



CNC¹
Legal Business Counsel

HỢP ĐỒNG TRONG LĨNH VỰC XÂY DỰNG

¹ Tham khảo thêm thông tin của CNC tại www.consultantcnc.com | CNC bảo lưu mọi quyền

NỘI DUNG

I.	HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG	5
1.	Bản chất hợp đồng xây dựng	6
2.	Thời gian có ý nghĩa sống còn trong hợp đồng xây dựng	6
3.	Chưa có luật chuyên ngành áp dụng cho hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân	9
4.	Có sự tham gia của nhiều nguồn luật khác nhau	11
4.1.	Hợp đồng xây dựng có thể do một bên (một thành viên) trong liên danh ký thay mặt liên danh hay không.....	11
4.2.	Chưa có luật đấu thầu áp dụng cho các dự án mang yếu tố tư nhân	13
II.	CÁC RỦI RO CHÍNH PHÁT SINH TRONG QUÁ TRÌNH XÂY DỰNG	13
1.	Rủi ro về việc thay đổi tỷ giá.....	13
2.	Rủi ro cho việc thay đổi chi phí (thay đổi giá)	15
3.	Rủi ro cho việc chủ đầu tư không kiểm soát được năng lực của nhà thầu.....	16
4.	Rủi ro từ việc lựa chọn áp dụng hợp đồng EPC/Turnkey	17
5.	Rủi ro từ việc phân cấp quản lý dự án đầu tư xây dựng	18
III.	QUY ĐỊNH VỀ HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG THEO LUẬT VIỆT NAM VÀ THEO FIDIC.....	20
1.	Những bước phát triển của luật Việt Nam và FIDIC về hợp đồng xây dựng.....	20
2.	Những điểm tương đồng giữa quy định về hợp đồng xây dựng theo luật Việt Nam và FIDIC 22	
2.1.	Về cách cấu trúc và nội dung của hợp đồng	22
2.2.	Về việc lựa chọn BXLTT và/hoặc cơ quan tài phán.....	23
3.	Những khác biệt cơ bản.....	24
3.1.	Phân loại hợp đồng dựa trên mối quan hệ	24
3.2.	Phân loại hợp đồng dựa trên sự tham gia của giao dịch trong hoạt động xây dựng	25
3.3.	Dựa trên nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu rủi ro.....	26
3.4.	Dựa chủ yếu trên nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước.....	27
3.5.1.	Bảo lãnh thực hiện hợp đồng.....	28
3.5.2.	Việc nghiệm thu và bàn giao.....	29
3.5.3.	Bồi thường và phạt do chậm trễ thi công	30
3.5.4.	Quyết toán	31
3.6.	Vai trò của nhà tư vấn	32

IV.	GIÁ HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG, PHƯƠNG THỨC THANH TOÁN VÀ HỒ SƠ THANH TOÁN	32
1.	Giá hợp đồng xây dựng	33
1.1.	Giá hợp đồng trọn gói.....	33
1.2.	Giá hợp đồng tạm tính	34
1.3.	Loại hợp đồng theo chi phí cộng khoản phí (Cost Plus Contract).....	35
2.	Phương thức thanh toán.....	36
2.1.	Thanh toán dựa trên khối lượng	36
2.2.	Thanh toán dựa trên tiến độ định sẵn	36
3.	Hồ sơ thanh toán.....	37
4.	Việc thanh toán theo hợp đồng FIDIC.....	38
4.2.	Thanh toán tạm	39
4.3.	Quyết toán	39
4.4.	Các lưu ý sau cùng	40

GIỚI THIỆU

Bản tin hàng tuần kỳ này bày một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến lĩnh vực xây dựng, bao gồm (i) hợp đồng xây dựng, (ii) các rủi ro chính phát sinh trong quá trình xây dựng, (iii) quy định về hợp đồng xây dựng theo luật Việt Nam và theo FIDIC, và (iv) giá hợp đồng xây dựng, phương thức thanh toán và hồ sơ thanh toán.

Khung pháp lý điều chỉnh các vấn đề nêu trên chủ yếu được quy định tại (i) Luật Xây dựng 2003, Luật Xây dựng 2014, Nghị định 48/2010, Nghị định 37/2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành; (ii) Luật Đấu thầu 2005, Luật Đấu thầu 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành; (iii) Bộ Luật Dân sự 2005; và (iv) các quy định của hợp đồng FIDIC.

Trong bản tin hàng tuần kỳ này, một số quy định của pháp luật đã hết hiệu lực, chẳng hạn Luật Xây dựng 2003, Luật Đấu thầu 2005, Nghị định 48/2010, Nghị định 99/2007 được CNC viện dẫn để đối chiếu với những quy định hiện hành, đặc biệt là Nghị định 37/2015 và Thông tư 09/2016, hoặc được CNC viện dẫn để làm rõ lý do cho những thay đổi trong pháp luật hiện tại.

Để quý khách hàng tiện theo dõi, phương pháp trình bày xuyên suốt tại bản tin hàng tuần kỳ này là (i) nêu lên vấn đề cần phân tích; (ii) phân tích và đánh giá vấn đề; (iii) đưa ra các kết luận và kiến nghị cần thiết cho vấn đề. Tuy nhiên tại một số tiểu mục do tính chất đặc thù, phương pháp luận này sẽ được lược bớt những phần không quan trọng hoặc không được trình bày rõ ràng như vậy.

CÁC THUẬT NGỮ

Các từ viết tắt được sử dụng xuyên suốt bản tin hàng tuần kỳ này, trừ khi được chỉ khác đi, sẽ có ý nghĩa như sau:

THUẬT NGỮ	GIẢI THÍCH
BQLDA	: nghĩa là Ban Quản Lý Dự Án
BXLTT	: có nghĩa là Ban Xử Lý Tranh Chấp
NHNN	: có nghĩa là Ngân hàng Nhà nước Việt Nam
FIDIC	: có nghĩa là Hiệp Hội Quốc Tế Các Kỹ Sư Tư Vấn
USD	: có nghĩa là Đồng Đô La Mỹ
VND	: có nghĩa là Đồng Việt Nam
BXD	: có nghĩa là Bộ Xây Dựng
CYCCCĐT	: có nghĩa là Các Yêu Cầu Của Chủ Đầu Tư
VIAC	: có nghĩa là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam

THUẬT NGỮ	GIẢI THÍCH
BLDS 2005	: nghĩa là Bộ Luật Dân sự số 33/2005/QH11 được Quốc hội ban hành ngày 14 tháng 06 năm 2005
CV 2507	: có nghĩa là quyết định số 2507/BXD-VP do Bộ trưởng Bộ Xây dựng ban hành ngày 26 tháng 11 năm 2007
CV 2508	: có nghĩa là quyết định số 2508/BXD-VP do Bộ trưởng Bộ Xây dựng ban hành ngày 26 tháng 11 năm 2007
Luật Đấu thầu 2005	: có nghĩa là Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11 ngày 21 tháng 11 năm 2005
Luật Xây dựng 2003	: có nghĩa là Luật Xây dựng số 76/2003/QH11 ngày 26 tháng 11 năm 2003 của Quốc hội
Luật Xây dựng 2014	: có nghĩa là Luật Xây dựng số 50/2014/QH13 ngày 18 tháng 11 năm 2014
Luật Đấu Thầu 2013	: có nghĩa là Luật Đầu tư số 43/2013/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2013
Luật Thương Mại 2005	: có nghĩa là Luật Đầu tư số 67/2014/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội
Nghị Định 48/2010	: có nghĩa là Nghị định số 48/2010/NĐ-CP được Chính phủ ban hành ngày 07 tháng 5 năm 2010 quy định về hợp đồng trong hoạt động xây dựng
Hợp Đồng FIDIC	: có nghĩa là các hợp đồng/điều kiện hợp đồng được FIDIC giới thiệu để áp dụng cho lĩnh vực xây dựng
Red Book 1999	: có nghĩa là Các Điều Kiện Hợp Đồng Xây dựng cho các công trình kỹ thuật do chủ đầu tư thiết kế
Yellow Book 1999	: có nghĩa là Các Điều Kiện Hợp Đồng xây dựng cho các công trình kỹ thuật do nhà thầu thiết kế
Silver Book 1999 hoặc EPC/Turnkey	: có nghĩa là Các Điều Kiện Hợp Đồng dành cho nhà máy
Green Book 1999 hoặc FIDIC Short Form	: có nghĩa là Các Điều Kiện Hợp Đồng ngắn gọn
Pink Book	: có nghĩa là Các Điều Kiện Hợp Đồng dùng cho các công trình kỹ thuật do chủ đầu tư thiết kế và được các ngân hàng tái thiết tài trợ vốn, bao gồm các ấn bản năm 2005, 2006 và/hoặc 2010

I. HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG

1. Bản chất hợp đồng xây dựng

Việc xác định bản chất của hợp đồng sẽ giúp khách hàng cân nhắc tới nguồn luật điều chỉnh cho từng loại hợp đồng. Tại Việt Nam, hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng (sau đây gọi chung là “hợp đồng xây dựng”) về cơ bản được xác định là một loại hợp đồng dân sự². Điều này có nghĩa rằng việc thiết lập (giao kết) và thực hiện hợp đồng xây dựng sẽ dựa trực tiếp trên nguồn luật cơ bản đó là Bộ Luật Dân sự 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành của nguồn luật cơ bản này.

Ngoài ra, khi giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng, các bên còn phải lưu ý tới những đặc thù trong lĩnh vực xây dựng và chịu sự điều chỉnh trực tiếp của Luật Xây dựng 2014 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành. Chẳng hạn như nguyên tắc đảm bảo năng lực thực hiện của nhà thầu; nguyên tắc ưu tiên sử dụng thầu phụ trong nước; nguyên tắc thống nhất giữa các gói thầu; nguyên tắc tuân thủ các nội dung đã cam kết dựa trên tinh thần trung thực, hợp tác và đúng pháp luật³.

Bởi vậy, sẽ Luật Thương mại 2005 trong nhiều trường hợp sẽ không được viện dẫn và áp dụng trực tiếp cho (các) vấn đề phát sinh của hợp đồng xây dựng trừ khi (i) (các) vấn đề phát sinh đó không chịu sự điều chỉnh của hai nguồn luật nêu trên, hoặc (ii) Luật Thương mại 2005 được tham chiếu như là quy phạm áp dụng trực tiếp.

2. Thời gian có ý nghĩa sống còn trong hợp đồng xây dựng

Hoạt động xây dựng được xem là công việc đầu tiên và quan trọng bậc nhất trong quá trình triển khai, kinh doanh, vận hành hoặc sử dụng bất kỳ công trình hoặc dự án nào. Do vậy, chủ đầu tư (và những nhà tư vấn của họ) thường yêu cầu nhà thầu phải hoàn thành công trình hoặc dự án đó trong thời gian đã định. Việc không hoàn thành công trình hoặc dự án vào thời gian đã định sẽ dẫn tới nhiều hệ lụy nguy hiểm, bao gồm những thiệt hại do việc phải kéo dài thời gian thực hiện như: chi phí quản lý, thi công, vận hành công trình hoặc những thiệt hại khác như việc khiếu nại của các chủ thể thứ ba v.v.

Trừ những trường hợp đặc thù hoặc những dự án có quy mô hay giá trị đầu tư nhỏ, hầu hết các trường hợp còn lại đều dựa trên hợp đồng xây dựng có thời gian thực hiện công việc kéo dài hơn rất nhiều so với các loại hợp đồng khác. Ngoài ra, thời gian thực hiện hợp đồng xây dựng có thể kéo dài tới nhiều năm bởi nhiều lý do.

Chính thời gian thực hiện hợp đồng xây dựng thường kéo dài dẫn đến sự thay đổi về bối cảnh trong tương lai so với bối cảnh khi tiến hành ký kết hợp đồng, bao gồm cả việc thay đổi về luật pháp, về điều kiện tài chính, về giá cả, về nhân sự v.v. của tất cả các bên có liên quan trong hợp đồng xây dựng. Chính những yếu tố này là nguyên nhân trực tiếp dẫn tới các rủi ro như được phân tích tại Mục II dưới đây.

² Xem thêm Nghị định 37/2015/NĐ-CP, Điều 2.1; Nghị định 48/2010/NĐ-CP, Điều 2.1.

³ Xem thêm Nghị định 37/2015/NĐ-CP, Điều 4; Nghị định 48/2010/NĐ-CP, Điều 4; Luật Xây dựng số 50/2014/QH13, Điều 138.

Không chỉ kéo dài về mặt thời gian thực hiện công việc, trong hợp đồng xây dựng thông thường có các quy định mà ở đó cho phép nhà thầu được quyền kéo dài thời gian thực hiện, trong đó phải kể tới⁴:

- Việc kéo dài do lỗi của nhà thầu (thiếu năng lực, kinh nghiệm, lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, vi phạm an toàn lao động v.v);
- Việc chậm trễ của một hoặc một số gói thầu/hợp đồng khác có liên quan trong dự án;
- Việc bổ sung, thay đổi công việc;
- Tình trạng thời tiết diễn biến bất thường;
- Do can thiệp quá mức hoặc không thực hiện đúng thủ tục của cơ quan chức năng;
- Do xảy ra tình huống bất khả kháng hoặc điều kiện vật chất không thể dự đoán trước;
- Do chủ đầu tư vi phạm các quy định của hợp đồng (chậm trễ thanh toán, chậm trễ xác nhận/chấp thuận, chậm bàn giao mặt bằng v.v).

Do vậy, tùy thuộc vào vai trò và vị trí của mình khách hàng cần cân nhắc kỹ các trường hợp mà chủ đầu tư hoặc nhà thầu có thể sẽ phải đối mặt hoặc sẽ được quyền yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành khi gặp một trong những trường hợp được liệt kê thuộc loại nêu trên.

Cũng cần lưu ý rằng, việc xem xét, đánh giá những sự kiện dẫn tới kéo dài thời gian thực hiện hợp đồng trong hợp đồng xây dựng là một vấn đề phức tạp nếu không nói đây là vấn đề phức tạp nhất bên cạnh vấn đề điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí. Bởi vì, bên cạnh những yếu tố về trình độ và nhận thức của các bên đối với vấn đề gia hạn thời gian hoàn thành, quy định của pháp luật có liên quan v.v thì những yêu cầu về (i) thời gian đệ trình thông báo sự kiện dẫn tới kéo dài thời gian hoàn thành công việc; (ii) chi tiết ảnh hưởng của những sự kiện đó tới việc hoàn thành công việc; (iii) việc lưu giữ các hồ sơ, tài liệu, chứng cứ hoặc dữ liệu của nhà thầu về những tác động của những sự kiện đó, v.v. cũng đóng vai trò rất quan trọng. Nếu việc đệ trình không đúng hạn, không đầy đủ có thể dẫn tới việc khiếu nại gia hạn thời gian hoàn thành bị bác bỏ bởi chủ đầu tư hoặc bởi cơ quan tài phán (trọng tài hoặc tòa án) mà các bên đã lựa chọn.

Việc gia hạn bất kỳ thời gian thực hiện hợp đồng nào cũng ảnh hưởng trực tiếp tới chi phí thực hiện hợp đồng, bao gồm nhưng không giới hạn bởi chi phí gián tiếp, chi phí trực tiếp và lợi nhuận dự kiến. Trong rất nhiều trường hợp, việc bảo vệ được yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành sẽ giúp cho nhà thầu không chỉ tránh khỏi việc phải

⁴ Xem thêm Hợp Đồng FIDIC Red Book 1999, Điều 8.4, 8.5.

chịu trách nhiệm cho thiệt hại do sự chậm trễ mà đồng thời còn giúp nhà thầu có thể có được một sự bù đắp xứng đáng về mặt tài chính từ sự gia hạn đó. Ngược lại, việc bác bỏ các yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành sẽ trao quyền cho chủ đầu tư được khiếu nại về những thiệt hại do chậm trễ và/hoặc từ chối các nghĩa vụ khác phát sinh từ việc gia hạn đó, chẳng hạn việc điều chỉnh giá hợp đồng như được nêu tại Mục II.2 dưới đây.

Chính sự đối lập trực tiếp về lợi ích giữa các bên liên quan đến việc gia hạn thời gian hoàn thành công việc mà trên thực tế có rất nhiều tranh chấp xây dựng xảy ra xuất phát từ hoặc có liên quan trực tiếp tới vấn đề này. Khách hàng cần dành sự quan tâm đúng mức cho những yếu tố này nhằm phòng tránh những hệ quả rất lớn có thể xảy ra.

Để đánh giá một sự kiện hay tình huống nào đó là có ảnh hưởng trực tiếp dẫn tới việc kéo dài thời gian thực hiện hợp đồng, khách hàng cần tới sự trợ giúp của những kỹ sư, chuyên gia về tiến độ hoặc những người am hiểu về bản chất công việc để đánh giá vấn đề được chính xác, chi tiết và đa chiều. Riêng đối với luật sư hoặc những người quản lý hợp đồng xây dựng, phương pháp luận chủ yếu mà họ có thể đề xuất hoặc dựa vào đó để đánh giá các yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành bao gồm:

- Có hay không có tình huống hoặc sự kiện dẫn tới việc gia hạn thời gian hoàn thành;
- Nhà thầu đã thực hiện việc thông báo và đệ trình đúng hạn các chi tiết cho những ảnh hưởng từ sự kiện hay tình huống dẫn tới việc kéo dài thời gian hoàn thành hay không;
- Nhà thầu đã thực hiện những biện pháp hay giải pháp nào được xem là cần thiết để khắc phục, vượt qua hoặc giảm thiểu những ảnh hưởng tiêu cực của hoàn cảnh đó hay không;
- Có hay không tình huống trễ hạn xảy ra đồng thời (nhà thầu cũng có lỗi trong việc trễ hạn những công việc khác, ở khía cạnh khác mà thời điểm xảy ra hoặc kết thúc trùng với khoảng thời gian chủ đầu tư có lỗi dẫn tới trễ hạn thời gian hoàn thành);
- Có hay không những tình huống hoặc sự kiện mà nhà thầu có thể đẩy nhanh tiến độ để bù đắp lại sự kiện gây ra trễ hạn hay không.

Tóm lại, đối với hợp đồng xây dựng thì có thể khẳng định thời gian là chi phí. Nguyên lý này là cốt lõi và sẽ là chìa khoá cho việc giải quyết tất cả những vấn đề khác có thể nảy sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng.

3. Chưa có luật chuyên ngành áp dụng cho hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân⁵

Tại Việt Nam hiện nay, vẫn còn nhiều lỗ hổng pháp lý liên quan đến hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân. Cụ thể, theo quy định của pháp luật Việt Nam tới thời điểm hiện tại chỉ mới có những quy định của pháp luật dùng để áp dụng cho hợp đồng xây dựng mà ở đó có liên quan tới yếu tố nhà nước⁶, chẳng hạn (i) dự án đầu tư xây dựng của cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội – nghề nghiệp, tổ chức xã hội – nghề nghiệp, tổ chức xã hội, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân, đơn vị sự nghiệp công lập; (ii) dự án đầu tư xây dựng của doanh nghiệp nhà nước; (iii) dự án đầu tư xây dựng có sử dụng vốn nhà nước, vốn của doanh nghiệp nhà nước từ 30% trở lên hoặc dưới 30% nhưng trên 500 tỷ đồng trong tổng mức đầu tư của dự án. Việc áp dụng các quy định của Nghị định 37/2015 hoặc của Luật Đấu thầu số 43/2013 cho những trường hợp mang yếu tố tư nhân chỉ mang tính chất khuyến khích hoặc chỉ được sử dụng tham khảo⁷.

