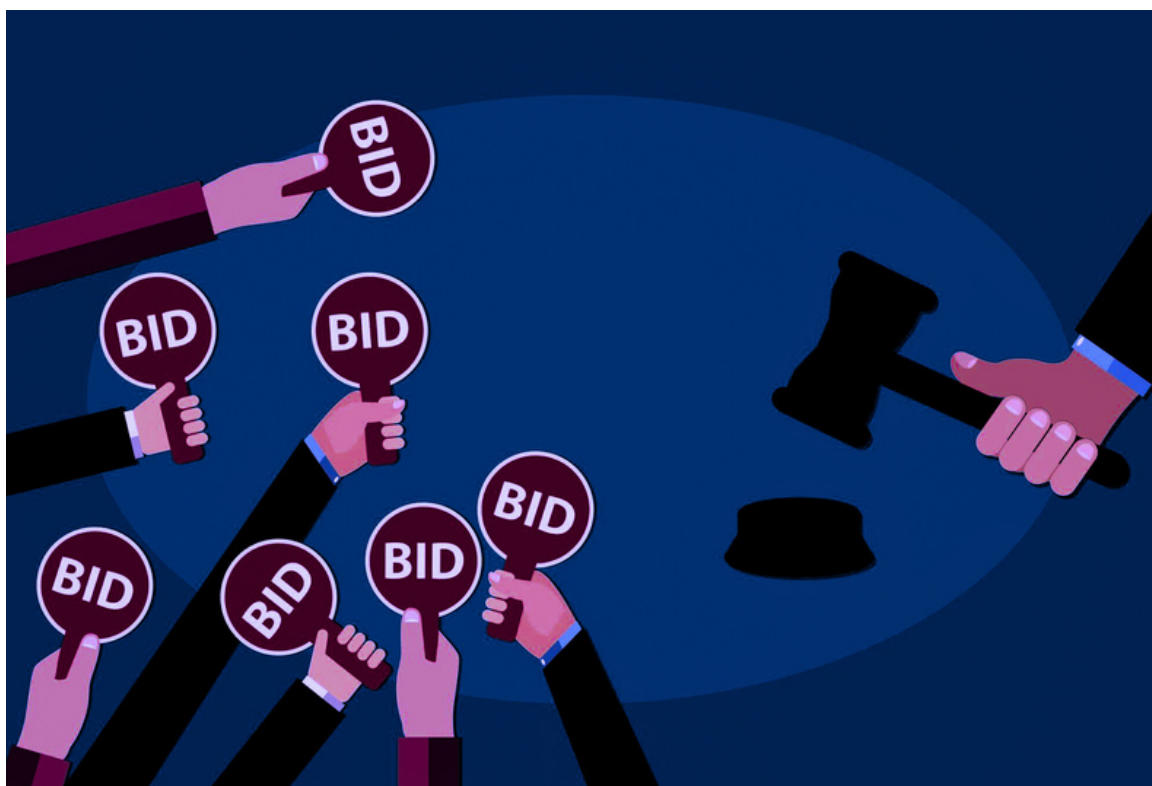
[17] Khoản 4 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.

[18] Điểm a khoản 4 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.

[19] Khoản 5 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.

[20] Khoản 6 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.

Ngoài ra, theo Luật Đấu thầu 2013, việc đứng tên tham dự gói thầu thuộc dự án do chủ đầu tư/bên mời thầu là cơ quan, tổ chức nơi mình đã công tác trong thời hạn 12 tháng sẽ đủ điều kiện được xem là hành vi mang yếu tố không công bằng, minh bạch[21]. Trong khi đó, đối với Luật Đấu thầu 2023, hành vi này chỉ thể hiện sự không công bằng, minh bạch nếu người đứng tên đã công tác tại cơ quan, tổ chức là bên mời thầu với vị trí lãnh đạo hoặc quản lý[22].



[21] Điểm e khoản 6 Điều 89 Luật Đấu thầu 2013.

[22] Điểm e khoản 6 Điều 16 Luật Đấu thầu 2023.



CNC Counsel

a boutique law firm

Được thành lập năm 2013, Công ty Luật TNHH CNC Việt Nam là một trong số rất ít hãng luật cung cấp các dịch vụ pháp lý chuyên sâu trong lĩnh vực xây dựng, bất động sản và doanh nghiệp, kinh doanh. Điều này giúp CNC tập trung được nguồn lực, kinh nghiệm và kỹ năng để tạo ra các dịch vụ chất lượng cao đáp ứng các yêu cầu khác nhau của khách hàng.

THÔNG TIN LIÊN HỆ:

The Sun Avenue, 28 Đại lộ Mai Chí Thọ, Phường An Phú, Quận 2, Hồ Chí Minh, Việt Nam

- (84) 28-6276 9900
- (84) 916 545 618
- Email: contact@cncounsel.com

GIỜ LÀM VIỆC

Thứ Hai đến Thứ Sáu: 8.30 sáng – 6.30 chiều
Thứ Bảy & Chủ Nhật: Nghỉ