

NHẬN DIỆN THỎA THUẬN THÔNG ĐỒNG TRONG ĐẤU THẦU DƯỚI GÓC ĐỘ LUẬT CẠNH TRANH

● TRẦN THỊ PHƯƠNG LIÊN

TÓM TẮT:

Hành vi thông đồng trong đấu thầu còn được gọi là hành vi thông thầu, hay thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (TTHCCT) trong lĩnh vực đấu thầu là hành vi luôn mang bản chất hạn chế cạnh tranh, phá vỡ tính cạnh tranh trong hoạt động đấu thầu qua đó gây thiệt hại lớn đến nền kinh tế. Để kiểm soát, hạn chế hành vi này, chúng ta đã sử dụng rất nhiều biện pháp, trong đó biện pháp cơ bản là ban hành các văn bản pháp luật điều chỉnh. Tuy nhiên, các quy định góp phần để nhận diện các hành vi TTHCCT trong lĩnh vực đấu thầu hiện hành vẫn chưa thực sự hoàn chỉnh và chưa có tính thực thi cao. Vì vậy, trong khuôn khổ bài viết này, tác giả tập trung nghiên cứu về các dấu hiệu nhận diện hành vi thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu dưới góc độ Luật Cạnh tranh.

Từ khóa: thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong lĩnh vực đấu thầu, thông đồng trong đấu thầu, thông thầu, nhận diện, Luật Cạnh tranh.

1. Khái quát về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong lĩnh vực đấu thầu

1.1. Khái niệm

Bản về khái niệm của thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu trong pháp luật các quốc gia và trên thế giới có nhiều cách định nghĩa khác nhau. Theo cuốn “Hướng dẫn phát hiện và xử lý thông thầu trong mua sắm công” của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD): “Thầu gian lận (thông đồng trong đấu thầu) xảy ra khi các công ty lẽ ra phải cạnh tranh với nhau, nhưng lại bí mật thỏa thuận để nâng giá hoặc giảm chất lượng hàng hóa hoặc dịch vụ đối với người mua (người mua có nhu cầu mua hàng hóa, dịch vụ thông qua đấu thầu)”. Như vậy, thông đồng trong đấu thầu là một hành vi bất hợp pháp ở tất cả các nước thành viên OECD.

Ở Việt Nam hiện nay chưa có một định nghĩa chính thức nào về hành vi thông đồng trong đấu thầu. Luật Cạnh tranh 2018 và Luật Đấu thầu 2013

mới chỉ dừng lại ở việc liệt kê các hành vi được coi là thông thầu, mà chưa đưa ra khái niệm cụ thể về hành vi này. Tuy nhiên, nếu phân tích khoản 4 Điều 11 Luật Cạnh tranh 2018, thông đồng trong đấu thầu được hiểu là việc các bên dự thầu giàn xếp, thỏa thuận cùng hành động để một hoặc các bên trong số họ thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

Từ những phân tích trên, chúng ta có thể rút ra cách hiểu chung về hành vi TTHCCT trong lĩnh vực đấu thầu: là thỏa thuận giữa các bên dự thầu với nhau, theo đó các bên thống nhất dàn xếp để một hoặc các nhà thầu tham gia thỏa thuận thắng thầu nhằm loại bỏ hoặc cản trở cơ chế cạnh tranh trong cuộc đấu thầu.

Như vậy, theo cách quy định của pháp luật hiện hành, chủ thể thực hiện hành vi thông đồng trong đấu thầu phải là các doanh nghiệp dự thầu đã cùng thống nhất ý chí khi thực hiện hành vi. Sự thống

nhất này về ý chí này có thể biểu hiện dưới hình thức thỏa thuận ngầm hoặc công khai (thông thường là các thỏa thuận ngầm), có thể bằng miệng, bằng hành động hay bằng văn bản... nhưng với động cơ là dàn xếp để một hoặc một số nhà thầu tham gia thỏa thuận thắng thầu. Tiếp đến, hành vi của các bên dự thầu dẫn tới hậu quả là làm cản trở, bóp méo cơ chế cạnh tranh mà bên mời thầu mong muốn tạo ra.

