

Bản án số: 07/2018/KDTM-PT

Ngày: 09-8-2018

Về việc: Tranh chấp đấu thầu dịch vụ.

**NHÂN DANH
NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
TÒA ÁN NHÂN DÂN TỈNH BÀ RỊA-VŨNG TÀU**

- Thành phần Hội đồng xét xử phúc thẩm gồm có:

Thẩm phán – Chủ tọa phiên tòa: Bà Đào Thị Huệ
Các Thẩm phán: Ông Trịnh Hoàng Anh
Ông Cao Minh Vỹ

- Thư ký phiên tòa: Bà Lê Thị Thanh – Thẩm phán sơ cấp, Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu.

- Đại diện Viện kiểm sát nhân dân tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu: Ông Nguyễn Thành Lê – Kiểm sát viên tham gia phiên tòa.

Trong các ngày 03-8-2018 và ngày 09-8-2018, tại trụ sở Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu xét xử phúc thẩm công khai vụ án kinh doanh thương mại thụ lý số 08/2018/TLPT-KDTM ngày 30-3-2018 về việc “Tranh chấp đấu thầu dịch vụ”; Do Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 08/2018/KDTM-ST ngày 12-02-2018 của Tòa án nhân dân huyện T bị kháng cáo; Theo Quyết định đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm số 13/2018/QĐ-PT ngày 06-7-2018; Quyết định hoãn phiên tòa số 15/2018/QĐ-PT ngày 24-7-2018; Quyết định thay đổi người tiến hành tố tụng số 16/2018/QĐ-PT ngày 25-7-2018, giữa các đương sự:

Nguyên đơn: Tổng Công ty xây dựng Đ.

Địa chỉ: Đường H, phường H, quận H, thành phố Hà Nội.

Người đại diện theo pháp luật: Ông Ngô Văn T-Chủ tịch Hội đồng quản trị (*vắng mặt*).

Người đại diện hợp pháp: Ông Nguyễn Trọng L, sinh năm 1983-là người đại diện theo ủy quyền, giấy ủy quyền ngày 28-5-2018; Địa chỉ: Đường N, phường S9, thành phố V, tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu (*có mặt*).

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp: Luật sư Trương Xuân T- Đoàn Luật sư tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu (*có mặt*).

Bị đơn: Công ty TNHH Cảng Quốc Tế T.

Địa chỉ: Thị trấn P, huyện T, tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu.

Người đại diện theo pháp luật: Ông Katsuyuki K1 - Tổng Giám đốc (*vắng mặt*).

Người đại diện hợp pháp: Ông Nguyễn Minh K2, sinh năm 1978-là người đại diện theo ủy quyền, giấy ủy quyền ngày 27-7-2018; Địa chỉ: Công ty TNHH Cảng Quốc Tế T (có mặt).

Người kháng cáo: Bị đơn là Công ty TNHH Cảng Quốc Tế T.

NỘI DUNG VỤ ÁN:

Theo đơn khởi kiện và các lời khai tại Tòa án, nguyên đơn là Tổng Công ty xây dựng Đ thông qua người đại diện trình bày:

Vào lúc 8h10' ngày 17-10-2017, Tổng Công ty xây dựng Đ (gọi tắt là Công ty Đ) nộp hồ sơ dự thầu để tham gia đấu thầu do Công ty TNHH Cảng quốc tế T (gọi tắt là Công ty T) làm bên mời thầu đối với 02 gói thầu, gồm: Gói thầu PK1A-1 thi công bến sà lan 2000DWT và kè sau bến sà lan; Gói thầu PK1B-1 nạo vét khu vực bến sà lan 2000DWT thuộc dự án đầu tư xây dựng Cảng T – giai đoạn 1. Hình thức tham gia đấu thầu là 1 giai đoạn hai túi hồ sơ, đó là hồ sơ đề xuất kỹ thuật và hồ sơ tài chính.

Vào lúc 9h05' ngày 17-10-2017, Công ty T tiến hành mở túi hồ sơ đề xuất kỹ thuật gói thầu PK1A-1 và vào lúc 14h05' phút cùng ngày tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất kỹ thuật gói thầu PK1B-1.

Đến ngày 28-10-2017, Công ty Đ nhận Công văn số 113 và 114 đề ngày 28-10-2017 của Công ty T có nội dung “Thông báo danh sách các nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói PK1A-1 và PK1B-1”. Tại 02 Thông báo này không có tên của Công ty Đ. Hồ sơ tham dự thầu của Công ty Đ đã bị loại với lý do không đáp ứng được yêu cầu về đề xuất kỹ thuật.

Tuy nhiên, Công ty Đ nhận thấy: Hồ sơ đề xuất kỹ thuật đối với gói thầu PK1A-1 và gói thầu PK1B-1 của Công ty Đ đã đáp ứng được các tiêu chí trong các nội dung của hồ sơ mời thầu do Công ty T phát hành. Do vậy, ngày 29-10-2017, Công ty Đ đã phát hành công văn số 1173/2017/KHTT-TCTXDDĐT yêu cầu Công ty T phải thông báo rõ lý do hồ sơ dự thầu của Công ty Đ không đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật đối với cả 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1.

