

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI

CAO THỊ LÊ THƯƠNG

**BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẴM
HÀNG HÓA THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY**

Chuyên ngành : Luật Kinh tế

Mã số : 60.38.01.07

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: PGS. TS BÙI NGUYỄN KHÁNH

HÀ NỘI, 2016

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi; các số liệu, tư liệu được sử dụng trong Luận văn là trung thực, có xuất xứ rõ ràng; những phát hiện đưa ra trong Luận văn là kết quả nghiên cứu của chính tác giả Luận văn.

TÁC GIẢ LUẬN VĂN

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU.....	1
Chương 1: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA.....	8
1.1. Khái niệm, phân loại bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa.....	8
1.2. Pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa.....	14
1.3. Kinh nghiệm quốc tế về pháp luật bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa.....	19
Chương 2: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY.....	23
2.1. Thực trạng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay.....	23
2.2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay.....	43
Chương 3: PHƯƠNG HƯỚNG, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY.....	59
3.1. Phương hướng hoàn thiện.....	59
3.2. Giải pháp hoàn thiện.....	63
KẾT LUẬN.....	69
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	71

DANH MỤC NHỮNG TỪ VIẾT TẮT

BLDS	Bộ luật Dân sự
BIDV	Ngân hàng Đầu tư và phát triển Việt Nam
BKH&ĐT	Bộ Kế hoạch và Đầu tư
CP	Cổ phần
CSĐT	Cảnh sát điều tra
CTCP	Công ty cổ phần
GPA	Hiệp định Mua sắm chính phủ của WTO (Agreement on Government Procurement)
HTMĐTQG	Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia
HSYC	Hồ sơ yêu cầu
NN&PTNT	Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn
TAND	Tòa án nhân dân
TN&MT	Tài nguyên và môi trường
TNHH	Trách nhiệm hữu hạn
TPP	Hiệp định đối tác kinh tế xuyên Thái Bình Dương (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement)
UBND	Ủy ban nhân dân
VKSND	Viện kiểm sát nhân dân
WTO	Tổ chức thương mại thế giới (World Trade Organization)

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Trong bối cảnh ngày càng hội nhập sâu và rộng với thương mại quốc tế như nước ta hiện nay thì việc mua sắm hàng hóa sử dụng Ngân sách nhà nước cũng là một vấn đề cần phải quan tâm và có sự điều chỉnh của pháp luật. Để việc mua sắm có thể vừa tiết kiệm được nguồn ngân sách vừa phù hợp với tình hình hội nhập kinh tế thị trường thì một trong những công cụ đắc lực đó là đấu thầu. Thông qua đấu thầu hoạt động mua sắm hàng hóa cho thấy nguồn vốn Nhà nước được sử dụng hiệu quả hơn, hạn chế được tình trạng lãng phí, tham ô, điều này không chỉ được khẳng định ở Việt Nam mà còn ở nhiều quốc gia khác trên thế giới.

Đấu thầu mua sắm hàng hóa được quy định lần đầu tiên tại Luật Thương mại năm 1997, sau mười chín năm cùng với sự phát triển của nền kinh tế, xã hội pháp luật về đấu thầu đã được sửa đổi nhiều lần theo hướng phù hợp hơn và gần đây nhất Luật đấu thầu năm 2013 với những quy định tiến bộ đưa pháp luật về đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng và đấu thầu nói chung của Việt Nam bắt kịp xu hướng pháp luật về đấu thầu trên thế giới.

Trong hoạt động đấu thầu mua sắm hàng hóa thì Bên mua hàng luôn mong muốn mua được sản phẩm với giá thành rẻ nhất mà vẫn đảm bảo tiêu chuẩn chất lượng còn bên có hàng hóa muốn bán dự thầu với mong muốn sản phẩm của mình được chọn. Chính vì vậy, quá trình lựa chọn nhà thầu là một quá trình cạnh tranh khốc liệt, yêu cầu các bên tham gia phải nghiêm túc thực hiện. Tuy nhiên, trên thực tế không phải bên dự thầu nào cũng mang tinh thần nghiêm túc tranh đấu để thắng thầu, có nhiều trường hợp bên dự thầu chỉ nộp hồ sơ để tham gia đấu thầu nhưng lại không có trách nhiệm tham gia hoạt động đấu thầu đến giai đoạn cuối. Điều này không những làm tổn kém

thời gian và công sức để đánh giá những hồ sơ dự thầu đó mà còn ảnh hưởng đến sự cạnh tranh những người tham gia đấu thầu khác.

Để hạn chế hành vi tiêu cực trên, pháp luật đã quy định về việc khi tham gia đấu thầu mua sắm hàng hóa thì bên bán hàng phải thực hiện một biện pháp bảo đảm nào đó được gọi là *bảo đảm dự thầu* để bảo đảm trách nhiệm tham gia đấu thầu của mình trong suốt quá trình đấu thầu. Trong quá trình áp dụng những quy định về bảo đảm dự thầu đã cho thấy đó là một quy định hỗ trợ tích cực cho việc đấu thầu mua sắm hàng hóa. Vì vậy, để có đủ cơ sở cho việc tiếp tục xây dựng và hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa, việc nghiên cứu lý luận và thực tiễn pháp luật hiện hành của Việt Nam về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là điều hết sức cần thiết.

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Về tình hình nghiên cứu nói chung và xét trong phạm vi luận văn thạc sĩ nói riêng thì bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là một lĩnh vực còn khá mới mẻ, chưa có nhiều đề tài, công trình nghiên cứu khoa học đề cập tới. Hầu hết các công trình khoa học đều chỉ nghiên cứu về một lĩnh vực như chỉ tập trung vào đấu thầu mua sắm hàng hóa hay chỉ tập trung vào biện pháp bảo đảm, biện pháp bảo lãnh.

Một số công trình về đấu thầu mua sắm hàng hóa tiêu biểu như: Luận văn thạc sĩ “*Pháp luật về đấu thầu mua sắm công những vấn đề lý luận và thực tiễn*” của tác giả Nguyễn Thị Như Trang, viết năm 2011 tại Đại học Luật Hà Nội, luận văn chỉ tập trung làm rõ các vấn đề về lý luận và thực tiễn áp dụng luật đấu thầu mua sắm công mà chưa nghiên cứu sâu vào bảo đảm dự thầu nói chung; Luận văn thạc sĩ “*Pháp luật Việt Nam về đấu thầu mua sắm công – Hướng hoàn thiện từ kinh nghiệm của cộng hòa Pháp*” của tác giả Lương Thị Thùy Linh viết năm 2013 tại Đại học Quốc gia Hà Nội, luận văn

này cũng chỉ tập trung vào đấu thầu mua sắm công và một số kinh nghiệm từ Cộng hòa Pháp, vì vậy hướng hoàn thiện pháp luật cũng được xây dựng theo mô hình pháp luật của Cộng hòa Pháp. Ngoài ra, còn một số công trình nghiên cứu về đấu thầu mua sắm hàng hóa khác nhưng chỉ tập trung vào thực tiễn tại các tập đoàn, công ty như: Công ty thăm dò khai thác dầu khí, Công ty cao su sao vàng... Các công trình này chỉ tập trung hoàn thiện quy trình đấu thầu tại doanh nghiệp mình mà không có nhiều đóng góp cho pháp luật về đấu thầu mua sắm hàng hóa nói chung.

Một số công trình tiêu biểu về các biện pháp bảo đảm, bảo lãnh ngân hàng như: Luận văn thạc sỹ *“Đặt cọc, ký cược để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự”* của tác giả Trịnh Thị Minh Trang viết năm 2005, luận văn tập trung vào đặt cọc và ký cược dưới góc độ một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự; Luận văn thạc sỹ *“Chế độ pháp lý về bảo lãnh ngân hàng của các tổ chức tín dụng ở Việt Nam”* của tác giả Trần Thị Việt Hà viết năm 2013 tại Đại học Luật Hà Nội, luận văn đã nghiên cứu khái quát lý luận về bảo lãnh ngân hàng của các tổ chức tín dụng, nêu ra những nguyên tắc cơ bản, so sánh, đánh giá phân tích có hệ thống các quy định của pháp luật để đánh giá thực trạng còn vướng mắc từ đó đề xuất những giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật; Luận án tiến sỹ *“Hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam”* của tác giả Nguyễn Thành Nam viết năm 2015 tại Đại học Quốc gia Hà Nội, luận án tập trung nghiên cứu những cơ sở lý luận và thực tiễn về bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam từ đó đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng.

Gần đây, đã có một công trình nghiên cứu về bảo đảm dự thầu đó là luận văn *“Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu xây dựng theo pháp luật Việt Nam từ thực tiễn thành phố Hồ Chí Minh”* của tác giả Võ Hoàng Quân viết năm 2015 tại Học viện Khoa học xã hội. Phạm vi của Luận văn này tập trung vào

biện pháp bảo đảm là bảo lãnh trách nhiệm của nhà thầu từ những vấn đề lý luận, đến vấn đề thực tiễn pháp luật tại Thành phố Hồ Chí Minh. Căn cứ vào những phân tích về lý luận và thực tiễn đó Luận văn cũng đã đưa ra một số kiến nghị và biện pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh dự thầu trong đấu thầu xây dựng.

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

Mục đích nghiên cứu của đề tài là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa; phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa và thực tiễn thực hiện ở Việt Nam hiện nay; để từ đó đề xuất các phương hướng, giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở nước ta trong thời gian tới.

Để đạt được mục đích trên, luận văn có những nhiệm vụ cụ thể sau:

- Nghiên cứu làm sáng tỏ những vấn đề lý luận về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa;
- Nghiên cứu chuẩn mực pháp lý quốc tế về đấu thầu mua sắm hàng hóa trong khuôn khổ của WTO và TPP;
- Phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay;
- Phân tích, đánh giá thực tiễn thực hiện pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay;
- Nghiên cứu, đề xuất các phương hướng, giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở nước ta trong thời gian tới.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

Phạm vi điều chỉnh của pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa chính là các quan hệ xã hội phát sinh giữa các chủ thể có

liên quan trong quá trình thực hiện việc bảo đảm dự thầu mua sắm hàng hóa. Ở mức độ khái quát, có thể hình dung phạm vi, đối tượng điều chỉnh của quan hệ pháp luật này bao gồm các nhóm quan hệ pháp lý cơ bản như:

+ Nhóm quan hệ phát sinh giữa bên bảo đảm (nhà thầu, nhà đầu tư) và bên được bảo đảm (bên mời thầu). Trong quan hệ đấu thầu mua sắm hàng hóa thì đây chính là nhóm quan hệ phát sinh giữa chủ thể có nhu cầu mua sắm (gọi là bên mua) với chủ thể là các nhà thầu có đủ tiêu chuẩn tham gia đấu thầu mua sắm hàng hóa. Đây là nhóm quan hệ theo “chiều ngang”, thể hiện bản chất là quan hệ giao dịch bình đẳng giữa các bên tham gia trên cơ sở thỏa thuận và tuân thủ đúng các quy định chung của pháp luật về đấu thầu.

Nhóm quan hệ này phát sinh khi bên mời thầu đưa ra các yêu cầu trong hồ sơ mời thầu và nhà thầu tiến hành nộp hồ sơ đăng ký dự thầu hoặc Hồ sơ dự thầu, Hồ sơ đề xuất thể hiện việc đáp ứng yêu cầu đó. Về nguyên tắc, nhóm quan hệ xã hội này sẽ được điều chỉnh bởi các quy phạm pháp luật mang tính dân sự - thương mại, thể hiện nguyên tắc công bằng, bình đẳng.

+ Nhóm quan hệ phát sinh trong trường hợp bảo đảm dự thầu có liên quan đến bên thứ ba (ngân hàng hoặc các tổ chức tín dụng). Như chúng ta đã biết, bên dự thầu có thể bảo đảm dự thầu bằng các biện pháp có sự xuất hiện của bên thứ ba như ký quỹ và bảo lãnh. Mặt khác, mỗi quan hệ pháp luật này đều có những đặc điểm và tính chất riêng nên pháp luật điều chỉnh những hành vi này là không giống nhau. Vì vậy, phạm vi của pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa còn bao gồm các mối quan hệ giữa bên thứ ba với bên dự thầu và bên mời thầu.

+ Nhóm quan hệ phát sinh giữa các nhà thầu, nhà đầu tư với nhau khi cùng tham gia quan hệ bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa. Đây không phải là nhóm quan hệ chủ yếu, điển hình nhưng cũng có sự tác động nhất định đến sự thành công của quan hệ bảo đảm dự thầu nói riêng và

đấu thầu mua sắm hàng hóa nói chung, bởi lẽ nếu các nhà thầu không tuân thủ đúng các nguyên tắc cạnh tranh công bằng trong đấu thầu mà “bắt tay” với nhau khi tham gia đấu thầu thì hậu quả xảy ra là mục tiêu chính của việc đấu thầu sẽ không đạt được và bên mời thầu có thể sẽ không chọn được nhà thầu có phương án cung cấp hàng hóa, dịch vụ tốt nhất như mình mong muốn để tiến tới việc ký kết và thực hiện hợp đồng.

5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Về phương pháp luận, để làm rõ các vấn đề nghiên cứu, luận văn vận dụng phương pháp luận duy vật biện chứng và duy vật lịch sử của học thuyết Mác-Lênin. Đây là phương pháp khoa học vận dụng nghiên cứu trong toàn bộ luận văn để đánh giá khách quan sự thể hiện của các quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa.

Về phương pháp nghiên cứu, trong quá trình nghiên cứu luận văn sử dụng các phương pháp nghiên cứu khoa học cụ thể như: Phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp, phương pháp thống kê, phương pháp lịch sử. Ngoài ra, luận văn còn sử dụng phương pháp so sánh để làm rõ các vấn đề liên quan đến bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa giữa pháp luật Việt Nam và chuẩn mực pháp lý quốc tế theo WTO và TPP, qua đó thấy được sự tương đồng, khác biệt của Việt Nam và làm luận cứ xác thực cho việc đưa ra các giải pháp khắc phục những bất cập của pháp luật hiện nay về đấu thầu nói chung và bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận văn

Luận văn nghiên cứu, phân tích cụ thể các quy định của pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa một cách có hệ thống trên cơ sở khái quát lý luận và thực tế để thấy rõ mục đích, quy trình mà pháp luật quy định.

Nguyên cứu các kinh nghiệm xử lý các vấn đề nảy sinh trong thực tiễn, dự đoán các vấn đề sắp nảy sinh, trên cơ sở đó đề xuất những giải pháp nhằm tạo thuận lợi cho việc thực hiện đúng các quy định pháp luật bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa.

Đưa ra phương hướng và kiến nghị những giải pháp cụ thể để hoàn thiện các bản pháp luật trong việc điều chỉnh các vấn đề về bảo đảm dự thầu nói chung và đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng.

7. Cơ cấu của luận văn

Ngoài phần Mở đầu, Kết luận, và Danh mục tài liệu tham khảo, luận văn dự kiến kết cấu thành 3 chương, bao gồm:

- Chương 1: Những vấn đề lý luận về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa;
- Chương 2: Thực trạng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa theo pháp luật Việt Nam hiện nay;
- Chương 3: Phương hướng, giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay.

Chương 1

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA

1.1. Khái niệm, phân loại bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

1.1.1. Khái niệm bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là một khái niệm bao gồm hai phần chính đó là bảo đảm dự thầu và đấu thầu mua sắm hàng hóa. Để định nghĩa rõ về khái niệm này trước hết ta cùng tìm hiểu các khái niệm bảo đảm dự thầu và đấu thầu mua sắm hàng hóa.

Xét về khái niệm bảo đảm dự thầu trước hết ta cần làm sáng tỏ ý nghĩa của thuật ngữ “bảo đảm” trong trường hợp này. Theo từ điển Luật học thì bảo đảm là “trách nhiệm của một chủ thể (cá nhân, tổ chức) phải làm cho quyền, lợi ích của chủ thể bên kia chắc chắn được thực hiện, được giữ gìn, nếu xảy ra thiệt hại thì phải bồi thường”[15, tr.27]. Theo đó, bảo đảm được tiến hành bởi các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký quỹ, phạt vi phạm.

Về khái niệm bảo đảm nghĩa vụ dân sự, từ điển Luật học có định nghĩa rằng “bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là biện pháp dân sự có tính chất tài sản do các bên tự nguyện cam kết, thỏa thuận hoặc pháp luật quy định khi xác lập giao dịch dân sự. Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự buộc người có nghĩa vụ mà họ cam kết, thỏa thuận trong giao dịch dân sự” [27, tr.34] .

Trên tinh thần đó, Điều 4 của Luật đấu thầu 2013 quy định về bảo đảm dự thầu như sau: “*Bảo đảm dự thầu* là việc nhà thầu, nhà đầu tư thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín

dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam để bảo đảm trách nhiệm dự thầu của nhà thầu, nhà đầu tư trong thời gian xác định theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu”.

Qua các khái niệm trên ta thấy đảm bảo dự thầu được hiểu như là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự mà bên dự thầu đảm bảo cho bên mời thầu việc sẽ thực hiện đúng những nghĩa vụ của mình. Nếu không thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ mà họ đã cam kết thì bên mời thầu (người có quyền) có thể áp dụng biện pháp bảo đảm mà hai bên đã cam kết, yêu cầu cơ quan Nhà nước có thẩm quyền can thiệp để buộc bên có nghĩa vụ phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết nhằm bảo đảm quyền lợi cho mình.

Về khái niệm đấu thầu mua sắm hàng hóa, Luật đấu thầu không đưa ra khái niệm cụ thể, chúng ta có thể xem xét khái niệm đấu thầu mua sắm hàng hóa được quy định tại Luật thương mại như sau: “Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên mua hàng hoá, dịch vụ thông qua mời thầu (gọi là bên mời thầu) nhằm lựa chọn trong số các thương nhân tham gia đấu thầu (gọi là bên dự thầu) thương nhân đáp ứng tốt nhất các yêu cầu do bên mời thầu đặt ra và được lựa chọn để ký kết và thực hiện hợp đồng (gọi là bên trúng thầu)”.

Hàng hóa được Điều 4 Luật Đấu thầu quy định gồm: “máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, vật tư, phụ tùng; hàng tiêu dùng; thuốc, vật tư y tế dùng cho các cơ sở y tế”.

Như vậy, có thể hiểu “*bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là việc Bên dự thầu (là thương nhân) thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam theo yêu cầu Bên mời thầu để đảm bảo cho việc thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của mình với Bên mời thầu trong việc thực hiện đấu thầu mua sắm hàng hóa*”.

1.1.2. Phân loại bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Xét về tính chất của loại bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa thì có thể phân thành đảm bảo dự thầu được thực hiện bằng tài sản (cầm cố, ký quỹ) và bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng hành vi (bảo lãnh). Với biện pháp bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng tài sản thì buộc bên bảo đảm phải có một số tiền hoặc tài sản nào đó nhất định để đưa ra cam kết. Đối với bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng hành vi thì được xác lập dựa trên cam kết sẽ thực hiện nghĩa vụ của mình của một bên thứ ba. Các biện pháp bảo đảm dự thầu cụ thể như sau:

- Bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng tài sản

+ Đặt cọc

Đặt cọc được hiểu là “*việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau đây gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng dân sự*” (Điều 358 BLDS 2005). Khái niệm đặt cọc được Bộ luật Dân sự 2015 vẫn giữ nguyên và được quy định tại Điều 328.

Như vậy, ta có thể hiểu đặt cọc là hành vi dân sự theo đó nhà thầu, nhà đầu tư giao cho Bên mời thầu một tài sản nhất định được quy định trong hồ sơ mời thầu hoặc hồ sơ yêu cầu nhằm xác nhận rằng nhà thầu, nhà đầu tư sẽ giao tham gia dự thầu. Tài sản dùng để đặt cọc có thể là tiền, séc, những vật có giá trị như kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác. Về bản chất, đặt cọc có sự chuyển giao về tài sản giữa bên đặt cọc và bên nhận đặt cọc, như vậy việc đặt cọc sẽ phải được lập thành văn bản.

