

RÀ SOÁT PHÁP LUẬT ĐẦU THẦU VIỆT NAM VỚI CÁC CAM KẾT VỀ MUA SẮM CÔNG TRONG EVFTA

TỔNG HỢP KẾT QUẢ RÀ SOÁT VÀ CÁC KHUYẾN NGHỊ

I. Bối cảnh và Mục tiêu

Ngày 2/12/2015, Hiệp định Thương mại Tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) đã chính thức hoàn tất đàm phán. Đây là một trong hai Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới lớn nhất của Việt Nam. Với phạm vi cam kết rộng, bao trùm không chỉ các lĩnh vực thương mại truyền thống (như hàng hóa, dịch vụ...) mà còn cả các lĩnh vực thương mại mới (như doanh nghiệp Nhà nước, mua sắm công...), thậm chí phi thương mại (môi trường, phát triển bền vững...), EVFTA được dự báo sẽ ảnh hưởng lớn tới thể chế pháp luật và kinh tế của Việt Nam trong thời gian tới.

Những cam kết trong EVFTA đặt Việt Nam trước yêu cầu phải thay đổi các quy định pháp luật nội địa của mình nhằm đảm bảo tuân thủ và thực thi nghiêm túc các nghĩa vụ cụ thể trong nhiều lĩnh vực. Đồng thời, việc sửa đổi hệ thống pháp luật trong nước theo các yêu cầu của EVFTA cũng được kỳ vọng sẽ tạo nên một làn sóng cải cách thể chế mới cho Việt Nam, qua đó giúp nâng cao chất lượng của hệ thống chính sách pháp luật, hoàn thiện môi trường kinh doanh, tạo nền tảng cơ bản cho sự phát triển bền vững và mang lại lợi ích cho các nhà đầu tư trong nước cũng như các đối tác kinh doanh nước ngoài, đặc biệt là từ Liên minh châu Âu (EU).

Một trong những lĩnh vực của EVFTA được cho là sẽ có tác động trực tiếp và lớn tới hệ thống pháp luật Việt Nam là chế định về Mua sắm công – chế định tập hợp các nguyên tắc, yêu cầu đối với việc mua sắm hàng hóa, dịch vụ của các cơ quan Nhà nước và/hoặc bằng ngân sách Nhà nước. Trong EVFTA, chế định về mua sắm công được tập trung trong Chương Mua sắm công (Government Procurement). Trong pháp luật Việt Nam, các vấn đề về mua sắm công này thuộc phạm vi của hệ thống pháp luật về đấu thầu. Cho đến cuối năm 2015, Việt Nam chưa từng đưa ra cam kết quốc tế (có hiệu lực) nào về mua sắm công (Việt Nam hiện mới chỉ là quan sát viên của Hiệp định về Mua sắm công của WTO), vì vậy có thể hiểu là pháp luật nội địa Việt Nam về đấu thầu về mặt nguyên tắc chưa từng chịu bất kỳ ràng buộc hay giới hạn nào về vấn đề này. Do đó, việc rà soát pháp luật đấu thầu Việt Nam với những cam kết mới trong EVFTA về mua sắm công là rất cần thiết, đặc biệt trong giai đoạn chuẩn bị để thực thi trước khi các cam kết EVFTA chính thức có hiệu lực.

Theo quy trình đàm phán và phê chuẩn các điều ước quốc tế của Việt Nam, công việc rà soát này chắc chắn sẽ được thực hiện bởi cơ quan Nhà nước liên quan (bao

gồm ít nhất là Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Bộ Tư pháp) nhằm phục vụ cho việc thực thi nghĩa vụ của Nhà nước trong EVFTA. Mặc dù vậy, việc rà soát chủ động *từ góc độ của doanh nghiệp* là rất cần thiết để nhìn nhận từ khía cạnh lợi ích của doanh nghiệp trong thực thi các nghĩa vụ của EVFTA, qua đó bổ sung cho các kết quả rà soát mà cơ quan Nhà nước tiến hành, đồng thời đưa ra đề xuất điều chỉnh pháp luật theo hướng có lợi nhất cho doanh nghiệp bên cạnh các đề xuất của các cơ quan Nhà nước mà suy đoán là theo hướng là thuận tiện nhất cho các cơ quan Nhà nước.

Nghiên cứu Rà soát này được thực hiện nhằm (i) xây dựng các so sánh chi tiết giữa pháp luật đấu thầu của Việt Nam với từng nghĩa vụ, cam kết cụ thể trong Chương Mua sắm công của EVFTA, (ii) phân tích đánh giá hiện trạng pháp luật so với yêu cầu của EVFTA và nhu cầu tự thân của Việt Nam, và (iii) xây dựng các đề xuất về biện pháp thực thi EVFTA từ góc độ quan điểm và lợi ích của doanh nghiệp.