Ngoài ra, tại Chương XVIII – Hợp đồng dân sự thông dụng của Bộ Luật Dân sự 2005 cũng không dành bất kỳ quy định nào để nói về hợp đồng xây dựng trong khi đó Luật Xây dựng 2014 chỉ dành một phần nhỏ để đề cập vấn đề hợp đồng xây dựng (các điều từ 138 tới điều 147). Lịch sử phát triển của nền khoa học pháp lý Việt Nam cũng như của pháp luật thực định chưa có quy định cụ thể về hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân.

Việc không có luật hoặc văn bản luật chuyên ngành để điều chỉnh cho những hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân như đã dẫn tới rất nhiều khó khăn trong quá trình áp dụng, cũng như chứa đựng nhiều rủi ro tiềm tàng mà không phải chủ đầu tư, nhà thầu, nhà tư vấn và/hoặc luật sư, người quản lý hợp đồng nào cũng có thể giải quyết. Chẳng hạn, về khía cạnh phương án lựa chọn luật áp dụng, để ký kết và thực hiện hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân, các bên trong quan hệ hợp đồng xây dựng chỉ có ba phương án lựa chọn, đó là (i) phương án áp dụng tương tự; (ii) phương án áp dụng sự thoả thuận của các bên; và (iii) phương án sử dụng quy định mẫu của bên thứ ba mà được các bên thừa nhận, chẳng hạn các quy định của hợp đồng xây dựng do FIDIC giới thiệu. Tuy nhiên, mỗi phương án đều có những rủi ro tiềm tàng của nó. Cụ thể:

Thứ nhất: Phương án áp dụng tương tự. Tức là các bên ngầm định hoặc bày tỏ rõ ràng về việc lấy các quy định của Nghị định 37/2015 hoặc Thông tư 09/2016/TT-BXD hoặc các văn bản trước đó để áp dụng cho quan hệ hợp đồng xây dựng mà họ đang tham gia. Với cách áp dụng này, ngoài sự bất cập về nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước như được đề cập tại Mục 3.4 dưới đây thì khi áp dụng các quy định như vậy vào quan hệ hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân, nhà thầu sẽ có nguy

⁵ Trong chương này, cụm từ “mang yếu tố tư nhân” có nghĩa là tất cả những trường hợp mà không thuộc các trường hợp áp dụng hoặc không phải là chủ thể của việc áp dụng các quy định tại Điều 1, Nghị định 37/2015/NĐ-CP hoặc Điều 1, Điều 2, Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.

⁶ Xem thêm Điều 1, Nghị định 37/2015/NĐ-CP hoặc Điều 1, Điều 2, Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13.

⁷ Xem thêm Điều 1, Nghị định 37/2015/NĐ-CP; Điều 1, Nghị định 48/2010/NĐ-CP; Điều 1, Thông tư 09/2016/TT-BXD; Điều 1, Thông tư 09/2011/TT-BXD; Điều 2, Luật Đấu thầu 2013.

cơ bị đẩy vào vị thế thấp hơn, yếu hơn so với chủ đầu tư và ngược lại, chủ đầu tư thường có khuynh hướng vận dụng hoặc áp dụng các quy định đó một cách thái quá dẫn tới rủi ro nhà thầu sẽ phá vỡ hợp đồng hoặc sẽ làm gia tăng chi phí thực hiện hợp đồng.

Ngoài ra, khi áp dụng như vậy sẽ gây khó khăn cho các bên trong việc xác định đúng ý nghĩa, nội hàm cũng như chủ thể mà các văn bản này đang hướng tới, bởi trong nhiều trường hợp, các bên khó có thể hoặc không thể tìm thấy ý nghĩa tương đương cho quan hệ hợp đồng xây dựng mà mình tham gia.

Như vậy, trừ trường hợp các bên thống nhất việc áp dụng luật trên nguyên tắc “tinh thần luật” thì việc áp dụng triệt để Nghị định 37/2015 rất dễ gây ra các tranh chấp hoặc bất đồng. Điều này thậm chí còn phức tạp hơn khi các bên tự biến mình trở thành chủ thể chịu sự điều chỉnh của nghị định, thông tư như được liệt kê ở trên mà lẽ ra họ không phải là chủ thể áp dụng.

Thứ hai: Phương án áp dụng sự thoả thuận của các bên - tức là các bên tự đưa ra những yêu cầu, những đề xuất cho hoàn cảnh riêng của mình và tự cân nhắc để thống nhất với nhau nếu xét thấy những điều đó là phù hợp. Những rủi ro về việc (i) không lường trước được hết các vấn đề có thể xảy ra trong một hợp đồng xây dựng, từ vấn đề cấu trúc hợp đồng, thứ tự ưu tiên, các quy định vận hành, tới việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp v.v; (ii) không có cơ chế hoặc chế tài đầy đủ và khả thi để áp dụng cho trường hợp mà các bên đang phải đối mặt; hoặc (iii) việc áp dụng các quy định như vậy diễn ra theo nhiều biến thể, tạo ra sự không thống nhất về cách hiểu và vận dụng luật cho cùng một vấn đề cụ thể mà bản chất là như nhau v.v là khó có thể tránh khỏi khi các bên lựa chọn phương pháp áp dụng sự thoả thuận. Dưới góc nhìn tổng thể, việc áp dụng các quy định do các bên tự thoả thuận sẽ tạo ra sự thiếu đồng bộ, thiếu thống nhất giữa các hợp đồng với nhau, giữa các khu vực khác nhau của đất nước hoặc giữa chính chủ thể này với chủ thể khác.

Thứ ba: Phương pháp sử dụng quy định mẫu của bên thứ ba mà được các bên thừa nhận, chẳng hạn các quy định của hợp đồng xây dựng do FIDIC giới thiệu. Đối với phương pháp này, các nội dung mà các bên viện dẫn có thể khắc phục được những bất cập của hai phương pháp nêu trên, bởi đây là những quy định mẫu, được phổ biến rộng rãi và được nhiều quốc gia hoặc nhiều chủ thể sử dụng. Tuy nhiên trong trường hợp lựa chọn áp dụng theo phương án này, các bên sẽ gặp phải những khó khăn khác, chẳng hạn (i) sự khác biệt về hệ thống thông luật và hệ thống dân luật; (ii) sự khác biệt hoặc không đồng nhất giữa các nguyên tắc luật dân sự Việt Nam về hợp đồng so với cách tiếp cận của các hợp đồng mẫu, chẳng hạn FIDIC; (iii) sự thiếu hiểu biết cận kề các quy định của hợp đồng mẫu dẫn tới việc áp dụng không chính xác; và (iv) sự tiếp cận khác biệt của các bên về cùng một quy định.

Tựu chung lại:

- Câu hỏi đầu tiên mà khách hàng cần thiết phải đặt ra cho mình đó là quan hệ hợp đồng xây dựng mà họ đang tham gia có sử dụng hay không sử dụng vốn ngân sách nhà nước. Trừ những trường hợp các bên buộc phải áp dụng quy định của

Nghị định 37/2015, Luật Đấu thầu số 43 như đã nói ở trên thì không phải mọi chủ thể đều chịu sự áp dụng của những quy định như vậy cho các quan hệ hợp đồng xây dựng mà khách hàng đang tham gia. Trong trường hợp khách hàng sử dụng phương pháp áp dụng tương tự nguyên tắc luật hoặc những quy định của hợp đồng mẫu mà khách hàng đang tham chiếu thì các bên cần giải thích và vận dụng, hiệu chỉnh cho phù hợp với thực tế, bối cảnh và tình huống của khách hàng để từ đó có giải pháp phù hợp nhất.

- Về lâu dài, việc giới thiệu một hoặc một số hợp đồng hay quy định mẫu trong lĩnh vực xây dựng là cần thiết không chỉ để áp dụng cho các trường hợp có nguồn vốn nhà nước mà cả cho các trường hợp mang yếu tố tư nhân. Hoặc Ngược lại, có thể chỉ giới thiệu các quy định mẫu của hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân và đề xuất hoặc yêu cầu những vấn đề khác phải có sẽ được sử dụng cho các hợp đồng xây dựng mang yếu tố nhà nước.

4. Có sự tham gia của nhiều nguồn luật khác nhau

Mặc dù như đã nêu ở Mục 1, hai nguồn luật quan trọng để điều chỉnh quan hệ hợp đồng xây dựng đó là Bộ Luật Dân sự 2005 và Luật Xây dựng 2014, tuy nhiên do tính chất đặc thù của lĩnh vực xây dựng là có sự tham gia của nhiều chủ thể cung cấp dịch vụ nên thông thường sẽ có nhiều hơn một đơn vị (nhà thầu) có khả năng, năng lực, kinh nghiệm và những điều kiện tài chính cần thiết để có thể đảm nhận được công việc/dịch vụ do chủ đầu tư đề ra. Vì vậy để lựa chọn được đơn vị (nhà thầu) cạnh tranh nhất (xét trên tất cả các khía cạnh về năng lực, giá, thời gian, tài chính v.v.) thì chủ đầu tư thường tổ chức việc lựa chọn nhà thầu. Đây có thể xem là một trong những lý do quan trọng dẫn tới việc ký kết hợp đồng xây dựng còn chịu sự điều chỉnh của nhiều nguồn luật khác, đặc biệt là Luật Đấu thầu và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Vấn đề sẽ trở nên đơn giản nếu như việc áp dụng Luật Xây dựng 2014 và Luật Đấu thầu 2013 có sự phân biệt cụ thể giới hạn và phạm vi điều chỉnh. Tuy nhiên trên thực tế, các quy định và việc áp dụng của hai nguồn luật này có nhiều chồng lấn về nhiều vấn đề. Do đó khách hàng, đặc biệt là khách hàng là chủ thể áp dụng hoặc quan hệ hợp đồng xây dựng mang yếu tố nhà nước cần xác định luật áp dụng cho tình huống của riêng mình, tránh trường hợp như được viện dẫn sau đây⁸:

- 4.1. Hợp đồng xây dựng có thể do một bên (một thành viên) trong liên danh ký thay mặt liên danh hay không

Luật Xây dựng 2014 quy định “*Các thành viên trong liên danh phải ký tên, đóng dấu (nếu có) vào hợp đồng xây dựng, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.*”⁹ (phần nhấn mạnh được bổ sung)

⁸ Với giả sử sử trường hợp thuộc phạm vi áp dụng của Luật Đấu thầu và Luật Xây dựng.

⁹ Xem thêm Điều 138.2.(d)

Trong khi đó, theo quy định của Luật Đấu thầu 2013 thì “... Đối với nhà thầu liên danh, tất cả thành viên tham gia liên danh phải trực tiếp ký, đóng dấu (nếu có) vào văn bản hợp đồng. Hợp đồng ký kết giữa các bên phải tuân thủ quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan.”¹⁰ (phần nhấn mạnh được bổ sung)

Như vậy, câu hỏi đặt ra là nếu các thành viên trong liên danh uỷ quyền cho một thành viên trong liên danh để ký hợp đồng xây dựng (*các uỷ quyền được xem là hợp pháp và phù hợp với các quy định của pháp luật dân sự*) thì nhà thầu có được viện dẫn quy định tại Luật Xây dựng 2014 và đề xuất với chủ đầu tư để được quyền ký hợp đồng thay mặt cho liên danh hay nhà thầu liên danh hay buộc phải ký hợp đồng liên danh theo quy định của Luật Đấu thầu 2013.

Trên thực tế có nhiều trường hợp, đặc biệt là các trường hợp đấu thầu quốc tế hoặc những dự án hạ tầng có nhiều nhà thầu quốc tế tham gia dưới một liên danh, thường uỷ quyền cho một thành viên trong liên danh (thành viên đứng đầu) để ký thay mặt các thành viên khác. Số khác, đặc biệt là các chủ đầu tư thuộc đối tượng và phạm vi áp dụng của Luật đấu thầu lại từ chối cách làm này do lo ngại (i) khả năng vi phạm quy định của pháp luật đấu thầu; hoặc (ii) cân nhắc đến khả năng một trong số thành viên trong liên danh từ chối trách nhiệm khi liên danh vi phạm nghĩa vụ hợp đồng xây dựng¹¹.

Vấn đề chông lẩn về phạm vi áp dụng luật cho hợp đồng xây dựng như trên có thể được giải quyết nếu như (i) Luật Đấu thầu 2013 không đề cập đến những vấn đề liên quan đến hợp đồng xây dựng mà để những vấn đề này đã chịu sự điều chỉnh của Luật Xây dựng 2014; hoặc (ii) Luật đấu thầu chỉ điều chỉnh những hợp đồng thuộc dạng mua sắm, cung cấp dịch vụ mà nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật Xây dựng. Trong trường hợp này, Luật Xây dựng 2014 cần loại bớt những hợp đồng về bản chất không được xem là hợp đồng xây dựng như được nêu tại Mục III.3.2; hoặc (iii) Luật Đấu thầu chỉ quy định về thư trao thầu, các phương thức mà một thư trao thầu được ban hành và có giá trị ràng buộc với các bên để xác lập việc kết thúc giai đoạn đấu thầu; còn Luật Xây dựng 2014 sẽ điều chỉnh các vấn đề có liên quan đến việc thiết lập và thực hiện hợp đồng xây dựng kể cả nội dung, hình thức và cách thức mà một thư trao thầu được ban hành.

Trên thực tế, việc thiếu quy định chi tiết cho thư trao thầu cũng dẫn tới việc nhiều trường hợp các bên từ chối việc viện dẫn thư trao thầu như là một hợp đồng xây dựng bởi vì (i) các bên chưa loại bỏ được quan điểm hợp đồng phải có tiêu đề hoặc tựa đề là hợp đồng hoặc thoả thuận hợp đồng hoặc một tiêu

¹⁰ Xem thêm Điều 65.1, Luật Đấu thầu 2013.

¹¹ Trong thực tế triển khai có nhiều nhà thầu sử dụng năng lực của nhau để đảm bảo yêu cầu của hồ sơ mời thầu nhưng thực chất không trực tiếp tham gia thực hiện hợp đồng. Khi liên danh không đáp ứng được các yêu cầu của hợp đồng xây dựng đã ký thì các thành viên khác trong liên danh lại thoái thác trách nhiệm hoặc cung cấp các bằng chứng để chứng tỏ rằng phạm vi công việc mà thành viên đó đảm nhận là không có hoặc rất nhỏ và đã được các thành viên trong liên danh khác thống nhất loại trừ.

đề tương tự. Trong khi đó, theo quy định của pháp luật Việt Nam về bản chất hợp đồng chỉ là việc thoả thuận giữa ít nhất hai chủ thể mà có xác lập quyền và nghĩa vụ giữa các bên¹²; hoặc (ii) bản thân thư trao thầu không nêu lên được những vấn đề có thể dễ dàng xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên. Trong khi đó, về cơ bản khi một bên đã ra văn bản xác nhận việc chấp thuận một đề xuất và việc xác nhận chấp thuận này là toàn bộ (mà không có đề xuất bổ sung) thì việc đó sẽ tạo nên một hợp đồng giữa các bên¹³.

Như vậy, về cơ bản có thể nói dù hợp đồng được ký bởi một thành viên trong liên danh hay không thì không ảnh hưởng tới (i) giá trị và tính pháp lý của hợp đồng xây dựng và (ii) không ảnh hưởng tới quyền của chủ đầu tư để yêu cầu nhà thầu (liên danh) phải chịu trách nhiệm cho công việc mà liên danh (hoặc một thành viên) đã không thực hiện đầy đủ.

4.2. Chưa có luật đấu thầu áp dụng cho các dự án mang yếu tố tư nhân

Cũng tương tự như trong lĩnh vực xây dựng, tại Việt Nam hiện nay cũng không có luật đấu thầu áp dụng cho các dự án mang yếu tố tư nhân. Như vậy, về cơ bản tại Việt Nam hoạt động đấu thầu các dự án mang yếu tố tư nhân đang bị bỏ ngỏ và các rủi ro cho hoạt động đấu thầu của tư nhân cũng có thể xảy ra tương tự như cách mà nó có thể đến với hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân.

Việc tham khảo thêm Mục 1.3 nêu trên giúp khách hàng có được những cân nhắc cần thiết để phòng ngừa các vấn đề có thể phát sinh từ hoạt động đấu thầu mang yếu tố tư nhân và sau đó là hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân, và từ đó để có giải pháp pháp lý phù hợp.

Ngoài ra, nhu cầu cấp thiết của việc sử dụng một quy định chung về đấu thầu để áp dụng chung cho các hoạt động đấu thầu tại Việt Nam, bao gồm cả những vấn đề có yếu tố nhà nước và yếu tố tư nhân. Mặt khác, việc tham khảo các quy trình đấu thầu của các nước trên thế giới hoặc các ngân hàng tái thiết như Ngân hàng Phát triển Châu Á, Ngân hàng Thế giới v.v. hoặc các tổ chức tư vấn uy tín sẽ giúp Việt Nam có những bước phát triển tiệm cận với sự phát triển của thế giới, tránh được những khiếm khuyết hoặc bất cập trong quá trình triển khai trên thực tế.

II. CÁC RỦI RO CHÍNH PHÁT SINH TRONG QUÁ TRÌNH XÂY DỰNG

1. Rủi ro về việc thay đổi tỷ giá

Thay đổi về tỷ giá là một rủi ro hiện hữu đối với các hợp đồng xây dựng, đặc biệt là những hợp đồng xây dựng có từ hai loại đồng tiền thanh toán trở lên hoặc có một

¹² Tham khảo Điều 388, Bộ Luật Dân sự 2005.

¹³ Tham khảo Điều 396, Bộ Luật Dân sự 2005.

đồng tiền thanh toán được quy đổi từ một ngoại tệ. Trong giai đoạn mười năm từ năm 2007 tới năm 2016, VND luôn có xu hướng mất (giảm) giá so với các ngoại tệ mạnh trên thế giới, đặc biệt là USD¹⁴. Trong giai đoạn này, VND đã mất giá tương đương với gần 40% so với USD, từ mức 16.061VND/1USD vào năm 2007 xuống mức 22.450VND/1USD. Do vậy, việc đánh giá thấp hoặc không có quan tâm đúng mức tới sự thay đổi của tỷ giá trong hợp đồng xây dựng sẽ dẫn tới những rủi ro lớn.

Thay đổi tỷ giá đối với những hợp đồng có giá trị nhỏ hoặc thời gian triển khai ngắn sẽ không phải là rủi ro nghiêm trọng. Tuy nhiên, nó sẽ trở nên đáng lưu tâm hơn khi biết rằng nhiều giá trị hợp đồng xây dựng có giá trị lớn hoặc tỷ trọng của ngoại tệ chiếm tỷ trọng cao trong hợp đồng xây dựng hoặc có nhiều loại ngoại tệ khác nhau hoặc có thời gian triển khai dài, tất cả những yếu tố này sẽ trực tiếp hoặc gián tiếp dẫn tới vốn đầu tư dự án tăng cao và một hoặc tất cả các bên phải có cơ chế phân chia rủi ro từ việc thay đổi tỷ giá.