Về hình thức: Đặt cọc có thể được thực hiện bằng một văn bản riêng, nhưng cũng có thể được thể hiện bằng một điều khoản trong hợp đồng mua bán hoặc hợp đồng dịch vụ với nhiệm vụ để đảm bảo cho một giao kết, thỏa thuận hoặc việc thực hiện hợp đồng dân sự.

Về nội dung: Đặt cọc nhằm mục đích bảo đảm cho sự giao kết hoặc thực hiện hợp đồng dân sự nên tài sản đặt cọc không phải là tài sản để thực hiện nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng dân sự. Do đó, khi giao dịch dân sự được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền khi thực hiện hợp đồng dân sự. Nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc. Ngược lại, nếu bên nhận đặt cọc từ chối giao kết, không thực hiện hợp đồng thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương với giá trị của tài sản đặt cọc (trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác).

+ *Ký quỹ*

Ký quỹ là “*việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong tỏa tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự*” (Điều 360 BLDS 2005). Trong khái niệm về ký quỹ tại Bộ luật dân sự 2015 sắp có hiệu lực tới đây, cụm từ “ngân hàng” đã được thay thế bằng “tổ chức tín dụng” (Điều 330 BLDS 2015). Có thể thấy, thay đổi này là phù hợp, vì ngoài ngân hàng còn nhiều các tổ chức tín dụng khác cũng có thể thực hiện được chức năng này.

Với quy định như trên, ký quỹ thường được dùng trong trường hợp khả năng thực hiện nghĩa vụ của các bên chưa được bên kia tin tưởng. Để đảm bảo tính an toàn cho tài sản, các bên có thể lựa chọn một người thứ ba giữ tài sản bảo đảm và chính bên thứ ba sẽ là người thực hiện nghĩa vụ cho các bên trong trường hợp các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Với biện pháp này, bên bảo đảm phải mở một tài khoản tại ngân hàng, sau đó gửi tài sản bảo đảm vào đó, tài khoản này không phải là một loại tài khoản tiền gửi mà tài khoản gửi giữ tiền, người gửi phải trả thù lao cho bên nhận giữ (tổ chức tín dụng) và không được hưởng lãi từ tài khoản đó. Khi đến thời hạn

thực hiện nghĩa vụ, chính ngân hàng nơi ký quỹ sẽ dùng tài khoản đó để thanh toán cho bên có quyền. Việc thanh toán này ngân hàng sẽ tính phí cho bên có trách nhiệm chi trả.

- Bảo đảm dự thầu được thực hiện bằng hành vi (bảo lãnh)

Xét về khái niệm, Bảo lãnh được Điều 361 BLDS 2005 định nghĩa như sau “Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thoả thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình”. Khái niệm bảo lãnh được Bộ luật Dân sự 2015 vẫn giữ nguyên và được quy định tại Điều 335.

Như vậy, khác với đặt cọc và ký quỹ, trong bảo lãnh có xuất hiện thêm một chủ thể thứ ba ngoài bên có quyền và bên có nghĩa vụ, đó là bên bảo lãnh. Bảo lãnh được sử dụng khi bên bảo đảm không có tài sản, hoặc không có năng lực tài chính để bảo đảm để thực hiện nghĩa vụ của mình. Biện pháp này cho phép người thứ ba tham gia vào quan hệ như là một bên trung gian giữa bên có quyền và bên có nghĩa vụ. Bên bảo lãnh sẽ cam kết với bên được bảo đảm về việc thay bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ đã cam kết.

Vì xuất hiện bên thứ ba trong vai trò là người bảo lãnh nên mối quan hệ giữa bên bảo lãnh, bên có quyền (bên được bảo đảm) và bên có nghĩa vụ (bên bảo đảm) có tính chất phức tạp hơn. *Thứ nhất:* Quan hệ giữa bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) và bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) làm xuất hiện nghĩa vụ cần bảo đảm và cam kết về nghĩa vụ cần bảo đảm; *Thứ hai:* Quan hệ giữa bên thứ ba (bên bảo lãnh) với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) về việc thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) nếu như đến hạn

nghĩa vụ bị vi phạm; *Thứ ba:* Quan hệ giữa người thứ ba (bên nhận bảo lãnh) với bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) cam kết về việc bên có nghĩa vụ phải hoàn lại cho bên bảo lãnh giá trị phần nghĩa vụ mà bên bảo lãnh đã thực hiện thay mình.

1.1.3. Nhu cầu điều chỉnh bằng pháp luật đối với bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Khi một nhà thầu, nhà đầu tư tham gia vào quy trình đấu thầu với tư cách là bên dự thầu thì sẽ xuất hiện các quyền và nghĩa vụ nhất định tạo nên các mối quan hệ pháp lý. Trong mỗi quan hệ này, bên dự thầu phải thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ trước bên có quyền. Tuy nhiên, trong một số trường hợp dù mong muốn hay không mong muốn thì bên dự thầu vi phạm nghĩa vụ của mình đối với bên mời thầu và gây thiệt hại cho bên mời thầu. Về mặt lý thuyết, khi quyền lợi bị xâm phạm thì bên mời thầu có thể dùng các biện pháp pháp lý mà pháp luật quy định để yêu cầu Nhà nước bảo vệ quyền lợi cho mình. Nhưng trên thực tế, khi quyền lợi đã bị xâm phạm thì bên mời thầu khó có thể khôi phục lại những thiệt hại mà bên dự thầu đã gây ra, cùng với đó là nhiều khả năng bên dự thầu không thể bồi thường được cho những thiệt hại mà mình gây ra cho bên mời thầu. Chính vì vậy, để ngăn chặn những rủi ro, thiệt hại đáng tiếc xảy ra thì pháp luật tạo điều kiện cho bên mời thầu bảo vệ lợi ích của mình ngay từ khi phát sinh quan hệ pháp lý.

Một trong những công cụ hữu hiệu và phù hợp để bảo vệ quyền lợi của bên mời thầu đó chính là áp dụng những quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Thông qua những biện pháp này bên mời thầu sẽ có những điều kiện thuận lợi khi bên dự thầu vi phạm nghĩa vụ, theo đó bên mời thầu có quyền được ưu tiên thanh toán từ tài sản mà bên dự thầu đã dùng làm tài sản bảo đảm.

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự ra đời từ rất sớm và có nhiều biện pháp khác nhau để phù hợp với từng loại quan hệ và điều kiện của các bên như: cầm cố, thế chấp, đặt cọc, bảo lãnh, tín chấp, ký quỹ, ký cược... Tuy nhiên, với tính chất đặc thù của quan hệ pháp luật đấu thầu ở nước ta thì không thể dùng hết các biện pháp bảo đảm kể trên để quy định trong bảo đảm dự thầu. Đặc biệt, trong quan hệ pháp luật đấu thầu mua sắm hàng hóa, có các chủ thể, đối tượng, phạm vi điều chỉnh đặc thù. Chính vì vậy, xét cả trên phương diện lý luận và thực tiễn thì việc cần có những quy định pháp luật điều chỉnh về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu nói chung và bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng là cần thiết.

1.2. Pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

1.2.1. Nguyên tắc của pháp luật bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Với đặc điểm là một hành vi pháp lý mang cả tính chất của bảo đảm nghĩa vụ dân sự và đấu thầu mua sắm hàng hóa nên các nguyên tắc xây dựng pháp luật về bảo đảm dự thầu phải đảm bảo những nguyên tắc nền tảng nhất của pháp luật đấu thầu mua sắm hàng hóa cũng như những nguyên tắc của pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ dân sự. Các nguyên tắc đó gồm:

- Nguyên tắc chung của đấu thầu mua sắm hàng hóa

+ *Nguyên tắc công bằng* là nguyên tắc rất quan trọng đối với quá trình đấu thầu. Nguyên tắc này đòi hỏi mọi nhà thầu khi tham gia vào quá trình đấu thầu đều được hưởng các quyền lợi ngang nhau, được đối xử công bằng như nhau. Các hồ sơ đấu thầu phải được hội đồng xét thầu xem xét một cách công bằng, khách quan dựa trên năng lực, phẩm chất và nội dung hồ sơ dự thầu. Nguyên tắc này bảo đảm lợi ích cho mọi chủ thể tham gia quá trình đấu thầu, giúp chủ đầu tư lựa chọn được nhà thầu đáp ứng được tốt nhất các yêu cầu

của mình và tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà thầu có cơ hội cạnh tranh công bằng với nhau.

- *Nguyên tắc công khai, minh bạch* là nguyên tắc bắt buộc, chỉ trừ những công trình đặc biệt thuộc bí mật quốc gia, những công trình còn lại đều phải đảm bảo công khai các thông tin cần thiết trong các giai đoạn mời thầu và mở thầu. Việc thực hiện nguyên tắc này sẽ thu hút được nhiều hơn nhà thầu tham gia, qua đó nâng cao chất lượng công tác đấu thầu.

- *Nguyên tắc bí mật*. Quá trình thực hiện thầu phải đảm bảo được tính bảo mật của các thông tin quan trọng như các số liệu, thông tin như mức giá dự kiến của chủ đầu tư, các thông tin trao đổi giữa chủ đầu tư và nhà thầu trong quá trình chuẩn bị. Nguyên tắc này nhằm mục đích bảo đảm tính khách quan và công bằng, tránh thiệt hại cho chủ đầu tư trong trường hợp giá dự thầu thấp hơn giá dự kiến hoặc gây thiệt hại cho bên dự thầu nào đó do thông tin bị lộ ra ngoài.

- *Nguyên tắc bảo đảm cơ sở pháp lý* quy định các nhà thầu khi tham gia đấu thầu phải nghiêm túc tuân thủ các quy định của nhà nước về đấu thầu như Luật đấu thầu, Luật Thương mại, Luật cạnh tranh và các cam kết đã được ghi nhận trong hợp đồng giao thầu.

- *Nguyên tắc bảo đảm cạnh tranh lành mạnh*. Thực hiện đấu thầu phải đạt được nguyên tắc cạnh tranh một cách công bằng và bình đẳng giữa các nhà thầu. Mọi biện pháp cạnh tranh không lành mạnh đều không được chấp nhận, các nhà thầu chỉ được phép cạnh tranh trong khuôn khổ của pháp luật và đạo đức kinh doanh.

- *Nguyên tắc chung về bảo đảm nghĩa vụ dân sự*

+ *Nguyên tắc bảo đảm thích đáng*. Khi tham gia vào quy trình đấu thầu, các bên đều có nghĩa vụ phải tuân thủ những cam kết, tuy vậy để phòng ngừa rủi ro thì nhất thiết phải có sự bảo đảm thích đáng. Khoản bảo đảm này phải

phù hợp với quy mô, tính chất của gói thầu, không được vượt quá giới hạn quy định và phải trả lại cho bên dự thầu nếu bên dự thầu không trúng thầu.

+ *Nguyên tắc hợp đồng chính phụ.* Các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự được coi là hợp đồng phụ với mục đích để đảm bảo hợp đồng chính, chỉ khi nào các chủ thể xác định được nghĩa vụ cần bảo đảm là nghĩa vụ gì, phải được bảo đảm như thế nào thì các biện pháp bảo đảm mới được hình thành. Các biện pháp bảo đảm không tồn tại độc lập mà luôn gắn liền với một nghĩa vụ nào đó nên các biện pháp bảo đảm dự thầu không tồn tại độc lập mà luôn đi kèm với nghĩa vụ tham dự thầu.

+ *Nguyên tắc lợi ích vật chất của giao dịch bảo đảm.* Mục đích cuối cùng của giao dịch bảo đảm chính là để bù đắp, khôi phục lại những lợi ích vật chất bị thiệt hại nên nghĩa vụ cần được bảo đảm luôn mang tính tài sản, đối tượng của các biện pháp bảo đảm mang tính chất tài sản.

+ *Nguyên tắc bảo đảm dự phòng.* Các biện pháp bảo đảm chỉ được áp dụng khi có hành vi vi phạm nghĩa vụ xảy ra, nếu bên có nghĩa vụ tuân thủ đúng những cam kết. Như vậy, nên bên có nghĩa vụ không vi phạm thì bên có quyền không được phép xử lý tài sản bảo đảm, phải khôi phục lại những quyền năng của chủ sở hữu đối với tài sản bảo đảm.

1.2.2. Cấu trúc của pháp luật bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Pháp luật về đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa có những nhóm quy định cơ bản sau:

- *Các quy định pháp luật về chủ thể của quan hệ bảo đảm dự thầu*

Chủ thể của quan hệ pháp luật là những cá nhân hay tổ chức dựa trên cơ sở của các quy phạm pháp luật mà tham gia vào các quan hệ pháp luật, trở thành người mang các quyền và nghĩa vụ pháp lý cụ thể. Vậy chủ thể của pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa bao gồm các

cá nhân, tổ chức mà khi tham gia vào quan hệ này họ đều có những quyền và nghĩa vụ cụ thể.

Chủ thể của bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa gồm bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm. Trong trường hợp bảo đảm dự thầu có sự tham gia của bên thứ ba thì chủ thể của quan hệ bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa không chỉ đơn thuần bao gồm bên bảo đảm (bên mời thầu) và Bên được bảo đảm (nhà thầu, nhà đầu tư), mà còn có sự tham gia của bên thứ ba là các tổ chức tín dụng.

- Các quy định pháp luật về phạm vi áp dụng, hình thức, giá trị, hiệu lực của bảo đảm dự thầu

Về phạm vi áp dụng bảo đảm dự thầu: Có nhiều hình thức để thực hiện việc đấu thầu mua sắm hàng hóa như đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chỉ định thầu, chào hàng cạnh tranh, mua sắm trực tiếp, tự thực hiện. Tuy nhiên không phải tất cả những hình thức này nhà thầu, nhà đầu tư phải thực hiện bảo đảm dự thầu. Vì vậy, pháp luật về đấu thầu cần có những quy định về phạm vi áp dụng của bảo đảm dự thầu.

Về hình thức áp dụng bảo đảm dự thầu: Như đã trình bày ở trên, bảo đảm dự thầu có thể được thực hiện bằng tài sản của Bên dự thầu hoặc được thực hiện bằng hành vi của bên thứ ba nên việc quy định các hình thức áp dụng bảo đảm dự thầu như thế nào trong từng trường hợp cụ thể vô cùng quan trọng. Luật Đấu thầu không chỉ quy định về đấu thầu mua sắm hàng hóa mà còn có những quy định về đấu thầu tư vấn, phi tư vấn, xây lắp nên việc những hình thức bảo đảm dự thầu nào được áp dụng trong đấu thầu mua sắm hàng hóa phải vô cùng chặt chẽ và minh bạch.

Về giá trị của bảo đảm dự thầu: Giá trị của bảo đảm dự thầu được hiểu là giới hạn của nghĩa vụ tài sản mà bên có nghĩa vụ phải cam kết với bên có quyền. Căn cứ vào quy mô của các gói thầu mà có thể những quy định về giá

trị của bảo đảm dự thầu có thể khác nhau. Tuy nhiên những quy định của pháp luật về giá trị của bảo đảm dự thầu cần đảm bảo công bằng cho cả bên mời thầu và các bên dự thầu. Đặc biệt, giá trị của bảo đảm cần được quy định công khai.

Về hiệu lực của bảo đảm dự thầu: Với tính chất là nghĩa vụ phụ trong nghĩa vụ chính là thực hiện trách nhiệm dự thầu của nhà thầu, nhà đầu tư nên các quy định về hiệu lực của bảo đảm dự thầu cũng cần phải được quy định cụ thể và chi tiết để tránh trường hợp quy định về hiệu lực của bảo đảm dự thầu không trùng hợp với thời hiệu của quy trình đấu thầu nói chung. Vấn đề hiệu lực của bảo đảm dự thầu cần được xem xét trên cả phương diện thời gian và không gian.

1.2.3. Trách nhiệm pháp lý của các bên đối với bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

Cho đến nay, trách nhiệm pháp lý là một khái niệm được hiểu theo hai nghĩa tích cực và tiêu cực. Theo nghĩa tích cực, trách nhiệm pháp lý được hiểu là bổn phận, nghĩa vụ, thái độ tích cực và vai trò của các chủ thể khi tham gia quan hệ pháp luật. Theo nghĩa tiêu cực, trách nhiệm pháp lý được hiểu là sự gánh chịu những hậu quả bất lợi về vật chất và tinh thần của chủ thể vi phạm pháp luật, do cơ quan nhà nước hoặc chủ thể khác có thẩm quyền đã áp dụng biện pháp cưỡng chế có tính chất trừng phạt đối với chủ thể đó, mà biện pháp cưỡng chế đó được quy định trong phần chế tài của quy phạm pháp luật [8, tr.301].

Như vậy, xét về nghĩa tích cực thì trách nhiệm pháp lý của các bên tham gia vào hoạt động bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là việc các chủ thể này cần phải có trách nhiệm thực hiện đúng những gì đã cam kết, tuân thủ các quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu và đấu thầu mua sắm hàng hóa một cách chủ động và tích cực.

Theo nghĩa tiêu cực, trách nhiệm pháp lý của các bên khi tham gia bảo đảm dự thầu mua sắm hàng hóa đặt ra khi một trong các bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ, vi phạm pháp luật. Căn cứ vào tính chất, đặc điểm, nội dung của các quan hệ pháp luật mà có hành vi vi phạm thì trách nhiệm pháp lý được chia thành: trách nhiệm hình sự, trách nhiệm dân sự, trách nhiệm hành chính, trách nhiệm kỷ luật. Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là quan hệ pháp luật mà các bên thực hiện việc mua sắm hàng tiền Ngân sách nhà nước sử dụng phương pháp đấu thầu nên bảo đảm dự thầu vừa có tính hành chính vừa có tính dân sự. Vì vậy, trách nhiệm pháp lý của các bên trong quan hệ bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa bao gồm cả trách nhiệm hình sự, dân sự, trách nhiệm hành chính và kỷ luật.

1.3. Kinh nghiệm quốc tế về pháp luật bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa

1.3.1. Hiệp định mua sắm Chính phủ trong WTO – GPA

Hiệp định mua sắm chính phủ của WTO – GPA là một hiệp định quan trọng của WTO, hiệp định áp dụng đối với toàn bộ các quy định liên quan tới mua sắm chính phủ (mua sắm hàng hóa theo Luật Đấu thầu) của các nước thành viên tham gia Hiệp định. Mua sắm chính phủ là một nội dung mà chưa được đề cập trong bất cứ hiệp định thương mại tự do nào Việt Nam tham gia. Với tính chất không bắt buộc đối với các thành viên của WTO nên Việt Nam hiện tại đang tiếp cận hiệp định này với tư cách là một quan sát viên.

Nội dung chính của Hiệp định GPA tập trung vào việc xác định rõ nguyên tắc đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử, trong đó chú ý vào lợi ích tổng thể của việc tự do hóa mua sắm chính phủ. Đồng thời Hiệp định cũng quy định cụ thể về thủ tục, quy trình đấu thầu mua sắm công.

Về bảo đảm dự thầu, Hiệp định GPA không quy định chi tiết như Luật Đấu thầu của Việt Nam hiện nay mà quy định chung về việc nếu có bất cứ

một yêu cầu về bảo đảm tài chính thì bên mời thầu phải quy định cụ thể khi phát hành hồ sơ mời thầu. Theo Hiệp định việc thông báo về các điều kiện của nhà thầu nói chung cũng như điều kiện về bảo đảm tài chính nói riêng phải được thông báo công khai trong một thời gian thích hợp để cho các nhà thầu quan tâm bắt đầu tiến hành. Đặc biệt, phù hợp với nguyên tắc đối xử quốc gia và đối xử tối huệ quốc nên Hiệp định còn nhấn mạnh “bảo lãnh tài chính, năng lực kỹ thuật và thương mại của nhà thầu, cũng như việc chứng minh năng lực của nhà thầu, sẽ không kém thuận lợi hơn đối với nhà thầu của các nước thành viên so với nhà thầu trong nước và sẽ không phân biệt đối xử giữa các nhà thầu của các nước thành viên” (Điều 8 Hiệp định GPA).