II. Giới hạn phạm vi rà soát

Về các cam kết mua sắm công trong EVFTA

Đàm phán EVFTA đã được tuyên bố chính thức hoàn tất ngày 2/12/2015. Tuy nhiên, tới thời điểm 26/1/2016, văn kiện đàm phán vẫn chưa được hai Bên công bố. Mặc dù vậy, vào thời điểm kết thúc cơ bản đàm phán EVFTA (ngày 4/8/2015), Ủy ban châu Âu đã công bố bản Tóm lược kết quả đàm phán cơ bản EVFTA, trong đó phần về Mua sắm công có nêu “*EU và Việt Nam đã thống nhất các nguyên tắc hoàn toàn tương đồng với các quy tắc trong Hiệp định Mua sắm công (GPA), với mức độ minh bạch và công bằng trong thủ tục tương đương với các FTA khác của EU với các nước phát triển và các nước đang phát triển ở trình mức độ cao*”. Bản Tóm lược này cũng nêu sơ bộ về mức mở cửa thị trường đấu thầu của Việt Nam cho EU trong EVFTA.

Văn bản công khai của Chương Mua sắm công trong TPP cho thấy về các quy tắc, TPP có cam kết với nội dung gần như nhắc lại với GPA, tức là cũng tương tự EVFTA; về mức mở cửa thị trường thì TPP có nội dung hoàn toàn khác so với EVFTA.

Trong bối cảnh này, việc rà soát pháp luật đấu thầu Việt Nam với các cam kết về quy tắc trong mua sắm công của EVFTA được thực hiện trên cơ sở so sánh pháp luật Việt Nam với văn kiện GPA và TPP. Phần mở cửa thị trường chi tiết của EVFTA sẽ không được xem xét trong Rà soát này do nội dung này không ảnh hưởng trực tiếp tới pháp luật nội địa và hiện chưa có căn cứ để thực hiện (ngoài bản Tóm lược EVFTA).

Ngay sau khi văn kiện EVFTA được công bố, kết quả rà soát sẽ được đối chiếu lại với các quy định cụ thể trong Chương Mua sắm công của EVFTA.

Về pháp luật đấu thầu Việt Nam

Vào thời điểm thực hiện Nghiên cứu Rà soát này, hệ thống pháp luật Việt Nam về đấu thầu vừa trải qua một đợt sửa đổi lớn, với Luật Đấu thầu ban hành năm 2013 và có hiệu lực từ 1/7/2014. Trừ 01 Nghị định hướng dẫn Luật Đấu thầu được ban hành và có hiệu lực nửa cuối năm 2014, phần lớn các văn bản hướng dẫn Luật này (bao gồm 02 Nghị định và 08 Thông tư) chỉ vừa mới ban hành trong năm 2015. Hiện vẫn còn 2 Thông tư đang dự thảo (Thông tư quy định chi tiết về đào tạo, bồi dưỡng đấu thầu và Thông tư quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu EPC). Bên cạnh hệ thống các văn bản về đấu thầu áp dụng chung cho hoạt động đấu thầu của tất cả các chủ thể liên quan, riêng trong lĩnh vực y tế, Việt Nam còn có thêm các văn bản quy định riêng về danh mục thuốc phải đấu thầu và quy trình đấu thầu trong lĩnh vực y tế.

Về phạm vi các văn bản được phân tích, trên thực tế, trong nhiều vấn đề/chế định pháp luật, hệ thống pháp luật Việt Nam có nhiều văn bản, ở các tầng nấc khác nhau cùng quy định về vấn đề liên quan (ví dụ liên quan tới minh bạch trong đấu thầu, trong pháp luật đấu thầu có thể cả Luật, Nghị định và Thông tư đều quy định về cùng vấn đề này; ngoài các quy định trực tiếp của pháp luật đấu thầu còn có các quy định gián tiếp trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Nghị định về hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp, Nghị định về kiểm soát thủ tục hành chính, Nghị định về Công báo...;). Nghiên cứu Rà soát này chỉ tập trung vào các văn bản có chứa các quy định trực tiếp và có hiệu lực bao trùm/cao nhất nhất về vấn đề được phân tích, không liệt kê các quy định có liên quan một cách gián tiếp hoặc nhắc lại các quy định có giá trị pháp lý cao hơn.

III. Tổng hợp kết quả Rà soát và các Kiến nghị

Nghiên cứu rà soát chi tiết pháp luật Việt Nam với các nghĩa vụ cụ thể được Việt Nam cam kết trong EVFTA về mua sắm công cho thấy:

1. Khác nhiều các nghĩa vụ cam kết trong Chương Mua sắm công của EVFTA đã được quy định trong pháp luật Việt Nam

Cho đến cuối 2015, Việt Nam chưa bị ràng buộc bởi bất kỳ cam kết nào liên quan tới mua sắm công hiệu theo nghĩa như trong EVFTA (mua sắm hàng hóa, dịch vụ do một cơ quan Nhà nước hoặc đơn vị sự nghiệp thực hiện theo hình thức hợp đồng trừ các trường hợp mua sắm bằng nguồn ODA hoặc hỗ trợ khác của nước ngoài, mua sắm liên quan tới bất động sản, hợp đồng lao động và một số trường hợp khác). Việt Nam là quan sát viên của Hiệp định về Mua sắm công của WTO (GPA)

từ tháng 12/2012 và chưa bị buộc phải tuân thủ bất kỳ nghĩa vụ nào trong Hiệp định này. Vì vậy về nguyên tắc pháp luật đấu thầu Việt Nam không phải tuân thủ bất kỳ chuẩn mực hay nguyên tắc quốc tế nào về mua sắm công. Nếu chỉ xét từ khía cạnh này thì kết quả rà soát này được cho là khá bất ngờ.

