

Hiểu rõ khác biệt quy định về thay đổi trong FIDIC Sách Đồ 2017 và pháp luật Việt Nam



TRẦN PHẠM HOÀNG TÙNG*



NGUYỄN THỊ PHƯƠNG THẢO**

Hiểu rõ những điểm khác biệt giữa FIDIC Sách Đồ 2017 và pháp luật Việt Nam liên quan đến vấn đề thay đổi là rất cần thiết, để các bên có thể sửa đổi các quy định của hợp đồng sao cho phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam...

I. THAY ĐỔI LÀ GÌ?

Trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến khung pháp lý của pháp luật Việt Nam cho các hợp đồng xây dựng liên quan đến vốn nhà nước.

Theo Khoản 1.1.86 FIDIC Sách Đồ 2017, thay đổi được định nghĩa là *"bất kỳ thay đổi nào đối với công trình, được chỉ dẫn là một sự thay đổi theo Điều 13 [Thay đổi và Điều chỉnh]"*. Nói cách khác, theo định nghĩa của FIDIC Sách Đồ 2017 thì một vấn đề được xem là thay đổi nếu đáp ứng 2 yếu tố (i) có hệ quả là làm thay đổi công trình mà các bên đã thỏa thuận ban đầu; và (ii) xuất phát từ chỉ dẫn của nhà tư vấn (Engineer) theo thủ tục tại Điều 13 [Thay đổi và Điều chỉnh].

Trong khi pháp luật Việt Nam không có định nghĩa hay thuật ngữ riêng để đề cập đến vấn đề thay đổi như cách tiếp cận của FIDIC Sách Đồ 2017, mà sẽ được gọi chung là "điều chỉnh khối lượng công việc trong hợp đồng xây dựng" tại Điều 37 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP - tác giả tạm quy ước rằng đây sẽ là "thay đổi" theo pháp luật Việt Nam.

II. CÁC TRƯỜNG HỢP ĐƯỢC XEM LÀ THAY ĐỔI

Theo quy định của FIDIC Sách Đồ 2017, một thay đổi có thể thuộc 06 trường hợp¹:

(i) Thay đổi về khối lượng của bất kỳ hạng mục công việc nào nằm trong Hợp đồng (tuy nhiên, các thay đổi đó không nhất thiết dẫn đến một thay đổi); (ii) Thay đổi về chất lượng và các đặc điểm khác của bất kỳ hạng mục nào của công trình; (iii) Thay đổi về cao độ, vị trí và/hoặc kích thước của phần nào đó của công trình; (iv) Sự cắt giảm công việc nào đó trừ khi được những người khác tiến hành; (v) Bất kỳ các công việc bổ sung, thiết bị, vật liệu hoặc dịch vụ cần thiết đối với công trình vĩnh cửu, bao gồm bất kỳ thử nghiệm khi hoàn thành có liên quan nào, các hố khoan và các công nghiệm thử nghiệm và thăm dò khác; hoặc (vi) Thay đổi trình tự hoặc thời gian thi công công trình.

Trong khi đó, hướng tiếp cận của pháp luật Việt Nam tại

^(*) Luật sư cộng sự cao cấp, Công ty Luật TNHH CNC Việt Nam, Thành viên Hội Pháp luật xây dựng Việt Nam.

^(**) Trợ lý luật sư, Công ty Luật TNHH CNC Việt Nam.

Điều 37 Nghị định 37/2015/NĐ-CP là không liệt kê cụ thể các trường hợp được xem là thay đổi mà chỉ gọi chung là "điều chỉnh khối lượng công việc" và để mở cho các bên được tự thỏa thuận về các trường hợp cụ thể.