Đến ngày 20-11-2017, Công ty T ban hành công văn số 001/2017/PMU-PK1A-1 gửi Công ty Đ trả lời lý do nhà thầu không được lựa chọn sẽ được chủ đầu tư thông báo đến tất cả các nhà thầu trong kết quả lựa chọn nhà thầu. Nhưng thực tế Công ty Đ vẫn không nhận được bất kỳ công văn nào phản hồi.

Xét thấy, quyền lợi của mình bị xâm phạm, nên Công ty Đ khởi kiện Công ty T với yêu cầu cuối cùng được nêu cụ thể tại phiên tòa sơ thẩm như sau:

- Buộc Công ty T phải công nhận: Công ty xây dựng Đ là một trong các các nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu PK1A-1 thi công bến sà lan 2000DWT và kè sau bến sà lan; là một trong các Nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu

PK1B-1 nạo vét khu vực sà lan 2000DWT thuộc Dự án đầu tư xây dựng Cảng T – Giai đoạn 1 của Công ty T.

- Buộc Công ty T phải tiếp tục mở túi hồ sơ tài chính của Công ty Đ và xem xét kết quả đấu thầu theo quy định của Luật đấu thầu.

Bị đơn là Công ty T thông qua người đại diện trình bày:

Công ty T có gửi hồ sơ mời thầu 2 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1 cho Công ty Đ, hình thức tham gia đấu thầu, thời gian nhận được hồ sơ dự thầu của Công ty Đ, thời gian mở túi thầu đúng như Công ty Đ trình bày.

Công ty T đã đánh giá túi hồ sơ đề xuất về kỹ thuật của Công ty Đ như sau: Hồ sơ ban đầu của Công ty Đ đầy đủ; tuy nhiên tại thời điểm xem xét điều kiện về năng lực kỹ thuật, về năng lực tài chính thì Công ty Đ không đáp ứng được điều kiện tham gia dự án. Do đó, Công ty T đã loại hồ sơ dự thầu của Công ty Đ khỏi danh sách các nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói PK1A-1 và PK1B-1.

Lý do loại hồ sơ cụ thể như sau:

Thứ nhất, Công ty Đ đã bị khởi kiện bởi nhiều nhà thầu phụ do không thực hiện việc thanh toán đầy đủ và đúng hạn. Hiện nay đang bị khởi kiện yêu cầu thanh toán công nợ cho thầu phụ là Công ty cổ phần Đầu tư, xây dựng và nạo vét ĐT với số tiền là 53.492.884.242 đồng và lãi chậm trả theo Thông báo thụ lý số 54/2017/TB-TLVA ngày 17-11-2017 tại Tòa án nhân dân quận H, thành phố Hà Nội;

Thứ hai, căn cứ theo thông tin công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng, nhiều cán bộ lãnh đạo của Công ty Đ hiện đang bị khởi tố, điều tra và xét xử về các hành vi đưa, nhận hối lộ, thông thầu. Với bản chất là một dự án đầu tư lớn, có sử dụng vốn đầu tư từ Nhật Bản, Công ty T không thể chấp nhận các nhà thầu có nghi vấn về hành vi đưa, nhận hối lộ và thông thầu;

Thứ ba, căn cứ theo Công văn số 1503/BQLDAH-H-QLDA2 ngày 17-9-2015 của Ban Quản lý dự án hàng hải thuộc Bộ Giao thông vận tải, Công ty Đ đã nhiều lần bị nhắc nhở về chậm hoàn thành tiến độ thi công cũng như thiếu năng lực và kỷ luật với nhiều gói thầu mình phụ trách; Vì vậy việc cho Công ty Đ tham gia vào dự án sẽ không đảm bảo tiến độ thực hiện dự án được xác định trên Khoản 8 Điều 1 Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư của Công ty T, tiến độ thực hiện dự án xây dựng Cảng Quốc tế T giai đoạn 2 là từ tháng 7/2016 cho đến tháng 6/2018;

Thứ tư, Báo cáo tài chính năm 2016 của Công ty Đ còn nhiều điểm nghi vấn, không rõ ràng;