2. Đặc điểm

Thứ nhất, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong đấu thầu xảy ra giữa các bên dự thầu với nhau. Luật Cạnh tranh 2018 không quy định cụ thể chủ thể của hành vi TTHCCT trong đấu thầu. Theo cách hiểu về TTHCCT thì chủ thể của hành vi TTHCCT nói chung sẽ bao gồm các tổ chức, cá nhân kinh doanh (gọi chung là doanh nghiệp). Cách thức quy định liệt kê hành vi TTHCCT trong đấu thầu dẫn tới việc hiểu thông đồng trong đấu thầu chỉ bao gồm việc thỏa thuận giữa các bên dự thầu đã hạn chế các chủ thể có khả năng câu kết với nhau. Theo đó, TTHCCT trong đấu thầu theo Luật Cạnh tranh là thỏa thuận theo chiều ngang, tức là thỏa thuận giữa các bên trên cùng một thị trường liên quan (giữa các bên dự thầu). Vì vậy, những thỏa thuận hay thông đồng hoặc lời hứa hẹn của bên mời thầu, nhà tư vấn với một hoặc một số doanh nghiệp dự thầu về việc người mời thầu sẽ dành cho họ những ưu đãi hoặc điều kiện tốt hơn trong quá trình đấu thầu so với doanh nghiệp dự thầu khác sẽ không phải chủ thể của hành vi TTHCCT trong đấu thầu theo Luật Cạnh tranh 2018.

Thứ hai, nội dung của thỏa thuận là các doanh nghiệp tham gia đấu thầu thống nhất để một hoặc một số doanh nghiệp đã tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, hoặc cung ứng dịch vụ. Khi nội dung của thỏa thuận được thực hiện thì người trúng thầu không do cơ chế cạnh tranh lựa chọn mà do ý chí chủ quan của các bên dự thầu chỉ định. Ví dụ: khi nội dung của thỏa thuận được thiết lập một hoặc các bên thỏa thuận lần lượt rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu đã được nộp trước đó, lúc này ở trong cuộc đấu thầu chỉ còn một hoặc một số nhà thầu và bên mời thầu buộc phải lựa chọn trong số những nhà thầu còn lại mặc dù nhiều trường hợp có thể có những nhà thầu có tiềm lực tốt hơn đã rút khỏi cuộc đua.

Thứ ba, dưới góc độ của lý thuyết cạnh tranh, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong đấu

thầu đã làm vô hiệu cơ chế cạnh tranh mà người mời thầu đã nỗ lực tạo ra. Cơ chế cạnh tranh chính là tâm điểm và sức sống của hoạt động đấu thầu. Nhận định được tầm quan trọng của cơ chế với mục đích đảm bảo cạnh tranh trong đấu thầu Điều 6 Luật Đấu thầu 2013 đã quy định vấn đề này. Như vậy, để cơ chế cạnh tranh trong đấu thầu vận hành có hiệu quả thì đòi hỏi phải đáp ứng được đủ các điều kiện. Khi mà các nhà thầu độc lập với nhau và độc lập với bên mời thầu là một trong những tiền đề để cơ chế cạnh tranh được đảm bảo; bên mời thầu mới có thể đạt được mục đích của mình là lựa chọn đối tác cung cấp hàng hóa, dịch vụ phù hợp với các yêu cầu. Ngược lại khi có sự thỏa thuận giữa các nhà thầu với nhau thì cơ chế cạnh tranh bị vô hiệu hóa, bởi vì giữa các bên tham gia thỏa thuận đã có sự cam kết phụ thuộc, chi phối lẫn nhau cùng hành động vì mục tiêu chung cuối cùng.

Thứ tư, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong đấu thầu là hành vi bất hợp pháp. Hầu hết các quốc gia trên thế giới đều xây dựng khung pháp lý cho hoạt động đấu thầu. Trong đó chứa đựng các quy định về toàn bộ trình tự, thủ tục thực hiện đấu thầu. Xét cho cùng thì các quy định pháp lý về đấu thầu được tạo lập là để xây dựng và bảo vệ cơ chế cạnh tranh trong đấu thầu, đảm bảo cuộc đấu thầu diễn ra là thực chất, đúng với bản chất của nó từ đó có thể bảo vệ cho chủ đầu tư khi họ bỏ tiền mua sắm hàng hóa, sử dụng dịch vụ thông qua đấu thầu.