Trong thực tế, những trường hợp thay đổi tỷ giá thường gặp mà khách hàng nên dành sự quan tâm đặc biệt đối với hợp đồng xây dựng đó là:

- Việc cố định một tỷ giá giữa VND và một ngoại tệ khác để thanh toán trong quá trình thi công mặc dù việc biến động của tỷ giá giữa VND và ngoại tệ đó là rất cao. Khi phải gánh chịu các thiệt hại, nhà thầu có thể khiếu nại chủ đầu tư để bù đắp hoặc giảm thiểu những thiệt hại do sự biến động tỷ giá đó gây ra;
- Không ấn định tỷ giá mua vào hoặc bán ra hoặc tỷ giá trung bình (mua vào – bán ra) dùng để quy đổi cho việc thanh toán;
- Không có tỷ giá quy đổi trực tiếp giữa một ngoại tệ dùng để chào thầu với một ngoại tệ dùng để thanh toán mà phải quy đổi giữa ngoại tệ dùng để chào thầu đó với VND (hoặc một ngoại tệ trung gian) và giữa VND với một ngoại tệ thứ ba;

Trong một số trường hợp, để ứng phó với sự biến động về tỷ giá, hoặc những sự kiện kinh tế trên thế giới mà có thể ảnh hưởng lớn/chung tới nền kinh tế; cơ quan chức năng, đặc biệt là NHNN thường có các quyết định mở rộng biên độ điều chỉnh tỷ giá như cách đã được thực hiện trong thời gian qua. Khi xảy ra tình huống như vậy thì một trong các bên có thể viện dẫn vào những quy định của hợp đồng để đề nghị được điều chỉnh giá do thay đổi luật pháp. Hiện nay, câu hỏi liệu một bên của hợp đồng có thể viện dẫn vào (các) quyết định của cơ quan chức năng để yêu cầu bên kia điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi luật pháp hay không vẫn chưa có câu trả lời thống nhất.

Tóm lại có thể khẳng định rằng, rủi ro về tỷ giá trong hợp đồng xây dựng là luôn thường trực và có thể chịu sự tác động của nhiều yếu tố. Do vậy khi khách hàng tham gia các hợp đồng xây dựng cụ thể thì cần hết sức thận trọng và có góc nhìn nhiều chiều để đề cập những vấn đề mà khách hàng cần lưu tâm, tránh trường hợp việc không đề cập rõ vấn đề thay đổi tỷ giá làm ảnh hưởng tới quá trình thực hiện

¹⁴ Xem thêm Bảng 6. II – 1.1. Thay đổi tỷ giá của Việt Nam và USD.

hợp đồng xây dựng hoặc có thể xảy ra tranh chấp, làm gia tăng chi phí đầu tư của dự án.

2. **Rủi ro cho việc thay đổi chi phí (thay đổi giá)**

Ngoài việc thay đổi tỷ giá như được nêu ở trên, rủi ro từ việc thay đổi chi phí (thay đổi giá) cũng là vấn đề quan trọng trong hợp đồng xây dựng. Ngoài trừ những hợp đồng trọn gói mà không cho phép điều chỉnh giá hoặc hợp đồng xây dựng có đơn giá cố định thì các hợp đồng khác đều cho phép điều chỉnh giá hợp đồng khi chi phí xây dựng bị tăng cao vượt quá mức dự kiến.

Mục tiêu của việc cho phép điều chỉnh giá trong hợp đồng xây dựng chính là để khuyến khích việc chào thầu được cạnh tranh và để cân bằng lợi ích của chủ đầu tư, nhà thầu khi có sự biến động về giá vượt qua những dự định ban đầu.

Dưới góc độ pháp lý, việc áp dụng quy định về thay đổi chi phí trong hợp đồng xây dựng tại Việt Nam ngay từ những năm 2007 đã có cách tiếp cận tương đối phù hợp với hợp đồng FIDIC, cụ thể Bộ Xây dựng đã có hướng dẫn sử dụng công thức tính điều chỉnh giá tương tự như cách quy định tại hợp đồng FIDIC Red Book 1999, và FIDIC Yellow Book 1999¹⁵.

Tuy nhiên, việc điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí về bản chất là một dạng thoả thuận giữa các bên trong đó giá hợp đồng sẽ được điều chỉnh khi xảy ra sự kiện, tình huống hoặc tại thời điểm mà các bên đã dự liệu. Việc điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí này khác biệt hoàn toàn với việc điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi luật pháp, ví dụ cụ thể là việc một số hợp đồng xây dựng có thể được thay đổi giá khi Thông tư 09/2008/TT-BXD ban hành. Đây là dạng hợp đồng và giá hợp đồng bị điều chỉnh bởi sự thay đổi luật pháp (luật pháp yêu cầu) để phản ánh tình hình thực tế nên các bên cần phải tuân thủ. Việc không tuân thủ quy định của pháp luật có thể được xem là một trong các bên đang vi phạm hợp đồng. Ngược lại, vì đây là thay đổi giá hợp đồng do luật pháp thay đổi nên phương pháp điều chỉnh giá, phạm vi áp dụng v.v phải tuân thủ với quy định được đưa ra. Hai yếu tố này giúp làm rõ sự khác biệt giữa điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí và điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi luật pháp.

Cuối cùng, như đã nói ở Mục 1.2 nêu trên, vì thời gian thực hiện hợp đồng xây dựng kéo dài nên thường gây khó khăn cho các bên trong việc đánh giá mức độ ảnh hưởng của giá cả đối với việc thực hiện hợp đồng. Sự đan xen của nhiều yếu tố như khối lượng thực hiện, thời điểm trượt giá, v.v dẫn tới việc khách hàng cần đặc biệt lưu ý và làm rõ các câu hỏi sau đây trong bất kỳ quy định về điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí nào, cụ thể:

- Có hay không việc điều chỉnh giá cho hợp đồng do thay đổi chi phí;

¹⁵ Tham khảo thêm Phụ Lục 5 đính kèm Thông tư 06/2007/TT-BXD; Điều 13.7, Red Book 1999, Điều 13.8 Yellow Book 1999.

- Nếu có, có hay không việc điều chỉnh giá cho tất cả các thành phần cấu thành nên đơn giá hợp đồng, từ vật tư, nhân công, máy móc thiết bị, xăng dầu, v.v. hay chỉ áp dụng cho một (số) loại vật tư nhất định;
- Thời điểm bắt đầu cho phép trượt giá là thời điểm nào;
- Đã thiết lập được ngày gốc (Base Date) hay chưa;
- Các chỉ số (trọng số) hay hệ số điều chỉnh cho trượt giá lấy từ nguồn nào (Tổng cục Thống kê; Sở Xây dựng hay tại cơ quan khác);
- Nhà thầu có được quyền yêu cầu điều chỉnh giá hợp đồng trong trường hợp nhà thầu có lỗi dẫn tới việc kéo dài thời gian thực hiện hợp đồng hay không;

3. **Rủi ro cho việc chủ đầu tư không kiểm soát được năng lực của nhà thầu**

Năng lực của nhà thầu là một trong số những vấn đề được chủ đầu tư đặc biệt quan tâm bởi tính phức tạp và đặc thù của lĩnh vực xây dựng. Năng lực của nhà thầu không chỉ bao hàm ý nghĩa về kinh nghiệm đã từng thực hiện và thực hiện thành công bao nhiêu dự án tương tự như dự án mà chủ đầu tư đang mong muốn thực hiện/triển khai mà năng lực của nhà thầu còn liên quan tới khả năng tài chính; việc am hiểu của nhà thầu đối với các quy định pháp luật, môi trường, văn hoá, thời tiết, khí hậu, thủy văn của Việt Nam; năng lực quản lý và điều hành của nhà thầu v.v.

Khi nhà thầu không đảm bảo được năng lực của mình trong quá trình triển khai dự án (về bất kỳ khía cạnh nào) đều có nguy cơ dẫn tới việc dự án/gói thầu bị chậm trễ và/hoặc chi phí triển khai dự án/gói thầu đó bị đẩy lên cao. Việc chấm dứt hợp đồng xây dựng với nhà thầu vi phạm và yêu cầu nhà thầu đó chịu trách nhiệm cho những thiệt hại phát sinh chỉ là giải pháp tình thế và đã rồi, bởi vì trong nhiều trường hợp, những chi phí, thiệt hại, tổn thất và trách nhiệm phát sinh từ việc chấm dứt hợp đồng trong nhiều trường hợp còn nhiều hơn giá trị hợp đồng mà nhà thầu đã đảm nhận trước đó.

Các chi phí mà nhà thầu có thể phải gánh chịu như là hệ quả của việc chấm dứt có thể bao gồm: (i) chi phí chấm dứt nhà thầu vi phạm; (ii) chi phí tìm kiếm nhà thầu khác vào thay thế; (iii) chi phí phải trả cho nhà thầu khác để thực hiện phần công việc chưa hoàn thành, bao gồm cả chi phí trượt giá đến thời điểm chọn được nhà thầu mới; (iv) chi phí quản lý dự án; (v) các chi phí về lãi vay; (vi) các chi phí về bảo hiểm; (vii) các lợi nhuận dự kiến bị mất do chậm đưa dự án/gói thầu vào sử dụng; (viii) các trách nhiệm mà chủ đầu tư có thể phải trả cho bên thứ ba v.v

Do vậy, đối với hợp đồng xây dựng cần phải trao quyền cho chủ đầu tư những biện pháp để có thể ngay lập tức thay thế hoặc yêu cầu nhà thầu không đảm bảo năng lực thực hiện các biện pháp khắc phục, bao gồm nhưng không giới hạn bởi quyền (i) yêu cầu ngân hàng, tổ chức tài chính hoặc công ty mẹ của nhà thầu phải thực hiện các nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết với chủ đầu tư; (ii) quyền chấm dứt hợp đồng với nhà thầu để giao công việc còn lại chưa thực hiện cho nhà thầu khác; (iii) quyền thanh

toán trực tiếp của chủ đầu tư cho thành viên còn lại trong liên danh hoặc thanh toán cho nhà thầu phụ chủ yếu của công việc; (iv) quyền yêu cầu nhà thầu thực hiện các biện pháp khắc phục như thay thế nhân lực không đủ năng lực; thu xếp tài chính cho dự án; hoặc mở một tài khoản ngân hàng chỉ được dùng vì mục đích triển khai dự án v.v.

Tuy nhiên, trong thực tế rủi ro của việc không kiểm soát được năng lực của nhà thầu vẫn hiện hữu, đặc biệt là những dự án mà việc chấm dứt hợp đồng cần tới sự phê duyệt hoặc chấp thuận của cơ quan quyết định đầu tư; sự chấp thuận của cơ quan cấp phát vốn v.v. Trong những trường hợp như vậy, các mục tiêu của dự án có thể bị phá vỡ hoàn toàn.

Kết lại, tham gia vào các hợp đồng có giá trị lớn, hoặc sự phức tạp về công nghệ, hoặc dự án đó lần đầu tiên được triển khai, hoặc nhà thầu có cùng quốc tịch với nhà tài trợ (cơ quan cấp phát vốn) v.v., thì khách hàng cần lưu ý để tư vấn hoặc soạn thảo các quy định dự phòng, bao gồm những vấn đề thuộc loại sau đây:

- Tính chất đầy đủ của giá hợp đồng được xem như đã bao gồm các nghĩa vụ của nhà thầu theo quy định của hợp đồng;
- Cam kết và đảm bảo của nhà thầu đối với các vấn đề về (i) tình trạng pháp lý của liên danh và sự thay đổi tư cách của thành viên trong liên danh, nếu có; (ii) tính chất sẵn có của dữ liệu công trường (as it is); (iii) việc am hiểu các yêu cầu của hợp đồng, bao gồm các khía cạnh về bản vẽ, tiêu chuẩn kỹ thuật hoặc các yêu cầu khác của chủ đầu tư;
- Quyền của chủ đầu tư trong việc chấm dứt hợp đồng, tịch thu bảo lãnh, và/hoặc các công cụ bảo vệ lợi ích khác của chủ đầu tư;
- Quyền ngưng không thanh toán của chủ đầu tư cho đến khi một hoặc một số nghĩa vụ cơ bản của nhà thầu chưa được khắc phục theo yêu cầu của chủ đầu tư.

4. Rủi ro từ việc lựa chọn áp dụng hợp đồng EPC/Turnkey

Silver Book 1999 (EPC/Turnkey) chỉ được khuyến cáo sử dụng cho (i) những công việc cơ điện – kỹ thuật của các công trình dân dụng; (ii) các dự án năng lượng như nhiệt điện, thủy điện, điện hạt nhân; (iii) các nhà máy hoá chất, lọc hoá dầu; (iv) những loại dự án mà cần tới sự thống nhất về dây chuyền, thiết bị công nghệ¹⁶.

Một đặc tính nổi bật của loại hợp đồng EPC/Turnkey là hầu hết mọi rủi ro đều do nhà thầu gánh chịu, và nhà thầu được toàn quyền trong việc triển khai dự án mà không có nhiều sự can thiệp từ chủ đầu tư hoặc đại diện chủ đầu tư. Trong điều kiện hợp đồng Silver Book 1999 - EPC/Turnkey do FIDIC giới thiệu, kỹ sư tư vấn thông thường không áp dụng như các điều kiện hợp đồng Red Book 1999 hoặc Yellow Book 1999

¹⁶ Xem thêm tại www.fidic.org/

mà thay vào đó là việc quản lý của chủ đầu tư¹⁷. Chính từ việc không quan tâm tới các điểm đặc thù này mà cả chủ đầu tư hoặc nhà thầu sẽ gặp những rủi ro tiềm tàng khi sau đây:

- Gia tăng nghĩa vụ cho nhà thầu khi dự án không thuộc những trường hợp mà điều kiện hợp đồng Silver Book 1999 – EPC/Turnkey được khuyến cáo sử dụng;
- Gia tăng chi phí cho chủ đầu tư khi không thuộc những trường hợp hợp đồng EPC/Turnkey được khuyến cáo sử dụng;
- Không vận dụng đúng quyền và nghĩa vụ của chủ đầu tư, nhà thầu trong quá trình thực hiện hợp đồng;
- Đặt ra lịch trình/phương thức thanh toán không phù hợp với yêu cầu của hợp đồng EPC/Turnkey;
- Không lường trước hết được vấn đề trong Yêu Cầu Của Chủ Đầu Tư; hoặc
- Kết quả thử nghiệm, kiểm định và chạy thử không đạt các yêu cầu của chủ đầu tư, bao gồm cả việc không đáp ứng được yêu cầu sản phẩm khi đưa ra thị trường.

Những vấn đề nêu trên đặt ra cho chủ đầu tư, nhà thầu và khách hàng yêu cầu nhìn nhận đúng đắn, đầy đủ về (i) phạm vi áp dụng của các điều kiện hợp đồng EPC/Turnkey; (ii) việc tuân thủ triệt để những nguyên lý của các điều kiện hợp đồng EPC/Turnkey; và (iii) cơ chế giải quyết các tranh chấp có thể phát sinh.

5. **Rủi ro từ việc phân cấp quản lý dự án đầu tư xây dựng**

Tại Việt Nam việc phân cấp quản lý dự án đầu tư xây dựng đối với những dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước hoặc dự án có chủ thể là các cơ quan quản lý hành chính nhà nước diễn ra phức tạp. Trong nhiều trường hợp việc phân cấp quản lý dự án đầu tư xây dựng như vậy dẫn tới hệ lụy nguy hiểm cho việc đấu thầu, quản lý dự án cũng như việc quản lý hợp đồng xây dựng, cụ thể:

Thứ nhất là vấn đề mất cân đối giữa nhu cầu quản lý hành chính và bảo vệ vốn ngân sách nhà nước với nhu cầu linh hoạt và đổi mới lợi nhuận của nhà thầu.

Thông thường, để triển khai một dự án đầu tư xây dựng thì một BQLDA sẽ được thành lập và đứng tên trong hợp đồng với tư cách của chủ đầu tư. Theo quy định của pháp luật, BQLDA được thành lập có tư cách pháp nhân, có con dấu, có tài khoản riêng, bao gồm cả những người có chuyên môn, năng lực, kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng để thực hiện dự án¹⁸.

¹⁷ Xem thêm Điều 3, FIDIC Silver Book 1999.

¹⁸ Xem thêm Điều 45, Luật Xây dựng 2003; Điều 33, Điều 34 Nghị định 12/2009; Điều 63, Điều 64, Luật Xây dựng 2014.

Như vậy, về cơ bản BQLDA có khả năng trong việc tự đưa ra quyết định và tự chịu trách nhiệm cho những quyết định của mình đối với hợp đồng xây dựng đã ký. Tuy nhiên, cơ chế vận hành của BQLDA lại chịu sự chi phối của nhiều yếu tố quản lý hành chính nhà nước và về bản chất thì BQLDA không phải là chủ thể có thẩm quyền thực sự mà thẩm quyền này phụ thuộc vào những chủ thể khác, đặc biệt là người quyết định đầu tư.

Bảng 6.II. – 5.1 là một ví dụ tham khảo về các cơ quan có thẩm quyền có liên quan tới việc phát triển một dự án tàu điện tại Việt Nam.

Trong nhiều trường hợp, việc phân cấp quản lý dự án đầu tư xây dựng như vậy vô hình trung dẫn tới một viễn cảnh mà (i) một tổ chức không chuyên hoặc ít nhất là không có đầy đủ thẩm quyền cho việc phát triển dự án, nặng về thủ tục và hành chính (chủ đầu tư các dự án) được giao đảm nhận vị trí của chủ đầu tư và phải đối đầu với (ii) một tổ chức chuyên cung cấp dịch vụ xây dựng là nhà thầu – người luôn xem việc tối đa hoá lợi ích là mục tiêu cao nhất. Đây chính là nguyên nhân lý giải cho việc hầu hết các chủ đầu tư dự án hạ tầng tại Việt Nam đều đã, đang bị hoặc sẽ bị nhà thầu khiếu nại, khiếu kiện lên trọng tài, toà án và gây ra không ít chi phí cho việc thực hiện dự án.

Thứ hai là việc khó lựa chọn nguồn luật áp dụng do không thể xác định được chính xác ý nghĩa của cụm từ “vốn ngân sách nhà nước” là gì. Tại Việt Nam hiện nay, có rất nhiều quy định đề cập tới cụm từ “vốn ngân sách nhà nước” hoặc “sử dụng vốn ngân sách nhà nước”¹⁹, đặc biệt Luật Đấu thầu 2013, Điều 4.44 có quy định về vốn nhà nước là bao gồm vốn ngân sách nhà nước và những loại vốn khác được xem là vốn nhà nước.

Tuy nhiên lại không có bất kỳ quy định nào làm rõ nội hàm và phạm vi của vốn ngân sách nhà nước gồm những loại vốn nào và nó có thể được hình thành dưới những nguồn nào.

Việc xác định chính xác vốn ngân sách nhà nước sẽ giúp xác định được nguồn luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng xây dựng mà các bên tham gia. Như đã nêu ở Mục 1.3, pháp luật điều chỉnh hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng có sự tách biệt rõ ràng giữa các hợp đồng xây dựng có yếu tố nhà nước và các hợp đồng có yếu tố tư nhân. Khi không xác định một dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước, hoặc chủ thể của dự án đó chịu sự điều chỉnh của Nghị định 37/2015 (hoặc các văn bản khác) thì khả năng những tranh chấp cũng có thể xảy ra bởi vì trong cả hai tình huống (i) một bên không phải là chủ thể bị áp dụng các quy định của luật xây dựng mà cụ thể là Nghị định 37/2015/NĐ-CP (hoặc các văn bản khác) nhưng lại khẳng định áp dụng hoặc yêu cầu bên kia áp dụng quy định đó; hoặc (ii) một bên lẽ ra thuộc trường hợp áp dụng của Nghị định 37/2015/NĐ-CP nhưng lại không làm như vậy đều dẫn tới chung một hệ quả là việc vi phạm các quy định của hợp đồng, các quy định của pháp luật liên quan, thậm chí trong một số trường hợp có thể phải chịu trách nhiệm hình sự do vi phạm quy định về cố ý làm trái.