Thứ năm, có biểu hiện của sự thông thầu là hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu, cụ thể như sau: Ngày 01-12-2017, Công ty T nhận được Công văn số 1211/2017/VINAWACO-KHTT của Công ty Đ, theo đó phản đối kết quả đấu thầu vòng 1 và giải trình các lý do phản bác nội dung đánh giá Hồ sơ dự thầu của Công ty Đ tại Báo

cáo 22, Báo cáo 23 và Báo cáo đánh giá hồ sơ đề xuất kỹ thuật của gói PK1A-1 và PK1B-1 (Báo cáo kỹ thuật). Tại thời điểm này, Công ty T chưa hề công bố nội dung Báo cáo 22 và Báo cáo 23 cho Công ty Đ. Cùng ngày 01-12-2017, Công ty T tiếp tục nhận được Công văn số 619/CV-VTS từ Công ty cổ phần dịch vụ và vận tải biển V (gọi tắt Công ty V), theo đó thừa nhận các nội dung sau: Công ty V đã có được Báo cáo 22 và Báo cáo 23 cùng với Báo cáo kỹ thuật từ ông Phan Thành C – Phó Giám đốc thứ nhất của Công ty T và là thành viên của Tổ chuyên gia phụ trách đánh giá Hồ sơ dự thầu do Công ty T bổ nhiệm và trước đó vào ngày 21-11-2017, Công ty V đã tổ chức cuộc họp riêng mà không có sự tham gia của đại diện theo pháp luật của Công ty T nhằm thảo luận về kết quả lựa chọn nhà thầu tại Báo cáo 22, Báo cáo 23 và Báo cáo kỹ thuật; Công ty V cũng tự ý nêu rõ các nội dung đề xuất về điều khoản thanh toán và giải trình lý do Công ty Đ có đủ điều kiện dự thầu gói thầu PK1A-1 và PK1B-1.

Từ đó, Công ty T nhận thấy rằng: Căn cứ theo quy định tại Khoản 4 Điều 76 Luật Đấu thầu, các thành viên của Tổ chuyên gia có trách nhiệm bảo mật các tài liệu liên quan trong quá trình lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư; Theo quy định tại Khoản 7 Điều 89 Luật Đấu thầu, hành vi tiết lộ kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư trước khi được công khai theo quy định là hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu; Trong quá trình lựa chọn nhà thầu, Công ty V với tư cách là thành viên Hội đồng thành viên của Công ty T không hề có công văn gửi đến Công ty T, cũng như Tổ chuyên gia để yêu cầu cung cấp kết quả lựa chọn nhà thầu với gói thầu PK1A-1 và PK1B-1; Tổ chuyên gia là một đơn vị được thành lập bởi Công ty T, có trách nhiệm thẩm định và đánh giá hồ sơ dự thầu của các nhà thầu, có người đại diện hợp pháp là Tổ trưởng. Như vậy, các yêu cầu cung cấp tài liệu nếu được phép theo quy định của Luật đấu thầu phải được gửi đến Tổ chuyên gia để Tổ trưởng xem xét, quyết định. Các thành viên của Tổ không được tự ý cung cấp các tài liệu nói trên cho bất kỳ đơn vị nào khác.

Như vậy, Công ty Đ với tư cách nhà thầu nhưng thông đồng với các cá nhân, tổ chức có liên quan nhằm thu thập kết quả lựa chọn nhà thầu, từ đó vi phạm điều cấm của Luật đấu thầu.

Nay, Công ty T không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ.

Tại phiên tòa sơ thẩm, đại diện cho Công ty T và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho Công ty T yêu cầu Tòa án triệu tập Công ty cổ phần xây dựng công trình 5 và Công ty trách nhiệm hữu hạn xây dựng và thương mại TV vào tham gia vụ án với tư cách người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Đồng thời khẳng định việc Công ty T loại hồ sơ dự thầu của Công ty Đ là có căn cứ, khách quan.

Người làm chứng:

- **Công ty V thông qua người đại diện là bà Vũ Thiều H trình bày tại phiên tòa sơ thẩm:** Trên cơ sở hồ sơ Tổ chuyên gia chuyển cho các thành viên Công ty xem xét lại và phê duyệt kết quả đấu thầu thì Công ty V đã trích lý do Công ty Đ bị đánh giá không

đáp ứng về kỹ thuật đối với gói thầu PK1A-1 và PK1B-1. Sau đó, Công ty Đ cung cấp các văn bản giải trình và gửi đến Công ty V; Để đảm bảo tính minh bạch, khách quan, Công ty V đã ban hành công văn số 619/CV-VTS ngày 01-12-2017 gửi Công ty T để xem xét và đánh giá toàn diện. Đây không phải là hành vi thông thầu hay vi phạm pháp luật về đấu thầu.

- **Ông Phan Thành C trình bày tại phiên tòa sơ thẩm:** Ông là Phó giám đốc thứ nhất của Công ty T và cũng là đại diện cho phần vốn góp của Công ty V là thành viên Công ty T. Sau khi công bố danh sách nhà thầu đáp ứng về kỹ thuật thì ông C mới báo cáo lại cho Công ty V để kiểm tra, xem xét trước khi tiến hành phiên họp phê duyệt, ông không có hành vi tiết lộ thông tin đấu thầu như ý kiến của Công ty T.