1.3.2. Hiệp định đối tác kinh tế xuyên Thái Bình Dương TPP

Hiệp định đối tác kinh tế xuyên Thái Bình Dương TPP là Hiệp định thương mại tự do mà gần đây nhất Việt Nam tham gia, nó được cho là hiệp định thương mại tự do thế hệ mới với kỳ vọng sẽ thiết lập một trật tự thương mại tự do chung cho các nước khu vực Châu Á - Thái Bình Dương, hỗ trợ thương mại, tăng cường thu hút đầu tư nước ngoài và thúc đẩy cải cách thể chế ở các nước thành viên. Phạm vi của hiệp định TPP rất rộng, bao gồm các vấn đề về Thuế quan; Dịch vụ; Đầu tư; Quyền sở hữu trí tuệ; Các yêu cầu về vệ sinh dịch tễ và rào cản kỹ thuật; Mua sắm công; Các vấn đề về lao động; Các vấn đề về môi trường và một số vấn đề khác.

Ở WTO, Hiệp định về mua sắm chính phủ không ràng buộc đối với mỗi quốc gia thành viên nên việc đấu thầu mua sắm, đặc biệt khi có liên quan đến yếu tố nước ngoài là một việc không hề dễ dàng. Với TPP, vấn đề đấu thầu mua sắm công đã được trở thành một chương để các quốc gia cùng đàm phán và có giá trị bắt buộc đối với mỗi thành viên. Những điểm đáng chú ý trong quy định về mua sắm chính phủ của Hiệp định TPP tập trung vào ba

vấn đề: phạm vi điều chỉnh, nguyên tắc chung và sự khuyến khích sử dụng giao tiếp điện tử.

Thứ nhất, về phạm vi điều chỉnh của hiệp định này bao gồm hoạt động “mua, thuê, thuê mua, hợp đồng xây dựng - vận hành - chuyển giao (BOT) và hợp đồng nhượng quyền công trình công cộng” (Điều 15.2 Hiệp định TPP) với những điều kiện cụ thể được quy định tại Phụ lục của Hiệp định bao gồm: ngưỡng giá gói thầu; danh sách các cơ quan chính phủ; danh sách hàng hóa, dịch vụ, dịch vụ xây lắp và các loại trừ chung.

Thứ hai, về nguyên tắc chung, Hiệp định TPP quy định các quốc gia thành viên phải tuân thủ triệt để nguyên tắc đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử. Đồng thời, các cơ quan chính phủ thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định không được thực hiện “biện pháp bù trừ” ở bất kỳ giai đoạn nào của hoạt động mua sắm.

Thứ ba, về sự khuyến khích sử dụng giao tiếp điện tử, các bên ký kết được yêu cầu sử dụng các phương tiện điện tử trong quá trình truyền đạt thông tin, cung cấp tài liệu đấu thầu và nhận tài liệu đấu thầu. Với quy định này, Hiệp định TPP sẽ tạo ra cơ hội thương mại công bằng, bình đẳng cho các nhà cung cấp ở tất cả các quốc gia tham gia ký kết Hiệp định từ giai đoạn tiếp cận thông tin mời thầu cho đến khi hoàn tất nộp Hồ sơ dự thầu theo đúng quy định của cơ quan mua sắm.

Hiệp định TPP không quy định cụ thể về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa nhưng với những nguyên tắc trên ta thấy vấn đề khó khăn của của đấu thầu mua sắm hàng hóa nói chung đó chính là tính chuyên nghiệp và có hệ thống của hoạt động đấu thầu ở Việt Nam đang còn chậm so với sự phát triển của khu vực. Hệ thống quy phạm pháp luật, các điều kiện khoa học kỹ thuật của nước ta vẫn còn hạn chế như: hệ thống đấu thầu qua mạng vẫn chưa được hoàn thiện; Hoạt động quảng bá thông tin đấu thầu vẫn

chưa được nhiều đơn vị biết đến; Thiếu cơ chế rõ ràng để xử lý tranh chấp về đấu thầu; Thiếu hướng dẫn rõ ràng và chi tiết việc thực hiện triển khai việc đấu thầu; Chưa có cơ quan chuyên trách về tổ chức hoạt động đấu thầu mua sắm hàng hóa. Vì vậy, cần phải hoàn thiện hơn nữa pháp luật đấu thầu để phù hợp với các sân chơi quốc tế mà Việt Nam tham gia.

Kết luận Chương 1

Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa được hiểu là việc Bên dự thầu thực hiện một trong các biện pháp bảo đảm đặt cọc, ký quỹ, bảo lãnh để bảo đảm thực hiện trách nhiệm dự thầu của mình đối với Bên mời thầu. Có thể thấy quan hệ bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là quan hệ pháp luật vừa mang tính chất dân sự như là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự vừa mang tính chất bắt buộc đối với Bên dự thầu khi tham gia vào quan hệ đấu thầu. Chính vì vậy, pháp luật về bảo đảm dự thầu bao gồm các nguyên tắc của của bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và nguyên tắc của đấu thầu. Quan hệ pháp luật về bảo đảm dự thầu có cấu trúc gồm các quy định chủ thể, phạm vi áp dụng, hình thức, giá trị, hiệu lực của bảo đảm dự thầu. Ngoài ra, khi nghiên cứu pháp luật về bảo đảm dự thầu cũng cần phải lưu ý đến trách nhiệm pháp lý của các bên khi thực hiện bảo đảm dự thầu.

Trong giai đoạn hội nhập sâu của nước ta với các sân chơi thương mại lớn trên thế giới thì pháp luật về bảo đảm dự thầu nói riêng và đấu thầu mua sắm hàng hóa nói chung cần chú ý đến các nguồn pháp luật quốc tế có liên quan đặc biệt là các quy định của các Hiệp định mà chúng ta là nước thành viên như Hiệp định Mua sắm chính phủ trong WTO- GAP, Hiệp định đối tác kinh tế xuyên Thái Bình Dương – TPP.

Chương 2

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

2.1. Thực trạng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay

2.1.1. Chủ thể thực hiện bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay

Theo pháp luật đấu thầu Việt Nam hiện nay thì chủ thể thực hiện đấu thầu mua sắm hàng hóa bao gồm: Bên bảo đảm, bên nhận bảo đảm và bên thứ ba.

- **Bên bảo đảm: nhà thầu, nhà đầu tư**

Trong đấu thầu mua sắm nhà hóa thì nhà thầu, nhà đầu tư là cá nhân, tổ chức có năng lực cung cấp hàng hóa, muốn thông qua đấu thầu để giành quyền cung cấp hàng hóa. Theo khái niệm về đấu thầu mua sắm hàng hóa như đã phân tích ở Phần 1.1.1. thì tổ chức, cá nhân tham gia đấu thầu mua sắm hàng hóa phải là thương nhân.

Theo Luật thương mại *Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh* (Điều 6 Luật Thương mại 2005). Từ khái niệm này, có thể thấy thương nhân có những đặc điểm pháp lý sau:

- Chủ thể là thương nhân phải có hoạt động thương mại một cách độc lập. Theo quy định của Luật Thương mại thì hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Tuy nhiên, trên thực tế hoạt động thương mại thường có nhiều người tham gia vào như người làm công, nhân viên, người quản lý... nên pháp luật cũng quy định một đặc điểm nữa của thương nhân là hoạt động một cách độc lập. Hoạt

động độc lập có nghĩa là thực hiện hành vi thương mại một cách tự thân, nhân danh mình, vì lợi ích của bản thân mình và tự chịu trách nhiệm về hành vi thương mại của mình. Căn cứ vào quy định này thì Chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp không phải là thương nhân vì không có khả năng tham gia và chịu trách nhiệm độc lập trong các quan hệ pháp luật mà chỉ là đơn vị phụ thuộc của thương nhân.

- Thương nhân phải hoạt động thương mại thường xuyên, mang tính chất nghề nghiệp: Điều này có nghĩa là thương nhân, khi tham gia hoạt động thương mại thì phải thực hiện hoạt động này thường xuyên, nguồn lợi kiếm được từ hoạt động thương mại là nguồn lợi chính, thu nhập chính cho bản thân, tổ chức mình.

- Thương nhân phải có đăng ký kinh doanh: Quy định này như một yêu cầu bắt buộc đối với cá nhân, tổ chức muốn trở thành thương nhân.

Ngoài đáp ứng các quy định về thương nhân thì Bên bảo đảm trong quan hệ pháp luật bảo đảm dự thầu còn cần phải đáp ứng được những điều kiện về nhà thầu, nhà đầu tư theo pháp luật về đấu thầu. Hiện nay, Luật Đấu thầu 2013 không quy định cụ thể về khái niệm nhà thầu, nhà đầu tư mà chỉ quy định về tư cách hợp lệ của nhà thầu, nhà đầu tư.

- Theo Khoản 1 Điều 5 Luật Đấu thầu 2013 các tổ chức muốn có tư cách hợp lệ trở thành nhà thầu, nhà đầu tư thì phải đáp ứng được những điều kiện sau:

“a) Có đăng ký thành lập, hoạt động do cơ quan có thẩm quyền của nước mà nhà thầu, nhà đầu tư đang hoạt động cấp;

b) Hạch toán tài chính độc lập;

c) Không đang trong quá trình giải thể; không bị kết luận đang lâm vào tình trạng phá sản hoặc nợ không có khả năng chi trả theo quy định của pháp luật;

d) Đã đăng ký trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia;

đ) Bảo đảm cạnh tranh trong đấu thầu theo quy định tại Điều 6 của Luật này;

e) Không đang trong thời gian bị cấm tham dự thầu;

g) Có tên trong danh sách ngăn đối với trường hợp đã lựa chọn được danh sách ngăn;

h) Phải liên danh với nhà thầu trong nước hoặc sử dụng nhà thầu phụ trong nước đối với nhà thầu nước ngoài khi tham dự thầu quốc tế tại Việt Nam, trừ trường hợp nhà thầu trong nước không đủ năng lực tham gia vào bất kỳ phần công việc nào của gói thầu.”

- Theo Khoản 2 Điều 5 Luật Đấu thầu 2013 các cá nhân muốn có tư cách hợp lệ trở thành nhà thầu, nhà đầu tư thì phải đáp ứng được những điều kiện sau:

“a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định pháp luật của nước mà cá nhân đó là công dân;

b) Có chứng chỉ chuyên môn phù hợp theo quy định của pháp luật;

c) Đăng ký hoạt động hợp pháp theo quy định của pháp luật;

d) Không đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự;

đ) Không đang trong thời gian bị cấm tham dự thầu”.

Điều kiện về đăng ký trên mạng đấu thầu quốc gia là điều kiện bắt buộc đối với tất cả các nhà thầu và nhà đầu tư kể từ ngày 01/7/2016. Quy định về đăng ký thông tin của nhà thầu, nhà đầu tư trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia được hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 07/2015/TTLT-BKHĐT-BTC ngày 8/9/2015 quy định chi tiết việc cung cấp, đăng tải thông tin về đấu thầu và lựa chọn nhà thầu qua mạng. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 37 của Thông tư này, bắt đầu từ ngày 1/7/2016, trước thời điểm đóng thầu 2 ngày làm việc, nhà thầu, nhà đầu tư chưa có xác nhận đăng ký thông tin trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia không được tham dự thầu đối với các gói thầu,

dự án có hình thức lựa chọn nhà thầu là đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chỉ định thầu, chào hàng cạnh tranh, mua sắm trực tiếp, tự thực hiện và lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư trong trường hợp đặc biệt.

- Nhà thầu liên danh

Trong trường hợp nhà thầu, nhà đầu tư không đủ kinh nghiệm, tiềm lực kinh tế và năng lực cạnh tranh thì họ sẽ hợp tác với các nhà thầu khác để cùng tham gia gọi là nhà thầu liên doanh. Khoản 3 Điều 5 Luật đấu thầu 2013 quy định:

"3. Nhà thầu, nhà đầu tư có tư cách hợp lệ theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này được tham dự thầu với tư cách độc lập hoặc liên danh; trường hợp liên danh phải có văn bản thỏa thuận giữa các thành viên, trong đó quy định rõ trách nhiệm của thành viên đứng đầu liên danh và trách nhiệm chung, trách nhiệm riêng của từng thành viên trong liên danh."

Trong đấu thầu nói chung, tư cách hợp lệ của nhà thầu liên danh được xác định khi từng thành viên của liên danh phải đảm bảo đủ yêu cầu theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 5 Luật đấu thầu 2013. Trong đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng thì nhà thầu liên danh phải đáp ứng cả những yêu cầu về thương nhân theo quy định tại Luật Thương mại. Ngoài ra, Luật đấu thầu 2013 cũng quy định các thành viên của nhà thầu liên danh đều là nhà thầu chính. Theo Khoản 35 Điều 4 Luật đấu thầu 2013 thì: *"Nhà thầu chính là nhà thầu chịu trách nhiệm tham dự thầu, đứng tên dự thầu và trực tiếp ký, thực hiện hợp đồng nếu được lựa chọn. Nhà thầu chính có thể là nhà thầu độc lập hoặc thành viên của nhà thầu liên danh."*

Như vậy, trong quan hệ bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa thì Bên bảo đảm chính là Bên dự thầu gồm các tổ chức, cá nhân đáp ứng được điều kiện của một thương nhân theo Luật Thương mại và có tư cách hợp lệ của nhà thầu, nhà đầu tư theo quy định của Luật Đấu thầu. Nhà thầu, nhà đầu tư có thể tham gia với tư cách là nhà thầu độc lập hoặc nhà thầu liên danh.

- **Bên nhận bảo đảm: bên mời thầu**

Quy định về Bên mời thầu theo Luật đấu thầu 2013 là một trong những quy định có sự điều chỉnh rõ rệt so với Luật Đấu thầu 2005. Cụ thể, Luật Đấu thầu 2005 chỉ đưa ra khái niệm về Bên mời thầu là “*Bên mời thầu là chủ đầu tư hoặc tổ chức chuyên môn có đủ năng lực và kinh nghiệm được chủ đầu tư sử dụng để tổ chức đấu thầu theo các quy định của pháp luật về đấu thầu*” (Khoản 10 Điều 4). Còn Khoản 3 Điều 4 Luật Đấu thầu mới lại quy định như sau:

“Bên mời thầu là cơ quan, tổ chức có chuyên môn và năng lực để thực hiện các hoạt động đấu thầu, bao gồm:

- a) Chủ đầu tư hoặc tổ chức do chủ đầu tư quyết định thành lập hoặc lựa chọn;*
- b) Đơn vị dự toán trực tiếp sử dụng nguồn vốn mua sắm thường xuyên;*
- c) Đơn vị mua sắm tập trung;*
- d) Cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc tổ chức trực thuộc do cơ quan nhà nước có thẩm quyền lựa chọn.”*

Như vậy, Quy định về Bên mời thầu theo luật mới đã cụ thể hóa các tổ chức nào là Bên mời thầu mà không dùng khái niệm khái quát. Có thể thấy Bên mời thầu có thể là nhiều cơ quan, tổ chức khác nhau, họ có thể là chủ sở hữu vốn hoặc người được giao quyền sử dụng vốn để mua sắm hàng hóa. Trong trường hợp bên mời thầu không đồng thời là chủ sở hữu vốn thì người sở hữu vốn thực sự cũng giữ vai trò chi phối nhất định đến gói thầu.

Tuy nhiên, khi nhắc đến pháp luật về Bên mời thầu không thể thiếu những quy định về những cá nhân, tổ chức chuyên gia, những người trực tiếp tham gia vào quá trình đấu thầu từ khi lập hồ sơ mời thầu đến khi lựa chọn được người trúng thầu, họ đóng một vai trò quan trọng để tìm ra được nhà thầu, nhà đầu tư nào xứng đáng nhất. Tuy nhiên Luật Đấu thầu 2013 đã không quy định về “*yêu cầu đối với bên mời thầu và tổ chức chuyên gia đấu thầu*” tại cùng một

quy định như quy định tại Điều 9 Luật Đấu thầu 2005 mà quy định về cá nhân tham gia hoạt động đấu thầu và tổ chuyên gia ở những điều luật riêng.

Theo Điều 16 Luật đấu thầu 2013 thì cá nhân tham gia hoạt động đấu thầu phải có điều kiện sau”

“1. Cá nhân tham gia hoạt động đấu thầu phải có chứng chỉ đào tạo về đấu thầu và có trình độ chuyên môn, năng lực, kinh nghiệm, ngoại ngữ phù hợp với yêu cầu của gói thầu, dự án, trừ cá nhân thuộc nhà thầu, nhà đầu tư.

2. Cá nhân tham gia trực tiếp vào việc lập hồ sơ mời quan tâm, hồ sơ mời sơ tuyển, hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu; đánh giá hồ sơ quan tâm, hồ sơ dự sơ tuyển, hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất thuộc tổ chức đấu thầu chuyên nghiệp, doanh nghiệp, đơn vị hoạt động tư vấn đấu thầu, ban quản lý dự án chuyên nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề hoạt động đấu thầu.”

Tổ chuyên gia được Khoản 43 Điều 4 Luật đấu thầu 2013 quy định như sau: *“Tổ chuyên gia gồm các cá nhân có năng lực, kinh nghiệm được bên mời thầu hoặc đơn vị tư vấn đấu thầu thành lập để đánh giá hồ sơ quan tâm, hồ sơ dự sơ tuyển, hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất và thực hiện các nhiệm vụ khác trong quá trình lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư”*.

Luật Đấu thầu 2013 không quy định chi tiết yêu cầu về Tổ chuyên gia và thành viên của tổ chuyên gia mà điều này được quy định tại Điều 116 Nghị định Số 63/2014/NĐ-CP như sau:

“ 1. Cá nhân tham gia tổ chuyên gia phải có chứng chỉ hành nghề hoạt động đấu thầu, trừ cá nhân quy định tại Khoản 3 và Khoản 4 Điều này.

2. Tùy theo tính chất và mức độ phức tạp của gói thầu, thành phần tổ chuyên gia bao gồm các chuyên gia về lĩnh vực kỹ thuật, tài chính, thương mại, hành chính, pháp lý và các lĩnh vực có liên quan.

3. Cá nhân không thuộc quy định tại Khoản 2 Điều 16 của Luật Đấu thầu, khi tham gia tổ chuyên gia phải đáp ứng các điều kiện sau đây:

- a) Có chứng chỉ đào tạo về đấu thầu;
- b) Có trình độ chuyên môn liên quan đến gói thầu;
- c) Am hiểu các nội dung cụ thể tương ứng của gói thầu;
- d) Có tối thiểu 03 năm công tác trong lĩnh vực liên quan đến nội dung kinh tế, kỹ thuật của gói thầu.

4. Trong trường hợp đặc biệt cần có ý kiến của các chuyên gia chuyên ngành thì không bắt buộc các chuyên gia này phải có chứng chỉ đào tạo về đấu thầu.”

Như vậy, pháp luật đã quy định khá đầy đủ về chi tiết về Bên mời thầu (Bên nhận bảo đảm) đồng thời cũng quy định về những cá nhân, tổ chuyên gia, những người trực tiếp tham gia vào quá trình đấu thầu.

- **Bên thứ ba**

Bên thứ ba trong bảo đảm dự thầu xuất hiện khi nhà thầu, nhà đầu tư nộp bảo đảm dự thầu bằng biện pháp bảo lãnh. Biện pháp bảo lãnh không phải là biện pháp bảo đảm bằng tài sản của nhà thầu, nhà đầu tư mà là biện pháp bảo đảm bằng hành vi của Bên thứ ba là bên bảo lãnh nên vai trò của bên thứ ba trong quan hệ bảo lãnh dự thầu rất quan trọng.