Thứ năm, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong đấu thầu thường bí mật, khó kiểm soát và gây ra hậu quả lớn. Hành vi TTHCCT trong đấu thầu do tính bất hợp pháp nên thường diễn ra dưới hình thức các thỏa thuận ngầm, tồn tại bí mật giữa các bên tham gia thỏa thuận nên rất khó có thể tìm được các bằng chứng chứng minh được giữa các bên đã có sự thỏa thuận với nhau. Bởi các bên tham gia vào quá trình đấu thầu đều ngầm hiểu việc tiến hành xác lập những thỏa thuận là hành vi vi phạm pháp luật đấu thầu và Luật Cạnh tranh. Biết những thỏa thuận này là trái pháp luật, nên những bên tham gia thỏa thuận luôn luôn tìm cách che dấu sự thỏa thuận bằng nhiều cách thức, nhằm tránh sự phát hiện của các cơ quan chức năng.

3. Dấu hiệu nhận biết về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong lĩnh vực đấu thầu

Từ thực tiễn xử lý của Việt Nam và các quốc gia trên thế giới đã cho thấy để phát hiện được hành vi cấu kết giữa các bên dự thầu không hề đơn giản.

Theo nghiên cứu kinh nghiệm của các cơ quan cạnh tranh trên thế giới, tác giả đưa ra một số dấu hiệu cơ bản sau có thể giúp phát hiện và nhận biết hành vi thông thầu.

Thứ nhất, ngăn cản đấu thầu.

Thực tiễn cho thấy, một hoặc nhiều bên tham gia thỏa thuận rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu được nộp trước đó để một hoặc các bên trong thỏa thuận thắng thầu. Trong trường hợp này, các doanh nghiệp tham gia thông đồng đã chỉ định một, một số doanh nghiệp trong số họ có quyền thắng thầu. Các doanh nghiệp còn lại sẽ rút đơn dự thầu hoặc không tham gia phiên đấu thầu. Do đó, trong phiên đấu thầu sẽ chỉ còn lại những người được chỉ định tham gia. Hoặc một hay nhiều bên tham gia thỏa thuận gây khó khăn cho các bên không tham gia thỏa thuận khi dự thầu bằng cách từ chối cung cấp nguyên liệu, không ký hợp đồng phụ hoặc các hình thức gây khó khăn khác.

Thứ hai, giá dự thầu cao một cách đáng ngờ.

Nhận thấy nếu như tất cả hoặc hầu hết các bên dự thầu đưa ra mức giá cao hơn so với những lần đấu thầu trước, hoặc giá của hàng hóa, dịch vụ trong hồ sơ dự thầu cao hơn so với bảng giá công bố của công ty, hoặc giá dự thầu cao hơn một cách đáng kể và phi lý hoặc không lý giải nổi so với chi phí ước tính thì rất có thể đang tồn tại một sự cấu kết hay thông đồng giữa các bên dự thầu. Tình huống này còn được biết đến như một dạng đấu thầu hình thức, nghĩa là có một số doanh nghiệp chỉ tham gia đấu thầu để cho có về mặt hình thức, trong khi biết rõ đã có doanh nghiệp khác gửi hồ sơ dự thầu có tính cạnh tranh hơn.

Thứ ba, có sự bất nhất về giá dự thầu một cách đáng ngờ.

Trong trường hợp một doanh nghiệp có sự bất nhất về giá giữa những lần tham gia đấu thầu, đưa ra giá dự thầu cao hơn một cách đáng kể so với những lần khác mà không được giải thích bằng những lý do rõ ràng, ví dụ như có sự khác biệt về

chi phí, thì rất có thể đang tồn tại một thỏa thuận thông thầu. Trường hợp này thường là các bên trong thỏa thuận đã xác định rõ bên thắng thầu.

Thứ tư, số lượng hồ sơ dự thầu ít một cách đáng ngờ.