¹⁹ Xem thêm Luật Xây dựng 2014, Luật Đấu thầu 2013, Luật Đầu Tư công 2014.

Trong thực tế đã có không ít những tranh chấp giữa các bên xảy ra và một trong những vấn đề các bên dành nhiều sự quan tâm là việc có hay không việc áp dụng các quy định của pháp luật Việt Nam về đấu thầu, về hợp đồng xây dựng có yếu tố nhà nước. Có nhiều hơn hai câu hỏi mà các bên phải trả lời để bảo vệ cho quan điểm của mình đó là (i) vốn ngân sách nhà nước là để xác định tỷ lệ phần vốn nhà nước trong tổ chức của chủ đầu tư hoặc nhà thầu hay để xác định vốn nhà nước trong tổng vốn đầu tư của dự án; (ii) những loại vốn nào có thể được xem là vốn ngân sách nhà nước. Vốn mà chủ đầu tư sử dụng từ nguồn vốn vay của ngân hàng phát triển, vốn do nhà nước bảo lãnh v.v có thể được xem là vốn ngân sách nhà nước hay không; (iii) xác định vốn ngân sách nhà nước là cho cả dự án hay một gói thầu nhất định. v.v.

Bởi vậy, khi tham gia vào các hợp đồng xây dựng, khách hàng cần lưu ý đặc biệt tới các câu hỏi như:

- Dự án, gói thầu hoặc chủ thể có phải chịu sự điều chỉnh của Nghị định 37/2015 hay không;
- Các bên có lựa chọn áp dụng Nghị định 37/2015 hay không;
- Việc lựa chọn áp dụng như vậy là áp dụng đương nhiên (áp dụng luật định) hay áp dụng trên tinh thần luật;
- Cơ sở hoặc bằng chứng cho thấy việc áp dụng như vậy là phù hợp với quy định của pháp luật;
- Vốn ngân sách nhà nước mà chủ đầu tư hoặc nhà thầu sử dụng là gì, bao gồm những loại nào, có tạo thành một phần hay toàn bộ dự án/gói thầu mà các bên đang triển khai hay không.

III. QUY ĐỊNH VỀ HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG THEO LUẬT VIỆT NAM VÀ THEO FIDIC

1. Những bước phát triển của luật Việt Nam và FIDIC về hợp đồng xây dựng

Luật Việt Nam về hợp đồng xây dựng tương đối mờ nhạt và sơ khai mãi tới khi Nghị định 99/2007 và Thông tư 06/2007/TT-BXD ra đời thì những vấn đề của hợp đồng xây dựng mới được điều chỉnh cụ thể. Dấu mốc quan trọng nhất của thời điểm này chính là việc Bộ Xây dựng ban hành hai quyết định quan trọng để hướng dẫn về hợp đồng xây dựng là (i) Quyết định 2507/QĐ-BXD: Hướng dẫn hợp đồng tư vấn; và (ii) Quyết định 2508/QĐ-BXD: Hướng dẫn hợp đồng xây dựng.

Tiếp đó, để chính thức hoá việc quy định về hợp đồng xây dựng, Nghị định 48/2010 và Thông tư 09/2011/TT-BXD cũng giới thiệu để đề cập và điều chỉnh riêng biệt về mẫu hợp đồng xây dựng khỏi các vấn đề về quản lý dự án xây dựng.

Sau khi Luật Xây dựng 2014 ra đời, Chính phủ và BXD đã kế thừa những quy định trước đó về hợp đồng xây dựng để ban hành Nghị định 37/2015 và gần nhất là Thông tư 09/2016/TT-BXD quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

Không thể phủ nhận những nỗ lực của Việt Nam trong việc thay đổi luật để nâng tầm các quy định từ quyết định lên nghị định và thông tư, đồng thời tách biệt những vấn đề khác nhau trong hoạt động để điều chỉnh riêng biệt. Tuy nhiên có thể thấy việc ban hành các mẫu hợp đồng xây dựng về sau có hai đặc điểm nổi bật, đó là (i) việc kế thừa giữa Nghị định 48/2010, Thông tư 09/2011/TT-BXD và Nghị định 37/2015 và Thông tư 09/2016/TT-BXD; và (ii) có những bước thụt lùi của các nghị định, thông tư đó so với Quyết định 2507 và Quyết định 2508, đặc biệt là những vấn đề như (i) mức độ chi tiết của hợp đồng phản ánh qua số trang của hợp đồng mẫu; (ii) hợp đồng thầu phụ chỉ định; (iii) hiệu lực của hợp đồng; (iv) cấu trúc của hợp đồng v.v.

Trong khi đó, sau khi ấn bản hợp đồng đầu tiên được giới thiệu vào năm 1957, FIDIC đã liên tục cập nhật, thay đổi, điều chỉnh và giới thiệu những ấn bản mới về hợp đồng xây dựng. Nếu như mẫu hợp đồng xây dựng áp dụng cho việc xây dựng truyền thống (Red Book 1987) giới thiệu 72 điều khoản khác nhau phần nào cho thấy sự phức tạp, chưa thực sự phù hợp về nội dung và trong cách cấu trúc của hợp đồng FIDIC tại thời điểm đó²⁰ thì khi ấn bản hợp đồng FIDIC 1999 được ban hành, cấu trúc hợp đồng đã được đơn giản hoá và được sắp xếp theo một trình tự khoa học, để theo dõi và dễ tiếp cận²¹. Theo đó, cấu trúc chuẩn của một hợp đồng FIDIC bao gồm các nhóm sau đây:

- Nhóm 1: Các quy định chung, bao gồm 1 điều khoản.
- Nhóm 2: Các quy định về chủ thể, bao gồm 4 điều, được sắp xếp theo thứ tự từ chủ đầu tư, nhà tư vấn, tới nhà thầu và nhà thầu phụ được chỉ định.
- Nhóm 3: Các quy định về chuẩn bị khởi công, thi công và hoàn thành, bao gồm 6 điều, được sắp xếp theo thứ tự khoa học, từ con người tới vật tư, thiết bị, tới khởi công, hoàn thành và bảo hành.
- Nhóm 4: Các quy định về chi phí của hợp đồng, bao gồm 3 điều được sắp xếp theo một trật tự khoa học, từ đo đạc, phát sinh tới giá hợp đồng và thanh toán.
- Nhóm 5: Các quy định về quyền tạm ngưng, chấm dứt, bao gồm 2 điều được sắp xếp theo thứ tự chủ đầu tư, nhà thầu.
- Nhóm 6: Các quy định khác, bao gồm 3 điều được sắp xếp theo thứ tự về rủi ro, phân chia rủi ro và bảo hiểm.
- Nhóm 7: Các quy định về khiếu nại, giải quyết tranh chấp, bao gồm 1 điều.

²⁰ Xem Phụ lục 6.III – 1.1 [Các điều khoản của Hợp đồng FIDIC 1987]

²¹ Xem Phụ Lục 6.III – 1.2 [Các điều khoản của Hợp Đồng FIDIC 1999]

Khách hàng có thể cân nhắc cấu trúc, sự sắp xếp cũng như thứ tự của các điều khoản theo hợp đồng FIDIC để có thể đưa ra được cấu trúc phù hợp cho một hợp đồng xây dựng, tránh việc lặp lại, trùng lẫn hoặc thiếu sót trong các thành tố quan trọng của một hợp đồng, đặc biệt là các hợp đồng có giá trị lớn.

2. Những điểm tương đồng giữa quy định về hợp đồng xây dựng theo luật Việt Nam và FIDIC

Bên cạnh những khác biệt giữa hợp đồng xây dựng theo quy định của pháp luật Việt Nam và hợp đồng FIDIC như được phân tích dưới đây, một cách tổng quan có thể nhận thấy rằng, Việt Nam đã có nhiều nỗ lực quan trọng trong việc tiếp cận thông lệ quốc tế về hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng, đặc biệt là hợp đồng FIDIC. Điều này được thể hiện ở nhiều khía cạnh, cụ thể:

2.1. Về cách cấu trúc và nội dung của hợp đồng

Tại Việt Nam, việc ấn định các mẫu hợp đồng trong những năm gần đây dù có những điểm lồi so với các Quyết định 2507 và Quyết định 2508 nhưng cũng có những điểm tích cực và tương đồng nhất định so với hợp đồng FIDIC. Cụ thể, mẫu hợp đồng được ban hành gần nhất có 25 điều khoản²² và có những điều khoản tương ứng với hợp đồng FIDIC Red Book 1999. Chi tiết của những điều khoản tương đồng giữa mẫu hợp đồng được ban hành kèm theo Thông tư 09/2016/TT-BXD so với Red Book 1999 được thể hiện tại Bảng 6.III – 2.1.1.

Ngoài ra, Việt Nam cũng đã bắt đầu sử dụng cách vận hành các điều kiện riêng, điều kiện chung trong hợp đồng xây dựng²³. Điều đó cho thấy Việt Nam đã hiểu rõ hơn tầm quan trọng của các quy định chung, các quy định riêng, đồng thời hiểu được chức năng, vai trò và vị trí của các tài liệu khác trong hợp đồng mà không chỉ đơn thuần là văn bản mang tên thoả thuận hợp đồng.

Do vậy, khách hàng cần hiểu rõ cấu trúc hợp đồng FIDIC hoặc cấu trúc hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam đồng thời đưa ra những kiến nghị hợp lý về việc sử dụng cấu trúc hợp đồng phù hợp nhất.

Trong trường hợp các bên thống nhất lựa chọn áp dụng điều kiện chung và điều kiện riêng thì khách hàng cũng cần thống nhất về thứ tự ưu tiên của các tài liệu hợp đồng nói chung cũng như thứ tự ưu tiên của điều kiện riêng so với điều kiện chung để khách hàng hiểu được cấu trúc cũng như sự vận hành của các điều khoản hợp đồng xây dựng.

Các nội dung của mẫu hợp đồng dùng cho lĩnh vực thi công xây dựng (ban hành kèm theo Quyết định 2508/QĐ-BXD) được BXD dựa trên nền tảng những quy định của Hợp đồng FIDIC 1999 (mặc dù có những biến thể nhất định) và có nhiều điểm tiến bộ hơn so với mẫu hợp đồng ban hành kèm theo Thông tư 09/2016/TT-BXD. Những hạn

²² Tham khảo thêm mẫu hợp đồng thi công xây dựng ban hành kèm theo Thông tư 09/2016/TT-BXD.

²³ Xem Điều 2.4, Điều 2.5, Nghị định 37/2015/NĐ-CP; Điều 2, Thông tư 09/2016/TT-BXD.

chế của Thông tư 09/2016/TT-BXD có thể một phần được lý giải bởi yêu cầu quản lý vốn ngân sách nhà nước trong bối cảnh nợ công của Việt Nam tăng cao, hoặc bởi những tương đồng giữa Nghị định 37/2015 và Nghị định 48/2010 trước đó.

Ngoài ra, có bốn điểm cần đặc biệt chú ý đối với các mẫu hợp đồng xây dựng của Việt Nam đó là (i) chất lượng của nội dung được quy định tại các mẫu hợp đồng này còn chưa rõ ràng, thiếu sự thống nhất; (ii) nhiều nội dung quan trọng được nêu trong các mẫu hợp đồng đã bị hiệu chỉnh về ngữ nghĩa và phạm vi áp dụng so với ý nghĩa được nêu trong các điều kiện hợp đồng FIDIC, đặc biệt là Red Book 1999; (iii) về tổng thể, các quy định trong mẫu này đang hướng dẫn cho hợp đồng thi công xây dựng truyền thống (nhà thầu chỉ thi công theo bản vẽ và yêu cầu kỹ thuật do chủ đầu tư đưa ra) mà chưa có sự phân hoá hoặc chỉ dẫn rõ ràng cho các loại hợp đồng thiết kế và thi công hoặc loại hợp đồng EPC/Turnkey; và (iv) phạm vi áp dụng của các quy định này chỉ áp dụng cho lĩnh vực có sử dụng vốn ngân sách nhà nước mà không được áp dụng chung cho tất cả các quan hệ hợp đồng xây dựng tại Việt Nam.

2.2. Về việc lựa chọn BXLTT và/hoặc cơ quan tài phán

Cùng với ảnh hưởng và sự du nhập của các mẫu hợp đồng được thừa nhận trên thế giới, Việt Nam cũng bắt đầu giới thiệu BXLTT trong Quyết định 2508/QĐ-BXD và gần đây nhất là trong Nghị định 37/2015/NĐ-CP²⁴ mặc dù vấn đề này trước đây đã không được Nghị định 48/2010/NĐ-CP, Thông tư 09/2011/TT-BXD giới thiệu đầy đủ.

Việc giải quyết tranh chấp thông qua BXLTT là một cơ chế khá đặc thù bởi nó sẽ là nơi tập hợp của những chuyên gia đầu ngành trong lĩnh vực, những vấn đề mà BXLTT được tham vấn để giải quyết thường liên quan tới kỹ thuật, và cuối cùng là những quyết định của BXLTT (nếu có) sẽ là một cơ sở để các bên tham khảo và cân nhắc áp dụng. Ngoài ra, cơ chế này còn giúp việc giải quyết tranh chấp một cách khách quan, khoa học, ít tốn kém. Tuy nhiên cũng cần lưu ý rằng, việc lựa chọn hoặc chỉ định một cá nhân hay tổ chức làm BXLTT không có nghĩa sẽ bác bỏ, làm giảm trừ hoặc ngăn cản bất kỳ bên nào trong hợp đồng xây dựng đệ trình ra trọng tài, toà án hoặc cơ quan giải quyết tranh chấp khác những vấn đề mà mình không thoả mãn.

Ngoài ra, với uy tín của mình thì hiện nay nhiều trung tâm trọng tài trong đó có cả VIAC đã được viện dẫn trong hợp đồng xây dựng như là chủ thể có quyền ấn định để thành lập BXLTT hoặc được thực hiện vai trò là BXLTT. Ở một số trường hợp khác, VIAC được chỉ định là cơ quan tài phán để giải quyết các tranh chấp của hợp đồng xây dựng. Sự trưởng thành của VIAC là cần thiết và được nhiều chủ thể mong đợi để có thể hỗ trợ các bên trong việc giải quyết tranh chấp, không nhất thiết phải viện dẫn các tranh chấp được giải quyết tại ICC hoặc SIAC – những lựa chọn tốn kém và các phán quyết này khi ban hành có thể không được công nhận và/hoặc không cho thi hành tại Việt Nam nếu vi phạm các nguyên tắc luật của Việt Nam.

Nói như vậy không có nghĩa là phủ quyết toàn bộ giá trị và ý nghĩa của những trung tâm trọng tài như ICC hay SIAC trong quá trình giải quyết tranh chấp. Một số trường

²⁴ Xem thêm Điều 45.2, Nghị định 37/2015/NĐ-CP;

hợp, các nhà thầu hoặc nhà tài trợ chỉ muốn việc giải quyết tranh chấp tại các tổ chức này, một phần để đảm bảo tính minh bạch, rõ ràng và phù hợp với thông lệ quốc tế. Ngoài ra, việc tham gia vào những vụ tranh chấp tại các tổ chức trọng tài này cũng là cơ hội để những người hành nghề luật tại Việt Nam nói riêng, các chủ thể có liên quan của việc phát triển dự án có được nhiều kinh nghiệm và bài học quý giá cho các vụ kiện mang tính chất quốc tế về sau.

3. Những khác biệt cơ bản

3.1. Phân loại hợp đồng dựa trên mối quan hệ

Để phân chia hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng thành những loại khác nhau, FIDIC lấy tiêu chí là mối quan hệ giữa các bên để định hình cấu trúc giao dịch (cấu trúc hợp đồng) và từ đó ban hành những loại hợp đồng được phù hợp. Cụ thể, FIDIC dựa trên hai mối quan hệ chủ yếu sau đây²⁵:

Mối quan hệ số 1: Mối quan hệ thuê mướn

Trong mối quan hệ này, FIDIC chia ra thành 3 nhóm nhỏ:

- Chủ đầu tư và Nhà tư vấn
- Chủ Đầu tư và Nhà thầu
- Nhà thầu và Nhà thầu phụ

Mối quan hệ số 2: Mối quan hệ cộng tác/Hợp tác

- Chủ đầu tư và Chủ đầu tư
- Nhà thầu, Nhà tư vấn và Nhà thầu, Nhà tư vấn
- Nhà thầu phụ, Nhà tư vấn phụ và Nhà thầu phụ, Nhà tư vấn phụ

Ngoài ra, để phục vụ cho một số quan hệ đặc thù, FIDIC còn ban hành một số loại hợp đồng khác, trong đó phải kể tới điều kiện hợp đồng Gold Book, điều kiện hợp đồng Blue Book v.v.

Trong khi đó tại Việt Nam, như đã nói ở mục III.2.1 nêu trên, chưa có sự phân hoá rõ ràng trong các hướng dẫn về mẫu hợp đồng xây dựng mà đang tập trung chủ yếu ở mẫu hợp đồng xây dựng truyền thống. Khách hàng cần nhận thức rõ loại quan hệ hợp đồng xây dựng mà khách hàng đang tham gia là gì, từ đó định hình được cấu trúc của giao dịch cũng như việc phân chia các rủi ro cho những chủ thể tham gia theo đó.

²⁵ Xem thêm Bảng 6.III – 3.1.1 [Các mẫu hợp đồng FIDIC chủ yếu]

3.2. Phân loại hợp đồng dựa trên sự tham gia của giao dịch trong hoạt động xây dựng

Khác với cách tiếp cận nêu trên của FIDIC, ở Việt Nam việc phân chia các hợp đồng dựa trên ba tiêu chí quan trọng, cụ thể²⁶

Dựa trên tính chất công việc, hợp đồng xây dựng được chia thành những loại hợp đồng chủ yếu sau đây:

- Hợp đồng tư vấn
- Hợp đồng thi công
- Hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ
- Hợp đồng thiết kế và thi công xây dựng công trình
- Hợp đồng thiết kế và cung cấp thiết bị công nghệ
- Hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình
- Hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng
- Hợp đồng tổng thầu chìa khoá trao tay: lập dự án, thiết kế, cung cấp thiết bị công nghệ, thi công xây dựng của một dự án
- Hợp đồng cung cấp nhân lực, máy và thiết bị thi công
- Các loại hợp đồng xây dựng khác.

Dựa trên hình thức giá hợp đồng, hợp đồng xây dựng lại được chia thành

- Hợp đồng trọn gói;
- Hợp đồng theo đơn giá cố định;
- Hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh;
- Hợp đồng theo thời gian;
- Hợp đồng theo giá kết hợp.

Dựa trên mối quan hệ, hợp đồng xây dựng có các loại sau:

- Hợp đồng thầu chính.

²⁶ Tham khảo thêm Điều 3, Nghị định 37/2015.

- Hợp đồng thầu phụ.
- Hợp đồng giao khoán nội bộ.
- Hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài.