Bản án sơ thẩm số 08/2018/KDTM-ST ngày 12-02-2018 của Tòa án nhân dân huyện T đã tuyên xử:

Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ khởi kiện Công ty T về việc “Tranh chấp đấu thầu dịch vụ”;

Công nhận Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu PK1A-1: Thi công bến sà lan 2000DWT và kè sau bến sà lan; là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu PK1B-1: Công tác nạo vét khu vực sà lan 2000DWT thuộc Dự án đầu tư xây dựng Cảng T - Giai đoạn 1 của Công ty T do Công ty T làm chủ đầu tư.

Buộc Công ty T phải mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đã nộp đối với gói thầu PK1A-1: Thi công bến sà lan 2000DWT và kè sau bến sà lan và gói thầu PK1B-1: Công tác nạo vét khu vực sà lan 2000DWT thuộc Dự án đầu tư xây dựng Cảng T - Giai đoạn 1 của Công ty T, do Công ty T làm chủ đầu tư để đánh giá, lựa chọn nhà thầu giữa Công ty Đ với các nhà thầu khác theo đúng quy định tại hồ sơ mời thầu và quy định của pháp luật về đấu thầu.

Ngoài ra Bản án còn tuyên về án phí và quyền kháng cáo.

Kháng cáo: Ngày 26-02-2018, bị đơn là Công ty TNHH Cảng Quốc Tế T nộp đơn kháng cáo Bản án sơ thẩm nêu trên, yêu cầu Tòa án cấp phúc thẩm tuyên hủy toàn bộ Bản án sơ thẩm để xét xử lại theo quy định.

Tại phiên tòa phúc thẩm:

- Nguyên đơn vẫn giữ nguyên yêu cầu khởi kiện; Bị đơn vẫn giữ nguyên yêu cầu kháng cáo. Các đương sự không thỏa thuận được việc giải quyết vụ án. Những người làm chứng trình bày như đã trình bày ở Tòa án cấp sơ thẩm.

- Quan điểm của Kiểm sát viên đại diện cho Viện kiểm sát nhân dân tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu:

Thẩm phán và Hội đồng xét xử phúc thẩm chấp hành đúng quy định pháp luật. Các đương sự có mặt tại phiên tòa phúc thẩm chấp hành tốt quyền và nghĩa vụ tố tụng.

Theo quy định của pháp luật đấu thầu thì bên mời thầu phải căn cứ vào hồ sơ mời thầu để đánh giá, lựa chọn nhà thầu. Công ty T đánh trượt Công ty Đ vì hai tiêu chí về năng lực tài chính và kinh nghiệm, nhưng đối chiếu với tiêu chí mời thầu thì đánh giá này là sai vì Quyết định của Bộ Giao thông Vận tải và văn bản của Ban quản lý dự án hàng hải không phải là các hợp đồng không hoàn thành. Bộ Giao thông Vận tải cũng đã có quyết định thay thế về đánh giá năng lực nhà thầu, theo đó Công ty Đ là nhà thầu đạt yêu cầu. Văn bản của Ban quản lý dự án hàng hải chỉ là nhắc nhở về tiến độ. Công ty T cho rằng báo cáo tài chính của Công ty Đ không rõ ràng nhưng không có gì chứng minh, trong khi đó Báo cáo tài chính có kết quả là dương, đúng với yêu cầu của bên mời thầu. Các tiêu chí khác do nhà thầu đưa ra không nằm trong tiêu chí mời thầu.

Đối với yêu cầu mở túi hồ sơ đề xuất tài chính của Công ty Đ thì nay không còn đảm bảo về tính bảo mật nên không thể tuyên như Bản án sơ thẩm mà Công ty T phải chịu trách nhiệm thực hiện các giai đoạn tiếp theo, theo quy định của Luật đấu thầu.

Do vậy, đề nghị Hội đồng xét xử sửa một phần Bản án sơ thẩm theo hướng công nhận Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật đối với hai gói thầu PK1A-1 và PK1B-1; Công ty T có trách nhiệm tiếp tục thực hiện các quy định của pháp luật về đấu thầu đối với hồ sơ dự thầu của Công ty Đ.

NHẬN ĐỊNH CỦA TÒA ÁN:

Sau khi nghiên cứu các tài liệu có trong hồ sơ vụ án, được thẩm tra tại phiên tòa và căn cứ vào kết quả tranh luận tại phiên tòa, Hội đồng xét xử phúc thẩm nhận định:

Về tố tụng:

[1] Đơn kháng cáo của bị đơn là Công ty T trong thời hạn luật định, đã thực hiện việc nộp tiền tạm ứng đúng quy định nên được chấp nhận xem xét theo thủ tục phúc thẩm.

[2] Về quan hệ tranh chấp và thẩm quyền giải quyết: Tòa án nhân dân huyện T đã xác định đúng quy định của pháp luật.