Theo Khoản 1 Điều 4 Luật đấu thầu 2013 thì Bên thứ ba trong quan hệ bảo lãnh là *các tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam*”.

- Tổ chức tín dụng được quy định tại Điều 4 Luật các tổ chức tín dụng Số 47/2010/QH12 ngày 16 tháng 6 năm 2010 như sau: *“Tổ chức tín dụng là doanh nghiệp thực hiện một, một số hoặc tất cả các hoạt động ngân hàng. Tổ chức tín dụng bao gồm ngân hàng, tổ chức tín dụng phi ngân hàng, tổ chức tài chính vi mô và quỹ tín dụng nhân dân*”. Trong đó:

+ *Ngân hàng* là loại hình tổ chức tín dụng có thể được thực hiện tất cả các hoạt động ngân hàng theo quy định của Luật các tổ chức tín dụng. Theo

tính chất và mục tiêu hoạt động, các loại hình ngân hàng bao gồm ngân hàng thương mại, ngân hàng chính sách, ngân hàng hợp tác xã.

+ *Tổ chức tín dụng phi ngân hàng* là loại hình tổ chức tín dụng được thực hiện một hoặc một số hoạt động ngân hàng theo quy định của Luật các tổ chức tín dụng, trừ các hoạt động nhận tiền gửi của cá nhân và cung ứng các dịch vụ thanh toán qua tài khoản của khách hàng. Tổ chức tín dụng phi ngân hàng bao gồm công ty tài chính, công ty cho thuê tài chính và các tổ chức tín dụng phi ngân hàng khác.

+ *Tổ chức tài chính vi mô* là loại hình tổ chức tín dụng chủ yếu thực hiện một số hoạt động ngân hàng nhằm đáp ứng nhu cầu của các cá nhân, hộ gia đình có thu nhập thấp và doanh nghiệp siêu nhỏ.

+ *Quỹ tín dụng nhân dân* là tổ chức tín dụng do các pháp nhân, cá nhân và hộ gia đình tự nguyện thành lập dưới hình thức hợp tác xã để thực hiện một số hoạt động ngân hàng theo quy định của Luật các tổ chức tín dụng và Luật hợp tác xã nhằm mục tiêu chủ yếu là tương trợ nhau phát triển sản xuất, kinh doanh và đời sống.

- Chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam được hiểu là “Chi nhánh ngân hàng nước ngoài”, là một chủ thể chính thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật các Tổ chức tín dụng 2010, và được định nghĩa tại Khoản 9 Điều 4 như sau: “*Chi nhánh ngân hàng nước ngoài là đơn vị phụ thuộc của ngân hàng nước ngoài, không có tư cách pháp nhân, được ngân hàng nước ngoài bảo đảm chịu trách nhiệm về mọi nghĩa vụ, cam kết của chi nhánh tại Việt Nam*”. Chi nhánh ngân hàng nước ngoài là đơn vị phụ thuộc của ngân hàng mẹ, không có tư cách pháp nhân, được ngân hàng mẹ bảo đảm chịu mọi trách nhiệm về mọi nghĩa vụ, cam kết của chi nhánh tại Việt Nam, được thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam.

2.1.2. Phạm vi áp dụng, hình thức, giá trị, hiệu lực của bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay

- **Phạm vi áp dụng bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa**

Phạm vi của bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa được Luật Đấu thầu 2014 quy định tại Khoản 1 Điều 1, theo đó đảm bảo dự thầu sẽ được áp dụng cho hình thức đấu thầu là: Đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế, chào hàng cạnh tranh.

- *Đấu thầu rộng rãi*

Đấu thầu rộng rãi là hình thức lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư trong đó không hạn chế số lượng nhà thầu, nhà đầu tư tham dự (Điều 20 Luật Đấu thầu 2014). Hình thức đấu thầu này có ưu điểm nổi bật là tính cạnh tranh trong đấu thầu cao, hạn chế tiêu cực trong đấu thầu, kích thích các nhà thầu phải thường xuyên nâng cao năng lực cạnh tranh, mang lại hiệu quả cao cho dự án.

- *Đấu thầu hạn chế*

Đấu thầu hạn chế được áp dụng trong trường hợp gói thầu có yêu cầu cao về kỹ thuật hoặc kỹ thuật có tính đặc thù mà chỉ có một số nhà thầu đáp ứng yêu cầu của gói thầu. (Điều 21 Luật Đấu thầu 2014). Hình thức đấu thầu này chỉ được xem xét áp dụng khi có một trong các điều kiện sau:

- + Chỉ có một số nhà thầu có khả năng đáp ứng được các yêu cầu của hồ sơ mời thầu;
- + Các nguồn vốn sử dụng yêu cầu phải đấu thầu hạn chế;
- + Do tình hình cụ thể của đấu thầu mà việc đấu thầu hạn chế sẽ mang lại nhiều lợi ích. Ví dụ như với những dự án mà các nhà thầu địa phương có khả năng đáp ứng thì chủ đầu tư sẽ giới hạn phạm vi tham gia là các nhà thầu địa phương nhằm mục đích giảm đáng kể các khoản chi phí không cần thiết

có liên quan đến vận chuyển và công tác bảo trì, bảo dưỡng, duy trì hoạt động sau này.

- Chào hàng cạnh tranh

Trong đấu thầu mua sắm hàng hóa, chào hàng cạnh tranh được áp dụng trong trường hợp là “*gói thầu mua sắm hàng hóa thông dụng, sẵn có trên thị trường với đặc tính kỹ thuật được tiêu chuẩn hóa và tương đương nhau về chất lượng*”(Khoản 2 Điều 23 Luật đấu thầu 2014). Chào hàng cạnh tranh được thực hiện khi đáp ứng đủ các điều kiện sau đây: Có kế hoạch lựa chọn nhà thầu được phê duyệt; Có dự toán được phê duyệt theo quy định; Đã được bố trí vốn theo yêu cầu tiến độ thực hiện gói thầu.

Điều 57 Nghị định Số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu có quy định về *Phạm vi áp dụng chào hàng cạnh tranh như sau:*

“1. Chào hàng cạnh tranh theo quy trình thông thường áp dụng đối với gói thầu quy định tại Khoản 1 Điều 23 của Luật Đấu thầu có giá trị không quá 05 tỷ đồng.

2. Chào hàng cạnh tranh theo quy trình rút gọn áp dụng đối với gói thầu quy định tại Điểm a Khoản 1 Điều 23 của Luật Đấu thầu có giá trị không quá 500 triệu đồng, gói thầu quy định tại Điểm b và Điểm c Khoản 1 Điều 23 của Luật Đấu thầu có giá trị không quá 01 tỷ đồng, gói thầu đối với mua sắm thường xuyên có giá trị không quá 200 triệu đồng.”

Quy định về bảo đảm dự thầu được áp dụng cho hình thức chào hàng cạnh tranh là một quy định mới của Luật đấu thầu 2013. Trong thực tiễn áp dụng Luật đấu thầu 2005 hình thức chào hàng cạnh tranh do hàng hóa cung cấp là thông dụng, sẵn có trên thị trường, gói thầu có giá trị không lớn (nhỏ hơn hai tỷ đồng), hàng hóa thông dụng thì giá cả thường ít chênh nhau nên sự rủi ro trong việc cung cấp hàng hóa và thiệt hại (nếu có) xảy ra (khi Nhà thầu

trúng chào hàng không thực hiện ký Hợp đồng) là nhỏ nên trong Luật đấu thầu không yêu cầu Nhà thầu thực hiện biện pháp bảo đảm dự thầu. Tuy nhiên hiện tượng Nhà thầu trúng thầu thiếu trách nhiệm cố tình không tiến hành thương thảo, chậm chễ không ký hợp đồng hay không thực hiện đúng hợp đồng vẫn còn xảy ra. Chính vì vậy, khi Luật Đấu thầu và các văn bản hướng dẫn thi hành mới quy định về phạm vi của chào hàng cạnh tranh được mở rộng thì cũng yêu cầu cần phải có sự bảo đảm của nhà thầu, nhà đầu tư trong quá trình đấu thầu.

- **Các hình thức của bảo đảm dự thầu**

Theo Luật Đấu thầu 2013, Bên mời thầu có thể lựa chọn các hình thức bảo đảm là: đặt cọc, ký quỹ hoặc bảo lãnh để buộc Bên dự thầu thực hiện trách nhiệm dự thầu.

- *Đặt cọc*

Điều 358 BLDS hiện hành quy định “*Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau đây gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng dân sự. Việc đặt cọc phải được lập thành văn bản*”.

Theo quy định của pháp luật dân sự hiện hành thì tài sản đặt cọc có thể là một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác, nhưng để tạo điều kiện thuận lợi cho nhà thầu và bảo đảm phù hợp với xu thế “thanh toán không tiền mặt”, trong Thông tư Số 05/2015/TT-BKHĐT quy định chi tiết về lập Hồ sơ mời thầu mua sắm hàng hóa đã hướng dẫn nhà thầu nộp bảo đảm dự thầu theo hình thức đặt cọc bằng séc, không yêu cầu nhà thầu nộp bằng tiền mặt. Đối với các gói thầu có giá trị nhỏ hơn, áp dụng chào hàng cạnh tranh thì Thông tư số 11/2015/TT-BKHĐT quy định chi tiết về lập HSYC chỉ định thầu, chào hàng cạnh tranh vẫn cho phép có thể căn cứ quy mô, tính chất của gói thầu để thực hiện bảo đảm dự thầu bằng tiền mặt, séc.

Để đảm bảo khả năng thanh toán séc được áp dụng, Luật các công cụ chuyển nhượng số 49/2005/QH11 và Quyết định số 30/2006/QĐ-NHNN ngày 11/7/2006 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ban hành Quy chế cung ứng và sử dụng séc quy định về “séc bảo chi” như sau: Đó là tờ séc được người bị ký phát xác nhận đảm bảo thanh toán khi tờ séc được xuất trình để thanh toán trong thời hạn xuất trình, trong đó, người bị ký phát là tổ chức có trách nhiệm thanh toán số tiền ghi trên séc theo lệnh của người ký phát (người lập và ký phát hành séc - nhà thầu) như ngân hàng, tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán... Hay nói cách khác, séc bảo chi là loại séc thanh toán được tổ chức cung ứng séc đảm bảo khả năng chi trả vì séc chỉ được bảo chi khi người ký phát có đủ tiền trên tài khoản để đảm bảo khả năng thanh toán cho tờ séc, hoặc nếu không đủ tiền trên tài khoản nhưng được người bị ký phát chấp thuận cho người ký phát thấu chi đến một hạn mức nhất định để bảo đảm khả năng thanh toán cho số tiền ghi trên tờ séc. Theo đó, trên tờ séc sẽ ghi rõ cụm từ “bảo chi”.

- Ký quỹ

Ký quỹ cũng là một biện pháp bảo đảm yêu cầu Bên bảo đảm (nhà thầu, nhà đầu tư) phải có tài sản bảo đảm. Khác với hình thức đặt cọc, ký quỹ không làm phát sinh quan hệ chuyển giao tài sản của bên bảo đảm cho bên nhận bảo đảm tại thời điểm phát sinh giao dịch ký quỹ. Theo Điều 360 BLDS 2005 thì “*Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong tỏa tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự*”.

Luật đấu thầu quy định hình thức bảo đảm ký quỹ có thể được áp dụng trong đấu thầu mua sắm hàng hóa nhưng tại Thông tư số: 05/2015/TT-BKHĐT quy định về Thiết lập hồ sơ mời thầu mua sắm hàng hóa thì bảo đảm dự thầu bằng ký quỹ không được nhắc đến. Cụ thể, tại Mục 19 Phần 1 Thông

tư 05 quy định “*Khi tham dự thầu, nhà thầu phải thực hiện biện pháp bảo đảm dự thầu trước thời điểm đóng thầu theo hình thức thư bảo lãnh do ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng hoạt động hợp pháp tại Việt Nam phát hành hoặc đặt cọc bằng Séc (đối với trường hợp đặt cọc)*”.

Như vậy, hình thức bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa được quy định trong Luật Đấu thầu nhưng trong Thông tư hướng dẫn cụ thể về lập hồ sơ mời thầu mua sắm hàng hóa thì Bên dự thầu không áp dụng biện pháp bảo đảm ký quỹ.

- Bảo lãnh

Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm dự thầu được áp dụng rất nhiều đặc biệt là thời gian gần đây việc đấu thầu qua mạng ngày càng được áp dụng rộng rãi thì bảo lãnh dự thầu càng trở nên phổ biến.

Bảo lãnh dùng trong bảo đảm dự thầu mua sắm hàng hóa là bảo lãnh của *tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam*. Căn cứ vào khái niệm về bảo lãnh ngân hàng mà Luật các tổ chức tín dụng Số 47/2010/QH12 thì có thể hiểu bảo lãnh dự thầu là một loại bảo lãnh ngân hàng. Khoản 18 Điều 4 luật này có quy định như sau:

“Bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó tổ chức tín dụng cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết; khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho tổ chức tín dụng theo thỏa thuận”.

Cụ thể hóa nội dung này, Thông tư số: 07/2015/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng thì lại quy định *“Bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên*

nhận bảo lãnh; bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh” (Khoản 1 Điều 3).

Thông tư số: 07/2016/TT-BKHĐT quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu để thực hiện lựa chọn nhà thầu trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia đã hướng dẫn việc áp dụng bảo đảm dự thầu, theo đó hình thức bảo đảm dự thầu được chỉ định áp dụng là hình thức bảo lãnh. Điều 9 Thông tư 07/2016/TT-BKHĐT đã quy định:

“1. Bảo đảm dự thầu đối với đấu thầu qua mạng được thực hiện theo hình thức thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng hoạt động hợp pháp tại Việt Nam.

2. Đối với những tổ chức tín dụng đã kết nối với Hệ thống, nhà thầu thực hiện bảo lãnh dự thầu qua mạng.

3. Đối với tổ chức tín dụng chưa có kết nối đến Hệ thống, nhà thầu quét (scan) thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng và đính kèm khi nộp hồ sơ dự thầu qua mạng. Nhà thầu được mời vào thương thảo hợp đồng phải nộp bản gốc thư bảo lãnh cho Bên mời thầu”

Về hình thức của thư bảo lãnh, Điều 362 BLDS 2005 có quy định như sau: *“Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công chứng hoặc chứng thực”*. Khoản d Điều 18 Nghị định Số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu cũng có quy định về thư bảo lãnh của ngân hàng như sau: *“Đối với trường hợp quy định bảo đảm dự thầu theo hình thức nộp thư bảo lãnh thì thư bảo lãnh phải được đại diện hợp pháp của tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài được thành lập theo pháp luật Việt Nam ký tên với giá trị và thời hạn hiệu lực, đơn vị thụ hưởng theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu”*.

Như vậy, trong đấu thầu mua sắm hàng hóa hình thức bảo đảm dự thầu bằng bảo lãnh là một hình thức bảo lãnh được áp dụng nhiều so với hai hình thức đặt cọc và ký quỹ chính vì các quy định của pháp luật về bảo lãnh dự thầu cũng khá đầy đủ và chi tiết.

- **Giá trị của bảo đảm dự thầu**

Giá trị bảo đảm dự thầu là một trong những quy định được sửa đổi so với Luật Đấu thầu 2005. Theo luật đấu thầu cũ, giá trị của đảm bảo dự thầu không quy định mức tối thiểu mà chỉ căn cứ mức tối đa là không vượt quá 3% giá gói thầu được duyệt. Luật Đấu thầu 2013 đã có sửa đổi để phù hợp hơn với tình hình thực tế và thông lệ quốc tế như sau:

“a) Đối với lựa chọn nhà thầu, giá trị bảo đảm dự thầu được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu theo một mức xác định từ 1% đến 3% giá gói thầu căn cứ quy mô và tính chất của từng gói thầu cụ thể;

b) Đối với lựa chọn nhà đầu tư, giá trị bảo đảm dự thầu được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu theo một mức xác định từ 0,5% đến 1,5% tổng mức đầu tư căn cứ vào quy mô và tính chất của từng dự án cụ thể”.

Trong trường hợp liên danh tham dự thầu Luật đấu thầu có quy định từng thành viên trong liên danh có thể thực hiện bảo đảm dự thầu riêng rẽ hoặc thỏa thuận để một thành viên chịu trách nhiệm thực hiện bảo đảm dự thầu cho thành viên đó và cho thành viên khác trong liên danh. Tổng giá trị của bảo đảm dự thầu không thấp hơn giá trị yêu cầu trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu.

Ngoài ra, Nghị định Số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu còn quy định về giá trị của bảo đảm dự thầu đối với những gói thầu có quy mô nhỏ. Theo đó, gói thầu mua sắm hàng hóa có giá trị gói thầu không quá mười tỷ đồng thì bảo đảm dự thầu có giá trị từ 1% đến 1,5% giá gói thầu.

Trường hợp liên danh nhà thầu thì giá trị của bảo đảm dự thầu được quy định theo hai cách sau: Từng thành viên trong liên danh sẽ thực hiện riêng rẽ bảo đảm dự thầu nhưng bảo đảm tổng giá trị không thấp hơn mức yêu cầu quy định tại Bảng dữ liệu đấu thầu; Hoặc: Các thành viên trong liên danh thỏa thuận để một thành viên chịu trách nhiệm thực hiện biện pháp bảo đảm dự thầu cho thành viên liên danh đó và cho thành viên khác trong liên danh thì phải bảo đảm tổng giá trị không thấp hơn mức yêu cầu quy định tại Bảng dữ liệu đấu thầu.

- **Thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu**

Theo quy định tại Khoản 4 Điều 11 Luật đấu thầu thì *“Thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu bằng thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất cộng thêm 30 ngày”*.

Như vậy, để xác định thời gian hiệu lực của bảo đảm dự thầu cần biết thời gian hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất. Khái niệm về thời gian có hiệu lực của hồ sơ mời thầu được quy định tại Khoản 4 Điều 4 Luật Đấu thầu 2014 như sau: *“Thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất là số ngày được quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu và được tính kể từ ngày có thời điểm đóng thầu đến ngày cuối cùng có hiệu lực theo quy định trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu. Từ thời điểm đóng thầu đến hết 24 giờ của ngày đóng thầu được tính là 01 ngày.”* Pháp luật đấu thầu cũng quy định về thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu có tối đa là 180 ngày, kể từ ngày có thời điểm đóng thầu. Nếu gói thầu có quy mô lớn, phức tạp, gói thầu đấu thầu theo phương thức hai giai đoạn, thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu tối đa là 210 ngày, kể từ ngày có thời điểm đóng thầu (Theo Điều 12 Luật Đấu thầu 2013).

Trường hợp cần thiết, có thể yêu cầu gia hạn thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất và phải bảo đảm tiến độ dự án. Tuy nhiên, vì hiệu lực của bảo đảm dự thầu có quan hệ chặt chẽ với hiệu lực của Hồ sơ dự

thầu, Hồ sơ đề xuất nên khi hiệu lực của Hồ sơ dự thầu được gia hạn thì bảo đảm dự thầu cũng phải được gia hạn. Khoản 5 Điều 11 Luật Đấu thầu quy định “*Trường hợp gia hạn thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sau thời điểm đóng thầu, bên mời thầu phải yêu cầu nhà thầu, nhà đầu tư gia hạn tương ứng thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu. Trong trường hợp này, nhà thầu, nhà đầu tư phải gia hạn tương ứng thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu và không được thay đổi nội dung trong hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất đã nộp. Trường hợp nhà thầu, nhà đầu tư từ chối gia hạn thì hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sẽ không còn giá trị và bị loại; bên mời thầu phải hoàn trả hoặc giải tỏa bảo đảm dự thầu cho nhà thầu, nhà đầu tư trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày bên mời thầu nhận được văn bản từ chối gia hạn*”.