Chính vì tiếp cận như vậy dẫn tới số lượng các loại hợp đồng được xem là chịu sự điều chỉnh của luật xây dựng đã trở nên quá nhiều, nhiều hơn so với những gì lẽ ra các hợp đồng này nên được cân nhắc. Lấy ví dụ, hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ về thực chất là một hợp đồng mua bán; hợp đồng cung cấp nhân lực, máy và thiết bị thi công về bản chất là hợp đồng dịch vụ hoặc cho thuê. Tất cả những hợp đồng này có thể sử dụng Bộ Luật Dân sự 2005 hoặc Luật Thương mại 2005 để điều chỉnh mà không cần hoặc không nên sử dụng Luật Xây dựng để điều chỉnh cho những quan hệ hợp đồng này. Không những thế với bản chất không phải là hợp đồng xây dựng, khi áp dụng các quy định của pháp luật về xây dựng để điều chỉnh thì dễ gây nên những xung đột hoặc không phù hợp với đặc thù của bản chất hợp đồng hoặc áp đặt quan điểm cho một trong các bên.

Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng đối với FIDIC, điều kiện hợp đồng Silver Book 1999 là được dùng chung cho gói thầu hoặc dự án EPC/Turnkey – khi mà nhà thầu đảm nhận mọi công việc, bàn giao cho chủ đầu tư một dự án đã được hoàn thành và chỉ cần vận hành mà không có sự phân chia giữa hợp đồng EPC và hợp đồng Turnkey. Tuy nhiên, tại Việt Nam lại phân biệt hai hợp đồng này, và điểm khác biệt để phân biệt hai hợp đồng này chính là việc có thực hiện công việc lập dự án hay không²⁷.

3.3. Dựa trên nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu rủi ro

Sự ra đời của Các Điều kiện hợp đồng vào năm 1999 đánh dấu bước phát triển và sự tiếp cận khoa học nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu trách nhiệm. Cụ thể, để phân định rủi ro giữa chủ đầu tư, nhà thầu, FIDIC thì câu hỏi đặt ra là “ai là chủ thể thực hiện việc thiết kế cho công việc”.

Với cách tiếp cận truyền thống thì nhà thầu nên sử dụng Red Book 1999 vì nhà thầu chỉ thực hiện việc thi công và xây dựng phù hợp với (i) bản vẽ; (ii) tiêu chí kỹ thuật; (iii) tiến độ. Tuy nhiên nếu nhà thầu có thể vừa thiết kế, vừa thi công thì hợp đồng được khuyến cáo sử dụng là Yellow Book 1999, bởi vì trong trường hợp này nhà thầu phải (i) tuân thủ với các yêu cầu của chủ đầu tư để thực hiện việc (ii) triển khai thiết kế; và (iii) thi công xây dựng. Cuối cùng, bàn giao lại cho chủ đầu tư sản phẩm hoàn chỉnh.

²⁷ Xem thêm Điều 3.1(g), 3.1(h).

Khi lĩnh vực xây dựng trong công nghiệp đặt ra yêu cầu đối với nhà thầu cao hơn, không chỉ dừng ở việc (i) tự thiết kế và (ii) tự thi công mà còn phải nghiên cứu (iii) phương án công nghệ và chuyển giao công nghệ, FIDIC khuyến cáo sử dụng Silver Book – EPC/Turnkey.

Như vậy, ngoại trừ phiên bản FIDIC Short Form được xem là dễ áp dụng nhất, nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu rủi ro của FIDIC dựa trực tiếp trên câu hỏi ai là người thiết kế cho công việc. Khi đã xác định được người phải chịu trách nhiệm cho việc thiết kế thì sự phân chia rủi ro giữa nhà thầu và chủ đầu tư cũng trở nên dễ dàng hơn bao giờ hết.

Hệ quả của việc phân chia rủi ro như trên cũng trao quyền cho bên gánh chịu rủi ro (nhà thầu) phải được quyền chào thầu với chi phí cao hơn để phòng ngừa cho rủi ro mà họ phải đảm nhận. Chính bởi vậy, việc chào thầu cho những gói thầu sử dụng Red Book 1999 sẽ thường đơn giản hơn, ngắn hơn so với việc chào thầu cho những gói thầu sử dụng Yellow Book 1999 và sẽ là khó nhất, lâu nhất cho những dự án có nhu cầu sử dụng Silver Book 1999.

Kết lại, khách hàng cần biết được chính xác nhu cầu của chủ đầu tư, hoàn cảnh mà chủ đầu tư đang tham gia, yêu cầu của việc bảo vệ quyền và nghĩa vụ của các bên để có thể lựa chọn được loại hợp đồng phù hợp nhất.

3.4. Dựa chủ yếu trên nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước

Trước tiên, nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước được thể hiện ngay ở những quy định của các nghị định hướng dẫn các luật liên quan tới lĩnh vực xây dựng. Như đã nói ở mục 1.3, tại Việt Nam hiện nay chưa có quy định pháp lý cụ thể (chuyên biệt) để điều chỉnh hợp đồng xây dựng trong lĩnh vực tư nhân.

Thứ hai, đó là việc áp dụng các quy định của pháp luật Việt Nam về nghiệm thu, bàn giao công trình, dự án như được nêu rõ hơn tại Mục 3.5.2 dưới đây.

Thứ ba, đó là về việc quyết toán công trình sau khi hoàn thành. Theo quy định tại Điều 147, Luật Xây dựng 2014 thì việc quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước không được vượt quá 120 ngày kể từ ngày nghiệm thu hoàn thành toàn bộ công việc hợp đồng, bao gồm cả công việc phát sinh. Việc đặt ra yêu cầu quyết toán hợp đồng sớm để phục vụ công tác quản lý dự án đầu tư xây dựng vô hình trung đã ngầm ấn định bảo hành không phải là nghĩa vụ hợp đồng bởi nếu đó là nghĩa vụ hợp đồng thì khi nghĩa vụ còn chưa kết thúc, hợp đồng không thể hết giá trị ràng buộc với nhà thầu cũng như với chủ đầu tư.

Do vậy, dù quy định này có thể được luật sư viện dẫn như là căn cứ để bảo vệ nhà thầu trong các dự án có sử dụng vốn ngân sách nhà nước nhưng khi xét trên khía cạnh pháp lý, quy định này nên bị xem là không có giá trị thực thi hoặc nên được điều chỉnh theo hướng khác đi để đảm bảo tính thống nhất và

sự logic trong quá trình thực hiện hợp đồng xây dựng, tránh các tranh chấp có thể xảy ra.

3.5. Những điểm khác biệt khác

3.5.1. Bảo lãnh thực hiện hợp đồng

Dưới góc độ hợp đồng, bảo lãnh thực hiện hợp đồng là một công cụ để đảm bảo nhà thầu sẽ tuân thủ các nghĩa vụ của hợp đồng và thực hiện các nghĩa vụ đó theo một trình tự và một cách thức hợp lý, đặc biệt là khía cạnh thời gian mà có thể thoả mãn hoặc giúp chủ đầu tư đạt được mục tiêu của mình khi chấp thuận để nhà thầu thực hiện công việc.

Với ý nghĩa đó, các điều kiện hợp đồng FIDIC yêu cầu nhà thầu mở và duy trì bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho tới khi nhà thầu đã hoàn tất mọi nghĩa vụ của hợp đồng, bao gồm cả nghĩa vụ bảo hành²⁸. FIDIC không tách rời nghĩa vụ thực hiện và nghĩa vụ bảo hành như là một nghĩa vụ riêng rẽ, và việc duy trì bảo lãnh thực hiện hợp đồng trong trường hợp này là cần thiết để tránh trường hợp khi nhà thầu có nghĩa vụ bảo hành nhưng giá trị bảo lưu mà chủ đầu tư đang giữ quá thấp, thấp hơn giá trị dùng cho việc sửa chữa sai sót, hoặc nhà thầu từ chối việc thực hiện nghĩa vụ sửa chữa sai sót đó, thì chủ đầu tư sẽ yêu cầu bên thứ ba (mà trong nhiều trường hợp tại Việt Nam đó là ngân hàng) thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của mình.

Chính sự xác định đúng về bản chất nghĩa vụ bảo hành là một nghĩa vụ của hợp đồng nên số tiền mà chủ đầu tư đang giữ bảo lưu không đại diện cho phần nghĩa vụ sửa chữa các sai sót của nhà thầu. Do đó việc yêu cầu bảo lãnh được thuận tiện và dễ dàng hơn. Điều này là khác biệt so với cách suy luận và thực hiện trên thực tế của Việt Nam về bảo lãnh thực hiện hợp đồng.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, bảo lãnh thực hiện hợp đồng sẽ kết thúc khi nhà thầu đã hoàn tất công việc và chuyển sang nghĩa vụ bảo hành²⁹. Chính điều này dẫn tới nhiều tranh chấp về việc có hay không quyền của chủ đầu tư trong việc yêu cầu nhà thầu mở bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho tới khi kết thúc bảo hành (có trái luật hay không); có hay không quyền của chủ đầu tư trong việc yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thực hiện hợp đồng nếu nhà thầu không tuân thủ nghĩa vụ bảo hành (có được yêu cầu bảo lãnh thực hiện hợp đồng trong thời gian bảo hành hay không); và có hay không việc giới hạn nghĩa vụ của nhà thầu đối với các sai sót cần phải sửa chữa, khắc phục là số tiền mà chủ đầu tư đang giữ bảo lưu.

Do đó, tùy thuộc vào vị trí và vai trò của mình trong hợp đồng xây dựng cũng như giai đoạn mà hợp đồng đang triển khai (đàm phán, ký kết hợp đồng,

²⁸ Tham khảo Điều 4.2, Điều 11.9, Hợp Đồng FIDIC Red Book, Yellow Book, Silver Book 1999.

²⁹ Xem thêm Điều 16.2 và Điều 16.6, Nghị định 48/2010; Điều 16.2 và Điều 16.6 Nghị định 37/2015.

đang thực hiện hay đang xảy ra tranh chấp) mà khách hàng có phương án dự phòng cụ thể.

3.5.2. Việc nghiệm thu và bàn giao

Tại Việt Nam, việc nghiệm thu và bàn giao các công việc của hợp đồng xây dựng được áp dụng mà không tham chiếu tới quy định cụ thể của hợp đồng cũng như không tham chiếu tới sự đặc thù trong từng công việc xây dựng cụ thể.

Với cách tiếp cận của FIDIC, nhà thầu có thể được xem như đã hoàn thành các nghĩa vụ của hợp đồng khi thi công và hoàn thành theo bản vẽ, tiêu chí kỹ thuật (đối với Red Book 1999), hoặc khi việc thi công và hoàn thành đáp ứng các yêu cầu của chủ đầu tư (Yellow Book 1999 hoặc Silver Book 1999). Ngay khi nhà thầu đạt được tình trạng đó, nhà tư vấn hoặc chủ đầu tư (tùy trường hợp) phải phản hồi (đồng ý hoặc từ chối có nêu lý do) về yêu cầu của nhà thầu. Nếu không, công việc được xem như là đã hoàn thành và rủi ro được xem như đã chuyển giao cho chủ đầu tư, hoặc nhà thầu sẽ yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành.

Trong trường hợp từ chối thì nhà tư vấn sẽ chỉ rõ lý do từ chối và những công việc cụ thể phải thực hiện xong trước khi xin cấp chứng chỉ nghiệm thu và bàn giao. Việc bàn giao thậm chí có thể được chấp thuận nếu như vẫn còn những công việc nhỏ tồn đọng hoặc những sai sót nhỏ có thể khắc phục trong quá trình khai thác và sử dụng công việc³⁰.

Hay nói cách khác, tình trạng hoàn thành theo FIDIC là hoàn thành trên thực tế khi đã đảm bảo hai yếu tố quan trọng (i) việc thực hiện các công việc chính yếu đã xong; và (ii) đã hoàn thiện các hồ sơ chất lượng cần thiết để chứng minh cho chất lượng của công việc. Yếu tố thứ ba về sự chấp thuận hay phê chuẩn của cơ quan chức năng không phải là điều kiện tiên quyết.

Tuy nhiên, tại Việt Nam để đánh giá việc hoàn thành công việc theo yêu cầu hợp đồng thì nhà thầu đều có nghĩa vụ phải tuân thủ các phê duyệt, chấp thuận từ cơ quan chức năng³¹. Điều này là bất hợp lý và thiếu tính khả thi khi những công việc này là (i) mang tính tạm thời – không cố định, hoặc sẽ được bỏ đi khi hoàn thành dự án, hoặc (ii) không ảnh hưởng gì tới việc vận hành của dự án – như những đơn hàng cung cấp thảm, cung cấp thiết bị vệ sinh v.v.

Do vậy, cùng với những quy định của pháp luật về hợp đồng tranh lĩnh vực xây dựng mà không thuộc trường hợp áp dụng của Nghị định 37/2015 thì trong thời gian tới, cần có quy định khác về hợp đồng xây dựng mà ở đó tính tự chủ, tự quyết và quyền tự do dân sự trong hợp đồng xây dựng được đặt lên hàng đầu. Tránh trường hợp tạo thêm nhiều nghĩa vụ vô lý cho nhà thầu.

³⁰ Xem thêm Điều 10.1, Red Book 1999.

³¹ Tham khảo Mục 3.2 nêu trên.

Đứng dưới góc độ này, khi tư vấn cho nhà thầu thì cần có những hướng tư vấn để nhà thầu có thể thoát ra khỏi các quy định chung hoặc quy định mang tính nguyên tắc của luật mà nhà thầu phải tuân thủ. Trong những trường hợp này, tốt nhất là cân nhắc đến phạm vi công việc mà nhà thầu đảm nhận để đưa ra các loại trừ đối với nghĩa vụ của nhà thầu liên quan đến việc nghiệm thu, bàn giao.

3.5.3. Bồi thường và phạt do chậm trễ thi công

Theo hệ thống pháp luật Việt Nam, quy định về bồi thường và phạt dưởng như như đã quá rõ ràng và không có sự nhầm lẫn về hai chế định này³². Tuy nhiên, khi các quy định hướng dẫn về hợp đồng xây dựng trong thời gian gần đây được ban hành thì việc hiểu và áp dụng các quy định phạt và/hoặc bồi thường vào hợp đồng xây dựng lại phát sinh nhiều vấn đề, cụ thể:

- Theo quy định của luật Việt Nam³³, nếu nhà thầu vi phạm thời gian hoàn thành (không hoàn thành đúng hạn) thì có thể sẽ bị PHẠT không vượt quá mức 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm.
- Chưa nói tới sự đa nghĩa của cụm từ “giá trị phần hợp đồng bị vi phạm”, quy định phạt như vậy vô hình trung các bên khi viện dẫn tới luật Việt Nam đã quy ước với nhau rằng việc áp dụng phạt là cần thiết và tách biệt với nghĩa vụ bồi thường thiệt hại. Đây là một sự tiếp cận không hợp lý bởi có quá nhiều trường hợp mà nhà thầu có thể bị phạt do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng xây dựng, bao gồm tất cả các vấn đề về thời hạn, an toàn, chất lượng, v.v. Nếu tất cả những vi phạm như vậy bị áp đặt một nghĩa vụ phạt thì cũng đồng nghĩa chủ đầu tư đang gia tăng một cách đáng kể nghĩa vụ của nhà thầu và mục đích răn đe của chế định phạt đã không còn ý nghĩa mà tạo ra cho chủ đầu tư một lợi thế quá lớn trong quá trình thực hiện hợp đồng.
- Ở chiều ngược lại, FIDIC đã ngầm ấn định trách nhiệm của nhà thầu khi chậm hoàn thành công việc là một trách nhiệm được quy kết theo mức thiệt hại dự kiến³⁴. Với cách tiếp cận này, FIDIC giải quyết hai vấn đề quan trọng, thứ nhất đó là việc không làm gia tăng một cách quá đáng nghĩa vụ của nhà thầu khi vi phạm nghĩa vụ hoàn thành; thứ hai, nó hỗ trợ chủ đầu tư trong việc ước lượng thiệt hại do chậm trễ thi công. Việc xác định, đánh giá và cân nhắc giá trị chính xác bị thiệt hại do việc chậm trễ thi công sẽ trở nên vô cùng khó khăn, phức tạp và nhiều trường hợp có sự chênh lệch giữa giá trị mà chủ đầu tư ước tính, giá trị mà nhà thầu xét thấy phù hợp và giá trị mà cơ quan tài phán có thể cân nhắc. Việc tôn trọng ý kiến

³² Xem thêm Bộ Luật Dân sự 2005, Luật Thương mại 2005.

³³ Tham khảo Điều 146, Luật Xây dựng 2014.

³⁴ Tham khảo Khoản 8.7, FIDIC Red Book 1999, Yellow Book 1999 hoặc Silver Book 1999.

thoả thuận của các bên đối với giá trị thiệt hại do chậm trễ phải được triệt để tuân thủ.

- Ngoài ra, theo nguyên tắc bồi thường toàn bộ thiệt hại hay tổn thất, trong nhiều trường hợp trách nhiệm của nhà thầu đối với chủ đầu tư có thể là không có giới hạn (do phải thực hiện bồi thường theo thiệt hại thực tế). Tuy nhiên theo quy định chung của FIDIC thì tổng giới hạn này thông thường là toàn bộ giá trị hợp đồng được chấp thuận, trừ khi có quy định khác đi³⁵.

3.5.4. Quyết toán

Quyết toán có bản chất là việc xác nhận công nợ, đối chiếu nghĩa vụ và chấm dứt hợp đồng, giải phóng hoàn toàn mọi nghĩa vụ của nhà thầu và của chủ đầu tư theo hợp đồng. Do vậy, việc quyết toán chỉ được thực hiện sau khi nhà thầu đã kết thúc thời gian sửa chữa bảo hành và nhà thầu đã nhận được chứng nhận hoàn thành³⁶.

Có phần khác biệt, Luật Việt Nam quy định thời gian quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách tối đa không vượt quá 120 ngày kể từ ngày xong công việc (như phân tích tại Mục 3.4 nêu trên). Việc đặt ra quy định về thời hạn 120 ngày như vậy là chưa phù hợp, thiếu tính khả thi vì dựa vào một mốc không phù hợp. Ngoài ra, việc này sẽ dẫn tới những rủi ro về mặt pháp lý cần phải cân nhắc, cụ thể:

- Thứ nhất, với giả sử việc quyết toán được thực hiện thật trong thời hạn hạn định 120 ngày thì điều đó cũng có nghĩa nó đã cho phép chấm dứt nghĩa vụ khi nghĩa vụ lẽ ra chưa chấm dứt (nghĩa vụ bảo hành và hoàn tất các công việc còn tồn đọng, bao gồm cả việc đệ trình các cam kết, đảm bảo, hồ sơ chất lượng);
- Thứ hai, sau khi quyết toán được thực hiện thì câu hỏi nghĩa vụ bảo hành của nhà thầu thuộc loại nghĩa vụ hợp đồng hay nghĩa vụ luật định có thể không có lời giải thoả đáng, bởi như đã nói các bên khi đã hoàn thành việc quyết toán nghĩa là đã giải phóng cho nhau trách nhiệm của hợp đồng (dù nó chưa được hoàn thành) và nó không còn là nghĩa vụ hợp đồng. Đồng thời, việc một bên từ bỏ quyền và lợi ích của mình đối với bên kia về vấn đề bảo hành thì như vậy họ cũng không thể viện dẫn quy định của luật pháp để yêu cầu bên kia thực hiện nghĩa vụ đã được miễn đó;
- Thứ ba, điều gì xảy ra khi một trong các bên viện dẫn vào quy định như vậy để yêu cầu bên kia phải thực hiện nghĩa vụ quyết toán hợp đồng trong thời gian hạn định. Nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ như vậy thì điều đó vô hình trung đã tạo điều kiện để bên kia có thể viện dẫn vào quy

³⁵ Xem thêm Điều 17.6, Red Book 1999, Yellow Book 1999, Silver Book 1999.

³⁶ Xem thêm Điều 14.11, Red Book 1999.