Mặc dù không liệt kê rõ ràng, có thể hiểu cách quy định tại Điều 37.2 Nghị định 37/2015/NĐ-CP cho thấy "điều chỉnh khối lượng công việc" sẽ được áp dụng cho các trường hợp có khối lượng công việc phát sinh ngoài hợp đồng đã ký, bao gồm cả trường hợp công việc đó đã đơn giá trong hợp đồng (tức là không phải đấu mục công việc mới) hoặc công việc chưa có đơn giá trong hợp đồng (tức là đấu mục công việc mới), do đó sẽ khá tương đồng với các trường hợp tại các mục (i), (ii), (iii) và (v) của đoạn thứ 5 Khoản 13.1 [Quyền Thay đổi] của FIDIC Sách Đồ 2017.

Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam không quy định rõ về trường hợp "cắt giảm" (omission) có được xem là một thay đổi hay không khi Điều 37 Nghị định 37/2015/NĐ-CP dường như đang chỉ đề cập đến trường hợp phát sinh tăng khối lượng công việc mà không đề cập hay hướng dẫn cụ thể về phát sinh giảm. Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam cũng không có hướng dẫn cụ thể nào về trường hợp một chỉ dẫn về thay đổi trình tự hoặc thời gian thi công (chẳng hạn chủ đầu tư yêu cầu nhà thầu rút ngắn thời gian hoàn thành công trình) thì có phải là một thay đổi hay không, khi mà quy định tại Điều 39 Nghị định 37/2015/NĐ-CP chỉ đang hướng dẫn cho trường hợp điều chỉnh tiến độ là hệ quả của những sự kiện khác. Do đó, đối với các trường hợp vừa nêu, các bên phải tự thỏa thuận cụ thể trong hợp đồng để có cơ sở áp dụng.

III. THỜI ĐIỂM VÀ THẨM QUYỀN BAN HÀNH THAY ĐỔI

Theo quy định tại khoản 13.1 [Quyền Thay đổi] của FIDIC Sách Đồ 2017, thay đổi có thể được chỉ dẫn bởi nhà tư vấn vào bất kỳ thời điểm nào trước khi Chứng chỉ nghiệm thu (Taking Over Certificate, viết tắt là "TOC") được cấp. Bên cạnh đó, vẫn có trường hợp một thay đổi được ban hành sau khi đã có TOC như quy định tại khoản 11.2 [Chi phí sửa chữa sai sót] của FIDIC Sách Đồ 2017 khi nhà thầu thực hiện công việc sửa chữa một hư hỏng của công trình mà không phải do các lý do thuộc trách nhiệm của nhà thầu.

Một trong những lý do chính khi khoản 13.1 FIDIC Sách Đồ

2017 theo hướng “ưu tiên” ban hành thay đổi trước thời điểm cấp TOC là bởi sau khi đã có TOC - tức là thời điểm công trình đã hoàn thành, nhà thầu đã giải tán các nguồn lực tại công trường (bao gồm máy móc, thiết bị, nhân lực), do đó việc chỉ dẫn nhà thầu tiến hành công việc thay đổi sau thời điểm TOC là không thật sự phù hợp và không được khuyến khích, ngoại trừ trường hợp cần thiết do sửa chữa hư hỏng của công trình như đã đề cập ở trên.

Trong khi đó, Điều 143 Luật Xây dựng 2014 và Điều 36.1 Nghị định 37/2015/NĐ-CP quy định việc điều chỉnh hợp đồng xây dựng chỉ được áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng bao gồm cả thời gian được gia hạn thực hiện hợp đồng. Quy định này của pháp luật Việt Nam chưa thực sự rõ ràng do cụm từ “thời gian thực hiện hợp đồng” hiện nay vẫn chưa được hiểu và áp dụng một cách thống nhất, rằng liệu có phải là thời gian để thi công hoàn thành công trình hay bao gồm cả thời gian bảo hành.

Về người có thẩm quyền ban hành một thay đổi, FIDIC Sách Đò 2017 trao quyền này cho nhà tư vấn (Engineer). Trong khi đó, theo pháp luật Việt Nam, chủ đầu tư (trong trường hợp thay đổi không làm vượt quá giá gói thầu được phê duyệt) hoặc người quyết định đầu tư (trong trường hợp thay đổi làm vượt quá giá gói thầu được phê duyệt) là những người có thẩm quyền quyết định việc thay đổi².