[3] Tại phiên tòa phúc thẩm, Công ty T đề nghị hủy Bản án sơ thẩm vì Tòa án cấp sơ thẩm không đưa những người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan vào tham gia vụ án, cụ thể:

[3.1] Tại Tòa án cấp sơ thẩm, Công ty T và Công ty cổ phần xây dựng công trình 5 (gọi tắt là Công ty 5), Công ty trách nhiệm hữu hạn xây dựng và thương mại TV (gọi tắt là Công ty TV) đều cho rằng Công ty 5 và Công ty TV phải được tham gia vụ án. Hội đồng xét xử thấy rằng: Công ty Đ chỉ yêu cầu Tòa án xem xét công nhận hồ sơ đề xuất về mặt kỹ thuật của Công ty đáp ứng điều kiện về tiêu chí đánh giá hồ sơ đề xuất về kỹ thuật và buộc Công ty T phải tiếp tục mở túi hồ sơ về mặt tài chính đối với gói thầu PK1A-1 và PK1B-1 của Công ty Đ. Tuy các nhà thầu cùng tham gia quy trình đấu thầu của Công ty T nhưng việc chấm thầu là cho từng nhà thầu riêng biệt, chỉ riêng Công ty Đ cho rằng kết quả chấm thầu đối với mình là không đúng. Vì vậy các nhà thầu khác có liên quan đến

quy trình đấu thầu nhưng không liên quan về quyền lợi và nghĩa vụ đối với các đương sự trong vụ án này. Do đó, Tòa án cấp sơ thẩm không chấp nhận yêu cầu này của Công ty T, Công ty 5 và Công ty TV là phù hợp.

[3.2] Yêu cầu Tổ chuyên gia chấm thầu phải được tham gia vụ án. Thấy rằng Tổ chuyên gia là của Công ty T thành lập ra để giúp cho Công ty T thực hiện cho đúng hồ sơ mời thầu, không có quyền lợi nghĩa vụ riêng đối với các nhà thầu, chỉ thực hiện công việc dưới danh nghĩa của Công ty T. Do vậy, không cần thiết đưa họ vào làm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Về nội dung vụ án:

[1] Về phương thức lựa chọn nhà thầu của Công ty T; Hình thức hợp lệ của hồ sơ đề xuất về kỹ thuật của đơn vị tham dự thầu là Công ty Đ thì các đương sự đều thống nhất và không tranh chấp nên không xem xét.

[2] Xét việc Công ty T cho rằng Công ty Đ không phải là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu PK1A-1 và PK1B-1: Thấy rằng, Công ty T đã phát hành công khai hồ sơ mời thầu cho hai gói thầu nêu trên, trong hồ sơ mời thầu đã đề ra các tiêu chuẩn để chấm hồ sơ dự thầu rất cụ thể (BL 2011-2158 và BL 2159-2308). Theo quy định tại Điều 39 Luật đấu thầu, Khoản 2 Điều 12 và Điều 15 Nghị định số 63/2014/NĐ-CP ngày 26-6-2014 thì nguyên tắc chấm thầu phải căn cứ vào tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu và các yêu cầu khác có trong hồ sơ mời thầu. Có nghĩa là Công ty T không được căn cứ vào các tiêu chuẩn nằm ngoài hồ sơ mời thầu để chấm đối với hồ sơ dự thầu. Do vậy, Hội đồng xét xử sẽ xem xét như sau:

[2.1] Khi mở túi hồ sơ đề xuất về kỹ thuật cho 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1 của Công ty Đ thì Công ty T chấm và đánh giá Công ty Đ chính thức không đạt hai tiêu chí về năng lực tài chính và kinh nghiệm (BL 1366, 1374, 1375). Cụ thể:

- Tiêu chí về lịch sử không hoàn thành hợp đồng: Theo bảng tiêu chí đánh giá về năng lực tài chính và kinh nghiệm của hồ sơ mời thầu xác định tại trang 45 mục 1: Từ ngày 01-01-2014 đến thời điểm đóng thầu, nhà thầu phải không có hợp đồng không hoàn thành, bao gồm: *“Hợp đồng bị chủ đầu tư kết luận thầu không hoàn thành mà nhà thầu không phản đối và hợp đồng bị chủ đầu tư kết luận nhà thầu không hoàn thành, không được nhà thầu chấp thuận nhưng đã được trọng tài hoặc Tòa án kết luận theo hướng bất lợi cho nhà thầu. Các hợp đồng không hoàn thành không bao gồm các hợp đồng mà quyết định của chủ đầu tư đã bị bác bỏ bằng cơ chế giải quyết tranh chấp. Hợp đồng không hoàn thành phải dựa trên tất cả các thông tin về tranh chấp của hợp đồng tương ứng và khi mà nhà thầu đã hết tất cả các cơ hội có thể khiếu nại”* (BL 2112, 2264). Công ty T cho rằng Công ty Đ không đạt tiêu chí này do Công ty Đ là nhà thầu bị xếp loại “chưa đáp ứng yêu cầu” theo Quyết định 1483/QĐ-BGTVT ngày 13-5-2016 của Bộ giao thông Vận tải và bị cảnh cáo tiến độ tại Công văn số 1503/BQLDAH-HQLDA2 ngày 17-9-2015 của

Ban quản lý dự án hàng hải. Đối chiếu các tiêu chí của hồ sơ mời thầu thì hai văn bản Công ty T làm căn cứ loại nhà thầu như trên không phải là hợp đồng không hoàn thành.