định giải quyết tranh chấp để yêu cầu việc tuân thủ nghĩa vụ này hoặc thậm chí dùng quyền chấm dứt hợp đồng để yêu cầu bồi thường thiệt hại và/hoặc giải phóng nghĩa vụ hợp đồng.

Như vậy, dù luật có quy định rõ ràng như vậy về thời hạn quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước thì khách hàng cũng cần hài hoà lợi ích giữa các bên, tuân thủ nguyên tắc hợp tác cùng có lợi giữa chủ đầu tư và nhà thầu, phân tích để khách hàng hiểu rõ (i) đâu là thanh toán vào lúc bàn giao và (ii) đâu là thanh toán vào lúc kết thúc mọi nghĩa vụ hợp đồng, kể cả nghĩa vụ bảo hành để có thể đưa ra phương án phù hợp.

3.6. Vai trò của nhà tư vấn

Vai trò của nhà tư vấn quản lý dự án trong Hợp Đồng FIDIC được đặt ở vị trí trung tâm và có vai trò quan trọng trong việc thay mặt chủ đầu tư quản lý hợp đồng cũng như việc triển khai công việc/dự án.

Bảng 6.III – 3.6.1 nêu ra những quyền hạn và nhiệm vụ của nhà tư vấn đối với một số vấn đề chính theo các điều kiện hợp đồng FIDIC Red Book 1999.

Tuy nhiên, do nhiều yếu tố khách quan lẫn chủ quan, tại Việt Nam việc thuê mượn nhà tư vấn, hoạt động của nhà tư vấn vẫn chưa thực sự đảm bảo các yêu cầu về tính khách quan, công bằng và vô tư trong quá trình triển khai hợp đồng xây dựng, cũng như việc trao quyền của chủ đầu tư cho nhà tư vấn thường bị hạn chế, chẳng hạn (i) việc cấp chứng chỉ nghiệp vụ, bàn giao công trình; đối với nhiều dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước, biên bản nghiệm thu, bàn giao có sự tham gia, ký tên của các nhà thiết kế; các nhà tư vấn; chủ đầu tư; nhà thầu và có thể có cả cơ quan chức năng; (ii) việc quyết định các vấn đề về thời gian và chi phí, chẳng hạn việc quyết định cho gia hạn thời gian hoàn thành; đánh giá các chi phí phát sinh từ việc gia hạn thời gian hoàn thành; tới việc cấp các chứng nhận thanh toán. Trong không ít trường hợp, nhà tư vấn đã ban hành chứng nhận thanh toán nhưng chủ đầu tư lại sửa chứng nhận thanh toán này và làm chậm lại quy trình thanh toán cho nhà thầu.

Ngoài ra, khách hàng cũng cần lưu ý rằng nhà tư vấn đang được viện dẫn trong hợp đồng FIDIC là tư vấn quản lý dự án. Nhà tư vấn giám sát hoặc nhà tư vấn về khối lượng hoặc các nhà tư vấn khác chỉ được xem xét là những đơn vị hỗ trợ nhà tư vấn trong hoạt động hành nghề hoặc được chủ đầu tư thuê để thực hiện các nhiệm vụ không nằm trong nhiệm vụ của nhà tư vấn. Việc xác định rõ vai trò này sẽ giúp giải quyết các vấn đề phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng một cách hiệu quả và phù hợp, tránh trường hợp nhà thầu phải liên hệ và làm việc với nhiều chủ thể và kéo dài hoặc gây ra thiệt hại cho các bên.

IV. GIÁ HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG, PHƯƠNG THỨC THANH TOÁN VÀ HỒ SƠ THANH TOÁN

1. Giá hợp đồng xây dựng

Một trong những đặc thù của hợp đồng xây dựng chính là sự đa dạng trong những loại giá hợp đồng mà nó có thể sử dụng³⁷. Phần này chỉ nêu lên những đặc thù hoặc những ghi chú cần thiết khi xem xét các loại giá hợp đồng xây dựng, cụ thể:

1.1. Giá hợp đồng trọn gói

Định nghĩa giá hợp đồng trọn gói được tìm thấy tại Điều 15.3(a) của Nghị định 37/2015 theo đó, giá hợp đồng trọn gói có hai đặc tính cơ bản đó là (i) giá hợp đồng không thay đổi trong suốt quá trình thực hiện hợp đồng đối với khối lượng các công việc thuộc phạm vi hợp đồng đã ký kết; và (ii) chỉ được thay đổi khi xảy ra tình trạng bất khả kháng và thay đổi phạm vi công việc phải thực hiện.

Ngoài ra, luật Việt Nam còn quy định điều kiện để áp dụng cho loại hợp đồng trọn gói đó là³⁸ (i) tại thời điểm ký hợp đồng các bên đã có đủ điều kiện để xác định khối lượng và đơn giá để thực hiện đúng các công việc của hợp đồng; và (ii) giá đó đã phải tính đến các rủi ro về trượt giá, khối lượng trong quá trình thực hiện hợp đồng xây dựng.

Từ đặc thù của định nghĩa nêu trên nên nhiều người có thể suy diễn loại hợp đồng này dưới nhiều cách hiểu khác nhau, cụ thể:

- Giá trị hợp đồng trọn gói tức là đã bao gồm mọi giá trị cần thiết để nhà thầu thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào theo hợp đồng mà nhà thầu có thể phải thực hiện, bao gồm cả việc thay đổi bản vẽ, yêu cầu kỹ thuật hoặc các yêu cầu của chủ đầu tư;
- Giá trị hợp đồng trọn gói tức là khi việc thực hiện công việc trên thực tế nhỏ hơn khối lượng được nêu trong biểu khối lượng tương ứng thì nhà thầu được thanh toán theo giá trị thực tế, khi việc thực hiện trên thực tế lớn hơn biểu khối lượng tương ứng thì nhà thầu được thanh toán theo biểu khối lượng;
- Giá trị hợp đồng trọn gói là không được điều chỉnh sự thay đổi về giá hợp đồng trừ khi có những phát sinh ngoài hợp đồng.

Những cách hiểu này về khía cạnh nào đó là chưa phù hợp vì chưa xem xét đến nguồn gốc cũng như lý do vì sao dẫn tới việc phân hoá nhiều loại giá hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng. Bởi vì, việc lựa chọn giá hợp đồng theo hình thức trọn gói, người ta cân nhắc tới hai yếu tố (i) giảm thiểu rủi ro cho chủ đầu tư trong việc phải thanh toán thêm chi phí vượt ra khỏi những dự kiến

³⁷ Xem Mục III.3.2 nêu trên.

³⁸ Xem thêm Điều 15.5(a).

ban đầu; nhưng (ii) không ngăn cản hoặc cản trở nhà thầu khiếu nại chủ đầu tư để được thanh toán cho cả những giá trị phát sinh, thay đổi hoặc điều chỉnh giá do thay đổi luật pháp; các chi phí là lợi ích mà nhà thầu có thể được hưởng từ việc quản lý nhà thầu phụ chỉ định; hoặc khi nhà thầu không phải thực hiện công việc trên thực tế khi bản vẽ không yêu cầu (trong khi biểu khối lượng có nêu) v.v.

Do vậy, khách hàng cần làm rõ bản chất của hợp đồng trọn gói là (i) dựa vào sự ổn định và cố định của bản vẽ, tiêu chí kỹ thuật (thuộc hợp đồng thi công xây dựng truyền thống); của các yêu cầu từ chủ đầu tư (thuộc hợp đồng xây dựng thiết kế và thi công hoặc hợp đồng EPC/Turnkey); (ii) bất kỳ sự thay đổi đối với bất kỳ tài liệu nào đều có khả năng dẫn tới việc điều chỉnh giá hợp đồng; (iii) việc áp dụng hợp đồng trọn gói không ngăn cản hoặc không cản trở các bên trong việc điều chỉnh giá hợp đồng khi xảy ra trường hợp thay đổi luật pháp hoặc thay đổi chi phí³⁹; và (iv) việc thực hiện trên thực tế nhiều hơn hay ít hơn khối lượng được nêu trong biểu khối lượng (nếu có) không ảnh hưởng đến nghĩa vụ của chủ đầu tư là thanh toán cho nhà thầu giá trị hợp đồng được chấp thuận.

1.2. Giá hợp đồng tạm tính

Trong phần này, cụm từ hợp đồng tạm tính dùng để chỉ các loại hợp đồng mà ở đó giá trị hợp đồng được chấp thuận chỉ là tạm tính và giá trị mà chủ đầu tư có nghĩa vụ thanh toán cho nhà thầu sẽ bị điều chỉnh bởi ít nhất sự thay đổi của (i) khối lượng; hoặc (ii) đơn giá; hoặc (iii) sự kết hợp của hai loại này⁴⁰.

Đối với hợp đồng tạm tính, việc thanh toán giá trị hợp đồng sẽ trở nên phức tạp khi có sự thay đổi về chi phí trong quá trình thực hiện hợp đồng. Bởi vì việc điều chỉnh giá hợp đồng (như được nêu tại Mục II.1 và II.2) phụ thuộc vào nhiều yếu tố, trong đó có việc xác định (i) đối tượng được điều chỉnh giá – điều chỉnh tổng đơn giá hay chỉ điều chỉnh một thành tố cấu thành của đơn giá; (ii) tỷ trọng của những thành tố cấu thành nên đơn giá; (iii) thời điểm bắt đầu cho tính trượt giá; (iv) chỉ/hệ số trượt giá được lấy từ đâu; (v) công thức trượt giá nào sẽ được áp dụng; (vi) có hay không nhiều loại tiền tệ được chào thầu và/hoặc được dùng để thanh toán giá hợp đồng; (vii) trường hợp nhà thầu chậm trễ thi công và hoàn thành công việc theo quy định của hợp đồng thì vấn đề điều chỉnh giá được đánh giá như thế nào. v.v.

Do vậy, để quản lý hợp đồng được thuận tiện, trên thực tế các hợp đồng thường sử dụng phương án cố định đơn giá và chỉ thực hiện việc đo đạc khối lượng trên thực tế hoặc chuyển đổi loại hợp đồng thành giá hợp đồng theo hình thức trọn gói.

³⁹ Xem điều 13.7, Điều 13.8 của Hợp đồng Yellow Book; Silver Book 1999.

⁴⁰ Xem thêm Điều 15.5(b) và 15.5(c), Nghị định 37/2015.

Điểm lưu ý cuối cùng mà khách hàng cần lưu tâm đó là đối với những công việc trên thực tế không thực hiện, thực hiện ít hơn so với khối lượng nêu trong biểu khối lượng sẽ không được thanh toán hoặc sẽ được thanh toán theo đúng nguyên tắc thi công thực tế. Đây cũng là điểm khác biệt cơ bản đối với hợp đồng trọn gói và cũng là nguyên tắc áp dụng chung cho các mẫu hợp đồng do FIDIC ấn hành.

1.3. Loại hợp đồng theo chi phí cộng khoản phí (Cost Plus Contract)

Ngoài những loại hợp đồng thông dụng nêu trên, trên thế giới còn phát triển cả loại hợp đồng mà tại đó nhà thầu (i) cam kết tổng chi phí đầu tư sẽ không vượt quá một mức giá cố định (guaranteed maximum price); (ii) các chi phí thực tế sẽ được chủ đầu tư hoàn trả, bao gồm tất cả các chi phí liên quan đến việc thi công thực tế phát sinh từ việc triển khai dự án; và (iii) một khoản phí thanh toán cho nhà thầu như là khoản lợi nhuận hợp lý vì đã thực hiện công việc.

Khoản phí thanh toán cho nhà thầu có thể được triển khai theo ba cách thức chủ yếu. Cách thức thứ nhất là cố định tỷ lệ hoặc cố định một giá trị cho khoản phí mà không cần cân nhắc tới mức độ chênh lệch giữa chi phí dùng để triển khai dự án thực tế với tổng giá cố định đã cam kết. Cách thức thứ hai là ấn định các tỷ lệ phí sẽ thanh toán cho nhà thầu dựa trên sự tiết giảm tới mức tối đa giữa chi phí thực tế triển khai dự án và tổng giá trị cố định đã cam kết. Sự chênh lệch giữa tổng giá trị cố định đã cam kết và chi phí thực tế triển khai dự án càng cao thì tỷ lệ thường càng cao và ngược lại. Cách thức thứ ba là kết hợp giữa hai phương án trên, theo đó nhà thầu được ấn định một tỷ lệ lợi nhuận định phức (một mức phí thường tối thiểu) và một mức phí thường tùy thuộc vào việc tiết kiệm giữa chi phí triển khai thực tế và tổng giá trị cố định đã cam kết.

Loại hợp đồng theo chi phí cộng khoản phí này đang bắt đầu du nhập vào Việt Nam và được các chủ đầu tư, nhà thầu lựa chọn ngay cả khi thị trường bất động sản khởi sắc cũng như khi gặp khó khăn bởi khả năng cung cấp cho các bên một cơ chế phù hợp để tính toán tổng giá trị đầu tư bằng cách định ra tổng diện tích sàn sẽ được triển khai và đơn giá cho mỗi mét vuông sàn. Theo đó, nhà thầu được quyền tối ưu hoá tất cả các vấn đề về thiết kế, về lựa chọn vật liệu và tư vấn cho chủ đầu tư những phương án tối ưu để tiết giảm chi phí, song vẫn đảm bảo mục tiêu và chất lượng của dự án. Do tính chất mới, chưa thực sự phổ biến tại Việt Nam cũng như chưa được nêu rõ trong các quy định của pháp luật về hợp đồng nên khách hàng cần tham khảo thêm cấu trúc hợp đồng, cách vận hành và các mẫu hợp đồng này trên thế giới để có thể đưa ra cho khách hàng những kiến nghị phù hợp.

Kết lại:

Mặc dù có những cố gắng nhưng việc phân loại các hợp đồng xây dựng tại Việt Nam vẫn chưa rõ ràng. Nhiều loại hợp đồng được nêu ra tuy nhiên các văn bản hướng dẫn

áp dụng vẫn chỉ tập trung ở loại hợp đồng xây dựng truyền thống (chỉ thi công xây dựng) mà chưa có mẫu hợp đồng cho những loại khác. Ngoài ra, các mẫu hợp đồng này chưa chú ý tới bản chất của việc phân chia các loại giá hợp đồng, cũng như chưa có hướng dẫn nào cho các hợp đồng mang yếu tố tư nhân. Do vậy, trong nhiều trường hợp được giao nhiệm vụ tư vấn, khách hàng nên tham khảo các mẫu hợp đồng của quốc tế, trong đó có FIDIC để có cấu trúc, sự sắp xếp các điều khoản và quyết định được loại giá hợp đồng chính xác.

2. Phương thức thanh toán

Việc thanh toán hợp đồng xây dựng không chỉ dựa vào loại hợp đồng cụ thể mà còn phụ thuộc vào từng thoả thuận cụ thể của các bên đối với từng trường hợp⁴¹. Tuy nhiên, tựu chung có hai phương thức thanh toán chủ yếu, đó là:

2.1. Thanh toán dựa trên khối lượng

Trong phương thức thanh toán này, khối lượng thi công là điều các bên quan tâm nhất bởi khối lượng công việc triển khai trên thực tế nhiều cũng đồng nghĩa với việc nhà thầu đã bỏ ra nhiều chi phí để thực hiện, và như vậy thì trong kỳ thanh toán nhà thầu sẽ được đề nghị thanh toán nhiều. Ngược lại, trong trường hợp khối lượng được thực hiện trong kỳ ít hoặc không đáng kể, điều đó ẩn ý rằng nhà thầu có thể sẽ không hoàn thành công việc vào thời gian dự kiến hoặc trong thời gian đó nhà thầu không tạo ra nhiều giá trị.

Những điểm lợi quan trọng nhất của phương thức thanh toán này chính là bám sát được khối lượng thực hiện. Chủ đầu tư có thể kiểm soát được tiến độ và biết được chính xác về những công việc mà nhà thầu đã hoặc sẽ thực hiện trong thời gian tới. Tuy nhiên, để có thể thanh toán được khối lượng thực hiện thì những hồ sơ yêu cầu đi kèm trở nên quan trọng.

Tuy nhiên chi phí cho việc quản lý hợp đồng và thanh toán theo hình thức này có thể tăng cao. Thông thường, đối với một dự án có không ít những gói thầu (từ kết cấu tới hoàn thiện, cơ điện – kỹ thuật, mặt ngoài, thang máy; hoặc các gói kết cấu, hạ tầng; chiếu sáng; cơ điện – kỹ thuật v.v.) nên việc giải quyết hồ sơ thanh toán của những gói thầu này sẽ không đơn giản và sẽ cần tới thời gian để đo đạc, xác nhận và thanh toán. Đây cũng là điểm bất lợi chủ yếu mà chủ đầu tư có thể quan tâm để sắp xếp vốn thanh toán cho các gói thầu khác nhau.

2.2. Thanh toán dựa trên tiến độ định sẵn

Trong phương thức thanh toán này, khách hàng có thể định ra hai loại thanh toán theo tiến độ dựa trên hai cơ sở khác nhau, đó là thanh toán theo tiến độ về thời gian và/hoặc thanh toán theo tiến độ về các mốc hoàn thành.

⁴¹ Xem thêm Điều 19, Nghị định 37/2015.

Đối với loại thanh toán theo tiến độ về thời gian, nhà thầu thường có xu hướng dịch chuyển dòng tiền vào những giai đoạn đầu và dành ít dòng tiền cho những giai đoạn sau trong quá trình thực hiện hợp đồng để tối ưu hoá lợi ích. Do vậy, điều cần xác định ở đây là cân bằng giữa lợi ích của chủ đầu tư và nhà thầu để cân đối chi phí dự kiến mà nhà thầu có thể thực hiện để cân đối tài chính cũng như nghĩa vụ hoàn thành dự án đúng thời hạn, tránh trường hợp việc thanh toán tiền vượt khối lượng thi công.

Đối với loại thanh toán theo tiến độ về mốc hoàn thành, các bên cần có được chuyên gia về tiến độ cũng như am hiểu về công việc để có thể định liệu được những mốc nào sẽ được hoàn thành và giá trị dự kiến sẽ được thanh toán khi đạt mốc hoàn thành.

Đối với các mẫu hợp đồng xây dựng đang được luật Việt Nam điều chỉnh, chưa có quy định cụ thể về tiến độ thanh toán mà chỉ sử dụng cụm từ tiến độ thanh toán theo nghĩa điều khoản thanh toán. Theo các quy định của hợp đồng FIDIC, tiến độ thanh toán cũng không được thể hiện rõ, tuy nhiên FIDIC đã dành riêng Khoản 14.4 để mô tả về những vấn đề quan trọng trong một tiến độ thanh toán.

3. Hồ sơ thanh toán

Tại Việt Nam, các hồ sơ thanh toán cho từng loại hợp đồng được quy định cụ thể tại Điều 20, Nghị định 15/2015, Điều 8.7, mẫu hợp đồng ban hành kèm theo Thông tư 09/2016/TT-BXD.