IV. TRÌNH TỰ VÀ THỦ TỤC PHÊ DUYỆT THAY ĐỔI

Nhìn chung, có thể thấy điểm khác biệt lớn nhất trong thủ tục phê duyệt một thay đổi theo FIDIC Sách Đò 2017 và theo pháp luật Việt Nam là trình tự và hình thức ban hành.

Đầu tiên, liên quan đến trình tự ban hành Lệnh thay đổi, FIDIC Sách Đò 2017 đưa ra 2 trường hợp theo đó thay đổi có thể được ban hành tại khoản 13.3 [Thủ tục Thay đổi] là: (i) Thay đổi theo chỉ dẫn (Variation by Instruction); hoặc (2) Thay đổi theo yêu cầu đề xuất (Variation by Request for Proposal), theo đó:

(i) Thay đổi theo chỉ dẫn được ban hành bởi nhà tư vấn dưới dạng một thông báo đến nhà thầu, trong đó mô tả những thay đổi cần thiết và bất kỳ yêu cầu nào về việc ghi lại các chi phí. Trong trường hợp này, nhà thầu thực hiện thay đổi theo thông báo và phải nộp một bản chi tiết về các vấn đề liên quan trong đó bao gồm mô tả công việc, chương trình thi công và đề xuất của nhà thầu về các thay đổi cần thiết liên quan đến thời gian và chi phí cho thay đổi³.

(ii) Thay đổi theo yêu cầu đề xuất cũng được thực hiện bởi nhà tư vấn, tuy nhiên, trong trường hợp này, nhà tư vấn chỉ thông báo cho nhà thầu về ý định thay đổi và yêu cầu nhà thầu nộp đề xuất cụ thể tương tự như trình nộp của nhà thầu trong trường hợp thay đổi theo chỉ dẫn⁴. Sau khi nhận được đề xuất từ nhà thầu, nhà tư vấn sẽ xem xét và quyết định có ban hành thay đổi hay không.

Trong cả 2 trường hợp, khi nhận được chỉ dẫn của nhà tư vấn, nhà thầu sẽ không được phép từ chối thực hiện trừ khi nhà thầu nhanh chóng gửi đến nhà tư vấn một thông báo kèm theo các giải trình chi tiết thể hiện⁵:

(i) Công việc thay đổi là không thể lường trước dựa trên phạm vi và bản chất của công trình được mô tả tại chỉ dẫn kỹ thuật;

(ii) Nhà thầu gặp khó khăn trong tìm kiếm các hàng hóa cần thiết cho thay đổi; hoặc

(iii) Việc thực hiện thay đổi sẽ làm ảnh hưởng nặng nề đến khả năng của nhà thầu trong việc tuân thủ các điều khoản về nghĩa vụ an toàn, sức khỏe và/hoặc bảo vệ môi trường.

Khác với quy định tại FIDIC Sách Đò 2017, pháp luật Việt Nam quy định rằng thay đổi phải được đưa ra dựa trên sự đồng ý, thống nhất của các bên tham gia hợp đồng⁶. Nói cách khác, nếu các bên không thỏa thuận được với nhau về các vấn đề liên quan đến thay đổi, nhà thầu có quyền từ chối thực hiện thay đổi mà không cần phải giải trình chi tiết lý do từ chối như quy định của FIDIC Sách Đò 2017. Trường hợp các phát sinh không vượt quá giá gói thầu được phê duyệt thì sẽ được tính toán và thỏa thuận bởi chủ đầu tư và nhà thầu; trường hợp các phát sinh vượt quá giá gói thầu được phê duyệt phải được người có thẩm quyền quyết định đầu tư xem xét và quyết định⁷.

Trong trường hợp các bên không đi đến một thỏa thuận, khối lượng phát sinh đó sẽ được hình thành một gói thầu mới và tiến hành đấu thầu theo đúng quy định của pháp luật.