Mặc dù vậy, nếu xem xét kỹ hơn về nguồn gốc của các cam kết trong EVFTA về mua sắm công cũng như diễn tiến pháp luật Việt Nam về đấu thầu thì việc khá nhiều các nghĩa vụ cam kết trong EVFTA đã được tuân thủ theo pháp luật hiện hành của Việt Nam là hợp lý và hoàn toàn có thể giải thích được.

Thứ nhất, các cam kết lời văn của Chương Mua sắm công trong EVFTA được xây dựng hoàn toàn dựa theo Hiệp định GPA, và vì vậy không mới với Việt Nam trong bối cảnh Việt Nam đã là quan sát viên của Hiệp định này từ giai đoạn đầu tiên của quá trình đàm phán EVFTA.

Thứ hai, Việt Nam thực hiện việc sửa đổi lớn toàn bộ hệ thống pháp luật về đấu thầu thông qua việc sửa văn bản gốc trong lĩnh vực này là Luật Đấu thầu vào năm 2013, sau thời điểm Việt Nam trở thành quan sát viên của GPA (với mục đích là sẽ tham gia GPA trong tương lai) và đang cùng lúc đàm phán Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (TPP) và EVFTA với các nội dung tương tự với GPA (trừ mở cửa thị trường). Do đó, vào thời điểm sửa đổi Luật Đấu thầu, Việt Nam đứng trong tình thế chắc chắn sẽ phải sửa đổi hệ thống pháp luật về đấu thầu trong tương lai để phù hợp với GPA và các cam kết tương tự trong TPP và EVFTA. Vì vậy, giải pháp hợp lý là đưa ngay các nguyên tắc cơ bản của GPA vào Luật Đấu thầu 2013 dù Việt Nam chưa bị ràng buộc phải thực hiện các nguyên tắc này vào thời điểm này.

Đặc biệt hơn, trong những năm trước đó, hoạt động đấu thầu của Việt Nam gặp khá nhiều các vướng mắc, bất cập mà phần nhiều nguyên nhân nằm ở các quy định chưa hợp lý, thiếu minh bạch của pháp luật đấu thầu. Đây cũng là lý do chủ yếu thúc đẩy Việt Nam sửa tổng thể pháp luật đấu thầu một cách tổng thể và cơ bản nhằm đáp ứng tốt hơn nhu cầu nội tại của mình cũng như phù hợp với xu hướng chung của thế giới. Trong khi đó GPA lại bao gồm khá nhiều các nguyên tắc liên quan tới minh bạch và cạnh tranh trong thủ tục đấu thầu, rất thích hợp làm chuẩn để Việt Nam tham khảo trong quá trình sửa đổi cơ bản pháp luật đấu thầu.

Cụ thể, pháp luật Việt Nam đã hoàn toàn đáp ứng các nghĩa vụ sau đây của EVFTA về mua sắm công:

- Điều 1 (Định nghĩa): 9/15 khái niệm hoàn toàn phù hợp (về Hàng hóa và dịch vụ thương mại, Văn bản, Thông báo mời thầu, Đăng tải, Nhà thầu đáp ứng yêu cầu, Đấu thầu hạn chế, Tiêu chuẩn kỹ thuật, Đấu thầu rộng

rãi), 2/15 khái niệm tuy pháp luật Việt Nam chưa quy định nhưng không phải nghĩa vụ bắt buộc trong EVFTA và do đó được tính là phù hợp;

- Điều 2 (Phạm vi): Cam kết về Tuân thủ;
- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về Quy tắc xuất xứ đối với hàng hóa dịch vụ mua sắm; Nguyên tắc về việc sử dụng phương tiện điện tử;
- Điều 7 (Thông báo mời thầu): Cam kết về Đăng tải thông tin về gói thầu trên phương tiện phù hợp, Thời gian đăng tải, Điểm thông tin duy nhất, Miễn phí đăng tải qua phương tiện điện tử;
- Điều 8 (Điều kiện tham dự thầu): Cam kết về Lý do loại bỏ nhà thầu;
- Điều 9 (Lựa chọn danh sách ngắn): Cam kết về Hệ thống đăng ký và quy trình đánh giá năng lực, Thông báo quyết định của cơ quan mua sắm;
- Điều 12 (Tiêu chuẩn kỹ thuật): Cam kết về Quyền sử dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật để bảo vệ thông tin Chính phủ nhạy cảm;
- Điều 13 (Hồ sơ mời thầu): Cả 03 nội dung cam kết trong Điều này (Nội dung hồ sơ mời thầu, Nguyên tắc tính đến tính phức tạp của gói thầu khi xác định thời hạn giao hàng/cung cấp dịch vụ cho gói thầu; Hồ sơ mời thầu) pháp luật Việt Nam đều đã tuân thủ;
- Điều 14 (Thời gian/thời hạn trong đấu thầu): Cam kết về Nguyên tắc xác định các thời hạn trong đấu thầu;
- Điều 15 (Xử lý hồ sơ dự thầu và trao hợp đồng): Cam kết về Điều kiện xét duyệt trúng thầu;
- Điều 16 (Thông tin sau khi trao hợp đồng): Cam kết về Thông báo cho các nhà thầu, Thông tin cho nhà thầu không trúng thầu, Lưu trữ hồ sơ thầu;
- Điều 18 (Đảm bảo liêm chính): Cam kết về Xử lý gian lận trong đấu thầu;
- Điều 19 (Giải quyết kiến nghị trong nước): Cam kết về Biện pháp tạm thời.