Trong khi đó, FIDIC không giới thiệu chi tiết các tài liệu cụ thể tạo thành hồ sơ thanh toán mà chỉ yêu cầu nhà thầu đệ trình yêu cầu thanh toán cùng với *các tài liệu hỗ trợ*. Tuy nhiên trong thực tiễn áp dụng hợp đồng xây dựng, có thể suy luận hoặc có thể thiết lập được các loại tài liệu cần phải có của một hợp đồng xây dựng, dựa trên các cơ sở sau đây:

- Cơ sở 1: những tài liệu được ban hành do chính nhà thầu đưa ra, chẳng hạn (i) đề nghị thanh toán; biểu khối lượng thực hiện chi tiết; (iii) hoá đơn tài chính phù hợp.
- Cơ sở 2: những tài liệu hỗ trợ làm bằng chứng cho tình hình thực hiện công việc, chẳng hạn (i) xác nhận hoàn thành tiến độ và/hoặc các mốc đã đạt được; (ii) kế hoạch của kỳ tới; (iii) các báo cáo tiến độ;
- Cơ sở 3: những tài liệu hỗ trợ cho chất lượng thực hiện công việc, chẳng hạn (i) tài liệu kỹ thuật có liên quan; (ii) hướng dẫn vận hành; (iii) bản vẽ hoàn công; (iv) hồ sơ chất lượng; (v) các chứng nhận xuất xứ, chứng nhận nguồn gốc;
- Cơ sở 4: các tài liệu có được từ bên thứ ba, chẳng hạn (i) các phê duyệt, chấp thuận, chứng nhận từ cơ quan có thẩm quyền hoặc từ nhà tư vấn; (ii) các khẩu

trừ; (iii) các kết quả thí nghiệm, kiểm định do cơ quan có thẩm quyền hoặc bên thứ ba cung cấp; và

- Cơ sở 5: phần trích dẫn hoặc viện dẫn cơ sở hợp đồng, chẳng hạn điều khoản cụ thể về thanh toán, về quyền khiếu nại, v.v.

Ngoài ra, hồ sơ thanh toán tại từng thời điểm khác nhau cũng dẫn tới những hồ sơ yêu cầu thanh toán khác nhau. Có thể tạm chia hồ sơ thanh toán ra làm ba dạng, đó là (i) dạng hồ sơ thanh toán tạm ứng; (ii) dạng hồ sơ thanh toán hàng kỳ - thanh toán tạm; và (iii) hồ sơ thanh toán quyết toán.

Riêng trong một đề nghị thanh toán tạm hàng kỳ, nhà thầu cần trình bày theo thứ tự những vấn đề mà nhà thầu cân nhắc thấy mình được quyền hưởng theo quy định của hợp đồng. Những thành phần trong đó có thể bao gồm, chẳng hạn:

- Giá trị ước tính cho những công việc mà nhà thầu đã thực hiện cũng như các tài liệu của nhà thầu đã triển khai tới thời điểm yêu cầu thanh toán, bao gồm cả những phát sinh;
- Bất kỳ khoản cộng vào hay trừ đi từ việc điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí hoặc do thay đổi luật pháp;
- Bất kỳ khoản tiền nào được cộng vào hay trừ đi cho khoản tạm ứng và khấu trừ tạm ứng;
- Bất kỳ khoản tiền nào được cộng vào hay trừ đi cho khoản tiền giữ bảo lưu;
- Bất kỳ khoản tiền nào được cộng vào hay trừ đi liên quan tới việc tạm ứng vật tư khi vật tư được đưa đến công trường hoặc được đặt hàng (tùy trường hợp);
- Bất kỳ khoản tiền nào được cộng vào hay trừ đi phù hợp với các quy định của hợp đồng;
- Bất kỳ khoản khấu trừ nào đã được xác nhận trong các kỳ thanh toán trước đó.

4. Việc thanh toán theo hợp đồng FIDIC

Việc thanh toán theo các quy định của hợp đồng FIDIC tương ứng với ba dạng đề nghị thanh toán, cần lưu ý các vấn đề sau đây:

4.1. Thanh toán tạm ứng

Xác nhận thanh toán tạm ứng của hợp đồng FIDIC là xác nhận thanh toán đầu tiên. Xác nhận này chỉ được thực hiện sau khi nhà thầu đã đệ trình bảo lãnh

thực hiện hợp đồng phù hợp với Khoản 4.2 và đã đệ trình một bảo lãnh tạm ứng phù hợp với Khoản 14.2⁴².

Thời hạn thanh toán tạm ứng theo quy định của hợp đồng FIDIC tương đối dài, có thể kéo dài hơn 42 ngày sau khi nhà thầu đã nhận được thư trao thầu hoặc hơn 21 ngày sau khi nhà thầu đã đệ trình các hồ sơ thanh toán theo quy định⁴³.

Thông thường, khoản tạm ứng sẽ được thu hồi dần trong các đợt thanh toán tạm hàng kỳ, và việc khấu trừ này sẽ bắt đầu sau khi nhà thầu đã nhận hơn 10% giá trị hợp đồng được chấp thuận và tỷ lệ khấu trừ ở mức 25% mỗi chứng nhận thanh toán⁴⁴. Điều này có thể là sự khác biệt nổi bật so với Việt Nam bởi theo thông lệ, việc khấu trừ tạm ứng tại Việt Nam được thực hiện ngay sau kỳ thanh toán tạm ứng và việc khấu trừ tạm ứng sẽ kết thúc khi việc thanh toán đạt khoảng 80% giá trị hợp đồng.

4.2. Thanh toán tạm

Chu kỳ thanh toán tạm theo hợp đồng FIDIC thông thường được xác định là vào cuối mỗi tháng⁴⁵. Nhà tư vấn sẽ có thời hạn 28 ngày để xác nhận giá trị đề nghị thanh toán và chủ đầu tư sẽ thực hiện việc thanh toán trong vòng 56 ngày kể từ ngày nhà thầu đệ trình hồ sơ thanh toán⁴⁶.

Hồ sơ thanh toán cần dựa trên những cơ sở như được phân tích tại Mục IV.3 nêu trên. Trong mỗi kỳ thanh toán, nhà tư vấn bảo lưu quyền để hiệu chỉnh các chứng nhận thanh toán trước đó nếu phát hiện các sai lỗi⁴⁷. Khách hàng cần đặc biệt lưu ý vấn đề này bởi tranh chấp có thể nảy sinh khi chủ đầu tư không chấp nhận việc thanh toán sau khi nhà tư vấn đã ban hành chứng chỉ vì chủ đầu tư nhận thấy điểm chưa chính xác trong chứng chỉ thanh toán do nhà tư vấn ban hành. Trong những trường hợp như vậy, khả năng bảo vệ chủ đầu tư sẽ không cao, bởi theo các điều kiện của hợp đồng FIDIC thì (i) mọi xác nhận (kể cả xác nhận thanh toán) không làm giảm hoặc giải phóng trách nhiệm của nhà thầu; (ii) tất cả các xác nhận thanh toán trong giai đoạn thi công đều chỉ là xác nhận thanh toán tạm. Chỉ có xác nhận thanh toán sau khi kết thúc thời hạn bảo hành mới là xác nhận giá trị quyết toán; (iii) nhà tư vấn vẫn giữ quyền để hiệu chỉnh chứng nhận đã ban hành trước đó. Do vậy, việc trì hoãn, không thanh toán hoặc tự sửa giá trị đến hạn thanh toán của chủ đầu tư có thể dẫn tới khiếu nại của nhà thầu về việc trễ hạn thanh toán.

4.3. Quyết toán

⁴² Xem thêm Điều 14.2, 14.3 và 14.6

⁴³ Xem thêm Điều 14.7.

⁴⁴ Xem thêm Điều 14.2.

⁴⁵ Xem thêm Điều 14.3.

⁴⁶ Xem thêm Điều 14.7(b).

⁴⁷ Xem thêm Điều 13.6

Ngược lại với cách tiếp cận về quyết toán của Việt Nam như đã phân tích tại Mục III.3.5.4 nêu trên, theo các quy định của hợp đồng FIDIC thì việc quyết toán sẽ chỉ được thực hiện sau khi (i) thời hạn thông báo sai sót (thời hạn bảo hành) đã kết thúc; (ii) các nghĩa vụ bảo hành đã được nhà thầu thực hiện đầy đủ; (iii) nhà tư vấn đã ban hành chứng nhận hoàn thành; và (iv) nhà thầu trong vòng 56 ngày sau khi nhận được chứng nhận hoàn thành đó đã gửi hồ sơ quyết toán cho nhà tư vấn để được xác nhận giá trị quyết toán và kết thúc các nghĩa vụ hợp đồng⁴⁸.

Như vậy, dưới góc độ pháp lý bất kỳ vấn đề gì mà một bên không thoả mãn trong quá trình lập, đệ trình, xét duyệt hoặc ban hành chứng nhận thanh toán cuối cùng, đều có thể đưa vấn đề ra để giải quyết tại cơ quan tài phán và khi đó thời hiệu khởi kiện hai năm mới bắt đầu. Điều này có thể không thực hiện được nếu các bên tuân theo quy định của Nghị định 37/2015, bởi vì việc quyết toán có thể đã được thực hiện hơn hai năm trước đó và việc yêu cầu khởi kiện có thể bị bác bỏ bởi vấn đề yêu cầu không còn thời hiệu khởi kiện.

Sau khi quyết toán được nhà tư vấn xác nhận, nhà thầu sẽ được chủ đầu tư thanh toán trong vòng 56 ngày kể từ ngày chủ đầu tư nhận được chứng nhận thanh toán cuối cùng.

4.4. Các lưu ý sau cùng

Việc chủ đầu tư không thanh toán cho nhà thầu theo các quy định của FIDIC sẽ trao quyền cho nhà thầu được hưởng lãi suất và việc hưởng lãi suất này không ảnh hưởng đến các quyền khác của nhà thầu⁴⁹. Tuy nhiên, điều cần đặc biệt lưu ý theo cách vận hành của hợp đồng FIDIC đó là tại bất kỳ thời điểm nào trong thời gian thực hiện hợp đồng xây dựng, nhà thầu cũng cần duy trì hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng. Việc không duy trì được bảo lãnh thực hiện hợp đồng như vậy sẽ dẫn tới việc nhà tư vấn không có nghĩa vụ xác nhận giá trị thanh toán hoặc chủ đầu tư không có nghĩa vụ thực hiện việc thanh toán⁵⁰. Đã không ít tranh chấp giữa các bên phát sinh từ việc không quan tâm đúng mức tới giá trị và ý nghĩa của bảo lãnh thực hiện hợp đồng này.

Các quy định của hợp đồng FIDIC nói chung, các quy định về thanh toán nói riêng được FIDIC khuyến cáo là mang tính chất hướng dẫn và áp dụng chung. Việc hiệu chỉnh, điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung, thay thế các quy định như vậy để thích ứng với từng hoàn cảnh của các bên trong hợp đồng hoặc để tuân thủ với luật pháp của quốc gia là điều rất cần thiết.

⁴⁸ Xem thêm Điều 14.11, Điều 14.12 và Điều 14.13, FIDIC Red Book 1999.

⁴⁹ Xem thêm Điều 14.8, FIDIC Red Book 1999.

⁵⁰ Xem thêm Điều 14.6, Red Book 1999.

Liên hệ

Để biết thêm thông tin, xin vui lòng liên hệ với luật sư của chúng tôi dưới đây

Luật sư Nguyễn Thị Diễm Tình | Cộng sự

T: +84 8 6276 9900

E: tin.nguyen@consultantcnc.com

Luật sư Lê Thế Hùng | Thành viên

T: +84 8 6276 9900

E: hung.le@consultantcnc.com

Công ty TNHH Tư Vấn CNC Việt Nam (CNC)

Phòng 303, Lầu 3, Tòa nhà Thời Đại

Số 32 Xô Viết Nghệ Tĩnh, Phường 19, Quận Bình Thạnh

Tp. Hồ Chí Minh, Việt Nam

Tel: +84-8 6276 9900

Fax: +84-8 2220 0913

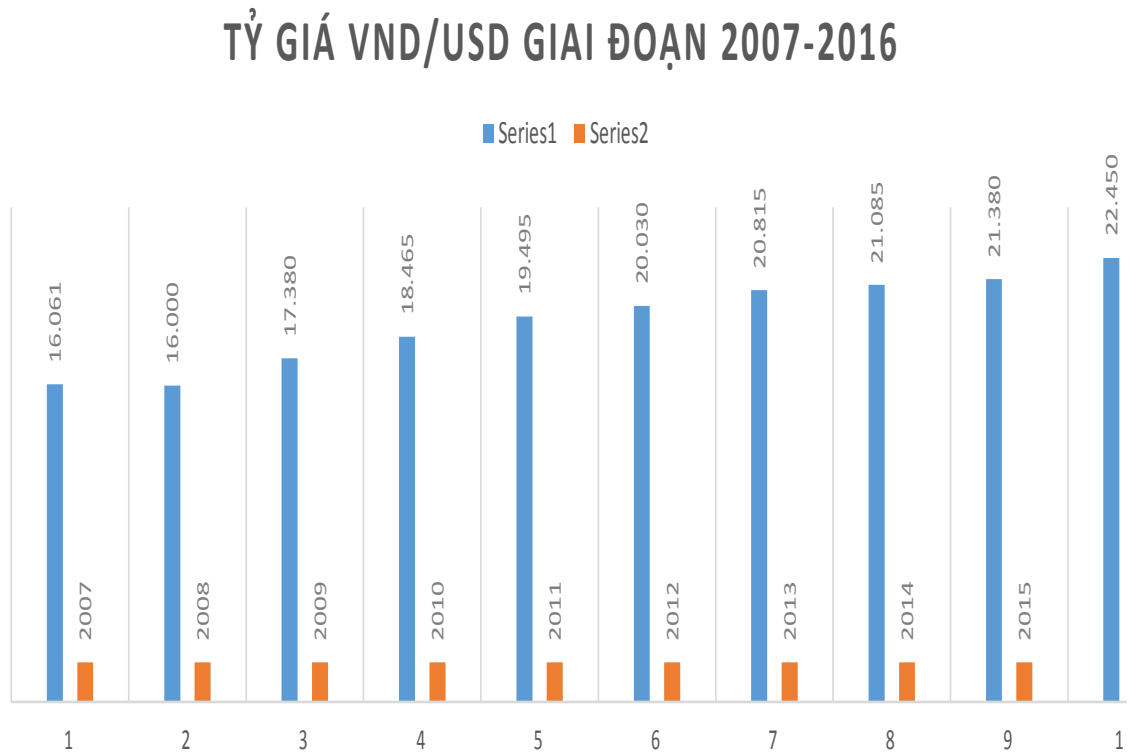
e-Mail: contact@consultantcnc.com

[cnc](#) | legal business counsel

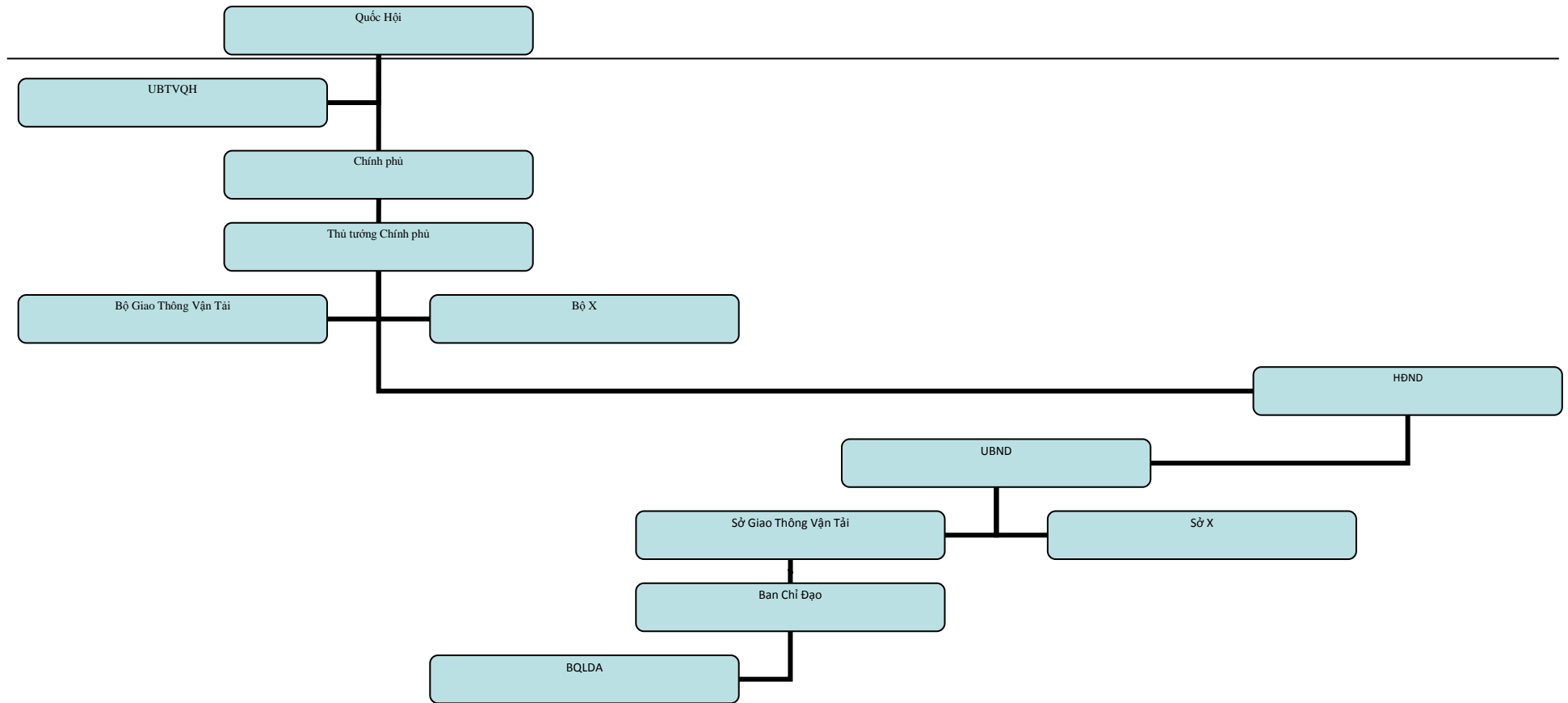
Miễn trừ:

Các nội dung nêu tại bản tin hàng tuần này không phản ánh bất kỳ quan điểm pháp lý nào trong quá khứ, hiện tại hay tương lai nào của CNC hay của bất kỳ nhân viên CNC nào. Bản tin hàng tuần này không được xem chính xác và phù hợp cho bất kỳ vấn đề nào mà khách hàng có thể gặp phải. Không có bất kỳ điều gì được nêu tại bản tin hàng tuần này sẽ được xem là tạo thành một thoả thuận pháp lý giữa CNC và khách hàng. CNC từ chối bất kỳ trách nhiệm nào có thể phát sinh từ hoặc liên quan đến việc khách hàng viện dẫn bất kỳ nội dung nào của bản tin hàng tuần này để áp dụng cho trường hợp của mình. Khách hàng nên tham khảo ý kiến pháp lý cụ thể cho từng trường hợp cụ thể mà khách hàng gặp phải.