Thứ hai, liên quan đến hình thức ban hành thay đổi, theo Điều 13.3 [Thủ tục Thay đổi] của FIDIC Sách Đò 2017, thay đổi được nhà tư vấn ban hành dưới dạng một thông báo (notice) mà không bắt buộc ký Phụ lục hợp đồng.

Trong khi đó, theo pháp luật Việt Nam, các bên sau khi đi đến thống nhất về thay đổi phải tiến hành ký Phụ lục hợp đồng trước khi thực hiện⁸. Do đó, các bên tham gia hợp đồng xây dựng được soạn thảo dựa trên các mẫu hợp đồng FIDIC cần lưu ý quy định này và nên tuân thủ theo thủ tục và quy định của pháp luật Việt Nam bằng cách ký (các) phụ lục hợp đồng để đảm bảo thay đổi được các cơ quan nhà nước/các bên có liên quan phê duyệt hoặc phối hợp thực thi, thay vì chỉ sử dụng thông báo thay đổi (hay Lệnh thay đổi) được ban hành bởi nhà tư vấn theo cách tiếp cận của FIDIC Sách Đò 2017.

V. ĐỊNH GIÁ THAY ĐỔI

Về vấn đề định giá một thay đổi, tại khoản 13.3 [Thủ tục Thay đổi] của FIDIC Sách Đò 2017, tại thời điểm thay đổi được ban hành, vấn đề về định giá thay đổi có thể chưa được thống nhất, các bên có thể thực hiện sau đó. Cụ thể, nhà thầu phải đệ trình các cơ sở, tài liệu cần thiết mà nhà tư vấn yêu cầu để nhà tư vấn tiến hành quyết định phù hợp theo Điều 3.7 [Thỏa thuận hoặc Quyết định], bất kể là trường hợp thay đổi theo chỉ dẫn hay thay đổi theo yêu cầu đề xuất.

Pháp luật Việt Nam có hướng tiếp cận khác đối với vấn đề này. Cụ thể, Điều 37.3 Nghị định 37/2015/NĐ-CP quy định tại thời điểm ban hành thay đổi, đối với các công việc chưa có đơn giá trong hợp đồng, các bên đã phải thỏa thuận, thống nhất với nhau về đơn giá hoặc nguyên tắc, phương pháp xác định giá trước khi thực hiện⁹. Ý nghĩa của quy định này là nhằm kiểm soát tình trạng một thay đổi được thực hiện nhưng không xác định trước giá trị cụ thể, không xác định được đã vượt quá giá gói thầu được phê duyệt hay chưa và dễ dẫn đến tranh chấp nếu các bên không thể đồng thuận trong việc định giá sau này. Đây là điểm khác biệt mà các bên cần lưu ý để có những điều chỉnh phù hợp trong hợp đồng xây dựng được soạn thảo dựa trên mẫu hợp đồng FIDIC.❖

¹ Đoạn thứ 5, Khoản 13.1 [Quyền được phát sinh], FIDIC Sách Đò 2017;

² Điều 37.2 Nghị định 37/2015/NĐ-CP; ³ Đoạn 2 Khoản 13.3.1 [Thay đổi theo Chỉ dẫn] FIDIC Sách Đò năm 2017; ⁴ Đoạn 4 Khoản 13.3.2 [Thay đổi theo Yêu cầu Đề Xuất] FIDIC Sách Đò năm 2017; ⁵ Đoạn 3 Khoản 13.1 [Quyền Thay đổi] FIDIC Sách Đò năm 2017; ⁶ Điểm a Khoản 2 Điều 37, Nghị định 37/2015/NĐ-CP; ⁷ Điều 37.2 Nghị định 37/2015/NĐ-CP; ⁸ Điều 37.2 Nghị định 37/2015/NĐ-CP; ⁹ Điều 37.3 Nghị định 37/2015/NĐ-CP.