Mặt khác, sau đó Bộ Giao thông vận tải đã có văn bản khác là Quyết định số 1643/QĐ-BGTVT ngày 27-5-2016 để điều chỉnh, thay thế Quyết định 1483 nêu trên về kết quả xác định mức độ đáp ứng yêu cầu của nhà thầu năm 2015, theo đó thì Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu (BL 1950, 1951); Còn Công văn số 1503 nêu trên chưa phải là kết luận có hợp đồng không hoàn thành (BL 1412).

Do vậy, Công ty Đ là nhà thầu không có hợp đồng không hoàn thành trong thời gian hồ sơ mời thầu yêu cầu.

- Tiêu chí về kết quả hoạt động tài chính: Theo bảng tiêu chí đánh giá về năng lực tài chính và kinh nghiệm của hồ sơ mời thầu xác định tại trang 46 mục 3.1 “*Nộp báo cáo tài chính năm 2014, năm 2015, năm 2016 để chứng minh tình hình tài chính lành mạnh của nhà thầu. Giá trị tài sản ròng của nhà thầu trong năm gần nhất phải dương*” (BL 2111, 2263). Công ty T cho rằng Công ty Đ không đạt tiêu chí này do nghi ngờ không trung thực trong Báo cáo tài chính của Công ty Đ. Đối chiếu với tiêu chí của hồ sơ mời thầu thì Báo cáo tài chính của Công ty Đ năm 2016 (năm gần nhất) đã qua kiểm toán độc lập, có giá trị tài sản ròng là dương 302.548.106.821 đồng (BL 2371), không có tiêu chí bên mời thầu được quyền đánh trượt nhà thầu nếu có nghi ngờ nội dung Báo cáo tài chính kể cả đã qua kiểm toán, nhưng Công ty T vẫn tự phân tích nội dung Báo cáo tài chính của Công ty Đ, cho rằng trong Báo cáo có nêu Công ty Đ chưa bàn giao vốn nhà nước sang công ty cổ phần, chưa lập một số quỹ theo quy định. Theo quy định tại Điều 16 Nghị định số 63/2014/NĐ-CP thì bên dự thầu có trách nhiệm làm rõ hồ sơ dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu. Trường hợp này, Công ty Đ cho rằng hồ sơ dự thầu đã đủ, đã rõ nên không thể tự yêu cầu được làm rõ, còn Công ty T nghi ngờ nhưng không yêu cầu Công ty Đ làm rõ là chưa phù hợp.

Vì vậy, Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng tiêu chí về kết quả hoạt động tài chính theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu.

[2.2] Ngoài ra, quá trình vụ án được giải quyết thì Công ty T còn đưa ra một số lý do để khẳng định loại hồ sơ dự thầu của Công ty Đ là đúng quy định, cụ thể:

[2.2.1] Công ty Đ đang bị đơn vị khác kiện đòi tiền: Công ty T cung cấp Thông báo thụ lý vụ án số 54/2017/TB-TLVA ngày 17-11-2017 của Tòa án nhân dân quận H, thành phố Hà Nội, theo đó Công ty Đ là bên bị kiện (gọi tắt là vụ án số 54). Thấy rằng hồ sơ mời thầu có tiêu chí “*Trường hợp nhà thầu có kiện tụng đang giải quyết thì vụ kiện sẽ bị coi là có kết quả giải quyết theo hướng bất lợi cho nhà thầu và các khoản chi phí liên quan đến các kiện tụng này không được vượt quá 50% giá trị tài sản ròng của nhà thầu*”. Tiêu chí này trong kết quả chấm thầu thì Công ty T đã chấm đạt cho Công ty Đ, nay mới nêu ngược lại là không thỏa đáng. Hơn nữa tiêu chí này rất khó đánh giá vì vụ kiện chưa giải quyết xong thì không thể xác định được tổng nợ và chi phí cụ thể để trừ vào giá trị tài

sản ròng của nhà thầu. Mặt khác, Tòa án nhân dân quận H thụ lý vụ án số 54 là sau thời điểm chấm thầu một tháng, nên lý do này không phù hợp (*BL 1414*).

[2.2.2] Công ty Đ có thông tin báo chí không tốt về tình hình sử dụng vốn, về các cá nhân lãnh đạo chủ chốt dính líu đến các vụ án tham nhũng, hối lộ. Công ty T đã tìm kiếm các thông tin trên mạng và nộp cho Tòa án các bài viết được in trên các trang báo thông tin điện tử như báo Tiền Phong, báo Đấu thầu và một số bài báo khác. Thấy rằng những tài liệu này nếu là xác thực thì đã diễn ra ở giai đoạn trước và là trách nhiệm của các cá nhân, không phải của pháp nhân Công ty Đ. Điều này không liên quan, không thuộc tiêu chí của hồ sơ mời thầu. Do vậy, không có cơ sở để chấp nhận.