Đánh giá

Có thể thấy là phần lớn các cam kết mua sắm công của EVFTA mà pháp luật đấu thầu Việt Nam đã tuân thủ là các nghĩa vụ mang tính nền tảng đã trở thành thông lệ quốc tế chung trong đấu thầu (như các khái niệm, các nguyên tắc cơ bản liên quan tới hồ sơ mời thầu...) hoặc các nghĩa vụ chung về minh bạch, cạnh tranh trong trình tự, thủ tục đấu thầu (như các vấn đề liên quan tới thông báo mời thầu, thông

tin sau khi trao hợp đồng...). Việc pháp luật đấu thầu Việt Nam (mới sửa đổi năm 2013) đã có các quy định phù hợp về những nội dung này cho thấy pháp luật nội địa Việt Nam đã có những bước tiến theo hướng phù hợp với thông lệ quốc tế về đấu thầu, trong đó nhấn mạnh các nguyên tắc về minh bạch, cạnh tranh và hiệu quả.

Kiến nghị

Đối với các nghĩa vụ này, khi thực thi EVFTA, Việt Nam sẽ không phải điều chỉnh, sửa đổi hay bổ sung bất kỳ nội dung nào của các văn bản pháp luật hiện hành.

2. Một số nghĩa vụ cam kết trong Chương Mua sắm công của EVFTA cần được bổ sung mới vào pháp luật Việt Nam

Mặc dù pháp luật Việt Nam đã có quy định đáp ứng/thỏa mãn khá nhiều các nghĩa vụ cam kết trong Chương Mua sắm công của EVFTA, vẫn còn nhiều các cam kết trong Hiệp định này có quy định khác biệt so với pháp luật Việt Nam và vì vậy cần được đưa vào hệ thống pháp luật Việt Nam theo cách thức thích hợp.

Cụ thể, pháp luật Việt Nam hiện có quy định hoàn toàn khác biệt so với cam kết trong EVFTA về các vấn đề sau:

- Điều 1 (Định nghĩa): khái niệm Cơ quan mua sắm;
- Điều 2 (Phạm vi): Cam kết về Tiêu chí xác định các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Giá gói thầu, Lộ trình mở cửa;
- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về Đối xử quốc gia và Không phân biệt đối xử,
- Điều 6 (Đăng tải thông tin đấu thầu): Cả hai cam kết trong Điều này (Cam kết về Đăng tải thông tin về quy định pháp luật áp dụng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Trả lời về các thông tin khi có yêu cầu) pháp luật Việt Nam đều chưa đáp ứng;
- Điều 7 (Thông báo mời thầu): Cam kết về Đăng tải thông tin về gói thầu trên phương tiện phù hợp, Thời gian đăng tải, Điểm thông tin duy nhất, Miễn phí đăng tải qua phương tiện điện tử;
- Điều 10 (Chỉ định thầu): Cam kết về Nguyên tắc áp dụng chỉ định thầu, Số lượng nhà thầu tham gia chỉ định thầu.

Pháp luật Việt Nam có quy định phù hợp một phần nhưng không hoàn toàn với các cam kết trong EVFTA về các vấn đề sau:

- Điều 1 (Định nghĩa): khái niệm Chỉ định thầu, Biện pháp ưu đãi trong nước, Dịch vụ;

- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về Hình thức lựa chọn nhà thầu (về các trường hợp không áp dụng hình thức đấu thầu rộng rãi);
- Điều 7 (Thông báo mời thầu): Cam kết về Nội dung phải đăng tải (về một số loại thông tin cần đăng tải);
- Điều 8 (Điều kiện tham dự thầu): ¾ cam kết trong Điều này (bao gồm Các loại điều kiện tham dự của nhà thầu, Trình tự xét duyệt các điều kiện, Các loại điều kiện dự thầu không được phép áp dụng) pháp luật Việt Nam còn có điểm khác biệt;
- Điều 9 (Lựa chọn danh sách ngắn): Cam kết về Đấu thầu hạn chế ;
- Điều 10 (Chỉ định thầu): Cam kết về Các trường hợp được phép chỉ định thầu, Các yêu cầu mà chủ thể mua sắm phải tuân thủ khi sử dụng hình thức chỉ định thầu;
- Điều 12 (Tiêu chuẩn kỹ thuật): Cam kết về Nguyên tắc sử dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật, Xác định tiêu chuẩn kỹ thuật của đối tượng mua sắm, Nguyên tắc xây dựng các tiêu chuẩn kỹ thuật cho gói thầu;
- Điều 14 (Thời gian/thời hạn trong đấu thầu): Cam kết về Các thời hạn trong đấu thầu;
- Điều 15 (Xử lý hồ sơ dự thầu và trao hợp đồng): Cam kết về Xử lý hồ sơ dự thầu, Trao hợp đồng;
- Điều 16 (Thông tin sau khi trao hợp đồng): Cam kết về Nội dung thông báo kết quả thầu;
- Điều 18 (Đảm bảo liên chính): Cam kết về Loại bỏ xung đột lợi ích;
- Điều 19 (Giải quyết kiến nghị trong nước): Cam kết về Xử lý kiến nghị theo thủ tục khiếu nại hành chính, khiếu kiện tư pháp; Giới hạn mức bồi thường thiệt hại cho nhà thầu.