2.1.3. Trách nhiệm pháp lý của các bên đối với thực hiện bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay

Trách nhiệm pháp lý là một khái niệm chung được sử dụng tại nhiều ngành luật khác nhau như luật dân sự, hình sự, hành chính. Về mặt khái niệm trách nhiệm pháp lý được hiểu là hậu quả pháp lý (sự trừng phạt) đối với chủ thể vi phạm pháp luật, thể hiện ở mối quan hệ đặc biệt giữa nhà nước với các chủ thể vi phạm pháp luật, được các quy phạm pháp luật xác lập và điều chỉnh, trong đó chủ thể vi phạm pháp luật phải chịu những hậu quả bất lợi, những biện pháp cưỡng chế được quy định ở chế tài các quy phạm pháp luật.

Theo Luật đấu thầu hiện hành các chủ thể tham gia phải tuân thủ các quy định pháp luật về đấu thầu. Nếu thực hiện không đúng thì trách nhiệm pháp lý của chủ thể tham gia đấu thầu (trong đó bao gồm các chủ thể của hoạt động bảo đảm dự thầu) có thể bị xử lý theo Điều 90 Luật đấu thầu 2013 như sau: “*Tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về đấu thầu và quy định khác của pháp luật có liên quan thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ*

luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; trường hợp hành vi vi phạm pháp luật về đấu thầu gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật”. Khoản 2 của Điều 90 của luật này cũng quy định việc các tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật Đấu thầu có thể bị cấm tham gia hoạt động đấu thầu và bị đưa vào danh sách các nhà thầu vi phạm trên hệ thống mạng đấu thầu quốc gia.

Như vậy, theo Luật đấu thầu hiện hành các tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về đấu thầu nói chung hay pháp luật về bảo đảm dự thầu nói riêng có thể phải chịu những trách nhiệm pháp lý sau:

- *Xử lý kỷ luật.* Hình thức xử lý kỷ luật thường áp dụng cho các cá nhân có hành vi vi phạm nhẹ luật đấu thầu. Có nhiều hình thức kỷ luật tùy vào mức độ sai phạm của mỗi trường hợp như: khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, cách chức, giáng chức, buộc thôi việc.

- *Phạt vi phạm hành chính.* Hình thức xử phạt vi phạm hành chính được áp dụng đối với các cá nhân, tổ chức có hành vi vi phạm pháp luật đấu thầu ở mức độ nhẹ, gây hậu quả chưa nghiêm trọng, chưa đến mức phải truy cứu trách nhiệm hình sự. Chính phủ có quy định riêng về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đấu thầu tại Nghị định Số 155/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư, trong đó có hoạt động đấu thầu. Theo Nghị định này các hành vi vi phạm có thể kể đến là vi phạm các quy định về kế hoạch đấu thầu, hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu, tổ chức đấu thầu. Liên quan trực tiếp đến hoạt động bảo đảm dự thầu, Điều b Khoản 2 Điều 19 Nghị định Số 155/2013/NĐ-CP có quy định “*Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau: ... b) Không hoàn trả hoặc giải tỏa bảo đảm dự thầu cho nhà thầu theo quy định”.*

- Bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Theo Bộ luật hình sự Số 100/2015/QH13 thì từ ngày 01/7/2016, các hành vi vi phạm về đấu thầu có thể truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định tại Điều 222 như sau: “Người nào thực hiện một trong những hành vi sau đây, gây thiệt hại từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc dưới 100.000.000 đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

- a) Can thiệp trái pháp luật vào hoạt động đấu thầu;
- b) Thông thầu;
- c) Gian lận trong đấu thầu;
- d) Cản trở hoạt động đấu thầu;
- đ) Vi phạm quy định của pháp luật về bảo đảm công bằng, minh bạch trong hoạt động đấu thầu;
- e) Tổ chức lựa chọn nhà thầu khi nguồn vốn cho gói thầu chưa được xác định dẫn đến nợ đọng vốn của nhà thầu;
- g) Chuyển nhượng thầu trái phép.

2. Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 03 năm đến 12 năm:

- a) Vi vụ lợi;
- b) Có tổ chức;
- c) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn;
- d) Dùng thủ đoạn tinh vi, xảo quyệt;
- đ) Gây thiệt hại từ 300.000.000 đồng đến dưới 1.000.000.000 đồng.

3. Phạm tội gây thiệt hại 1.000.000.000 đồng trở lên, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 20 năm.

4. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm hoặc tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản.”

Trách nhiệm pháp lý của các bên đối với bảo đảm dự thầu được nêu ở trên được nhìn nhận từ góc độ của hoạt động đấu thầu mua sắm hàng hóa nói chung, tuy nhiên nhìn từ góc độ bảo đảm dự thầu là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (trách nhiệm dự thầu) của nhà thầu, thì bên bảo đảm còn phải có trách nhiệm dân sự nếu vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu. Cụ thể, Bên bảo đảm (nhà thầu, nhà đầu tư) sẽ không được trả lại tài sản bảo đảm trong các trường hợp sau:

- Nhà thầu, nhà đầu tư rút hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất sau thời điểm đóng thầu và trong thời gian có hiệu lực của hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất;

- Nhà thầu, nhà đầu tư vi phạm pháp luật về đấu thầu dẫn đến phải hủy thầu. Vi phạm pháp luật về đấu thầu được thể hiện ở việc có bằng chứng về việc đưa, nhận, môi giới hối lộ, thông thầu, gian lận, lợi dụng chức vụ, quyền hạn để can thiệp trái pháp luật vào hoạt động đấu thầu dẫn đến làm sai lệch kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư;

- Nhà thầu, nhà đầu tư không thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng. Theo quy định của pháp luật đấu thầu, nhà thầu, nhà đầu tư trúng thầu phải nộp bảo đảm thực hiện hợp đồng và sẽ được trả lại bảo đảm dự thầu, nếu không nộp bảo đảm thực hiện hợp đồng thì sẽ không được trả lại bảo đảm dự thầu;

- Nhà thầu không tiến hành hoặc từ chối tiến hành hoàn thiện hợp đồng trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo trúng thầu của bên mời thầu hoặc đã hoàn thiện hợp đồng nhưng từ chối ký hợp đồng, trừ trường hợp bất khả kháng;

- Nhà đầu tư không tiến hành hoặc từ chối tiến hành hoàn thiện hợp đồng trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo trúng thầu của bên mời thầu hoặc đã hoàn thiện hợp đồng nhưng từ chối ký hợp đồng, trừ trường hợp bất khả kháng.

2.2. Thực tiễn áp dụng pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa ở Việt Nam hiện nay

2.2.1. Thực trạng áp dụng các quy định về chủ thể thực hiện bảo đảm dự thầu

- **Về việc đăng ký thông tin trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia**

Trên cơ sở pháp luật Đấu thầu về điều kiện của nhà thầu, nhà đầu tư đã tạo nhiều thuận lợi cho các thương nhân muốn tham gia đấu thầu mua sắm hàng hóa một cách có hiệu quả tiết kiệm chi phí và thời gian qua công cụ Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia (HTMĐTQG). Qua các quy định về HTMĐTQG, hiện nay đã có có nhiều nhà thầu, nhà đầu tư đăng ký tham gia. Theo Báo đấu thầu đưa tin thì tính đến thời điểm cuối ngày 7/6/2016, đã có 14.473 nhà thầu đăng ký thành công trên Hệ thống. Trong đó, tại Hà Nội có 5.506 nhà thầu, Thành phố Hồ Chí Minh có 2.649 nhà thầu, Hải Phòng là 253 nhà thầu, Đà Nẵng là 474 nhà thầu, Cần Thơ là 132 nhà thầu. An Giang (chỉ có 37 nhà thầu đăng ký); Bắc Kạn (27 nhà thầu); Bình Phước (22 nhà thầu); Cao Bằng (34 nhà thầu); Đắk Nông (18 nhà thầu); Hòa Bình (26 nhà thầu); Sóc Trăng (19 nhà thầu)...[32].

Theo số liệu trên cho thấy việc đăng ký nhà thầu thầu trên mạng đấu thầu quốc gia trước hết có thể giúp Nhà nước dễ quản lý hơn trong việc đấu thầu mua sắm hàng hóa mặt khác có thể giúp các nhà thầu, nhà đầu tư có cơ hội cạnh tranh lành mạnh và công bằng khi mọi thông tin đều được đăng tải trên mạng. Tuy nhiên, nhìn vào số liệu trên cũng cho thấy sự chênh lệch rất lớn về số lượng nhà thầu ở các thành phố lớn và nhà thầu ở những địa khác. Có thể là do đó là những địa phương ở vùng sâu, vùng xa nên số lượng nhà thầu biết và thực hiện đăng ký qua mạng còn ít. Vì vậy có thể số liệu các nhà thầu thực tế ở một số địa phương còn chưa chính xác.

Việc đấu thầu là quá trình tương tác giữa hai bên Bên mời thầu và Bên dự thầu, chính vì vậy việc các Bên mời thầu cũng phải tham gia đấu thầu qua mạng là điều cần thiết. Tuy nhiên, tính đến đầu tháng 3 năm 2016 nhiều đơn vị với tư cách là Bên mời thầu như các Bộ, ngành, địa phương, tập đoàn và tổng công ty nhà nước vẫn chưa thực hiện áp dụng đấu thầu qua mạng. Cụ thể: “Bộ Tài chính, Bộ Công Thương, Bộ Ngoại giao, Bộ Quốc phòng, Bộ Tư pháp, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Tài nguyên và Môi trường, Tổng công ty Công nghiệp tàu thủy, Tập đoàn Công nghiệp cao su Việt Nam, Tổng công ty Công nghiệp xi măng Việt Nam, Tập đoàn Viễn thông quân đội Việt Nam... đều khẳng định trong báo cáo công tác đấu thầu năm 2015 là chưa triển khai áp dụng đấu thầu qua mạng” [37]. Có nhiều lý do để các đơn vị này đưa ra trong việc chậm thực hiện việc đấu thầu qua mạng như tiêu chuẩn chất lượng hàng hóa chưa đáp ứng được đối với những gói thầu lớn, mua sắm hàng hóa có tiêu chuẩn kỹ thuật cao; việc áp dụng đấu thầu qua mạng còn mới nên vẫn cần thời gian để làm quen và áp dụng...

Thực trạng trên cho thấy thực hiện đấu thầu qua mạng là xu thế tất yếu nên việc Bên mời thầu và Bên dự thầu chậm trễ trong việc cập nhật thông tin và áp dụng nó có thể ảnh hưởng nhiều đến mục đích chung của đấu thầu trong đó có đấu thầu mua sắm hàng hóa là lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư có năng lực nhất một cách minh bạch. Việc Bên mời thầu và Bên dự thầu thống nhất áp dụng một cách thức đấu thầu truyền thống hay đấu thầu qua mạng ảnh hưởng trực tiếp đến việc áp dụng bảo đảm dự thầu như thế nào để phù hợp với từng cách thức đấu thầu. Vì vậy, các bên tham gia đấu thầu cần phải nhanh chóng thực hiện những quy định của pháp luật để đi đến thống nhất chung.

- **Cá nhân, tổ chuyên gia tham gia tổ chức lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư**

Căn cứ vào những quy định của pháp luật hiện hành về điều kiện đối với những cá nhân, tổ chuyên gia tham gia vào quá trình tổ chức lựa chọn nhà thầu, các đơn vị có tư cách là Bên mời thầu như các Bộ, ngành, địa phương, tập đoàn và tổng công ty nhà nước đã tuyển chọn vào đào tạo được đội ngũ cán bộ đấu thầu có chất lượng, chuyên gia về đấu thầu đang trở thành một nghề hoạt động mang tính đặc thù.

Các Báo cáo tình hình thực hiện công tác đấu thầu của các bộ, ngành, địa phương năm 2015 gửi Bộ Kế hoạch và Đầu tư của các đơn vị cho thấy, năng lực đội ngũ cán bộ tham gia hoạt động đấu thầu ngày càng được tăng cường. Đại diện Bộ Công Thương cho biết: “Về tổng thể, cán bộ tham gia hoạt động đấu thầu tại các đơn vị trực thuộc Bộ có đủ chứng chỉ đào tạo về đấu thầu, có trình độ chuyên môn, năng lực, kinh nghiệm phù hợp với yêu cầu của gói thầu, dự án đầu tư”. Báo cáo của Bộ Ngoại giao cũng cho thấy: “Cơ bản đội ngũ cán bộ tham gia công tác đấu thầu của đơn vị có đủ năng lực, trình độ, đáp ứng yêu cầu công việc trong hoạt động đấu thầu, nắm rõ và vận dụng tốt các quy định đấu thầu”. Sở Kế hoạch và Đầu tư Bình Thuận cho biết: “Hầu hết đội ngũ cán bộ tham gia hoạt động đấu thầu trên địa bàn đã tham gia các khóa học về đấu thầu và được cấp chứng chỉ”[34].

Các tập đoàn và tổng công ty nhà nước cũng có báo cáo rất khả quan về năng lực cán bộ đấu thầu như: Tập đoàn Bru chính Viễn thông Việt Nam khẳng định, tổng số cán bộ tham gia hoạt động đấu thầu tại các đơn vị trực thuộc là 870 người, tất cả đều có chứng chỉ tham gia khóa học về đấu thầu và thường xuyên học tập, nâng cao trình độ cũng như cập nhật các quy định mới; Tập đoàn Công nghiệp cao su Việt Nam cho biết, năm 2015, qua các cuộc khảo sát đánh giá về tình hình năng lực của đội ngũ cán bộ tham gia dự án đầu tư nói chung và đấu thầu nói riêng cho thấy nguồn nhân lực cơ bản đáp ứng yêu cầu được đề ra; Tập đoàn Điện lực Việt Nam cũng khẳng định, đội

ngũ cán bộ tham gia công tác đấu thầu của Tập đoàn có năng lực và chuyên môn cao[37].

Bên cạnh những thành tựu kể trên, nhiều Bộ, ngành, địa phương và các tập đoàn, công ty vẫn cho biết chất lượng công tác đấu thầu hiện tại vẫn chưa đạt hiệu quả cao, nguyên nhân một phần vì năng lực của Bên mời thầu còn nhiều hạn chế. Tổ chức, đơn vị giúp việc cho chủ đầu tư trong việc ra các quyết định trong đấu thầu, thẩm định hồ sơ dự thầu có năng lực còn chưa cao, chưa chuyên nghiệp gây ảnh hưởng đến việc lựa chọn được nhà thầu phù hợp. Một số tồn tại trên thực tế như:

- Năng lực của những cá nhân tham gia lựa chọn nhà thầu ở các đơn vị chưa đồng đều. Thông thường các cá nhân được phân công thực hiện công tác đấu thầu của Bên mời thầu mà có năng lực thường tập trung ở những đơn vị thường xuyên thực hiện các gói thầu mua sắm hàng hóa, các gói thầu cần tiêu chuẩn kỹ thuật cao còn ngược lại các tỉnh, huyện vùng sâu, vùng xa hay những đơn vị không thường xuyên thực hiện mua sắm hàng hóa thì năng lực của các cán bộ này còn hạn chế.

Ngay tại ở Hà Nội việc năng lực cán bộ tham gia đấu thầu không đồng đều cũng được Sở Kế hoạch và Đầu tư cho biết: “chất lượng một số cán bộ làm công tác đấu thầu còn chưa đồng đều giữa các quận, huyện; việc cập nhật những kiến thức mới liên quan đến pháp luật về đấu thầu còn chưa kịp thời, dẫn đến còn lúng túng trong quá trình tổ chức, thực hiện; một số ít cán bộ được cử đi học các lớp về đấu thầu, có chứng chỉ, tuy nhiên, do luân chuyển công tác nên chưa thực sự tham gia trực tiếp vào quá trình tổ chức thực hiện, dẫn đến lãng phí về thời gian, nguồn lực cán bộ về đấu thầu”[33]. Ở tỉnh Bình Thuận Sở Kế hoạch và Đầu tư cũng thẳng thắn chia sẻ, năng lực của đội ngũ cán bộ cấp xã còn yếu, chưa được đào tạo bài bản cũng như thiếu kinh nghiệm, khiến công tác đấu thầu còn không ít hạn chế.

- Mặt bằng chung năng lực của cá nhân tham gia lựa chọn nhà thầu trong cả nước còn yếu. Nhiều đơn vị còn cần đến sự hỗ trợ của những Bên tư vấn lập Hồ sơ mời thầu, Hồ sơ yêu cầu... Việc này không những dẫn đến việc tốn kém vì phải thuê các chuyên gia mà còn có thể ảnh hưởng đến sự công khai, minh bạch trong đấu thầu. Theo các báo cáo công tác đấu thầu của các Bộ, ngành, địa phương thì hầu hết đều có nhu cầu tăng cường năng lực của cán bộ đấu thầu. Ở một số địa phương vùng sâu, vùng xa còn xảy ra tình trạng thiếu chuyên về đấu thầu. Một số địa phương điển hình như: Tỉnh Sơn La, Sở Kế hoạch và Đầu tư tỉnh này cho biết, “qua theo dõi công tác thẩm định quá trình đấu thầu và qua các kết quả kiểm tra, thanh tra đã chỉ ra chất lượng một số cán bộ làm công tác đấu thầu chưa đáp ứng yêu cầu”[38]; Tỉnh Đắk Nông, Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh cho biết: “Cán bộ làm công tác đấu thầu của chủ đầu tư còn thiếu kinh nghiệm, nhất là việc lập hồ sơ mời thầu, đánh giá hồ sơ dự thầu, dù việc tổ chức các lớp bồi dưỡng nghiệp vụ đã được triển khai”[34].

Mặt khác, có thể thấy rằng tuy các cán bộ tham gia hoạt động lựa chọn nhà thầu nhà đầu tư đã có kiến thức cơ bản về đấu thầu nhưng lại thiếu kiến thức chuyên sâu về bảo đảm dự thầu. Khi có những tình huống vướng mắc các cán bộ chủ yếu tự đọc, thảo luận trên các diễn đàn hoặc hỏi các chuyên gia của Bộ kế hoạch và Đầu tư theo kiểu tự phát và riêng lẻ. Điều này thường dẫn đến rườ rôi trong việc xác định hiệu lực của bảo đảm dự thầu dẫn đến kết quả đấu thầu không chính xác, đôi khi còn gây hậu quả nghiêm trọng.

2.2.2. Thực trạng áp dụng các quy định pháp luật về Phạm vi áp dụng, hình thức, giá trị của bảo đảm dự thầu

- **Phạm vi áp dụng bảo đảm dự thầu**

Đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế và chào hàng cạnh tranh đều là những hình thức đấu thầu có thể được Bên mời thầu lựa chọn trong đấu thầu

mua sắm hàng hóa, tuy nhiên từng loại hình thức lựa chọn nhà thầu nhà đầu tư kể trên có thể có mức độ phổ biến khác nhau.