[2.2.3] Công ty Đ có biểu hiện của sự thông thầu – là hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu: Thấy rằng thành viên Tổ chuyên gia chấm thầu của Công ty T là Ông Phan Thành C, đồng thời ông C cũng là người đại diện cho phần vốn góp của Công ty V góp vào Công ty T. Ông C không cung cấp lý do loại Công ty Đ ở giai đoạn chấm hồ sơ đề xuất kỹ thuật cho Công ty Đ mà chỉ báo cáo cho Công ty V là đơn vị chủ quản của mình là phù hợp. Hơn nữa việc cung cấp thông tin này thực hiện sau khi Công ty T đã công khai thông báo, gửi cho tất cả các nhà thầu Bản danh sách kết quả lựa chọn nhà thầu đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật, được tiếp tục vào vòng mở thầu hồ sơ đề xuất tài chính (*BL 1468, 1652, 1701-1707*). Như vậy, việc lựa chọn nhà thầu đã xong ở giai đoạn chấm thầu về mặt kỹ thuật, lúc này Công ty Đ đã bị loại khỏi cuộc đấu thầu và khi Tổ chuyên gia loại Công ty Đ thì chưa xảy ra hành vi tiết lộ thông tin, nên đây không phải hành vi tiết lộ các tài liệu liên quan trong quá trình lựa chọn nhà thầu theo quy định tại Khoản 4 Điều 76, không phải là hành vi thông thầu hay vi phạm pháp luật về đấu thầu theo Điều 89 Luật đấu thầu để làm ảnh hưởng đến kết quả lựa chọn nhà thầu. Còn Công ty Đ có kiến nghị yêu cầu Công ty T làm rõ lý do loại hồ sơ dự thầu của mình là đúng luật, hồ sơ mời thầu của Công ty T ở mục 42 trang 38 cũng cho phép nhà thầu khi thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm thì được kiến nghị đến chủ đầu tư về các vấn đề trong quá trình lựa chọn nhà thầu, phù hợp với quy định tại Khoản 1 Điều 92 Luật Đấu thầu. Do vậy, ý kiến của Công ty T là không phù hợp.

[2.2.4] Công ty T có giải trình rằng các tiêu chí đã nêu tại mục [2.2.1], [2.2.2], [2.2.3] nêu trên được dùng để đánh giá nhà thầu là hợp lệ, bởi vì hồ sơ mời thầu có quy định ở mục 26 trang 22 về các “sai khác”, “đặt điều kiện”, “bỏ sót nội dung” nên Tổ chuyên gia có quyền áp dụng để đánh giá nhà thầu. Giải thích này không có cơ sở bởi vì chính ở mục 26 cũng đã giải thích các “sai khác”, “đặt điều kiện”, “bỏ sót nội dung” là dành cho bên nhà thầu trong bước lập hồ sơ dự thầu phải không được có những điểm “sai khác”, “đặt điều kiện”, “bỏ sót nội dung” so với hồ sơ mời thầu (*BL 2135, 2286*). Như vậy, nêu hồ sơ mời thầu phạm vào những điều này thì không được chấp nhận, không phải các quy định đó là được dành cho Tổ chuyên gia để có quyền đưa các tiêu chí khác với hồ sơ mời thầu vào việc đánh giá nhà thầu.

[2.3] Từ những phân tích trên, Hội đồng xét xử có đủ cơ sở để xác định Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật cho cả 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1, nên không chấp nhận kháng cáo của Công ty T.

[3] Xét yêu cầu của Công ty Đ về việc buộc Công ty T phải tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đối với 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1, thấy rằng:

Yêu cầu của Công ty Đ trong hồ sơ vụ án cụ thể là: Buộc Công ty T cho phép Công ty Đ được tiếp tục tham gia vào quá trình đấu thầu tiếp theo, theo quy định của Luật đấu thầu. Tại phiên tòa sơ thẩm, Công ty Đ yêu cầu cụ thể là buộc Công ty T phải mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đã nộp để xem xét kết quả đấu thầu theo đúng quy định của pháp luật về đấu thầu và được Tòa án cấp sơ thẩm chấp nhận. Hội đồng xét xử phúc thẩm thấy quyết định này của Tòa án cấp sơ thẩm không phù hợp với quy định pháp luật vì các lý do sau:

Hiện nay túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đối với cả 2 gói thầu tuy đã được Công ty Đ niêm phong nộp tại Công ty T, nhưng do việc chấm thầu không phù hợp như đã nêu trên, nên quy trình mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính sau khi xong giai đoạn mở túi hồ sơ đề xuất về kỹ thuật đã không đúng với quy định. Bởi vì theo Điểm đ Khoản 4 Điều 26 Nghị định số 63/2014/NĐ-CP ngày 26-6-2014 và tiết đ tiểu mục 31.2 trang 27 của hồ sơ mời thầu thì: Hồ sơ đề xuất về tài chính của tất cả các nhà thầu phải được bên mời thầu niêm phong trong một túi riêng biệt và được bên mời thầu, các nhà thầu tham dự lễ mở thầu cùng ký niêm phong trước khi mở (BL 2130, 2281). Tuy nhiên thực tế thì túi hồ sơ đề xuất về tài chính của các nhà thầu khác là Công ty 5 và Công ty TV đã được mở công khai từ ngày 30-10-2017 và túi hồ sơ của Công ty Đ cũng không còn được niêm phong với đầy đủ chữ ký của tất cả các nhà thầu. Nếu nay mới mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ là không đúng quy trình, thủ tục của pháp luật đấu thầu, liên quan tới tính bảo mật của hồ sơ. Do vậy, Tòa án cấp sơ thẩm buộc Công ty T phải mở riêng túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ là không phù hợp. Việc đấu thầu thực hiện tiếp theo như thế nào thì Công ty T phải có trách nhiệm thực hiện theo quy định của pháp luật về đấu thầu. Do vậy Hội đồng xét xử phúc thẩm sửa lại phần quyết định này của Bản án sơ thẩm.

[4] Những vấn đề khác giữ nguyên như Bản án sơ thẩm.

[5] Án phí phúc thẩm: Do sửa một phần Bản án sơ thẩm nên Công ty T không phải chịu.

Vì các lẽ trên:

QUYẾT ĐỊNH:

Căn cứ vào Điều 39, 89, Khoản 1 Điều 92 Luật đấu thầu; Khoản 2 Điều 12, Điều 15, Điều 26 Nghị định số 63/2014/NĐ-CP ngày 26-6-2014; Điều 26, Điều 35, Điều 39, khoản 2 Điều 308, Điều 309 Bộ luật tố tụng dân sự; khoản 2 Điều 26, khoản 1 Điều 29

Nghị quyết 326/2017/UBTVQH14 ngày 30-12-2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về án phí, tuyên xử:

Chấp nhận một phần yêu cầu kháng cáo của Công ty TNHH Cảng Quốc tế T, sửa một phần Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 02/2018/KDTM-ST ngày 18-01-2018 của Tòa án nhân dân huyện T (nay là thị xã P), như sau:

1. Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Tổng Công ty xây dựng Đ đối với Công ty TNHH Cảng quốc tế T:

1.1. Công nhận Tổng Công ty xây dựng Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật đối với 02 gói thầu, gồm: Gói thầu PK1A-1 thi công bến sà lan 2000DWT và kè sau bến sà lan; Gói thầu PK1B-1 nạo vét khu vực bến sà lan 2000DWT thuộc dự án đầu tư xây dựng Cảng T – giai đoạn 1 của Công ty TNHH Cảng quốc tế T, do Công ty TNHH Cảng Quốc tế T là chủ đầu tư.

1.2. Công ty TNHH Cảng Quốc tế T có trách nhiệm thực hiện quy trình đấu thầu theo đúng quy định của pháp luật về đấu thầu.

2. Án phí kinh doanh thương mại:

2.1. Án phí sơ thẩm:

- Công ty TNHH Cảng Quốc tế T phải chịu 3.000.000đ (*Ba triệu đồng*).

- Tổng Công ty xây dựng Đ không phải chịu, được trả lại tiền tạm ứng án phí đã nộp là 3.000.000đ (*Ba triệu đồng*) theo Biên lai thu số 0007928 ngày 29-12-2017 của Chi cục Thi hành án dân sự huyện T (nay là thị xã P).

2.2. Án phí phúc thẩm: Công ty TNHH Cảng Quốc tế T không phải chịu, được trả lại tiền tạm ứng án phí đã nộp là 2.000.000đ (*Hai triệu đồng*) theo Biên lai thu số 0000640 ngày 27-02-2018 của Chi cục Thi hành án dân sự huyện T (nay là thị xã P).

3. Trường hợp Bản án này được thi hành theo quy định tại Điều 2 Luật Thi hành án dân sự thì người được thi hành án dân sự, người phải thi hành án dân sự, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan có quyền thỏa thuận thi hành án, quyền yêu cầu thi hành án, tự nguyện thi hành án hoặc bị cưỡng chế thi hành án theo quy định tại các Điều 6, 7 và 9 Luật Thi hành án dân sự; thời hiệu thi hành án được thực hiện theo quy định tại Điều 30 Luật thi hành án dân sự.

4. Bản án này có hiệu lực pháp luật kể từ ngày tuyên án (09-8-2018).

Nơi nhận:

- VKSND tỉnh BR-VT;
- TAND TX P;
- Chi cục THADS TX P;
- Các đương sự;
- Lưu hồ sơ.

**TM. HỘI ĐỒNG XÉT XỬ PHÚC THẨM
THẨM PHÁN – CHỦ TỌA PHIÊN TÒA**
(đã ký và đóng dấu)

ĐÀO THỊ HUỆ