BẢNG 6.II – 1.1 - Thay đổi tỷ giá VND/USD trong giai đoạn 2007 – 2016
 Nguồn (vietcombank.com.vn)



Bảng 6.II. – 5.1 [Các Cơ Quan Liên Quan Đến Việc Phát Triển Một Dự Án Metro]



Bảng 6.III – 1.1. [Các điều khoản của Hợp đồng FIDIC 1987]

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
1.1	Các định nghĩa
1.2	Tiêu đề và các ghi chú
1.3	Diễn giải
1.4	Số ít và số nhiều
1.5	Thông báo, tán thành, chấp thuận, chứng nhận và quyết định
	<i>Kỹ Sư và Đại diện của Kỹ sư</i>
2.1	Quyền hạn và trách nhiệm của Kỹ sư
2.2	Đại diện của Kỹ sư
2.3	Quyền hạn của Kỹ sư được uỷ quyền
2.4	Chỉ định trợ lý
2.5	Chỉ dẫn bằng văn bản
2.6	Kỹ sư phải vô tư khi thực hiện công việc
	<i>Việc chuyển nhượng và giao thầu phụ</i>
3.1	Chuyển nhượng hợp đồng
4.1	Giao thầu phụ
4.2	Chuyển nhượng các nghĩa vụ của Nhà thầu phụ
	<i>Tài liệu hợp đồng</i>
5.1	Ngôn ngữ và Luật áp dụng
5.2	Thứ tự ưu tiên của tài liệu
6.1	Bảo quản và cung cấp các Bản vẽ, tài liệu
6.2	Lưu giữ một bản vẽ tại công trường
6.3	Phá vỡ tiến độ thi công
6.4	Các chậm trễ và chi phí do việc cung cấp các bản vẽ bị trễ
6.5	Nhà thầu không đệ trình bản vẽ
7.1	Các bản vẽ và các hướng dẫn bổ sung
7.2	Các công trình vĩnh cửu do nhà thầu thiết kế
7.3	Trách nhiệm không chấm dứt khi có chấp thuận
	<i>Các nghĩa vụ chung</i>

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
8.1	Trách nhiệm chủ yếu của nhà thầu
8.2	Hoạt động trên công trường và phương pháp thi công
9.1	Thoả thuận hợp đồng
10.1	Bảo lãnh thực hiện hợp đồng
10.2	Thời hạn hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng
10.3	Khiếu nại đối với bảo lãnh thực hiện
11.1	Kiểm tra công trường
12.1	Tính đầy đủ của Thư chào thầu
12.2	Các điều kiện hoặc các cản trở không lường trước được
13.1	Công trình phải đúng với yêu cầu của hợp đồng
14.1	Độ trình tiến độ
14.2	Tiến độ được sửa đổi
14.3	Độ trình dự kiến dòng tiền mặt
14.4	Nhà thầu không được giải phóng khỏi nghĩa vụ hoặc trách nhiệm
15.1	Giám sát của nhà thầu
16.1	Nhân công của nhà thầu
16.2	Kỹ sư được tự do trong việc phản đối
17.1	Mốc chuẩn
18.1	Khoan và đào hố thăm dò
19.1	An toàn, an ninh và bảo vệ môi trường
19.2	Trách nhiệm của chủ đầu tư
20.1	Trông coi công trình
20.2	Trách nhiệm đền bù các mất mát và hư hỏng
20.3	Mất mát hoặc hư hỏng do rủi ro của chủ đầu tư
20.4	Các rủi ro của chủ đầu tư
21.1	Bảo hiểm cho công trình và thiết bị của nhà thầu
21.2	Phạm vi bảo hiểm
21.3	Trách nhiệm đối với khoản không được đền bù
21.4	Loại trừ
22.1	Thiệt hại đối với người và tài sản

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
22.2	Miễn trừ
22.3	Chủ đầu tư đền bù
23.1	Bảo hiểm trách nhiệm bên thứ ba (bao gồm tài sản của chủ đầu tư)
23.2	Số tiền ít nhất phải bảo hiểm
23.3	Trách nhiệm chéo
24.1	Tử vong hoặc thương tật đối với nhân công
24.2	Bảo hiểm cho tai nạn của nhân công
25.1	Bằng chứng và các điều kiện bảo hiểm
25.2	Tính tương xứng của bảo hiểm
25.3	Đền bù của nhà thầu nếu không bảo hiểm
25.4	Tuân thủ với các điều kiện của bảo hiểm
26.1	Tuân thủ các luật lệ và quy định
27.1	Cổ vật
28.1	Bản quyền
28.2	Lệ phí
29.1	Cản trở giao thông và những tài sản kế bên
30.1	Tránh làm hư hỏng đường xá
30.2	Vận chuyển các thiết bị của nhà thầu hoặc các công việc tạm
30.3	Vận chuyển vật tư hoặc máy móc
30.4	Vận tải thủy
31.1	Điều kiện thuận lợi cho các nhà thầu khác
31.2	Tiện ích cho các nhà thầu khác
32.1	Nhà thầu giữ công trường ngăn nắp
33.1	Dọn sạch công trường khi hoàn thành
	<i>Lao động</i>
34.1	Thuê mượn nhân viên và nhân công
35.1	Hồi hương lao động và thiết bị của nhà thầu
	<i>Vật tư, máy móc và tay nghề</i>
36.1	Chất lượng của vật tư, máy móc và tay nghề
36.2	Chi phí cho sản phẩm mẫu

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
36.3	Chi phí thí nghiệm
36.4	Chi phí thí nghiệm không quy định trước
36.5	Kỹ sư quyết định khi thí nghiệm không được quy định trước
37.1	Giám sát hoạt động
37.2	Kiểm tra và thử nghiệm
37.3	Thời hạn để kiểm tra và thử nghiệm
37.4	Từ chối
37.5	Kiểm tra độc lập
38.1	Kiểm tra công trình trước khi phủ lấp
38.2	Đề hồ hoặc đánh dấu mở
39.1	Tháo dỡ công trình, vật tư hoặc thiết bị không đảm bảo
39.2	Lỗi của nhà thầu trong việc tuân thủ
	<i>Tạm ngưng</i>
40.1	Tạm ngưng công việc
40.2	Quyết định của kỹ sư sau khi tạm ngưng
40.3	Tạm ngưng quá 84 ngày
	<i>Khởi công và Chậm trễ</i>
41.1	Khởi công công việc
42.1	Chiếm hữu công trường và lối dẫn vào công trường
42.2	Không bàn giao được quyền chiếm hữu công trường
42.3	Quyền đối với đường đi và tiện ích
43.1	Thời gian hoàn thành
44.1	Gia hạn thời gian hoàn thành
44.2	Nhà thầu gửi thông báo và đệ trình các chi tiết
44.3	Quyết định tạm thời kéo dài thời gian hoàn thành
45.1	Hạn chế giờ làm việc
46.1	Tiến độ thi công
47.1	Bồi thường do chậm trễ
47.2	Giảm bớt tiền bồi thường
48.1	Chứng nhận bàn giao

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
48.2	Bàn giao từng phần hoặc từng khu vực
48.3	Hoàn thành cơ bản từng phần
48.4	Khôi phục mặt bằng
	<i>Trách nhiệm bảo hành</i>
49.1	Thời hạn bảo hành
49.2	Hoàn thành các công việc còn tồn đọng và sửa chữa các sai sót
49.3	Chi phí sửa chữa các sai sót
49.4	Nhà thầu không thi hành các chỉ dẫn
50.1	Nhà thầu tìm nguyên nhân
	<i>Thay đổi, bổ sung và bỏ đi</i>
51.1	Phát sinh
51.2	Chỉ thị cho các phát sinh
52.1	Đánh giá các phát sinh
52.2	Quyền của tư vấn xác định đơn giá
52.3	Các phát sinh vượt quá 15 phần trăm
52.4	Đơn giá ngày công (công nhật)
	<i>Thủ tục khiếu nại</i>
53.1	Thông báo khiếu nại
53.2	Tài liệu lưu giữ tạm thời
53.3	Giải trình cho các khiếu nại
53.4	Không tuân thủ
53.5	Thanh toán cho các khiếu nại
	<i>Thiết bị của nhà thầu, công việc tạm và vật tư</i>
54.1	Thiết bị của nhà thầu, công việc tạm và vật tư chuyên dùng cho công trình
54.2	Chủ đầu tư không chịu trách nhiệm về hư hỏng
54.3	Thông quan
54.4	Tái xuất các thiết bị của nhà thầu
54.5	Điều kiện cho thuê các thiết bị của nhà thầu
54.6	Chi phí cho mục đích của Điều 63
54.7	Kết hợp các điều kiện trong hợp đồng thầu phụ

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
54.8	Không bao gồm việc chấp thuận ngầm các vật liệu
	<i>Đo đạc</i>
55.1	Khối lượng
56.1	Công việc được đo đạc
57.1	Phương pháp đo đạc
57.2	Bảng kê chi tiết cho các hạng mục trọn gói
	<i>Tổng tạm tính</i>
58.1	Định nghĩa tổng tạm tính
58.2	Việc sử dụng tổng tạm tính
58.3	Cung cấp các biên lai
	<i>Nhà thầu phụ được chỉ định</i>
59.1	Định nghĩa nhà thầu phụ được chỉ định
59.2	Nhà thầu phụ được chỉ định; Phản đối việc chỉ định
59.3	Yêu cầu thiết kế phải được thể hiện rõ
59.4	Thanh toán cho nhà thầu phụ được chỉ định
59.5	Xác nhận thanh toán cho nhà thầu phụ được chỉ định
	<i>Xác nhận và thanh toán</i>
60.1	Báo cáo hàng tháng
60.2	Thanh toán hàng tháng
60.3	Thanh toán tiền bảo lưu
90.4	Hiệu chỉnh chứng nhận thanh toán
60.5	Báo cáo vào lúc hoàn thành
60.6	Báo cáo quyết toán
60.7	Giải phóng trách nhiệm
60.8	Chứng nhận thanh toán sau cùng
60.9	Chấm dứt trách nhiệm của chủ đầu tư
60.10	Thời gian thanh toán
61.1	Chấp thuận bởi chứng nhận hết hạn bảo hành
62.1	Chứng nhận hết hạn bảo hành

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
62.2	Các nghĩa vụ chưa hoàn thành
	<i>Sửa chữa sai sót</i>
63.1	Lỗi của nhà thầu
63.2	Đánh giá vào ngày chấm dứt
63.3	Thanh toán sau khi chấm dứt
63.4	Chuyển nhượng các lợi ích của thoả thuận
64.1	Công việc sửa chữa cấp tốc
	<i>Các rủi ro đặc biệt</i>
65.1	Không chịu trách nhiệm cho các rủi ro đặc biệt
65.2	Các rủi ro đặc biệt
65.3	Thiệt hại đối với công trình bởi các rủi ro đặc biệt
65.4	Bom, đạn, tên lửa
65.5	Gia tăng chi phí từ các rủi ro đặc biệt
65.6	Xảy ra chiến tranh
65.7	Di chuyển thiết bị của nhà thầu khi chấm dứt
65.8	Thanh toán nếu như hợp đồng bị chấm dứt
	<i>Giải phóng việc thực hiện hợp đồng</i>
66.1	Thanh toán trong trường hợp được giải phóng thực hiện hợp đồng
	<i>Giải quyết tranh chấp</i>
67.1	Quyết định của kỹ sư tư vấn
67.2	Giải quyết hữu hảo
67.3	Trọng tài
67.4	Không tuân thủ với quyết định của kỹ sư tư vấn
	<i>Thông báo</i>
68.1	Thông báo cho nhà thầu
68.2	Thông báo cho chủ đầu tư và kỹ sư tư vấn
68.3	Thay đổi địa chỉ
	<i>Lỗi của chủ đầu tư</i>
69.1	Lỗi của chủ đầu tư
69.2	Di chuyển thiết bị của nhà thầu

Stt	PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG Các định nghĩa và diễn giải
69.3	Thanh toán vào lúc chấm dứt
69.4	Quyền tạm ngưng công việc của nhà thầu
69.5	Khôi phục hoạt động
	<i>Thay đổi chi phí và thay đổi luật pháp</i>
70.1	Tăng hoặc giảm chi phí
70.2	Thay đổi luật lệ
	<i>Tiền tệ và tỷ giá chuyển đổi</i>
71.1	Các hạn chế tiền tệ
72.1	Tỷ giá chuyển đổi
72.2	Tỷ trọng các loại tiền tệ
72.3	Các loại đồng tiền thanh toán cho tổng tạm tính

Bảng 6.III – 1.2 [Các điều khoản của Hợp đồng FIDIC 1999]
(Bảng rút gọn)

Điều	FIDIC		
	Red Book	Yellow Book	Silver Book
1	Các quy định chung		
2	Chủ Đầu tư		
3	Nhà tư vấn		Quản lý của chủ đầu tư
4	Nhà thầu		
5	Nhà thầu phụ chỉ định	Thiết kế	Thiết kế
6	Nhân sự và lao động		
7	Máy móc, thiết bị và tay nghề		
8	Khởi công, trễ hạn và tạm ngưng		
9	Thử nghiệm vào lúc hoàn thành		
10	Chủ đầu tư nhận bàn giao		
11	Trách nhiệm bảo hành		
12	Đo đạc và đánh giá	Thử nghiệm sau khi hoàn thành	Thử nghiệm sau khi hoàn thành
13	Phát sinh và hiệu chỉnh		
14	Giá hợp đồng và thanh toán		
15	Chấm dứt bởi Chủ đầu tư		
16	Tạm ngưng và chấm dứt bởi Nhà thầu		
17	Rủi ro và Trách nhiệm		
18	Bảo hiểm		
19	Bất khả kháng		
20	Khiếu nại, giải quyết tranh chấp		

Ghi chú:

Các mục để trống của Yellow Book và Silver Book là giống Red Book.

Bảng 6.III – 2.1.1.1. [Những điểm tương đồng của mẫu hợp đồng xây dựng ban hành kèm Thông tư 09/2016/TT-BXD với các quy định của hợp đồng FIDIC Red Book 1999]

FIDIC Red Book 1999	Thông tư 09/2016/TT-BXD	Tiêu đề
Điều/Khoản	Điều/Khoản	
1.1 & 1.2	1	Các định nghĩa và diễn giải
1.5	2	Hồ sơ hợp đồng và thứ tự ưu tiên
1.4	3	Luật và ngôn ngữ sử dụng
4.2 & 14.2	4	Bảo đảm thực hiện và bảo đảm tạm ứng
4.1	5	Nội dung và khối lượng công việc
4, 7, 9, 10	6	Yêu cầu về chất lượng sản phẩm và nghiệm thu, bàn giao sản phẩm Hợp đồng thi công xây dựng
8	7	Thời gian và tiến độ thực hiện hợp đồng
14	8	Giá hợp đồng, tạm ứng và thanh toán
13.7 & 13.8	9	Điều chỉnh giá hợp đồng
2	10	Quyền và nghĩa vụ của chủ bên giao thầu
4	11	Quyền và nghĩa vụ chung của bên nhận thầu
3	12 & 13	Quyền và nghĩa vụ của Bên nhận thầu tư vấn
4.4	14	Nhà thầu phụ
4, 17	15	An toàn lao động, bảo vệ môi trường và phòng chống cháy nổ
4.19	16	Điện, nước và an ninh công trường
16	17	Tạm ngừng và chấm dứt Hợp đồng bởi Bên giao thầu
15	18	Tạm ngừng và chấm dứt Hợp đồng bởi Bên nhận thầu
18 & 11	19	Bảo hiểm và bảo hành
17 & 19	20	Rủi ro và Bất khả kháng
13.2	21	Thưởng hợp đồng, và phạt vi phạm hợp đồng
20	22	Khiếu nại và xử lý tranh chấp
14.11, 14.12 & 14.13	23	Quyết toán và thanh lý Hợp đồng
Không tồn tại	24	Hiệu lực của Hợp đồng
Không tồn tại	25	Điều khoản chung

Xem Bảng 6.III – 3.1.1 [Các loại mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC chủ yếu]

Stt	Điều kiện Hợp đồng	Năm Ấn Hành	Ghi chú
1	Điều kiện hợp đồng thầu phụ		
1.1	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	2011	Dùng cho các hợp đồng thầu phụ (Giữa tổng thầu và nhà thầu hoặc giữa Nhà thầu chính và nhà thầu phụ hoặc nhà thầu phụ chỉ định). Dùng chung với Red Book 1999, Pink Book (2005, 2006, 2010)
1.2	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	2009	Bản dùng thử
1.3	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	1994	Dùng cho các hợp đồng thầu phụ (Giữa tổng thầu và nhà thầu hoặc giữa Nhà thầu chính và nhà thầu phụ <u>hoặc nhà thầu phụ chỉ định</u> – kiểm tra tính chính xác). Dùng chung với Red Book 1987.
2	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết (ADB, WB, v.v.)		Chỉ áp dụng cho các dự án được các ngân hàng tái thiết tài trợ vốn. Chỉ áp dụng cho loại xây dựng truyền thống (chưa có phiên bản design & build)
2.1	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng	2010	

Stt	Điều kiện Hợp đồng	Năm Ấn Hành	Ghi chú
	vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết		
2.2	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết	2006	
2.3	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết	2005	
3	Điều kiện hợp đồng thầu chính		
3.1	Red Book 1999	1999	Nhà thầu chỉ thi công mà không thường xuyên đảm nhận việc thiết kế. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.
3.2	Yellow Book 1999	1999	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.
3.3	Silver Book 1999	1999	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng công nghiệp.
3.4	Green Book (Short Form)	1999	Chỉ sử dụng cho các dự án có giá trị thấp (dưới 10 tỷ đồng); thời hạn thi công ngắn (dưới 6 tháng); công việc lặp đi lặp lại; hoặc việc thiết kế không phức tạp.
3.5	Red Book 1987	1987	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.

Stt	Điều kiện Hợp đồng	Năm Ấn Hành	Ghi chú
4	Gold Book	2008	Dùng cho các dự án hạ tầng, BOT, BT, BTO, PPP.
5	Blue Green Book	2006	Dùng cho các hoạt động nạo vét dòng sông, cải thiện vệ sinh môi trường.
6	Mẫu hợp đồng tư vấn/khách hàng	2006	Dùng cho các hoạt động tư vấn hoặc cung cấp dịch vụ, chẳng hạn hợp đồng thiết kế.
7	Mẫu hợp đồng liên danh	1992	Dùng cho các chủ thể tham gia các hoạt động đấu thầu hoặc để triển khai đầu tư dự án.

Bảng 6.III – 3.6.1 [Quyền hạn và nhiệm vụ của nhà tư vấn đối với một số vấn đề chính theo các điều kiện hợp đồng FIDIC Red Book 1999]

Stt	Vấn đề	Tham chiếu
1	Nhà tư vấn ban hành các chỉ dẫn/hướng dẫn được xem là phù hợp để làm rõ những điểm không rõ ràng hoặc đa nghĩa trong các tài liệu hợp đồng.	1.5
2	Nhà tư vấn không có quyền để sửa đổi hợp đồng	3.1
3	Nhà tư vấn được xem như hành động thay mặt cho hoặc được xem như là vì lợi ích của chủ đầu tư.	1.1.2.4; 1.1.2.6; 3.1(a);
4	Các phê duyệt, chấp thuận hay quyết định của nhà tư vấn không giải phóng hay làm giảm bớt nghĩa vụ của bất kỳ bên nào theo quy định của hợp đồng.	3.1(b); 3.1(c);
5	Nhà tư vấn ban hành các chỉ dẫn, hướng dẫn, quyết định, đánh giá một cách công bằng và miễn phí.	3.5
6	Nhà tư vấn ban hành chứng chỉ bàn giao công việc.	10.1 & 10.2
7	Nhà tư vấn ban hành chứng chỉ hoàn thành.	11.9
8	Nhà tư vấn chỉ định để nhà thầu thuê mượn nhà thầu phụ chỉ định.	5; 13.5(b)
9	Nhà tư vấn ban hành các chứng nhận thanh toán.	14.2. 13.6 và 14.13
10	Nhà tư vấn quyết định các vấn đề về gia hạn thời gian hoàn thành.	8.4; 8.5; 20.1
11	Các quyết định, chỉ dẫn, xác nhận, phê duyệt của nhà tư vấn có thể được xem xét lại bởi BXLTT hoặc trọng tài/toà án.	20