Ngoài ra, một số cam kết trong EVFTA tuy chưa có trong pháp luật Việt Nam nhưng do là cam kết về quyền (Việt Nam có quyền thực hiện hoặc không), cam kết mang tính khuyến nghị (không bắt buộc thực hiện) hoặc cam kết có lộ trình (Việt Nam chưa phải thực hiện ngay) nên mặc dù pháp luật Việt Nam chưa có quy định tương ứng nhưng không xếp vào nhóm “chưa tuân thủ”. Nhóm này bao gồm các cam kết sau:

- Điều 1 (Giải thích từ ngữ): Định nghĩa BOT và nhượng quyền, Danh sách sử dụng nhiều lần
- Điều 2 (Phạm vi điều chỉnh): Cam kết về các gói thầu không thuộc phạm vi điều chỉnh

- Điều 3 (Các loại trừ): Cam kết về các trường hợp ngoại lệ;
- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về các biện pháp ưu đãi trong nước
- Điều 5 (Các biện pháp trong thời kỳ chuyển đổi): Cam kết về các biện pháp được phép áp dụng trong thời kỳ chuyển đổi
- Điều 9 (Lựa chọn danh sách ngăn): Cam kết về Danh sách nhà thầu sử dụng nhiều lần
- Điều 11 (Đàm phán): Các trường hợp có thể đàm phán, Các nguyên tắc đàm phán
- Điều 12 (Tiêu chuẩn kỹ thuật): Cam kết về Quyền sử dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật để bảo vệ môi trường, bảo tồn tài nguyên
- Điều 17 (Công bố thông tin): Cam kết về cung cấp thông tin cho các Bên, Thông tin không công khai, Ngoại lệ về công khai thông tin

Đánh giá

Có thể thấy trong số các nghĩa vụ cam kết trong EVFTA mà pháp luật đấu thầu Việt Nam chưa tuân thủ, ngoài một số nghĩa vụ đặc thù của EVFTA, phần lớn các nghĩa vụ khác đều vẫn là những vấn đề liên quan tới minh bạch và cạnh tranh, một số ít liên quan tới các vấn đề mang tính hệ thống về đấu thầu (ví dụ các điều kiện đối với từng hình thức đấu thầu, tiêu chuẩn kỹ thuật trong đấu thầu, khiếu nại khiếu kiện trong đấu thầu...).

Về các quy định “chưa tuân thủ” thuộc đặc thù riêng của EVFTA

Những cam kết trong EVFTA mà pháp luật Việt Nam có quy định hoàn toàn khác biệt đều chủ yếu là các nghĩa vụ riêng đặc thù của EVFTA (ví dụ các cam kết về phạm vi áp dụng, về nguyên tắc không phân biệt đối xử, về đăng tải văn bản áp dụng riêng cho các gói thầu thuộc diện điều chỉnh, các biện pháp ưu đãi trong nước...). Về mặt nội dung, đây là các cam kết gắn với việc mở cửa thị trường đấu thầu cho các nhà thầu EU (các nguyên tắc đấu thầu áp dụng cho các trường hợp nhà thầu EU được tham gia đấu thầu tại Việt Nam theo cam kết mở cửa trong EVFTA).

Việc pháp luật chung của Việt Nam về đấu thầu hiện không có các quy định về các vấn đề này là hoàn toàn bình thường, hợp logic. Về mặt nguyên tắc, đối với các lĩnh vực mở cửa theo cam kết, pháp luật Việt Nam sẽ chỉ buộc phải điều chỉnh để mở cửa sau khi cam kết có hiệu lực, với nội dung điều chỉnh phù hợp với cam kết. Tất nhiên, trên thực tế, cũng có nhiều trường hợp pháp luật Việt Nam trước khi có cam kết đã mở cho các đối tác nước ngoài ở mức bằng, thậm chí cao hơn mức mở cửa trong cam kết (ví dụ nhiều cam kết mở cửa thị trường dịch vụ của Việt Nam trong