Theo tổng hợp của Bộ KH&ĐT, năm 2015, tổng số gói thầu thực hiện theo Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 trên cả nước là 153.955 gói thầu, với tổng giá gói thầu là 472.238,4 tỷ đồng và tổng giá trúng thầu là 435.115,831 đồng, tương ứng với giá trị chênh lệch giữa tổng giá gói thầu và tổng giá trúng thầu là 37.122,569 tỷ đồng, tương đương tỷ lệ tiết kiệm 7,86%. Đấu thầu rộng rãi có số lượng gói thầu là 21.734 gói thầu, tổng giá gói thầu là 298.850,869 tỷ đồng, tổng giá trúng thầu là 270.045,149 tỷ đồng, với tỷ lệ tiết kiệm cao nhất, đạt 9,64%, tương đương 28.805,72 tỷ đồng. Chào hàng cạnh tranh có số lượng gói thầu là 14.428 gói, tổng giá gói thầu là 30.591,759 tỷ đồng, tổng giá trúng thầu là 27.938,971 tỷ đồng với tỷ lệ tiết kiệm đứng thứ hai, đạt 9,37%. Chỉ định thầu có 105.472 gói thầu, tổng giá gói thầu là 99.539,736 tỷ đồng và tổng giá trúng thầu là 95.659,512 tỷ đồng với tỷ lệ tiết kiệm chỉ đạt 3,9%, tương đương 3.880,224 tỷ đồng. Các hình thức lựa chọn nhà thầu còn lại (đấu thầu hạn chế, mua sắm trực tiếp, tự thực hiện, mua sắm đặc biệt, tham gia thực hiện của cộng đồng) có tổng số gói thầu là 12.321 gói thầu, tổng giá gói thầu là 43.256 tỷ đồng và tổng giá trúng thầu 41.472 tỷ đồng, tỷ lệ tiết kiệm 4,12%, tương đương 1.783 tỷ đồng [39].

Như vậy, trong ba hình thức đấu thầu cần áp dụng bảo đảm dự thầu thì đấu thầu rộng rãi là hình thức được áp dụng nhiều nhất, sau đó đến chào hàng cạnh tranh và đấu thầu hạn chế. Điều này có thể do bản chất của từng hình thức đấu thầu khiến cho chúng có những ưu nhược điểm riêng, Bên mời thầu sẽ căn cứ vào đó để chọn ra hình thức đấu thầu phù hợp. Đấu thầu rộng rãi có ưu điểm lớn nhất là tạo ra được môi trường cạnh tranh giữa các Bên dự thầu và Bên mời thầu qua đó sẽ có cơ hội lựa chọn được nhà thầu tốt nhất các yêu cầu của mình tuy nhiên hình thức này khá tốn kém vì phải tiến hành duyệt

nhiều Hồ sơ dự thầu. Ngược lại với đấu thầu rộng rãi thì đấu thầu hạn chế do chỉ mời một số nhà thầu nên ít tốn kém hơn nhưng mức độ cạnh tranh lại giữa các Bên dự thầu lại giảm đi, do đó hậu quả của đấu thầu sẽ giảm theo. Chào hàng cạnh tranh được áp dụng với những gói thầu có quy mô nhỏ, các sản phẩm được chào hàng thường là các sản phẩm cụ thể nên nhiều gói thầu nhỏ nên chào hàng cạnh tranh là lựa chọn tốt nhất.

- **Hình thức của bảo đảm dự thầu**

Quy định của Luật Đấu thầu hiện hành có ba hình thức của bảo đảm dự thầu là đặt cọc, ký quỹ và bảo lãnh tuy nhiên khi căn cứ vào các văn bản hướng dẫn thi hành thì trên thực tế bảo đảm dự thầu hiện nay chỉ bao gồm bảo lãnh dự thầu và đặt cọc (phải bằng Séc). Xung đột pháp luật này có thể gây một số ý kiến trái chiều về việc áp dụng quy định nào thì trên thực tế việc áp dụng bảo lãnh dự thầu vẫn đang được áp dụng khá phổ biến. Xét trong bối cảnh của nước ta hiện nay quy định tại các văn bản hướng dẫn thi hành thành như vậy là hợp lý. Thứ nhất, Luật đấu thầu quy định các biện pháp bảo đảm dự thầu rất chung cho tất cả các gói thầu không chỉ gói thầu mua sắm hàng hóa nên không thể tránh khỏi có những quy định có thể dễ áp dụng đối với gói thầu này nhưng là khó áp dụng đối với gói thầu kia. Thứ hai, cùng với xu thế “thanh toán không tiền mặt”, và thực hiện đấu thầu qua mạng như hiện nay việc áp dụng bảo đảm dự thầu bằng biện pháp bảo lãnh và đặt cọc phải bằng Séc là hợp lý.

Hiện tại không có số liệu thống kê cụ thể vào về việc thực hiện các hình thức bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa, tuy nhiên căn cứ vào thông báo mời thầu được đăng trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia thì thực hiện bảo đảm dự thầu bằng *bảo lãnh dự thầu* đang là hình thức bảo đảm dự thầu được áp dụng phổ biến nhất.

Việc các văn bản pháp luật về đấu thầu có những quy định khác nhau về hình thức đấu thầu nên khi áp dụng trên thực tế, nhiều đơn vị chỉ “chăm chăm” đọc Luật Đấu thầu nên nhiều trường hợp Bên mời yêu cầu hình thức hồ sơ mời thầu không đúng quy định. Một số trường hợp cụ thể như:

Ngày 22/7/2017 Bệnh viện Ung bướu Đà Nẵng thông báo mời thầu gói thầu mua sắm hàng hóa quy mô nhỏ và nêu yêu cầu bảo đảm dự thầu bằng tiền mặt; Ngày 15/6/2016 Bệnh viện Đa khoa Trung ương Thái Nguyên đăng tải thông báo mời thầu gói thầu mua sắm hàng hóa, nêu hình thức bảo đảm dự thầu: “Bằng tiền mặt hoặc bảo lãnh qua ngân hàng;

Báo đấu thầu sau khi tiếp nhận và xử lý thông báo đã hướng dẫn các đơn vị trên như sau: “theo Thông tư 05/2015/TT-BKHĐT quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu mua sắm hàng hóa, khi tham dự thầu, nhà thầu phải thực hiện biện pháp bảo đảm dự thầu trước thời điểm đóng thầu theo hình thức thư bảo lãnh do ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng hoạt động hợp pháp tại Việt Nam phát hành hoặc đặt cọc bằng Séc (đối với trường hợp đặt cọc)”[40].

• Giá trị của bảo đảm dự thầu

Pháp luật quy định về giá trị của bảo đảm dự thầu khá đầy đủ và cụ thể trong Luật đấu thầu và các văn bản hướng dẫn thi hành, tuy nhiên trên thực tế áp dụng các quy định này Bên mời thầu thường xuyên mắc phải lỗi tính sai giá trị của bảo đảm dự thầu trong hồ sơ mời thầu. Báo đấu thầu (baodauthau.vn) là đơn vị tiếp nhận và xử lý các phiếu thông báo mời thầu, thông báo mời chào hàng đã liên tục đăng tải thông tin về việc Bên mời thầu tính sai giá trị của bảo đảm dự thầu.

Báo đấu thầu đã đưa tin một số trường hợp gần đây như: Ngày 25/12/2015 Công an tỉnh Bà Rịa, Vũng Tàu phát hành Hồ sơ mời thầu và thông báo mời thầu Gói thầu “Mua sắm cân kiểm tra tải trọng xách tay” với giá Gói thầu là 1.080.000.000 đồng và bảo đảm dự thầu là 50 triệu đồng. Đây

là gói thầu dưới mười tỷ, là gói thầu có quy mô nhỏ nên giá trị bảo đảm dự thầu áp dụng đối với gói thầu quy mô nhỏ được quy định chỉ từ 1% - 1,5% giá gói thầu. Như vậy, đơn vị này đã tính sai khi tăng giá trị bảo đảm dự thầu gấp đến ba lần so với quy định [41]; Ngày 12/7/2016 Ban quản lý dự án xây dựng Sở Chỉ huy Sư đoàn 309 có đăng ký thông báo mời chào hàng gói thầu mua sắm hàng hóa quy mô nhỏ, tuy nhiên lại nêu yêu cầu bảo đảm dự thầu vượt quá 1,5% giá gói thầu; Ngày 5/7/2016 Sở Y tế thành phố Cần Thơ có đăng ký thông báo mời chào hàng gói thầu mua sắm hàng hóa quy mô nhỏ, tuy nhiên lại nêu yêu cầu bảo đảm dự thầu vượt quá 1,5% giá gói thầu...

Việc nhiều bên mời thầu yêu cầu sai về bảo đảm dự thầu trong hồ sơ mời thầu và thông báo mời thầu không chỉ làm mất thời gian cho cơ quan thẩm định, mà còn gây thiệt hại cho chủ đầu tư. Đặc biệt, sai sót này gây ảnh hưởng đến thời gian lựa chọn nhà thầu, ảnh hưởng tới tiến độ thực hiện dự án. Đơn cử như trường hợp của Công an tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu, thời gian phát hành hồ sơ mời thầu từ ngày 25/12/2015 nhưng cũng vì phải sửa bảo đảm dự thầu, nên việc lựa chọn nhà thầu thực hiện gói thầu cho đơn vị này cũng bị lùi lại.

2.2.3. Thực trạng vi phạm các quy định về bảo đảm dự thầu

- **Lợi dụng các quy định về bảo đảm dự thầu để thông thầu**

Trong đấu thầu việc “dàn trận” để thông thầu là hành vi vi phạm pháp luật diễn ra khá phổ biến. Những hành vi thông thầu được biết đến như: “Trúng thầu lần lượt” (các doanh nghiệp tham gia ngầm thỏa thuận với nhau luân phiên được trúng thầu trong các dự án); “quân xanh - quân đỏ” (doanh nghiệp trúng thầu mời các doanh nghiệp khác tham gia bỏ thầu ở mức giá cao hơn, gói kỹ thuật không đáng để doanh nghiệp đó trúng thầu); “bỏ thầu” (doanh nghiệp tự loại mình ra khỏi cuộc đấu thầu); “thầu phụ” (ăn chia giữa một nhóm doanh nghiệp nhận gói thầu nhỏ hơn của gói thầu lớn và được

hưởng từ gói thầu lớn mang lại). Trong những hành vi thông thầu trên thì “bỏ thầu” là kiểu mà bảo đảm dự thầu dễ bị lợi dụng sơ hở của pháp luật nhất.

Theo quy định của pháp luật thì bảo đảm dự thầu là một yêu cầu không thể thiếu trong hồ sơ dự thầu vì vậy khi làm hồ sơ dự thầu các nhà thầu, nhà đầu tư mang trong mình “sứ mệnh” “quân xanh, quân đỏ” đã tự loại mình ra khỏi cuộc chơi bằng cách làm cho bảo đảm dự thầu của mình không hợp lệ. Những hành vi làm bảo đảm dự thầu không hợp lệ có thể kể đến như: cố tình không nộp bảo đảm dự thầu, nộp bảo đảm dự thầu có giá trị thấp hơn so với quy định trong hồ sơ mời thầu hoặc thời gian có hiệu lực của bảo đảm dự thầu không đúng theo yêu cầu...

Hiện nay, mặc dù chưa có trường hợp nào được kết luận là hành vi vi phạm pháp luật về đấu thầu thông qua bảo đảm dự thầu nhưng cũng đã có nhiều trường hợp đã làm dấy lên nhiều nghi vấn về gian lận. Một số trường hợp có thể kể đến như sau:

- Trường hợp 1: Ngày 30/9/2015 Tổng Công ty Cổ phần Nước sạch Vinaconex, Chủ đầu tư Dự án: Hệ thống cấp nước chuỗi đô thị Sơn Tây – Hòa Lạc – Xuân Mai – Miếu Môn – Hà Nội – Hà Đông giai đoạn 2, nâng công suất lên 600.000m³/ngđ đã tổ chức Lễ mở thầu Gói thầu: CCO-G09 Cung cấp ống Gang và Phụ kiện Tuyến ống truyền tải nước sạch dài 21 Km từ cọc 327 (Công viện phim) đến cọc 750 (Cầu chui dân sinh Km9+656). Tại thời điểm mở thầu có 04 nhà thầu đủ điều kiện tham dự, trong đó có 02 nhà thầu Trung Quốc, 01 nhà thầu Pháp, 01 nhà thầu là Liên danh Ấn Độ - Việt Nam. Tuy nhiên, sau khi xem hồ sơ dự thầu thì hai trong số bốn nhà thầu đã bị loại ngay vì *không có bảo đảm dự thầu*, đó là Công ty Hydrochina Corporation (Trung Quốc) và Công ty Saint - Gobain PAM (Pháp). Còn lại hai nhà thầu là Liên danh Jindal Saw – Newtaco (Ấn Độ - Việt Nam) và nhà thầu Công ty TNHH sản xuất ống gang dẻo Xinxing (Trung Quốc). Và cuối

cùng, trong cuộc “đấu tay đôi” với nhà thầu Trung Quốc sau đó, liên danh Liên danh Jindal Saw – Newtaco đã bị loại với lý do: "*Không có hợp đồng tương tự theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu*"[44]. Sau khi Tổng công ty Vinaconex đưa ra thông cáo báo chí ngày 21/3/2015 việc Nhà thầu Xinxing (Trung Quốc) thắng thầu các phương tiện truyền thông đưa tin và chỉ ra nhiều điểm nghi vấn trong quá trình đấu thầu thì đến ngày 25/4, Báo Đấu Thầu đã đưa tin: “CTCP Nước sạch Vinaconex (Viwasupco), chủ đầu tư Dự án nước sông Đà sẽ không ký hợp đồng gói thầu cung cấp ống gang dẻo với Công ty TNHH Sản xuất ống gang dẻo Xinxing của Trung Quốc”[42].

Hiện nay, vụ việc trên không có một kết luận cụ thể nào về quá trình đấu thầu có vi phạm pháp luật về đấu thầu hay không. Tuy nhiên các nghi vấn về việc các nhà thầu cố tình trượt thầu được những chuyên gia đưa ra và vẫn là câu hỏi lớn cần được giải đáp.

- Trường hợp 2:

“Theo Quyết định phê duyệt số 1664/QĐ-BGDĐT ngày 18/5/2016 của Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo thì Công ty TNHH Thương mại Đông Nam là nhà thầu trúng thầu Lô 1 và Lô 2 của Hợp đồng in và cung cấp bổ sung tài liệu hướng dẫn học Lớp 4 và Lớp 5 và hướng dẫn sử dụng tài liệu Lớp 4 và Lớp 5.

Bên mời thầu cho biết, Công ty TNHH In bao bì Hà Nội (địa chỉ tại Lô 37.5 Khu công nghiệp Quang Minh) có tham gia đấu thầu Lô 2 của Hợp đồng trên nhưng bị loại ngay ở “vòng ngoài” vì không nộp bảo lãnh dự thầu theo quy định của hồ sơ mời thầu”[43].

Những vụ việc trên chỉ là số ít trong nhiều vụ việc mà nghi vấn về việc nhà thầu cố tình trượt thầu vẫn chỉ là những câu hỏi chưa có lời giải đáp. Điều này cho thấy một thực tế rằng trên thực tế, có những hành vi vi phạm pháp

luật về đấu thầu nhưng mà pháp luật vẫn chưa có cơ chế để kiểm soát chặt chẽ, vì vậy cần có hướng điều chỉnh pháp luật về vấn đề này.

- **Làm giả bảo đảm dự thầu**

Theo pháp luật về đấu thầu mua sắm hàng hóa hiện hành thì bảo đảm dự thầu thường xuyên được thực hiện bằng séc hoặc bằng thư bảo lãnh chứ không được dùng tiền mặt như trước kia. Sự điều chỉnh này của pháp luật cho thấy nhiều ưu điểm, phù hợp với xu thế phát triển của xã hội. Tuy nhiên, séc hay bảo lãnh dự thầu là những giấy tờ có giá chính vì những giấy tờ này thường hay dễ bị làm giả. Việc làm giả séc, thư bảo lãnh để bảo đảm dự thầu là hành vi phạm tội không chỉ tồn tại trong đấu thầu mua sắm hàng hóa mà còn là vấn đề chung của đấu thầu. Có nhiều động cơ để những kẻ gian làm giả bảo đảm dự thầu nhưng hậu quả chung có thể thấy là nó gây thiệt hại lớn về tài chính cho các nhà đầu tư, làm thất thoát tài sản của Nhà nước. Có thể kể đến một số vụ việc gây hậu quả nghiêm trọng như:

- **Trường hợp 1:** Làm giả liên tiếp nhiều thư bảo lãnh của Ngân hàng để bảo đảm dự thầu.

Tại Cà Mau, sáng ngày 16/6/2015 TAND tỉnh Cà Mau đã ra xét xử xúc phạm vụ án làm giả con dấu, tài liệu của cơ quan, tổ chức đối với bị cáo Nguyễn Cẩm Nhung, nguyên Giám đốc Công ty TNHH Hưng Điền và chị ruột là bị cáo Nguyễn Thúy Sen nguyên kế toán Công ty Hưng Điền. Diễn biến vụ việc như sau:

“Tại Cà Mau, sáng 27/11, Thanh tra tỉnh này có kết luận về việc chấp hành chính sách, pháp luật của Nhà nước tại Sở Xây dựng giai đoạn 2008 - 2012. Qua gần 8 tháng tập trung, Đoàn thanh tra đã kiểm tra vai trò chủ đầu tư của Sở Xây dựng tại một số dự án trọng điểm của tỉnh, trong đó có dự án xây mới Trung tâm Hội nghị tỉnh, Bệnh viện Đa khoa tỉnh, khu hành chính và công trình công cộng cửa ngõ Đông Bắc TP Cà Mau...”

Qua đó, Thanh tra tỉnh Cà Mau đã phát hiện có đến 25 chứng thư thể hiện ông Nguyễn Minh Trí, Giám đốc Ngân hàng NN&PTNT – Chi nhánh huyện Trần Văn Thời, đã ký bảo lãnh cho Công ty TNHH Hưng Điền (trụ sở đặt tại thị trấn Trần Văn Thời, Cà Mau) tham gia dự thầu, thực hiện hợp đồng các công trình xây dựng do Sở Xây dựng làm chủ đầu tư với số tiền 4,7 tỷ đồng.

Thanh tra tỉnh Cà Mau đã tiến hành xác minh tại Ngân hàng NN&PTNT Chi nhánh huyện Trần Văn Thời. Kết quả hết sức bất ngờ khi đơn vị này khẳng định không hề phát hành chứng thư bảo lãnh cho Công ty TNHH Hưng Điền với số tiền kể trên. Ông Nguyễn Minh Trí khẳng định chữ ký trên các chứng thư không phải do ông ký.

Từ cơ sở này, Thanh tra tỉnh kết luận toàn bộ các chứng thư trên đều bị làm giả và được Công ty TNHH Hưng Điền sử dụng để tham gia dự thầu, thực hiện các công trình xây dựng do Sở Xây dựng làm chủ đầu tư.

Nguyên nhân có sự ưu ái này đơn giản là do ông Nguyễn Quốc Định, Giám đốc Sở Xây dựng đã có tình cảm cá nhân với Giám đốc Công ty TNHH Hưng Điền – bà Nguyễn Cẩm Nhung. Ông Định đã cho trúng thầu, chỉ định thầu nhiều công trình nhưng không có khả năng thi công... Và đây cũng là một trong những nguyên nhân khiến ông Định bị kỷ luật Đảng với hình thức cảnh cáo. Và cùng với nhiều sai phạm khác, Thanh tra tỉnh kiến nghị UBND tỉnh Cà Mau tiến hành kiểm điểm trách nhiệm, xử lý nghiêm minh ông Định.

Trước khi Thanh tra tỉnh ban hành kết luận này, cơ quan CSĐT Công an huyện Trần Văn Thời cũng đã kết thúc điều tra, chuyển VKSND cùng cấp đề nghị truy tố Nguyễn Thúy Sen (SN 1966, ngụ xóm 7, thị trấn Trần Văn Thời) - Kế toán của Công ty TNHH Hưng Điền về tội “làm giả con dấu, tài liệu của cơ quan, tổ chức”.