Nếu như số lượng hồ sơ dự thầu không được như dự tính thì rất có thể đang tồn tại một thỏa thuận thông thầu theo cách phân chia thị trường. Theo đó, các bên tham gia thỏa thuận đã thống nhất phân chia và không cạnh tranh trực tiếp với nhau trong từng gói thầu hoặc trong một khu vực địa lý nhất định.

Thứ năm, cách hành văn hoặc sai sót giống nhau một cách đáng ngờ.

Thực tế, rất nhiều tình huống khi kiểm tra các hồ sơ dự thầu có cách hành văn, có sự sai sót giống nhau một cách đáng ngờ hoặc cách đặt vấn đề giống nhau một cách đáng ngờ thì rất có thể các bên đã có sự thông đồng. Khi đó cần chú ý những tình tiết như tiêu đề, câu văn giống hệt nhau, các lỗi chính tả hay sai sót trong tính toán số liệu giống hệt nhau, có các chú thích, ghi chú giống hệt nhau, cách format hồ sơ giống nhau. Nếu sự giống nhau càng nhiều thì càng chắc chắn về một hành vi thỏa thuận thông thầu.

4. Kết luận

Thực trạng vi phạm pháp luật về TTHCCT trong lĩnh vực đấu thầu thời gian qua diễn ra rất phổ biến, dù gây ra nhiều hậu quả nghiêm trọng, với những biểu hiện rõ rệt của hành vi “thông thầu” nhưng số lượng vụ việc được cơ quan có thẩm quyền phát hiện và xử lý không nhiều. Một nguyên nhân tạo nên sự thiếu hiệu quả là sự bất cập trong các quy định của pháp luật góp phần nhận diện TTHCCT trong lĩnh vực đấu thầu. Bài viết của tác giả là dù chưa thật đầy đủ nhưng góp phần hỗ trợ nhận biết các thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu từ sớm để các chủ thể vi phạm không tiến hành hành vi đến cùng và góp phần nhằm ngăn chặn thiệt hại do hành vi gây ra ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO:

1. Đảng Cộng sản Việt Nam (2011). *Báo cáo của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa X về các văn kiện Đại hội XI của Đảng*, Nxb. Chính trị quốc gia.
2. Nguyễn Văn Cương (2006). *Tiêu chí đánh giá tính cạnh tranh bất hợp pháp của một số nước và một số bình luận về Luật Cạnh tranh của Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.

3. Cục Quản lý cạnh tranh - Bộ Công Thương (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam*, Hà Nội.
4. Chính phủ (2020). *Nghị định số 35/2020/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh*.
5. Nguyễn Thị Nhung (2012). *Pháp luật điều chỉnh các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ở Việt Nam hiện nay (Sách chuyên khảo)*, Nxb. Chính trị - Hành chính, Hà Nội, tr. 114- tr.123.
6. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011). *Giáo trình Luật Cạnh tranh*, Nguyễn Thị Vân Anh (chủ biên), Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.
7. Trường Đại học Luật Hà Nội (2013). *Giáo trình Luật Thương mại*, Tập II, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.
8. OECD (2009). Guidelines for fighting bid rigging in public procurement.

Ngày nhận bài: 20/4/2023

Ngày phản biện đánh giá và sửa chữa: 8/5/2023

Ngày chấp nhận đăng bài: 20/5/2023

Thông tin tác giả:

ThS. TRẦN THỊ PHƯƠNG LIÊN

Khoa Pháp luật Kinh tế - Đại học Luật Hà Nội

IDENTIFYING SIGNS OF ANTI-COMPETITIVE ACTS IN BIDDING FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAW ON COMPETITION

● Master. **TRAN THI PHUONG LIEN**

Faculty of Economic Law, Hanoi Law University

ABSTRACT:

Collusive bidding is also known as anti-competitive agreements in bidding. This anti-competitive act can cause great damage to the economy. In order to control and limit this act, Vietnam has promulgated many measures and legal regulations. However, the current regulations on identifying anti-competitive acts in bidding are still incomplete and not highly practical. This paper is to explore signs of anti-competitive acts in bidding from the perspective of the Law on Competition.

Keywords: anti-competitive agreements in bidding, collusive bidding, collusion, identification, the Law on Competition.