WTO năm 2007 có mức mở cửa thậm chí thấp hơn mức mở cửa Việt Nam đã áp dụng trước đó). Tuy nhiên, riêng đối với đấu thầu, theo pháp luật Việt Nam, thị trường này vẫn chỉ dành cho các nhà thầu trong nước, đóng cửa hoàn toàn đối với các nhà thầu nước ngoài trừ (i) các trường hợp liên quan tới đấu thầu sử dụng vốn vay ODA hoặc vốn vay quốc tế và phải tuân thủ các yêu cầu của đối tác về các vấn đề liên quan tới vốn vay đó, trong đó có vấn đề nhà thầu; và (ii) 03 trường hợp được phép đấu thầu quốc tế theo Luật Đấu thầu (liệt kê cụ thể trong Luật). Cho đến thời điểm này, Việt Nam cũng mới chỉ có 02 cam kết mở cửa thị trường đấu thầu, đó là các cam kết trong khuôn khổ TPP và EVFTA, hai Hiệp định thương mại tự do vừa kết thúc đàm phán và chưa có hiệu lực, do đó chưa được đưa vào pháp luật nội địa. Vì vậy, việc pháp luật đấu thầu Việt Nam chưa có các quy định về mở cửa thị trường cho các đối tác EU theo EVFTA là có thể hiểu được.

Và cũng vì lý do này, việc sửa đổi pháp luật Việt Nam để tuân thủ các cam kết riêng gắn với việc mở cửa thị trường trong EVFTA sẽ chỉ nên thực hiện thông qua việc xây dựng một văn bản riêng với các quy định nội luật hóa các cam kết này và được áp dụng riêng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của EVFTA.

Về các quy định “chưa tuân thủ” thuộc các vấn đề về minh bạch, cạnh tranh

Đảm bảo minh bạch và cạnh tranh trong các thủ tục đấu thầu là vấn đề thuộc phạm vi chung, về cơ bản là không gắn liền với các nội dung riêng về phạm vi mở cửa thị trường. Từ góc độ logic, thủ tục đấu thầu càng minh bạch, công khai, các điều kiện đấu thầu càng cạnh tranh, bình đẳng thì việc thực hiện đấu thầu trên thực tế càng thuận lợi, công bằng, quyền và lợi ích của các nhà thầu tham gia càng được tăng cường, hiệu quả sử dụng vốn càng được cải thiện. Do đó, các quy định về minh bạch và cạnh tranh trong mua sắm công của EVFTA nói riêng, GPA nói chung, là có lợi không chỉ cho các nhà thầu nước ngoài tham gia các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh mà còn mang lại lợi ích thiết thực cho cả các nhà thầu nội địa cũng như hiệu quả chung của hệ thống đấu thầu nội địa.

Đây có thể là lý do khiến trong quá trình sửa đổi tổng thể pháp luật đấu thầu năm 2013 Việt Nam đã quan tâm và nội luật hóa khá nhiều các quy định về minh bạch, cạnh tranh trong GPA (tương tự như EVFTA), áp dụng chung cho toàn bộ các gói thầu.

Câu hỏi đặt ra là tại sao với logic như trên, vẫn có nhiều cam kết trong GPA (tương tự EVFTA) về minh bạch và cạnh tranh tiếp tục được đặt ở bên ngoài hệ thống pháp luật Việt Nam (dù Việt Nam có thể đã biết về những hiệu quả đáng kể của các quy định này, và có thể cũng biết rằng khi gia nhập GPA hoặc thực thi EVFTA Việt Nam cũng sẽ phải thực hiện các yêu cầu này, thậm chí là ở phạm vi chung nếu theo GPA)?

Câu trả lời có lẽ là nằm ở chi phí thực hiện các quy định này? Nhìn vào nhóm các cam kết về minh bạch và cạnh tranh “đã tuân thủ” và nhóm cam kết “chưa tuân thủ”, có thể thấy có sự khác biệt trong “độ khó của thực thi”.

Cụ thể, khác với nhóm những quy định về minh bạch và cạnh tranh mà Việt Nam đã nội luật hóa, việc thực hiện các quy định cũng là về minh bạch và cạnh tranh trong nhóm “chưa tuân thủ” đòi hỏi các nỗ lực lớn hơn, với các chi phí thực hiện có thể cao hơn (ví dụ quy định về đăng tải thông tin đấu thầu có thể thực hiện dễ hơn quy định về những nội dung bắt buộc phải đăng tải; cũng như vậy nguyên tắc xác định thời hạn có thể áp dụng ngay, trong khi các thời hạn tối thiểu nêu tăng thêm/rút ngắn lại sẽ ảnh hưởng tới tốc độ vận hành của cả quy trình và do đó không dễ thực hiện). Có thể tại thời điểm 2013, hiện trạng hệ thống vận hành đấu thầu (nhân lực, bộ máy) được cho là chưa thể đáp ứng được ngay, và do đó dù hứa hẹn là hiệu quả nhưng các quy định này vẫn chưa được đưa vào pháp luật nội địa chẳng?

Mặc dù vậy, nếu nhìn sâu hơn, có lẽ không ít trong số này là những nghĩa vụ mà thực chất việc thực hiện không phải quá khó khăn, cũng không phải quá tốn kém về nguồn lực, đặc biệt trong bối cảnh mới, khi cải cách hành chính và thực hiện Chính phủ điện tử đang được đẩy mạnh ở hầu khắp các cấp, các ngành, đặc biệt là ở các cơ quan mua sắm cấp trung ương hoặc ở trung ương và khi các yêu cầu về cạnh tranh, cải cách thể chế đang ngày càng cấp thiết nhằm đáp ứng tốt hơn các đòi hỏi của hội nhập.