Theo cơ quan điều tra, vào ngày 15/1/2011, bà Nguyễn Cẩm Nhung, Giám đốc Công ty TNHH Hưng Điền (là em của bà Sen) ký Hợp đồng kinh tế số 02 với Công ty TNHH MTV Nhật Anh (trụ sở tại số 2, Phan Bội Châu, phường 7, TP Cà Mau) có giá trị hợp đồng hơn 1,7 tỷ đồng. Theo đó, Công ty TNHH MTV Nhật Anh sẽ cung cấp san lấp và bơm chuyển phục vụ thi công mặt bằng công trình gói thầu số 12 ô số 8 thuộc dự án đầu tư xây dựng hạ tầng kỹ thuật khu hành chính và công trình công cộng cửa ngõ Đông Bắc TP Cà Mau cho Công ty TNHH Hưng Điền.

Trước khi ký hợp đồng, Công ty TNHH MTV Nhật Anh yêu cầu Công ty TNHH Hưng Điền cung cấp chứng thư “Bảo đảm hợp đồng” do ngân hàng phát hành. Trước đề nghị trên, Sen nhiều lần tìm đến Ngân hàng NN&PTNT - Chi nhánh huyện Trần Văn Thời mua hồ sơ xin vay vốn nhưng ngân hàng không đồng ý. Vô tình nhặt được tờ giấy khổ A4, góc trái có ký hiệu logo của ngân hàng, phía dưới góc phải có đóng dấu tròn của Ngân hàng NN&PTNT - Chi nhánh huyện Trần Văn Thời tại phòng tín dụng, Sen nảy sinh ý định làm giả “Bảo đảm thực hiện hợp đồng”.

Ngày 17/1/2011, Sen soạn thảo nội dung trên in thử nhiều lần. Sau đó, Sen ký giả chữ ký của Giám đốc Chi nhánh Ngân hàng NN&PTNT trong tờ bảo đảm và đưa cho Nhung chuyển đến Công ty TNHH MTV Nhật Anh. Sen khai nhận do công ty không có năng lực tài chính nên đã giả mạo tờ bảo đảm trên...”[45].

- **Trường hợp 2:** Nhà thầu dùng thư bảo lãnh giả để bảo đảm dự thầu làm thất thoát 2 tỷ

Báo Công an thành phố Hồ Chí Minh số 3113 ngày 02/7/2016 đăng bài sau: “Chuyện khó tin ở Đắc Lắc: Sở Tài nguyên và Môi trường bị “lừa” hàng chục tỷ đồng” của tác giả Ngọc Hà. Nội dung liên quan đến bảo lãnh dự thầu như sau:

“Tháng 10-2012, UBND tỉnh giao Sở TN&MT làm chủ đầu tư công trình kè chống sạt lở bờ suối Krông Kmar (thị trấn Krông Kmar, huyện Krông Bông). Dự án được triển khai từ năm 2013 với tổng số tiền gần 160 tỷ đồng. Công trình được chia làm 4 gói thầu, trong đó Công ty CP Xây dựng công trình Sông Hậu (số 12, ngách 29/12 Khương Hạ mới, quận Thanh Xuân, Hà Nội) trúng gói thầu số 3 (đoạn Km2+00 – Km3+00) với tổng giá trị gần 20 tỷ đồng.

Tuy nhiên, trong thời gian tham gia đấu thầu, công ty này bảo đảm dự thầu bằng 2 chứng thư bảo lãnh của Ngân hàng TMCP Đầu tư và Phát triển Việt Nam (BIDV) Chi nhánh Hà Nội, số tiền 2 tỷ đồng theo quy định. Nhờ đó, sau khi ký hợp đồng số 09/2014 ngày 30-5-2014, Công ty Sông Hậu tạm ứng trước 2 tỷ đồng kinh phí xây dựng. Nhưng suốt hơn 1 năm, công ty này bỏ gói thầu, không tiến hành thi công. Trước việc này, tháng 7-2015, Sở TN&MT gửi 2 công văn đôn đốc Công ty Sông Hậu triển khai thi công nhưng công ty này vẫn không hợp tác.

Sau khi báo cáo và được sự đồng ý của UBND tỉnh, Sở TN&MT tiến hành chấm dứt hợp đồng với Công ty Sông Hậu và thay thế nhà thầu khác. Để thu hồi số tiền 2 tỷ đồng do Công ty Sông Hậu tạm ứng, ngày 18-8-2015, Sở này có văn bản gửi BIDV Chi nhánh Hà Nội đề nghị thu hồi tiền tạm ứng gói thầu số 3 theo 2 chứng thư bảo lãnh. Lúc này, Sở TN&MT mới “vỡ lẽ” khi BIDV Chi nhánh Hà Nội cho biết: “Hai chứng thư bảo lãnh hợp đồng của Công ty Sông Hậu giả mạo chữ ký và con dấu của ngân hàng nên không có giá trị thanh toán”[46].

Qua những vụ việc trên ta thấy, hành vi làm giả chứng thư bảo lãnh của ngân hàng nói riêng và hành vi làm giả những giấy tờ có giá khác (trong đó có Séc) để bảo đảm dự thầu là một hành vi hay được tội phạm sử dụng và nó thường gây thiệt hại lớn đến Ngân sách nhà nước. Đặc biệt, bảo đảm dự thầu giả khó có thể phát hiện được ngay tại thời điểm đánh giá hồ sơ dự thầu, chỉ

khi có vấn đề xảy ra thì mới phát hiện được. Điều này ngoài nguyên nhân khách quan xuất phát từ phía tội phạm thì một phần lớn nguyên nhân chủ quan xuất phát từ năng lực của nhà thầu còn yếu, không thể phát hiện sai phạm ngay từ khi kiểm tra hồ sơ dự thầu.

Kết luận Chương 2

Qua phân thực trạng về pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa theo pháp luật Việt Nam hiện nay nhìn chung cho ta thấy pháp luật về bảo đảm dự thầu theo Luật Đấu thầu 2013 có tiên bộ hơn so với Luật đấu thầu 2005. Các quy định mới phù hợp hơn với tình hình phát triển, hội nhập kinh tế của đất nước và đã cho thấy xu hướng bắt kịp với các quy định của pháp luật thế giới về bảo đảm dự thầu. Các quy định về chủ thể, phạm vi, phạm vi áp dụng, hình thức áp dụng, giá trị, hiệu lực của bảo đảm dự thầu và trách nhiệm pháp lý của các bên khi tham gia bảo đảm dự thầu đều được quy định khá đầy đủ và cụ thể trong Luật đấu thầu và các văn bản pháp luật có liên quan.

Các quy định hiện hành về bảo đảm dự thầu đã tạo hành lang pháp lý cho các bên tham gia trong quan hệ bảo đảm dự thầu và cũng đã đóng góp vào thành tựu của đấu thầu mua sắm hàng hóa, thực hiện tiết kiệm cho Ngân sách nhà nước. Tuy nhiên trong quá trình áp dụng những quy định về bảo đảm dự thầu cũng đã bộc lộ một số hạn chế, tình trạng vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu vẫn còn tồn tại gây ảnh hưởng không nhỏ đến kết quả đấu thầu, làm thất thoát tài sản của Nhà nước. Vì vậy nhu cầu đặt ra trước mắt là có những phương hướng, giải pháp để pháp luật về bảo đảm dự thầu ngày càng hoàn thiện.

Chương 3

PHƯƠNG HƯỚNG, GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO ĐẢM DỰ THẦU TRONG ĐẤU THẦU MUA SẮM HÀNG HÓA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

3.1. Phương hướng hoàn thiện

- *Hoàn thiện hệ thống các văn bản pháp luật về bảo đảm dự thầu*

Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa là quan hệ pháp luật vừa mang tính chất dân sự vừa là thủ tục bắt buộc Bên dự thầu phải đáp ứng theo yêu cầu của Bên mời thầu. Mặt khác, quan hệ pháp luật này còn liên quan đến nhiều chủ thể và cần phải áp dụng những văn bản pháp luật của những chuyên ngành khác nhau như: Luật Đấu thầu quy định về chung về đấu thầu và bảo đảm dự thầu; Bộ Luật Dân sự quy định về các hình thức bảo đảm; Luật các tổ chức tín dụng quy định về chủ thể là Bên bảo lãnh trong quan hệ bảo lãnh dự thầu, về bảo lãnh ngân hàng; Luật Thương mại quy định về đấu thầu mua sắm hàng hóa, thương nhân; Các nghị định về xử phạt hành chính trong việc xử lý sai phạm trong đấu thầu...

Việc phải áp dụng nhiều văn bản quy phạm pháp luật cho cho một quan hệ bảo đảm dự thầu thì việc xảy ra xung đột pháp luật là điều không thể tránh khỏi. Vì vậy, nhu cầu đặt ra trước hết là cần phải hoàn thiện các quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu một cách minh bạch, thống nhất, đáp ứng được một số tiêu chí như:

- *Các văn bản pháp luật phải có tính thống nhất và ổn định*

Như đã phân tích ở trên, hiện nay để các bên tham gia vào quan hệ bảo đảm dự thầu cần phải xem rất nhiều các văn bản quy phạm pháp luật, hơn nữa mỗi chuyên ngành luật thường có nhiều văn bản hướng dẫn thi hành quy định

chi tiết cho phù hợp với mỗi trường hợp cụ thể. Chính vì thế khi tiến hành soạn thảo và ban hành các văn bản pháp luật cần có lưu ý đến các quy định của các chuyên ngành có liên quan để tránh có những quy định chồng chéo, không thống nhất về cùng một sự việc. Bên cạnh đó, khi ban hành văn bản quy phạm pháp luật cần lưu ý đến các thông lệ quốc tế, trong khu vực và các hiệp định mà Việt Nam tham gia để chủ động thống nhất các văn bản pháp luật.

- *Tạo môi trường công bằng, bình đẳng và công khai, minh bạch*

Đấu thầu là một hình thức lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư trong sự cạnh tranh công bằng nên yếu tố bình đẳng giữa các nhà thầu đóng một vai trò rất quan trọng. Vì vậy, nhu cầu đặt ra trong việc xây dựng pháp luật về bảo đảm dự thầu là cần tạo ra hành lang pháp lý công bằng và bình đẳng cho các nhà thầu, nhà đầu tư. Đây là biện pháp để các doanh nghiệp trong nước tự khẳng định mình trong cạnh tranh quốc tế.

Mua sắm hàng hóa thông qua hình thức đấu thầu là một phương pháp để nâng cao hiệu quả kinh tế, ngăn chặn những hành vi tiêu cực, có tác động trực tiếp đến nguồn Ngân sách nhà nước. Vì vậy, việc các quy định về bảo đảm dự thầu phải bảo đảm sự công khai, minh bạch, đảm bảo được sự giám sát, tham gia, quản lý của toàn xã hội.

- *Đảm bảo có đủ chế tài phù hợp đối với hành vi vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu*

Đấu thầu mua sắm hàng hóa phần lớn sử dụng Ngân sách nhà nước, nên việc các Bên tham gia đấu thầu lợi dụng để tham ô, tham nhũng, tạo tư lợi thường xảy ra phổ biến, gây thất thoát, lãng phí vốn và tài sản nhà nước. Một trong những thủ đoạn ưa thích của kẻ gian đó là dùng bảo đảm dự thầu vì nó khó phát hiện ngay lập tức và thường có thể thu về lợi ích cao. Để ngăn chặn những hành vi này, pháp luật về Đấu thầu phải có chế tài đủ mạnh để kiểm soát, răn đe, trừng phạt những đối tượng có hành vi vi phạm. Để làm tốt yêu

câu này, trong quá trình xây dựng pháp luật cần phải thường xuyên cập nhật, phát hiện, nhận diện và phân loại những hành vi vi phạm quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu đồng thời phải có cơ chế kiểm tra, giám sát, phát hiện kịp thời và đưa ra mức xử phạt thích đáng.

- ***Hoàn thiện các quy định của pháp luật nhằm nâng cao năng lực của các chủ thể tham gia đấu thầu***

Trong bối cảnh đất nước ta ngày càng tham gia vào sân chơi quốc tế cả về chiều sâu lẫn chiều rộng thông qua các hiệp định thương mại tự do, trong đó quy định bắt buộc phải tuân thủ các điều khoản của Chương mua sắm chính phủ thì nhu cầu đào tạo về đấu thầu mua sắm hàng hóa là rất lớn và hết sức cần thiết cho xã hội. Chất lượng của nguồn nhân lực làm công tác đấu thầu đòi hỏi ngày càng phải được cải thiện và nâng lên rõ rệt, kịp thời nắm bắt và vận dụng nhiều quy định mới của pháp luật về đấu thầu trong bối cảnh hội nhập quốc tế.

Mặt khác, qua thực tiễn áp dụng pháp pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng cho thấy hầu hết các đơn vị tham gia đấu thầu đã có đội ngũ cán bộ thực hiện đấu thầu đã từng bước được nâng cao song vẫn còn tồn tại những bất cập như năng lực của cán bộ đấu thầu trên cả nước hầu hết còn chưa cao, có hiện tượng năng lực không đồng đều ở các địa phương, ngay cả ở các thành phố lớn, cán bộ đấu thầu chưa có chuyên môn sâu về bảo đảm dự thầu. Đặc biệt, thực tiễn các vụ việc vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu đã chỉ ra một đặc điểm là hầu hết các vụ việc đấu thầu có sai phạm đều có do một phần nguyên nhân chủ quan từ năng lực của các chủ thể tham gia quan hệ bảo đảm dự thầu, đặc biệt là năng lực của Bên mời thầu. Cụ thể, các cá nhân tham gia vào quá trình tổ chức lựa chọn nhà thầu thuộc Bên mời thầu không có năng lực chuyên môn về bảo đảm dự thầu nên không thể phát hiện ra hiện tượng vi phạm pháp luật ngay từ khi đánh giá hồ sơ dự thầu,

hồ sơ năng lực dẫn đến việc xảy ra sai sót trong quá trình quản lý, thực hiện đấu thầu dẫn đến hậu quả nghiêm trọng.

Vì vậy, nhu cầu nâng cao năng lực chuyên môn, đạo đức, bồi dưỡng cán bộ thực hiện đấu thầu là yêu cầu cấp bách trong tình hình hiện nay. Trong tương lai phải chấp nhận và coi chuyên gia về đấu thầu như là một nghề và bảo đảm dự thầu là một trong những chuyên ngành trong nghề này. Đào tạo chuyên gia về đấu thầu nói chung và bảo đảm dự thầu nói riêng, có đối tượng, phạm vi, phương pháp nghiên cứu và nội dung riêng. Bất kỳ cá nhân hay tổ chức nào muốn thực hiện tốt công việc này cần phải được đào tạo một cách chuyên nghiệp để có đủ kiến thức về đấu thầu, pháp luật, kinh tế, chính sách, thị trường.

- ***Hoàn thiện các quy định về đấu thầu mua sắm hàng hóa qua mạng***

Đấu thầu qua mạng tuy là cơ chế còn khá mới mẻ tại Việt Nam nhưng đã cho thấy những ưu điểm của nó so với đấu thầu truyền thống như đảm bảo được tính công khai, minh bạch của công tác đấu thầu, tiết kiệm thời gian và chi phí cho các Bên tham gia đấu thầu. Chính vì vậy, theo Kế hoạch tổng thể và lộ trình áp dụng đấu thầu qua mạng giai đoạn 2016 – 2025 vừa được Chính phủ phê duyệt thì “mục tiêu đến năm 2025 đạt 100% các thông tin trong quá trình lựa chọn nhà thầu, thực hiện hợp đồng được đăng tải công khai trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia; tối thiểu 70% số lượng gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật đấu thầu thực hiện trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia; 100% hoạt động mua sắm thường xuyên được thực hiện trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia, áp dụng mua sắm tập trung trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia”[48].

Tuy nhiên, cũng chính vì Đấu thầu qua mạng là một hình thức đấu thầu còn mới nên trong thời gian qua các bên liên quan vẫn chưa có sự tham gia tích cực. Xem xét thực trạng các đơn vị đăng ký và sử dụng hệ thống mạng đấu thầu quốc gia cho thấy không chỉ các Bên tham gia đấu thầu ở các địa phương vùng

sâu vùng xa mà ngay cả một số Bộ, ngành ở Trung ương cũng chưa triển khai áp dụng hình thức này.

Nguyên nhân dẫn đến tình trạng nêu trên ở Trung ương là do các bên vẫn chưa nhận thức một cách đầy đủ về vai trò và trách nhiệm của mình, chưa có sự quyết tâm chính trị, cam kết rõ ràng của lãnh đạo các cấp, hay chưa có một đầu mối để thúc đẩy mạnh mẽ quá trình triển khai đấu thầu qua mạng. Ở các địa phương, do chưa có cơ hội tiếp xúc, được đào tạo và thực hiện đấu thầu qua mạng nên vẫn chưa tiến hành đấu thầu qua hệ thống mạng đấu thầu quốc gia. Chính vì vậy, nhu cầu đặt ra để nâng cao hiệu quả thực hiện đấu thầu nói chung và đấu thầu mua sắm hàng hóa nói riêng chính là việc tăng cường thực hiện đấu thầu mua sắm hàng hóa qua mạng trên phạm vi cả nước.

Mặt khác, đấu thầu mua sắm qua mạng buộc Bên dự thầu phải áp dụng biện pháp bảo đảm dự thầu là bảo lãnh nên phát sinh quan hệ liên quan đến Bên thứ ba (Bên bảo lãnh). Như vậy, đấu thầu qua mạng vừa là hình thức mới vừa có liên quan trực tiếp đến một bên không tham gia vào đấu thầu nên nhu cầu hoàn thiện pháp luật về đấu thầu qua mạng trong đó có quy định về bảo lãnh dự thầu là cần thiết.

3.2. Giải pháp hoàn thiện

- *Các giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu*
- Hoàn thiện các quy định của pháp luật về bảo lãnh dự thầu

Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm thường xuyên được áp dụng trong bảo đảm dự thầu đấu thầu mua sắm hàng hóa, tuy nhiên trên thực tế các văn bản pháp luật quy định một cách chi tiết về nghiệp vụ bảo lãnh rất ít. Một số văn bản pháp luật đã ban hành có liên quan đến bảo lãnh như Bộ Luật Dân sự 2005, Luật các tổ chức tín dụng 2010, Thông tư Số: 07/2015/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng thì đề cập đến nghiệp vụ bảo lãnh còn sơ sài và chưa cụ thể hóa, khái niệm về bảo lãnh ngân hàng còn chưa có tính thống nhất

chung. Với số lượng và nội dung các văn bản pháp luật về bảo lãnh như hiện nay không đủ để điều chỉnh được hết các tình huống phát sinh trong nghiệp vụ bảo lãnh nói chung và bảo lãnh dự thầu nói riêng. Vì vậy pháp luật cần phải có một văn bản thống nhất, cụ thể hơn về nghiệp vụ bảo lãnh.

- Bổ sung quy định về những hành vi vi phạm pháp luật, và xử lý vi phạm về bảo đảm dự thầu

Luật Đấu thầu 2013 chỉ quy định những hành vi bị cấm trong đấu thầu tại Điều 89, tuy nhiên với những quy định như điều này khó có thể chứng minh những hành vi vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu lại không được quy định chi tiết. Trong khi đó, bảo đảm dự thầu là một trong những điều kiện của Hồ sơ dự thầu mà được các bên thường xuyên lợi dụng để thông thầu hay gian lận trong đấu thầu. Ví dụ các nhà thầu nộp Hồ sơ dự thầu mà không có bảo đảm dự thầu (mặc dù đây là quy định tối thiểu mà Bên dự thầu nào cũng phải biết), hay trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu quy định bảo đảm dự thầu một đẳng đến khi nộp hồ sơ dự thầu bên dự thầu lại nộp một nẻo. Tuy nhiên để chứng minh được là do Bên mời thầu “*trình bày sai một cách cố ý*” hay “*cố ý cung cấp các thông tin không trung thực*” như Điều 89 Luật Đấu thầu 2013 quy định là một điều khó. Nếu có phát hiện được phải thì có thể vụ việc đó đã gây thiệt hại rồi, không thể ngăn chặn được. Vì vậy cần có quy định riêng về hành vi vi phạm pháp luật về bảo đảm dự thầu để có thể kịp thời phát hiện và xử lý vi phạm.

Song song với việc quy định những hành vi trái pháp luật về bảo đảm dự thầu thì các nhà làm luật cũng cần bổ sung các quy định về trách nhiệm của các bên khi có vi phạm xảy ra, cách thức xử lý vi phạm.

- Bổ sung các quy định về cơ chế phối hợp kiểm tra, giám sát giữa các đơn vị có liên quan

Bảo đảm dự thầu là quan hệ pháp luật không chỉ liên quan đến chủ thể là Bên mời thầu và Bên dự thầu mà còn có sự tham gia của Bên thứ ba (bên bảo lãnh trong quan hệ bảo lãnh dự thầu). Trong quá trình áp dụng pháp luật về bảo đảm dự thầu đấu thầu có thể thấy một trong những nguyên nhân dẫn đến sai phạm về đấu thầu đó là không có sự phối hợp giữa các đơn vị có liên quan để đối chiếu, kiểm tra bảo đảm dự thầu. Cụ thể là bổ sung các quy định pháp luật về cơ chế phối hợp giữa Bên mời thầu với các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài ở Việt Nam để có thể phát hiện sớm bảo lãnh dự thầu đó có hợp lệ hay không đối với bảo đảm dự thầu bằng bảo lãnh.

- ***Giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia đấu thầu***

Hiện nay, đội ngũ những người làm công tác đấu thầu càng ngày càng đông về số lượng và chất lượng đã dần được nâng cao. Tuy nhiên, do còn một số hạn chế nhất định khiến cho việc thực hiện đấu thầu chưa thực sự đem lại hiệu quả mong muốn. Vì vậy, việc nâng cao năng lực của đội ngũ cán bộ cán bộ đấu thầu là đòi hỏi mang tính cấp thiết. Đặc biệt trong lĩnh vực bảo đảm dự thầu càng cần phải có những cán bộ có hiểu biết về pháp luật, kinh tế, có năng lực chuyên môn cao.

Để đạt được những yêu cầu trên, bên cạnh việc quy định cụ thể và chi tiết về cá nhân tham gia vào hoạt động đấu thầu, tổ chuyên gia thì cũng cần phải có những quy định về việc nâng cao năng lực của những người thực hiện công tác đấu thầu cả về phạm vi lẫn kiến thức:

- *Cần có những quy định của pháp luật về việc tăng cường tuyên truyền, phổ biến kiến thức pháp luật*

Công tác tuyên truyền phổ biến kiến thức pháp luật là một trong những nhiệm vụ trọng tâm của tất cả các bộ, các ngành, các cấp ở địa phương các tổng công ty nhằm chuyển tải thông tin pháp luật đấu thầu đến với tất cả các

cán bộ thực hiện công tác đấu thầu. Qua thực tiễn cho thấy hiện tượng các địa phương thiếu cán bộ đấu thầu có năng lực là phổ biến không chỉ ở các địa phương vùng sâu, vùng xa mà còn ở một số thành phố lớn. Vì vậy, Chính phủ và các Bộ, ngành, địa phương, các tổng công ty phải có những văn bản hướng dẫn cụ thể về công tác tăng cường tuyên truyền, phổ biến kiến thức pháp luật. Cần thường xuyên tổ chức các hội nghị tập huấn về đấu thầu nói chung và bảo đảm dự thầu nói riêng. Khi có các văn bản pháp luật mới về đấu thầu thì cần nhanh chóng phổ biến kiến thức để tránh tình trạng khi phát hành hồ sơ mời thầu vẫn còn những hồ sơ chỉ áp dụng Luật mà không theo quy định của các văn bản hướng dẫn thi hành như quy định sai về giá trị của bảo đảm dự thầu, hình thức áp dụng bảo đảm dự thầu.

- Chú trọng công tác đào tạo cán bộ

Bên cạnh việc tuyên truyền, phổ biến kiến thức pháp luật thì việc chú trọng vào đào tạo những người tham gia vào thực hiện đấu là một trong những biện pháp nâng cao nghiệp vụ về chiều sâu. Để làm được điều này, cần chú trọng nâng cao về hai phương diện đó là nâng cao năng lực của những người đào tạo (giảng viên) và nâng cao chất lượng, nội dung của các khóa đào tạo. Các biện pháp có thể sử dụng đó là thường xuyên tổ chức các lớp tập huấn chuyên sâu về từng lĩnh vực của đấu thầu trong đó có lĩnh vực bảo đảm dự thầu. Về phía giảng viên có thể mời những chuyên gia về đấu thầu hướng dẫn cán bộ, đặc biệt, đối với bảo đảm dự thầu thì mời các chuyên gia giao dịch bảo đảm, chuyên gia về bảo lãnh ngân hàng.

- ***Giải pháp hoàn thiện quy định về bảo lãnh dự thầu khi đấu thầu qua mạng***

Đấu thầu qua mạng mới chỉ được áp dụng rộng rãi khi có Thông tư Số 07/2015/TTLT-BKHĐT-BTC ngày 8/9/2015 quy định chi tiết việc cung cấp, đăng tải thông tin về đấu thầu và lựa chọn nhà thầu qua mạng, chính vì vậy

đây là quy định còn rất là mới nên việc thực hiện đấu thầu và nộp bảo đảm dự thầu (bảo lãnh dự thầu) còn gặp nhiều khó khăn. Một số giải pháp để hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh dự thầu qua mạng có thể áp dụng như:

- Đối với quy định: “*Đối với những tổ chức tín dụng đã kết nối với Hệ thống, nhà thầu thực hiện bảo lãnh dự thầu qua mạng*”(Khoản 2 Điều 9 Thông tư Số 07/2015/TTLT-BKHĐT-BTC). Khi quy định như vậy thì cần phải ban hành một văn bản mang tính chất hướng dẫn về việc bảo lãnh dự thầu qua mạng như thế nào. Văn bản phải làm rõ được các nội dung như: phạm vi, nội dung của cơ chế kết nối với hệ thống các tổ chức tín dụng; chủ thể cần kết nối (có yêu cầu tất cả các tổ chức tín dụng phải kết nối trong tương lai hay không); Thủ tục khi kết nối như thế nào; Khi đã kết nối thì thực hiện bảo lãnh qua mạng như thế nào; chứng thư bảo lãnh là văn bản điện tử thì có những yêu cầu gì về hình thức, chữ ký...

- Khi có quy định: “*Đối với tổ chức tín dụng chưa có kết nối đến Hệ thống, nhà thầu quét (scan) thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng và đính kèm khi nộp hồ sơ dự thầu qua mạng*”. Đây là văn bản của bên thứ ba phát hành, Nhà thầu, nhà đầu tư chỉ scan và đưa lên mạng nên cần phải phải có quy định về việc xác minh, kiểm tra về tính xác thực của văn bản này.

Ngoài hoàn thiện các quy định trên về bảo lãnh dự thầu, pháp luật cũng cần phải có những quy định chung phù hợp với từng lộ trình tiến hành đấu thầu qua mạng để hoàn thiện hệ thống, tiến đến mục tiêu đến năm 2025 là 100% hoạt động mua sắm hàng hóa được tiến hành đấu thầu qua mạng.

Kết luận Chương 3

Trong thời gian qua, pháp luật về bảo đảm dự thầu đã góp phần quan trọng trong việc thực hiện đấu thầu mua sắm hàng hóa. Tuy nhiên, còn nhiều vấn đề mà luật cần được hoàn thiện, nhằm đáp ứng tốt hơn nữa các mục đích

lâu dài của Việt Nam về mục tiêu của hoạt động mua sắm hàng hóa đến năm 2025 và mục tiêu hội nhập kinh tế quốc tế. Vì vậy, Chương 3 của Luận văn đã tập trung đưa ra những định hướng chung để hoàn thiện pháp luật về bảo đảm dự thầu như: hoàn thiện hệ thống các văn bản pháp luật về bảo đảm dự thầu; hoàn thiện các quy định của pháp luật nhằm nâng cao năng lực của các chủ thể tham gia đấu thầu, hoàn thiện các quy định về đấu thầu mua sắm hàng hóa qua mạng. Căn cứ vào những phương hướng hoàn thiện đó, Luận văn cũng đưa ra những giải pháp cụ thể để xây dựng pháp luật về bảo đảm dự thầu. Một số giải pháp có thể kể đến như:

- Hoàn thiện các quy định của pháp luật về bảo lãnh dự thầu. Bảo lãnh dự thầu ngày càng được sử dụng thường xuyên trong bảo đảm dự thầu. Tuy nhiên bảo lãnh dự thầu là được điều chỉnh bởi rất nhiều văn bản có liên quan nên việc cần có những giải pháp để hoàn thiện hơn nữa quy định hoàn thiện bảo lãnh dự thầu là điều cần thiết.

- Bổ sung quy định về những hành vi vi phạm pháp luật, và xử lý vi phạm về bảo đảm dự thầu. Mặc dù pháp luật về những hành vi vi phạm và xử lý vi phạm về bảo đảm dự thầu được quy định khá đầy đủ. Tuy nhiên, vẫn có những lỗ hổng để các bên có thể lợi dụng. Vì vậy cần phải có những quy định chặt chẽ hơn và xử lý vi phạm mang tính răn đe hơn.

- Giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia đấu thầu. Chủ thể tham gia đấu thầu là một nhân tố quan trọng quyết định đến sự thành công của gói thầu vì vậy cần phải củng cố những quy định pháp luật về nhóm chủ thể này để tăng năng lực trong đấu thầu.

- Giải pháp hoàn thiện quy định về bảo lãnh dự thầu khi đấu thầu qua mạng. Đấu thầu qua mạng là xu hướng của đấu thầu mua sắm hàng hóa trong tương lai tuy nhiên nó lại là hình thức đấu thầu mới nên vẫn phải đặt ra nhu cầu điều chỉnh pháp luật để phù hợp với tình hình.

KẾT LUẬN

Bảo đảm dự thầu là một yêu cầu không thể thiếu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa theo hình thức đấu thầu rộng rãi, đấu thầu hạn chế và chào hàng cạnh tranh, chính vì vậy tầm quan trọng của bảo đảm dự thầu là vô cùng lớn. Quy định về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa đã khẳng định được vị trí, vai trò tích cực của nó trong hoạt động mua sắm hàng hóa qua đấu thầu cũng như đối với sự phát triển kinh tế nói chung. Bảo đảm dự thầu cũng là một nghiệp vụ khó đối với các Bên tham gia bảo đảm đặc biệt trong quan hệ đấu thầu có một phân tích chất đặc trưng của hoạt động mua sắm bằng tiền Ngân sách nhà nước.

Về mặt lý luận, Luận văn đã tập trung làm rõ khái niệm, nguyên tắc pháp luật về bảo đảm dự thầu, cấu trúc pháp luật về bảo đảm dự thầu trong đấu thầu mua sắm hàng hóa, nhu cầu cần điều chỉnh pháp luật về bảo đảm dự thầu. Luận văn cũng đã có nghiên cứu khái quát về hoạt động ở một số Hiệp định thương mại quốc tế về đấu thầu mà Việt Nam là thành viên như Hiệp định mua sắm chính phủ GPA của WTO, Hiệp định TTP để có thể những so sánh và rút ra bài học đối với pháp luật bảo đảm dự thầu Việt Nam.

Về mặt thực tiễn Luận văn đã giới thiệu, phân tích và đánh giá pháp luật hiện hành của Việt Nam về bảo đảm dự thầu. Song song với thực trạng những quy định của pháp luật thì luận văn cũng đã chỉ ra được thực trạng áp dụng những quy định đó trên thực tế hiện nay, qua đó thấy được những thành tựu và những bất cập còn tồn tại.

Nghiên cứu về bảo đảm dự thầu bắt đầu từ những vấn đề lý luận chung về bảo đảm dự thầu ở Chương 1 đến thực trạng quy định pháp luật về bảo đảm dự thầu, thực trạng áp dụng các quy định đó trên thực tế ở Chương 2 Luận văn cho thấy bức tranh về bảo đảm dự thầu từ lý thuyết đến thực tiễn để

từ đó có thể đưa ra những kiến nghị nhằm hoàn thiện hơn nữa pháp luật về bảo đảm dự thầu tại Chương 3. Những kiến nghị mà luận văn đưa ra vừa mang tính chất định hướng vừa bao gồm một số đề xuất cụ thể để có thể đưa những quy định của pháp luật hiện hành Việt Nam về bảo đảm dự thầu trở thành hành lang pháp lý vững chắc để các bên tham gia có thể áp dụng và mục tiêu của đấu thầu đạt được./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Trần Thuận An (2010), *Đặt cọc - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, ĐH Luật Hà Nội, Khoá luận tốt nghiệp, Hà Nội 2010.
2. Bộ Kế hoạch và Đầu tư - Bộ Tài chính (2015), Thông tư liên tịch Số 07/2015/TTLT-BKHĐT-BTC ngày 8/9/2015 quy định chi tiết việc cung cấp, đăng tải thông tin về đấu thầu và lựa chọn nhà thầu qua mạng
3. Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2015), Thông tư Số 05/2015/TT-BKHĐT quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu mua sắm hàng hóa
4. Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2015), Thông tư Số 11/2015/TT-BKHĐT quy định chi tiết lập HSYC chỉ định thầu, chào hàng cạnh tranh
5. Chính phủ (2013), Nghị định Số 155/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư.
6. Chính phủ (2014), Nghị định Số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu.
7. Nguyễn Đăng Chương (2012), Hội thảo “*Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương và Ý nghĩa đối với doanh nghiệp*”, Hà Nội.
8. Nguyễn Văn Động (2008), *Giáo trình lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb Giáo dục, Hà Nội, 2008, Trang 301
9. Trần Thị Việt Hà (2013), *Chế độ pháp lý về bảo lãnh ngân hàng của các tổ chức tín dụng Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ Đại học Luật Hà Nội.
10. Nguyễn Thị Thanh Huyền (2015), *Hoàn thiện pháp luật về chi nhánh ngân hàng nước ngoài ở Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ Luật, Khoa luật Đại học Quốc Gia Hà Nội
11. Lương Thị Thùy Linh (2013) "*Pháp luật Việt Nam về đấu thầu mua sắm công – Hướng hoàn thiện từ kinh nghiệm của cộng hòa Pháp*", Luận văn thạc sỹ Đại Học Quốc gia Hà Nội.

12. Lê Vũ Nam (2015), *Hoàn thiện các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 13/2015, tr. 23 – 30
13. Nguyễn Thành Nam (2015), *Hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam*, Luận án tiến sỹ, Đại học Quốc gia Hà Nội.
14. Ngân hàng nhà nước (2015), Thông tư Số 07/2015/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng.
15. NXB Từ điển Bách khoa (1999), *Từ điển Luật Học*, Hà Nội.
16. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam - Đại sứ quán Anh ở Hà Nội (2016), *Rà soát pháp luật Việt Nam với các cam kết của Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU về Mua sắm công*, Nxb Công thương, Hà Nội.
17. Võ Hoàng Quân (2014), *Bảo đảm dự thầu trong đấu thầu xây dựng theo pháp luật Việt Nam từ thực tiễn Thành phố Hồ Chí Minh*, Học Viện KHXH, Luận văn thạc sỹ, Hà Nội, 2014.
18. Nguyễn Xuân Quang, "*Một số vấn đề pháp lý về đặt cọc*", Tạp chí Phát triển và hội nhập số 20/2015, Trang 61-68;
19. Quốc hội (2005), Bộ luật Dân sự Số: 33/2005/QH11.
20. Quốc hội (2005), Luật Đấu thầu 2005 Số: 61/2005/QH11.
21. Quốc hội (2012), Luật các tổ chức tín dụng Số 47/2010/QH12
22. Quốc hội (2013), Luật Đấu thầu 2013 Số: 43/2013/QH13.
23. Quốc hội (2013), Bộ luật Hình sự Số 100/2015/QH13.
24. Quốc hội (2015), Luật Thương mại Số: 36/2005/QH11.
25. Trịnh Thị Minh Trang (2005), *Đặt cọc, ký cược để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự*, ĐH Luật Hà Nội, Luận văn thạc sỹ luật học, Hà Nội, 2005.
26. Nguyễn Thị Như Trang (2011), "*Pháp luật về đấu thầu mua sắm công những vấn đề lý luận và thực tiễn*", Luận văn thạc sỹ Đại Học Luật Hà Nội.

27. Viện nghiên cứu khoa học pháp lý- Bộ tư pháp (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb Từ điển Bách khoa, Hà Nội, 2006.

28. Agreement on Government Procurement (https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm)

29. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary Revised 4th edition*, by The Publisher's editorial staff, West publishing Co. 1968.

30. The Trans – Pacific Partnership, Chapter 15 Government Procurement (<https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/government-procurement-ac9def5bba92#.qx9y511h9>)

31. <http://baodauthau.vn/phan-hoi-duong-day-nong/tranh-chap-giua-hesco-va-cong-ty-cp-thuy-dien-truong-phu-tich-thu-bao-dam-du-thau-co-hop-ly-20550.html>

32. <http://baodauthau.vn/dau-thau/canh-bao-cac-nha-thau-chua-dang-ky-thong-tin-23266.html>

33. <http://baodauthau.vn/dau-thau/ha-noi-nang-luc-can-bo-dau-thau-chua-dong-deu-8767.html>

34. <http://baodauthau.vn/dau-thau/nang-cao-chat-luong-doi-ngu-can-bo-dau-thau-la-nhu-cau-ngay-cang-buc-thiet-8920.html>

35. <http://baodauthau.vn/dau-thau/nha-thau-gia-bao-lanh-chu-dau-tu-linh-du-20750.html>

36. <http://baodauthau.vn/dau-thau/nhieu-bo-nganh-van-chua-ap-dung-dau-thau-qua-mang-18910.html>

37. <http://baodauthau.vn/dau-thau/soi-ket-qua-dau-thau-cua-cac-ong-lon-giau-kinh-nghiem-du-nang-luc-van-vuong-20000.html>

38. <http://baodauthau.vn/dau-thau/son-la-nhieu-bat-cap-trong-dau-thau-do-thieu-chuyen-gia-21212.html>

39. <http://baodauthau.vn/dau-thau/thuc-thi-luat-dau-thau-moi-hieu-qua>

tu-dau-thau-rong-rai-25177.html

40. <http://baodauthau.vn/ben-moi-thau/ngay-227-co-3333-phieu-dang-ky-tbmt-tbmch-khong-hop-le-25072.html>

41. <http://baodauthau.vn/dau-thau/cham-lua-chon-nha-thau-vi-sai-bao-dam-du-thau-15350.html>

42. <http://baodauthau.vn/dau-thau/du-an-nuoc-song-da-se-khong-ky-hop-dong-voi-nha-thau-trung-quoc-21495.html>

43. <http://baodauthau.vn/dau-thau/cong-ty-in-bao-bi-ha-noi-co-co-tinh-truot-thau-22595.html>

44. <http://vietnamnet.vn/vn/bat-dong-san/297814/chuyen-la-2-cong-ty-hang-dau-the-gioi-vao-viet-nam-van-thua-nha-thau-trung-quoc-vi-khong-co-noi-1-trieu-usd.html>

45. <http://cand.com.vn/Kinh-te/Lam-gia-chung-thu-bao-lanh-de-du-thau-245147/>

46. http://congan.com.vn/an-ninh-kinh-te/bi-hai-chuyen-sieu-so-bi-lua-hang-chuc-ty-dong_22103.html

47. <http://sokhdt.binhduong.gov.vn/de-tang-cuong-nang-luc-cho-doi-ngu-dao-tao-ve-dau-thau.aspx>

48. <http://thutuong.chinhphu.vn/Home/Den-nam-2025-100-mua-sam-thuong-xuyen-thuc-hien-tren-mang/20167/25087.vgp>

49. <http://www.trungtamwto.vn/>