Về các quy định chưa tuân thủ liên quan tới hệ thống đấu thầu

Một số trong nhóm các cam kết mà pháp luật Việt Nam chưa tuân thủ gắn với các vấn đề cơ bản thuộc về hệ thống (ví dụ các cam kết về điều kiện của nhà thầu, hình thức đấu thầu, xử lý kiến nghị khiếu nại...). Đối với các trường hợp này, việc pháp luật Việt Nam chưa “nội luật hóa” đầy đủ các quy định của GPA (trương tự EVFTA) khi sửa đổi pháp luật đấu thầu năm 2013 có thể xuất phát từ lý do: những vấn đề thuộc về hệ thống không thể thay đổi đột ngột, không thể chuyển ngay từ hệ thống cũ sang một hệ thống mới mà cần có thời gian để chuyển đổi dần dần.

Về các cam kết “không bắt buộc”

Vì nhóm này không bắt buộc thực hiện, Việt Nam có thể tùy tình hình mà điều chỉnh pháp luật phù hợp, trong đó chú ý:

- Với các cam kết về quyền: Việt Nam cần tận dụng quyền bằng việc đưa vào pháp luật của mình cam kết này (pháp luật chung hoặc văn bản riêng cho EVFTA tùy trường hợp);

- Với các cam kết khuyến nghị hoặc có lộ trình: Việt Nam có thể cân nhắc điều chỉnh pháp luật phù hợp với lợi ích của mình theo từng thời kỳ.

Kiến nghị

Về mặt nguyên tắc, các cam kết trong EVFTA là buộc phải tuân thủ khi EVFTA có hiệu lực, tuy nhiên cũng trong nguyên tắc, Việt Nam sẽ chỉ phải tuân thủ các cam kết đối với các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của EVFTA mà thôi.

Vì vậy, mặc dù đối với tất cả các nghĩa vụ trong EVFTA mà pháp luật Việt Nam chưa tuân thủ như liệt kê ở trên, pháp luật Việt Nam sẽ phải được điều chỉnh, sửa đổi tương ứng, Việt Nam đứng trước 02 lựa chọn sửa đổi:

- Hoặc là chỉ sửa đổi pháp luật để tuân thủ EVFTA cho trường hợp các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh EVFTA mà thôi: Việt Nam có thể ban hành 01 văn bản pháp luật riêng, trong đó quy định về các nội dung mà pháp luật hiện tại chưa phù hợp EVFTA, và văn bản này sẽ chỉ áp dụng riêng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh; pháp luật đấu thầu chung vẫn giữ như hiện tại;
- Hoặc là sửa đổi pháp luật chung theo yêu cầu của EVFTA, áp dụng cho tất cả các hoạt động đấu thầu nói chung: Theo cách này, Việt Nam sẽ sửa đổi trực tiếp vào pháp luật đấu thầu (phạm vi áp dụng chung) để tuân thủ EVFTA không chỉ cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh mà còn cho tất cả các gói thầu nói chung.

Theo phương án thứ nhất (xây dựng văn bản pháp luật riêng để thực thi EVFTA) thì Việt Nam vẫn tuân thủ EVFTA, nhưng hiệu quả sẽ không lan tỏa tới toàn bộ hệ thống đấu thầu nói chung. Đổi lại, Việt Nam sẽ có thêm thời gian để thay đổi dần dần hệ thống đấu thầu chung của mình mà không chịu sức ép từ cam kết trong EVFTA.

Theo phương án thứ hai (sửa đổi pháp luật chung để thực thi EVFTA), hiệu quả thực thi EVFTA sẽ lan tỏa đến toàn bộ hệ thống pháp luật đấu thầu, với tất cả các hoạt động đấu thầu tại Việt Nam, và Việt Nam sẽ sẵn sàng không chỉ cho EVFTA mà còn cho cả TPP và GPA trong tương lai. Tuy nhiên, nếu thực hiện phương án này đối với toàn bộ các cam kết hiện còn chưa tuân thủ của EVFTA thì sẽ đòi hỏi những nỗ lực rất lớn về tư duy, thể chế và nguồn lực cho việc thực hiện.

Do đó, trên cơ sở cân nhắc tính chất của các cam kết chưa tuân thủ, cùng các lợi thế - bất lợi của mỗi phương án, Nhóm Nghiên cứu đề xuất Việt Nam sẽ thực hiện tuân thủ EVFTA về mua sắm công theo cùng lúc cả 02 phương án, mỗi phương án sẽ cho một nhóm các cam kết thích hợp.

Cụ thể:

(i) Đề xuất xây dựng văn bản riêng thực thi EVFTA

Đối với những cam kết liên quan tới việc mở cửa thị trường đặc thù riêng của EVFTA, việc sửa đổi pháp luật đấu thầu chung Việt Nam theo các cam kết này của Hiệp định là không khả thi và không phù hợp (do điều này đồng nghĩa với việc mở cửa cho tất cả các đối tác không phải là một Bên của Hiệp định). Do đó, việc xây dựng một văn bản riêng, với các quy định nội luật hóa các cam kết đặc thù của EVFTA, để thực thi Hiệp định là phù hợp.

Văn bản này sẽ được ưu tiên áp dụng đối với các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định trong các trường hợp có quy định khác nhau giữa Văn bản này và pháp luật chung về cùng một vấn đề. Trường hợp văn bản này không có quy định thì áp dụng quy định của pháp luật chung về đấu thầu.

Văn bản này sẽ nội luật hóa các quy định thuộc nhóm “chưa tuân thủ” sau đây:

- Điều 1 (Định nghĩa): khái niệm “Cơ quan mua sắm”; “Biện pháp ưu đãi trong nước”, “Chỉ định thầu”, “Dịch vụ”
- Điều 2 (Phạm vi): Cam kết về Tiêu chí xác định các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Giá gói thầu, Lộ trình mở cửa;
- Điều 3 (Các loại trừ): Cam kết về các trường hợp ngoại lệ;
- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về Đối xử quốc gia và Không phân biệt đối xử;
- Điều 5 (Các biện pháp trong thời kỳ chuyển đổi): Cam kết về các biện pháp được phép áp dụng trong thời kỳ chuyển đổi
- Điều 6 (Đăng tải thông tin đấu thầu): Cả hai cam kết trong Điều này (Cam kết về Đăng tải thông tin về quy định pháp luật áp dụng cho các gói thầu thuộc phạm vi điều chỉnh, Trả lời về các thông tin khi có yêu cầu) pháp luật Việt Nam đều chưa đáp ứng;
- Điều 8 (Điều kiện tham dự thầu): Cam kết về Các loại điều kiện tham dự của nhà thầu, Trình tự xét duyệt các điều kiện, Các loại điều kiện dự thầu không được phép áp dụng;
- Điều 9 (Lựa chọn danh sách ngắn): Cam kết về Đấu thầu hạn chế;
- Điều 10 (Chỉ định thầu): Cam kết về Nguyên tắc áp dụng chỉ định thầu; Cam kết về Các trường hợp được phép chỉ định thầu, Các yêu cầu mà chủ thể mua sắm phải tuân thủ khi sử dụng hình thức chỉ định thầu;

- Điều 11 (Đàm phán): Các trường hợp có thể đàm phán, Các nguyên tắc đàm phán
- Điều 12 (Tiêu chuẩn kỹ thuật): Cam kết về Nguyên tắc sử dụng các tiêu chuẩn kỹ thuật, Xác định tiêu chuẩn kỹ thuật của đối tượng mua sắm, Nguyên tắc xây dựng các tiêu chuẩn kỹ thuật cho gói thầu;
- Điều 14 (Thời gian/thời hạn trong đấu thầu): Cam kết về Các thời hạn trong đấu thầu;
- Điều 15 (Xử lý hồ sơ dự thầu và trao hợp đồng): Cam kết về Xử lý hồ sơ dự thầu, Trao hợp đồng;
- Điều 17 (Cung cấp thông tin)

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng trong khi các cam kết từ Điều 1 đến 8 liệt kê ở trên là các cam kết riêng đặc thù của EVFTA, và vì vậy luôn nên được quy định trong Văn bản riêng thực thi EVFTA, các cam kết còn lại (các cam kết từ Điều 9 tới Điều 17) liệt kê ở trên chỉ nên để trong Văn bản riêng này trong giai đoạn đầu, và nên cân nhắc đưa vào pháp luật chung trong giai đoạn tiếp theo, khi các điều kiện nguồn lực và kỹ thuật khả thi hơn cho việc thực hiện.

(ii) Đề xuất sửa đổi pháp luật đấu thầu chung

Việc sửa đổi này sẽ được thực hiện với các văn bản trong hệ thống pháp luật đấu thầu cấp cao có quy định về vấn đề liên quan, trường hợp có nhiều văn bản cùng quy định về một nội dung “chưa tuân thủ” thì việc sửa đổi trước hết cần được thực hiện đối với văn bản có giá trị pháp lý cao nhất trong số đó.

Cụ thể, đề xuất sửa đổi pháp luật nội địa để điều chỉnh quy định, nội luật hóa các cam kết sau đây:

- Điều 4 (Các nguyên tắc chung): Cam kết về Hình thức lựa chọn nhà thầu (về các trường hợp không áp dụng hình thức đấu thầu rộng rãi);
- Điều 7 (Thông báo mời thầu): Cam kết về Nội dung phải đăng tải (về một số loại thông tin cần đăng tải);
- Điều 16 (Thông tin sau khi trao hợp đồng): Cam kết về Nội dung thông báo kết quả thầu;
- Điều 18 (Đảm bảo liên chính): Cam kết về Loại bỏ xung đột lợi ích;
- Điều 19 (Giải quyết kiến nghị trong nước): Cam kết về Xử lý kiến nghị theo thủ tục khiếu nại hành chính, khiếu kiện tư pháp; Giới hạn mức bồi thường thiệt hại cho nhà thầu.